

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

PROCESO ARBITRAL: N° 013-2022-ACIR INTERNACIONAL

Raw.
ACIR INTERNACIONAL
14 MAR 2023 8:55 000410
fs. 40

PARTES DEL PROCESO	
DEMANDANTE	DEMANDADO
MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI	INVERSIONES MEDINA CONSTRUCTORA Y CONSULTORA S.A.C.

TRIBUNAL ARBITRAL

PEDRO ALVARADO GUERRERO
(Presidente)

HUMBERTO FLORES ARÉVALO
(Miembro)

JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
(Miembro)

SECRETARIA ARBITRAL

Fiorella Ramírez Culquicondor

LAUDO

Chiclayo, 13 de marzo de 2023

074-618775 | 984495835

Calle José Carlos Mariátegui N° 250, Urb. Los Abogados - Chiclayo

arbitraje@acirinternacional.com

www.facebook.com/acir.internacional

www.acirinternacional.com

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

RESOLUCIÓN N° 10

En la ciudad de Chiclayo, a los trece días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda arbitral, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia puesta a conocimiento y juicio de este colegiado.

I. CONVENIO

- I. Con fecha 18 de diciembre de 2017, las partes suscribieron el contrato de ejecución de obra N° 058-2017-MDK-GM-LOG, PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO EN LA COMUNIDAD DE SIRENACHAYOCC DEL CENTRO POBLADO LOBO TAHUANTINSUYO, DISTRITO DE KIMBIRI – LA CONVENCION - CUSCO, estableciendo en la cláusula décimo novena la solución de controversias, conforme se detalla a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 1-16, 152, 168, 170, 177, 178, 179 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o en su defecto en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

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

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

II. MARCO LEGAL APLICABLE

2. El Tribunal Arbitral considera necesario delimitar las normas aplicables al presente arbitraje, considerando las referencias hechas por las partes en relación a las controversias suscitadas entre ambas.
3. Teniendo en consideración la información contenida en el Contrato de ejecución de Obra, la normativa aplicable al presente arbitraje debe ser la siguiente: 1) El Contrato, 2) La Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Ley N° 30225, modificada por el DL N° 1341, DL N° 1444, y el Texto Único Ordenado de la Ley en mención, aprobado mediante D.S N° 082-2019-EF; 3) el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Supremo D.S N° 344-2018-EF, modificado por el D.S. N° 377-2019-EF, D.S. N° 168-2020-EF, D.S. N° 250-2020 y D.S N° 162-2021 4) Las normas de derecho público y 6) Las de derecho privado, en ese orden de preferencia.
4. Asimismo, desde el punto de vista procesal, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en el Reglamento del Centro y el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, “Ley de Arbitraje”), de manera supletoria.

III. DESARROLLO DEL PROCESO

5. Mediante Resolución N° 1, de fecha 8 de setiembre de 2022, se resolvió -entre otros- lo siguiente: i) Fijar las reglas del proceso en concordancia con lo establecido en el Reglamento y, ii) Otorgar a la Municipalidad Distrital de Kimbiri el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones que solicite, de conformidad con el artículo 34° numeral I del Reglamento.
6. Con fecha de 27 de septiembre de 2022, se emitió la Resolución N° 2, donde el Tribunal Arbitral resuelve lo siguiente: i) Tener presente que la Municipalidad Distrital de Kimbiri, presentó su demanda arbitral dentro del plazo conferido en la resolución N° 1 y ii) Declarar inadmisibles la demanda arbitral presentada por la Entidad, otorgándole un plazo de tres (3) días hábiles para subsanar lo correspondiente.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

7. Mediante Resolución N° 3, de fecha 30 de septiembre de 2022, el Tribunal Arbitral resuelve lo siguiente: i) Tener por subsanada la demanda arbitral por parte de la Municipalidad Distrital de Kimbiri, ii) Admite a trámite la demanda arbitral y, por último, iii) Correr traslado de la demanda arbitral a Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., a fin que, dentro de un plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con dar respuesta a ella.
8. Mediante Resolución N° 4, de fecha 7 de diciembre de 2022, el Tribunal Arbitral resuelve lo siguiente: i) Declarar renuente a Inversiones Medina constructora y consultora S.A.C y ii) Por fijados los siguientes puntos controvertidos del presente arbitraje:

3.1 De la demanda Arbitral:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare nulo, inválido e ineficaz la Resolución del Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG; subsistente en la Carta N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 4 de julio de 2022.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la Resolución del Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, por la causal de acumulación máxima de penalidades, por parte de la empresa inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., al haber alcanzado el máximo de penalidad del 10% del monto contractual, hasta el 16 de julio de 2022.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la Resolución del Contrato por causa imputable a la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C.

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral, como consecuencia declaratoria de Resolución del Contrato por la causal de acumulación máxima de penalidades, imputable al contratista; ordene a la Empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C. representada por su actual gerente general Fermín Medina Jorge, el pago por concepto de reparación civil, ascendiente a la suma de S/ 360.852.17 (trescientos sesenta mil ochocientos cincuenta y dos con 17/100).

Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene y/o disponga la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento, equivalente al 10% del monto contractual (S/ 257, 631.93) CARTA N° 1127, emitido por CHUBB seguros Perú S.A. otorgado por la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C. a favor de mi representada Municipalidad Distrital Kimbiri.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Sexto punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene que los gastos arbitrales sean asumidos en su integridad por la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C.; en consecuencia, ordene el reembolso de los gastos arbitrales, a favor de la Municipalidad Distrital de Kimbiri.

9. Mediante Resolución N° 5, de fecha 20 de diciembre de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió entre otros, otorgarles a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que, presenten alegatos finales, y, de considerarlo pertinente, solicitar audiencia de Informes Orales.
10. A través de la Resolución N° 6, de fecha 11 de enero de 2023, el Tribunal Arbitral dispuso tener presente lo que informa la Administración del Centro de Arbitraje respecto a los gastos arbitrales, por ende, ordénese la suspensión del proceso por el plazo de veinte (20) días hábiles.
11. Mediante Resolución N° 7, de fecha 7 de febrero de 2022, el Tribunal Arbitral, resuelve levantar la suspensión del proceso arbitral, reanudándose los plazos, conforme al Reglamento del Centro.
12. Finalmente, mediante Resolución N° 08, de fecha 3 de marzo de 2022, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles, prorrogables por única vez en siete (7) días hábiles adicionales.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

IV.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

13. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
 - a) El Tribunal Arbitral fue debidamente instalado, obligándose sus miembros a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada.
 - b) El demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso;

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

- c) El demandado fue debidamente emplazado, sin embargo, pese a encontrarse debidamente notificado no cumplió con presentar su escrito de contestación a la demanda, dentro de los plazos dispuestos.
 - d) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y exponerlas ante el Tribunal Arbitral en el desarrollo de la Audiencia de Informes Orales, no obstante, como lo señala el artículo 43° del Reglamento del Centro de Arbitraje, dicho acto procesal únicamente se llevará a cabo si una de las partes lo solicita en la presentación de sus alegatos finales, siendo así, y teniendo a la vista que solo la parte demandante presentó el referido escrito y no pidió la realización de la Audiencia de Informes Orales, se prescindió de ella y se fijó plazo para laudar.
 - e) Que de conformidad con las reglas establecidas en la Resolución N° 01, y con la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo, emitida en el presente proceso arbitral y que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en la Resolución N° 01, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071; habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
14. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

IV.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

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

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

16. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.
17. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

IV.3- ANÁLISIS DEL PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare nulo, inválido e ineficaz la Resolución del Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG; subsistente en la Carta N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 4 de julio de 2022.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la Resolución del Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, por la causal de acumulación máxima de penalidades, por parte de la empresa inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., al haber alcanzado el máximo de penalidad del 10% del monto contractual, hasta el 16 de julio de 2022.

A. HECHOS PREVIOS Y POSICIÓN DEL DEMANDANTE

18. La Entidad refiere que en fecha 18 de diciembre de 2017, Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C. y su representada, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N°058-2017-MDK-GM-LOG. para la ejecución de Obra “Mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado en la comunidad de Sirenachayocc del centro poblado lobo Tahuantinsuyo, distrito de Kimbiri – La Convención – Cusco, por el monto total de la ejecución ascendente a S/ 2’576 319.25 soles, estableciéndose el plazo contractual de ejecución, las partes integrantes del Contrato, así como las obligaciones contractuales, conforme a la CLÁUSULA DUODÉCIMA DEL CONTRATO.
19. Que, con fecha 30 de diciembre de 2022, la Municipalidad Distrital de Kimbiri interpuso la demanda arbitral contra la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., peticionando se declare nula e ineficaz la carta notarial N° 023-2020-

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 12 de marzo de 2020 y válida y eficaz la Resolución de Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, notificada con carta notarial N° 005-2020-GM-MDK/LC.

20. Mediante Acta de Conciliación N° 13-2021, de 24 de mayo de 2021 (Expediente de Conciliación N° 010-2021)-VRAEMSOLU, la Municipalidad de Kimbiri y la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., llegaron a un acuerdo conciliatorio total, acordando lo siguiente:
 - a) Dejar sin efecto la Resolución del contrato de obra N° 058-2017-MDK-GM/LOG.
 - b) Desistirse del proceso arbitral iniciado por la Municipalidad Distrital de Kimbiri y desistirse de la contrademanda.
 - c) Que, el contratista, culmine con la ejecución de la obra de conformidad con el contrato N° 058-2017-MDK-GM/LOG, así como del adicional N° 01, dentro del plazo que resulte del cronograma de ejecución y calendario de avance de obra valorizado actualizado a la fecha de reinicio de obra, el mismo que será aprobada por la Entidad.
 - d) La Municipalidad Distrital del Kimbiri asumirá la protección de área correspondiente a la planta de tratamiento de aguas residuales (evacuación de aguas pluviales) cuya modalidad de intervención y justificaciones técnicas, la Municipalidad notificará mediante adicional N° 002 su pronunciamiento dentro de los quince (15) días calendarios suscritos el acuerdo.
 - e) Que, la fecha de reinicio de obra se dará una vez notificada al Contratista la designación del supervisor de obra y el pronunciamiento de la Entidad sobre el adicional y deductiva vinculante N° 02.
21. Con fecha 3 de noviembre de 2021, se emite la Resolución de Gerencia Municipal N° 0534-2021-MDK/GM, pronunciándose sobre la improcedencia de la prestación adicional y deductivo vinculante N° 02.
22. Con fecha 6 de septiembre de 2021 y mediante Carta N° 002-2021-INVERSIONES MEDINA & SAC -FMJ/GG, la empresa contratista requiere a la Entidad el cumplimiento de obligaciones contractuales (sin precisar cuáles son los extremos del incumplimiento y obligaciones contractuales).
23. Con fecha 31 de marzo de 2022 (después de 6 meses) mediante Carta Notarial N° 01-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, la empresa contratista notifica a la Entidad,

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

el reitero de cumplimiento de obligaciones (sin precisar cuáles son los extremos del incumplimiento y obligaciones contractuales), solo hace referencia al Acta de Conciliación.

24. Con fecha 26 de mayo de 2021, se le notifica al Contratista empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., solicitándole su presencia para la suscripción del acta de inicio de obra, fijando la fecha 1 de junio de 2022.
25. Con fecha 31 de mayo de 2022, el Contratista, mediante Carta N° 055-2022-INVERSIONES MEDINA&SAC-FMJ/GG, solicita reprogramación de la reunión para el día 3 de junio de 2022.
26. Con fecha 3 de junio de 2022, se procedió con realizar la reunión programada, fijándose nueva fecha para realizar la VISITA a OBRA, siendo para el 8 de junio del 2022; acto donde no se presentó el Contratista empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C.; dejándose constancia del mismo.
27. Con fecha 5 de julio de 2022 y mediante Carta Notarial N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG (después de 2 de meses de haber realizado el requerimiento), el Contratista, comunicó a la Entidad la resolución de Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, invocando como causal “incumplimiento de obligaciones al no cumplir con las cláusulas del Acta de Suspensión de fecha 7-01-2018, así como el incumplimiento de acuerdos pactados mediante acto conciliatorio de fecha 24-05-2021”, amparándose en el artículo 36° de la Ley y el artículo 135° y 136° del RLC.
28. Con fecha 13 de julio de 2022, indica la Entidad, que se realiza la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con la presencia del Juez de Paz de Manitea.
29. El demandante indica que, la Resolución del contrato efectuada por la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C.; carece de legalidad, validez y formalidad, toda vez que el procedimiento de Resolución de contrato no cumple con lo dispuesto en el artículo 36° de la Ley de Contrataciones del Estado y 135° y 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente al 2017 (fecha en que se firmó el contrato), tal es así: el artículo 135° y 136° del Reglamento de la Ley N° 30225 establece:

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Artículo 135.- Causales de resolución

La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución

de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días.

En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

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

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

30. El demandante alega que, la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C., les habría solicitado el “Cumplimiento de obligaciones contractuales” mediante Carta N° 002-2021-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 6 de setiembre de 2021, sin haberlas motivado, a fin de identificar las prestaciones y obligaciones, cuya ejecución debe cumplir la entidad, dentro del plazo otorgado; quiere decir sin precisar o indicar, cuales son las obligaciones contractuales que se están incumpliendo. Señala además que, conforme lo ha indicado la Dirección Técnico Normativa del OSCE en el pronunciamiento realizado en la OPINIÓN N° 083-2021/DTN, el Demandado no podía

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

indicarlos; dado que, indica que, las obligaciones contractuales por parte de la Entidad se cumplieron en su totalidad.

31. De igual modo, la Entidad indica que, el Contratista, en la misma Carta N° 002-2021-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 6 de septiembre de 2021, desconoce el Acta de Conciliación N° 13-2021, admitiendo que el acta de conciliación no se ajusta al procedimiento y normativa del reglamento de la ley de contrataciones, (véase la Carta Notarial 002-2021) por el que queda claro que si el acta no cuenta con la formalidad para ser convalidado como obligaciones contractuales, este deberá ejecutarse o requerir su cumplimiento bajo el mecanismo de “Titulo ejecutivo” conforme a lo indicado en el mismo Acta de Conciliación N° 13-2021, en la parte de verificación de acuerdos adoptados que señala: “el acta de este acuerdo conciliatorio constituye título ejecutivo”
32. Asimismo, refiere la Municipalidad Distrital de Kimbiri que, mediante Carta Notarial N° 01-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 31 de marzo de 2022, el Contratista reitera el cumplimiento de obligaciones nuevamente sin precisar cuáles son las obligaciones que la Entidad deberá cumplir, poniendo como referencia nuevamente al Acta de Conciliación N° 13-2021.
33. Finalmente, el demandante señala que, se evidencia expresamente que la Carta Notarial N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 5 de julio de 2022 (comunicación de resolución de contrato) que, el Contratista invoca la causal de “incumplimiento de obligaciones al no cumplir con las cláusulas del “Acta de Suspensión” de fecha 7-01-2018, así como el incumplimiento de “acuerdos pactados mediante acta conciliatorio” de fecha 24-05-2021”, amparándose en el artículo 36 de la ley y el artículo 135° y 136° del RLC.
34. Ante tal hecho manifiesta la Entidad que, dicho procedimiento de Resolución de Contrato, se encuentra viciado, carece de eficacia y legalidad, en consecuencia, nulo, por los siguientes motivos:

- I. Los requerimientos de Resolución de Contrato; efectuados mediante Carta N° 002-2021-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG de fecha 6 de setiembre de 2021, Carta Notarial N° 01-2022 INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG de 31 de marzo de 2022 no precisan o indican ¿cuáles son las obligaciones que la Entidad presuntamente habría incumplido?

A lo indicado, está claro que el Contratista, no tenía motivos para hacer el requerimiento de cumplimiento de obligaciones contractuales, toda vez que la

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Entidad a la fecha de los requerimientos, había cumplido con todas sus obligaciones contractuales; sin embargo, por acuerdo de ambas partes, entre el Contratista y la Entidad la obra se encontraba “Suspendida” y recién se daba el reinicio cuando la Entidad le comunicaba formalmente la designación del Supervisor de Obra y el pronunciamiento de la Entidad sobre el deductivo vinculante N° 02 (conforme al Acta de Conciliación N° 13-2022).

Es así que, con fecha 26 de mayo de 2022, se le comunicó al Contratista la contratación del supervisor de la obra y se cita para el 1 de junio de 2022 el reinicio de obra, el mismo que fue admitida por el Contratista.

Por otra parte, el pronunciamiento de la Prestación Adicional y Deductivo Vinculante N° 02, ya había sido comunicado el 3 de noviembre de 2021, con la Resolución de Gerencia Municipal N° 0534-2021-MDK/GM, declarándolo improcedente, notificado al correo electrónico fmedinaj@hotmail.com.

En ese sentido, ambos pronunciamientos por parte de la Entidad se habían cumplido oportunamente y no existía causal para resolver el contrato.

Por lo tanto, está claro que, al momento de la Resolución del Contrato (Carta Notarial N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG-5 de julio de 2022) no existía obligaciones por parte de la Entidad.

2. Señala que, el Contratista, resuelve el contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, invocando como causal “incumplimiento de obligaciones al no cumplir con las cláusulas del Acta de Suspensión de fecha 7-01-2018, (...)”, amparándose en el artículo 36 de la ley y el artículo 135° y 136° del RLC.

Indica además que, el “Acta de suspensión” de fecha 7-02-2018, no es un documento contractual para contraer obligaciones, pues tampoco fue homologado por la Entidad mediante adenda al contrato para considerarse como nuevas obligaciones contractuales.

Además, que lo indicado en el “Acta de suspensión” de fecha 7-2-2018, había quedado sin efecto, después de la suscripción del “Acta de conciliación” de fecha 24-05-2021.

En consecuencia, el “Acta de suspensión” de fecha 7-2-2018, no es un documento válido para atribuirse obligaciones contractuales y ser exigibles por los mecanismos establecidos por el artículo 135° y 136° del RLCE.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

3. Agrega que, el Contratista, resuelve el Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, invocando como causal "(...) incumplimiento de acuerdos pactados mediante acto conciliatorio de fecha 24-05-2021", amparándose en el artículo 36 de la Ley y el artículo 135° y 136° del RLC.

Como se ha señalado anteriormente, la Municipalidad Distrital de Kimbiri, mediante Acta de Conciliación N° 13-2021, se había obligado a pronunciarse sobre la Prestación Adicional y Deductivo Vinculante N° 2 y comunicar el reinicio de obra; hecho que fue realizado en dos momentos:

- a) Pronunciarse sobre la Prestación Adicional y Deductivo Vinculante N° 2, lo hizo mediante comunicación con la Resolución de Gerencia Municipal N° 0534-2021-MDK/GM, declarándolo improcedente, el 3 de noviembre de 2021, notificado al correo electrónico fmedinaj@hotmail.com.
- b) Comunicar y/o poner en conocimiento del reinicio de obra; siendo que esta se realizó el 26 de mayo de 2022, comunicándose al Contratista en el correo electrónico fmedinaj@hotmail.com citándose para el 1 de junio de 2022, el mismo que se reprogramó a solicitud del contratista, para el día 3 de julio de 2022, conforme a la Carta N° 55-2022-INVERMED&j SAC-FMJ/GG, del 31 de mayo de 2022.

35. Señores, miembros del Tribunal Arbitral, conforme se indicó líneas arriba, el "Acta de Conciliación" N° 013-2021, de fecha 24 de mayo de 2021, había sido observado y desconocido por el Contratista, por lo motivos que la Entidad no habría cumplido el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dentro del plazo de diez (10) días; en consecuencia, este no podría considerarse como obligaciones contractuales además de no haberse homologado al contrato mediante adenda.
36. Por lo tanto, indica la Entidad que, el Acta de Conciliación N° 013-2022, solo podría ser ejecutado mediante "Proceso Ejecutivo" vía judicial, más no así mediante el procedimiento establecido en el artículo 135 y 136 del RLCE, al no constituirse como obligaciones derivadas del contrato ni de las bases integradas del proceso de contratación, por el que dicho procedimiento de resolución de contrato, carece de legalidad, validez y consecuente es nulo.
37. Señala la Entidad que, el Contratista, sabiendo que fue el quien no podía cumplir con sus obligaciones contractuales, es que presurosamente y sin sustento factico ni legal procede con comunicar la resolución del contrato, aun sabiendo que era él quien a la fecha ya venía

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

acumulando penalidades por la demora en la ejecución de la obra y con la finalidad de justificar su incumplimiento es que resuelve el contrato atribuyéndole causa imputable a mi representada Municipalidad Distrital de Kimbiri.

38. Al respecto como se pudo advertir se puede corroborar que la Municipalidad Distrital de Kimbiri con fecha 26 de mayo del 2022 terminó de cumplir con los acuerdos asumidos en el ACTA DE CONCILIACIÓN N°013-2021 la fecha de reinicio quedó determinado a partir del 27 de mayo del 2022; sin embargo, el contratista ejecutor de obra INVERSIONES MEDINA CONSTRUCTORA Y CONSULTORA S.A.C inobservando dicho acuerdo venia incumpliendo su obligación de culminar la ejecución de la obra de conformidad al contrato N° 058-2017 – MDK-GM/LOG y adicional de obra N° 01 conforme se había establecido en el acuerdo tercero del ACTA DE CONCILIACIÓN N° 013-2021; en tal contexto, habiéndose determinado el reinicio de la obra el 27 de mayo del 2022, el contratista contaba con plazo contractual restante de 16 días calendarios para culminar con la ejecución de la obra, el que venció el día 11 de junio del 2022, por lo tanto a partir del 12 de junio del 2022, el contratista venia incurriendo en un retraso injustificado sujeto a aplicación de penalidad por mora el cual al 16 de julio del 2022 llegó a superar el monto máximo equivalente al 10 % del monto contrato vigente.
39. Si bien es cierto, alega la Entidad que, el Contratista comunica a la entidad, la resolución del contrato el 07 de julio del 2022; fecha hasta la cual se había acumulado la penalidad por mora por el monto de S/ 193,417.25 equivalente al 7.5 %, el cual se detalla en el siguiente cuadro:

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

CALCULO DE LA PENALIDAD POR MORA		
Del 12/06/2022 hasta el 07/07/2022		
Monto de Contrato Vigente	2,576,319.25	Soles
Plazo contratado inicial	180	días
Ampliación de plazo N° 01	42	
Plazo Contractual	222	días
F	0.15	
penalidad diaria	7,736.69	Soles
Tope de Multa 10 %	257,631.93	Soles
Periodo de Multa	25.00	días
inicio de periodo de mora	12/06/2022	
fecha de acumulación de máxima penalidad	07/07/2022	
Penalidad acumulado hasta el 07/07/2022	193,417.25	Soles

40. Sin embargo, al considerarse que la resolución de contrato de obra practicada por el contratista carece de eficacia y por ende siendo nula; la acumulación de la penalidad por mora a continuado acumulándose de manera automática llegando a superar el tope máximo al 16 de julio del 2022, causal que motiva la resolución del contrato de obra por acumulación máxima de penalidades.

CALCULO DE LA PENALIDAD POR MORA		
Del 12/06/2022 hasta el 16/07/2022		
Monto de Contrato Vigente	2,576,319.25	Soles
Plazo contratado inicial	180	días
Ampliación de plazo N° 01	42	
Plazo Contractual	222	días
F	0.15	
penalidad diaria	7,736.69	Soles
Tope de Multa 10 %	257,631.93	Soles
Periodo de Multa	34	días
inicio de periodo de mora	12/06/2022	
fecha de acumulación de máxima penalidad	16/07/2022	
Penalidad acumulado hasta el 16/07/2022	263,047.46	Soles

41. Por tanto, indica la Entidad que, la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la presente demanda, al haberse sustentando fácticamente de manera coherente y determinado la acumulación máxima de penalidades, deberá ser declarada por el Tribunal Arbitral conforme se peticiona.

Artículo 34. Modificaciones al contrato

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

(...)

34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de **hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto.** (...)"

42. En conclusión, precisa la Entidad que, existen suficiente argumento fáctico y jurídicos, para concluir que la Resolución al Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG; subsiste en la carta N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG de fecha 4 de julio de 2022 carece de legalidad validez y eficacia, por los argumentos antes expuestos, por lo que, se deberá declarar nulo la resolución al Contrato N° 058-2017-MDK-FM-LOG.

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

43. Tal y como se ha señalado líneas arriba el Contratista Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C, no contestó la demanda arbitral presentada por la Entidad, por ende, mediante Resolución N° 4 se declaró renuente al demandado.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

44. Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por las partes, en resumen, este Tribunal arbitral advierte que el Contratista presentó la Carta N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, mediante la cual el Contratista comunica la Resolución de Contrato, aludiendo que la Entidad no ha cumplido con sus obligaciones relacionadas al Acuerdo Conciliatorio N° 13-2021 de fecha 24 de mayo de 2021.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

45. Siendo así, nos encontramos que el presente análisis a realizarse versa sobre: (i) la resolución del CONTRATO realizada por EL CONTRATISTA y, en caso corresponda, (ii) el pedido de resolución de contrato por máxima penalidad.

(i) Resolución parcial de CONTRATO realizada por EL CONTRATISTA

46. Respecto a la resolución de contrato, el artículo 135° del REGLAMENTO indica las causales por las cuales las partes pueden proceder con ello:

“Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”

47. Por su parte, el artículo 136° del mismo cuerpo legal, prescribe el procedimiento a seguir:

“Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

mayor a quince (15) días. (...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

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

48. En ese sentido, primero se analizará si EL CONTRATISTA cumplió con el procedimiento de resolución antes citado, y, de ser así se procederá a analizar si LA ENTIDAD efectivamente había incurrido en la causal de incumplimiento de una obligación esencial.

(i) Respecto al procedimiento de resolución de contrato

49. Conforme al artículo 136° antes citado, EL CONTRATISTA tuvo que: (i) requerir mediante carta notarial a LA ENTIDAD el cumplimiento de sus obligaciones esencial en un plazo no mayor a quince (15) días sus obligaciones esenciales, bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO y, (ii) si el incumplimiento continuara resolver EL CONTRATO mediante carta notarial
50. De los medios probatorios presentados por EL CONTRATISTA se advierte que, mediante Carta Notarial No 002-2021, diligenciada notarialmente el 7 de setiembre de 2021, se realizó el apercibimiento a LA ENTIDAD; mientras que, con Carta Notarial N° 069-2022, notificada notarialmente el 7 de julio de 2022, EL CONTRATISTA resuelve EL CONTRATO.
51. Por lo tanto, ELCONTRATISTA sí cumplió con la forma prescrita en el artículo 136° del REGLAMENTO

(ii) Respecto a la configuración de la causal para resolver EL CONTRATO

52. Tal como se advierte del artículo 135° del REGLAMENTO, citado en párrafos anteriores, la normativa restringe al CONTRATISTA la acción de resolución de contrato, permitiéndole ello solo en caso LA ENTIDAD incumpla con sus obligaciones esenciales, pero ¿qué son estas?
53. Pues bien, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato, para mayor abundamiento, resulta pertinente citar el concepto dado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE en la Opinión No 27-2014/DTN:

“2.1.2 En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (solo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato⁴ o a las prestaciones involucradas.

(...)

No obstante, las obligaciones establecidas en las Bases o en un contrato suscrito

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes


bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado no se limitan a ser obligaciones esenciales, pues también pueden detallarse obligaciones no esenciales; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.

Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.”

54. En la presente controversia notamos que, entre las partes con antelación se suscribió un Acta de Conciliación N° 13-2021 donde las partes arriban a los principales acuerdos:

- i) Dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por el CONTRATISTA
- ii) Culminación de la obra
- iii) La Municipalidad asumirá la protección del área correspondiente a la planta de tratamientos residuales.

55. Con fecha 6 de setiembre de 2021, el CONTRATISTA requiere el cumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad bajo apercibimiento de resolver el contrato. Teniendo claro ello, revisemos si las obligaciones que EL CONTRATISTA demanda cumplir a LA ENTIDAD en su apercibimiento se tratan o no de esenciales, y sin están expresadas de modo cierto, así, en la Carta Notarial N° 002-2021 indica:

 Asimismo, según lo estipulado por el Art. 153.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: "La suspensión del plazo da lugar al pago de mayores gastos generales variables, directamente vinculados, debidamente acreditados". Ha transcurrido 35 meses de paralizado la obra y más de 90 días desde que se suscribió el Acta de Conciliación (24/05/2021), donde hasta la fecha mi representada no ha sido notificada con ningún documento por parte de la entidad, el cual informe los avances o decisiones tomadas por parte de su representada; generando malestar y gastos que no están contemplados dentro del expediente, como son los gastos fijos y variables, así mismo generando una pérdida considerable a mi representada, fundamentalmente en el sostenimiento de la carta fianza, por lo que solicito el pago correspondiente.

MANTENIMIENTO DE CARTA FIANZA	
AÑO	MONTO S/.
2018	2,552.76
2019	10,511.04
2020	10,611.04
2021	7,958.28
TOTAL	31,833.12

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

56. EL CONTRATISTA entonces, apercibe a LA ENTIDAD para que cumpla con dos acciones: informe los avances o decisiones tomadas en torno al acuerdo conciliatorio y el pago correspondiente.
57. Asimismo, EL CONTRATISTA no ha presentado documento alguno que permita a esta Tribunal conocer los incumplimientos de la ENTIDAD que generaron que tome la decisión de resolver EL CONTRATO.
58. En ese sentido, al no existir en el expediente ningún documento que permita el análisis respectivo, no es posible que el Tribunal emita pronunciamiento al respecto, de lo cual se deja constancia.
59. Ahora bien, con fecha 26 de mayo de 2022, teniendo ya las condiciones necesarias para el reinicio de obra, la Entidad notifica al CONTRATISTA por comunicación electrónica la Carta N° 259-2022 a efectos de concertar una reunión donde se proceda a suscribir el Acta de reinicio de obra. Sin embargo, el CONTRATISTA con fecha 31 de mayo de 2022 solicita la reprogramación de la reunión por temas familiares.
60. Es por ello, que la ENTIDAD a fin de concluir la obra, acepta y reprograma para el día 3 de junio de 2022, notificando al CONTRATISTA para dicho acto, al cual tampoco llegó por lo que se procedió a dejar establecido que el día 8 de junio se realizaría la visita a la obra.
61. Posteriormente, EL CONTRATISTA con fecha 05 de julio de 2022, resuelve EL CONTRATO indicando:

“1. (...) Mediante Carta Notarial (...), se notificó el incumplimiento de contrato (...) otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles a la ENTIDAD (...) para que cumpla con tomar acciones necesarias respecto a los acuerdos arribados, así como al cumplimiento del pago; por ello, indica que ante la negativa procede a resolver el contrato en los siguientes términos:

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Así mismo, ha transcurrido doce (12) meses desde que se suscribió el Acta de Conciliación N° 013-2021, (Expediente N° 010-2021-VRAEMSOLU) (24/05/2021), y a la fecha la entidad no se ha pronunciado con respecto a lo conciliado; generando malestar y perjuicio a los beneficiarios y a la misma empresa ejecutora; así como el incremento de gastos que no están contemplados dentro del expediente, como son los gastos fijos y variables, generando una pérdida considerable a mi representada, así como el mantenimiento de la carta fianza.

3. CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto y viendo el incumplimiento de obligaciones que vienen ejerciendo usted y sus funcionarios al no cumplir con las cláusulas del Acta de Suspensión de fecha 07/01/2018; así como el incumplimiento de acuerdos pactados mediante acto conciliatorio de fecha 24/05/2021 y amparados en el Artículo 36 de la Ley, el Artículo 135 del RLC y en cumplimiento del Artículo 136 del RLC; comunico a usted Sr. Alcalde de la Municipalidad Distrital de Kimbiri, la **RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 058-2017-MDK-GM-LOG.**, en concordancia al Artículo 177 del Reglamento de Ley de Contrataciones.

62. Respecto al incumplimiento de los acuerdos conciliatorios resulta claro que ello no configura una obligación esencial de LA ENTIDAD, siendo meramente un efecto del servicio contratado y a ejecutar; por lo tanto, no es una razón válida para resolver el contrato, más aún cuando se advierte que la ENTIDAD realizó las acciones necesarias para continuar con la ejecución de la obra, sin embargo, se advierte que el CONTRATISTA actuó de manera pasiva y negligente pues lejos de acercarse a suscribir el acta de reinicio de obra pidió la reprogramación de la misma sin motivos justificados y aun cuando la ENTIDAD accedió a fin de continuar con la ejecución de obra, el CONTRATISTA no participó ni suscribió el reinicio de la misma.
63. En cuanto a la regularización de los pagos, estos están sujetos a periodos de valorizaciones como contraprestación de la obra ejecutada, por ello, que en el contrato de referencia de manera taxativa se indica que si quedara saldo pendiente este sería pagado en la liquidación de obra y en caso de retraso en el pago de valorizaciones por razones imputables a la Entidad, el Contratista deberá efectuar una valorización de intereses y el pago se efectuará en las valorizaciones siguientes, tal como se indica a continuación:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA, en SOLES en PERIODOS DE VALORIZACIÓN, de manera mensual, conforme a lo previsto en la sección específica de las bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de la liquidación del contrato de obra, en el plazo de TREINTA (30) días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

En caso de retraso en el pago de las valorizaciones, por razones imputables a LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales efectivos, de conformidad con el artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para tal efecto, se formulará una valorización de intereses y el pago se efectuará en las valorizaciones siguientes.

64. Por otro lado, tal como menciona la Entidad, los acuerdos relacionados a actas de conciliación no forman parte del contrato; sin embargo, dichos acuerdos si resultan ser obligaciones entre las partes, siempre que tienen el carácter de título ejecutivo tal como menciona el Art. 18 de la Ley de Conciliación (Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley N° 31165, publicada el 13 de abril de 2021.

“Artículo 18. Mérito y ejecución del Acta de Conciliación”

El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título ejecutivo. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutan a través del Proceso Único de Ejecución”.

65. Es menester precisar que, este Tribunal Arbitral considera que, el CONTRATISTA ante el incumplimiento de la Entidad debió de ejecutar el acta conciliación en la instancia que corresponde -Poder Judicial- y no decretar de forma unilateral que al no haberse cumplido lo acordado en el acta de conciliación queda sin efecto y/o sin validez legal, como lo señala en la parte *in fine del apercibimiento de resolución de contrato*.
66. Siendo ello así, y apreciando que el Contratista de manera maliciosa efectuó la resolución de contrato sin una causal válida; este Tribunal Arbitral no aprecia elementos suficientes que justifiquen declarar la validez de la decisión optada por el Contratista, mediante Carta N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG, de fecha 4 de julio de 2022.
67. Por tanto, este Tribunal Arbitral decide amparar el primer punto controvertido y por ende, se declare **FUNDADA** la primera pretensión presentada por la Entidad. Y en consecuencia, declarar la invalidez e ineficacia de la resolución del Contrato N° 058-

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

2017-MDK-GM-LOG, efectuada por el Contratista mediante Carta N° 069-2022-
INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG.

b. Resolución de contrato por acumulación de máxima penalidad:

68. En principio debe señalar que, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista puede determinar que la Entidad decida aplicarle penalidades y/o resolver el contrato.
69. Así las penalidades que la Entidad puede aplicar al Contratista son las que se encuentran reguladas en los artículos 165 y 166 del RLCE estas son penalidad por mora en la ejecución de la prestación y "otras penalidades".
70. Al respecto, en relación con la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", el primer párrafo del artículo 165 del RLCE precisa que: En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al Contratista una penalidad por cada día de atraso, por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
71. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el presente caso el demandante respecto a este punto controvertido, ha señalado que el Contratista injustificadamente ha incurrido en atraso, siendo que el día 27 de mayo de 2022, se suscribió el reinicio de la obra, para lo cual efectuó el cálculo de acuerdo a la establecido en el RLCE, señalando que el Contratista ha incurrido en un máximo de penalidad de S/ 263 047.46 soles.
72. En virtud a ello, corresponde a este Tribunal verificar de acuerdo a la Ley de Contrataciones con el Estado y su reglamento, si en efecto, el Contratista ha incurrido o no en penalidad por atraso injustificado, efectuar el cálculo correspondiente a fin de determinar el monto de la penalidad.
73. Entonces, este Tribunal precisa que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, será injustificado cuando no se haya solicitado ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento -artículo 200° para el caso de obras-.
74. En ese sentido, de la revisión de los elementos probatorios, este Tribunal puede observar del contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG que se establece que el plazo para la ejecución del contrato en ciento cinco (105) días calendario adicionando la ampliación de plazo adicional N° I.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

75. Se desprende asimismo del análisis del caso en concreto y de los acervos probatorios que con el reinicio de la obra el 27 de mayo de 2022, el Contratista contaba con un plazo restante de 16 días para culminar con la ejecución de la obra la cual venció el día 11 de junio de 2022, por lo tanto, a partir del 12 de junio el Contratista viene incurriendo en un retraso injustificado sujeto a penalidad por mora, el cual al 16 de julio de 2022 llegó a superar el monto máximo de 10% al contrato vigente.

76. Habiendo quedado acreditado el retraso injustificado por parte del Contratista en la ejecución de la obra, corresponde efectuar el cálculo en base a la fórmula prevista en el artículo 165 del Reglamento que establece la fórmula que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al Contratista:

Dicha fórmula considera como elementos de cálculo al “monto” y al “plazo” de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que “Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucrarán obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso”¹

77. Así el monto acumulado en penalidad es de S/ 263 047.46 soles es decir el 10% del monto de contrato, lo máximo que según la normativa se puede acumular.

78. Por lo antes desarrollado, este Tribunal del análisis de lo alegado por el demandante en su escrito de demanda y de la revisión de los elementos probatorios aportado por este y considerando que el demandado no se ha contestado la demanda ni ha aportado medios probatorios no existe contradicción alguna a lo sostenido por el demandante, por ende, resuelto el contrato bajo la causal de acumulación de máxima penalidad.

IV.4- ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare la Resolución del Contrato por causa imputable a la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C.

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

79. La Entidad señala que, como consecuencia de la declaratoria de resolución del contrato por la causal de acumulación máxima de penalidades, imputable al Contratista se deberá ordenar a la empresa INVERSIONES MEDINA CONSTRUCTORA Y CONSULTORA SAC, representada por su actual gerente general Fermín Medina Jorge, el pago por

¹ Opinión N° 138-2015/DTN

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

concepto de reparación Civil, ascendente a la suma de S/ 360,852.17 trescientos sesenta mil ochocientos cincuenta y dos con 17/100 soles.

Continúa indicando que, conforme a la cláusula decima sexta del contrato N° 058- 2017 – MDK- GM-LOG, se estableció, que “cuando se resuelva el contrato por causas imputables a algunas de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados,

ITEM	DESCRIPCION	EXP. TECNICO		VALORIZACION N° 09	ACTA DE CONSTATAACION	DIFERENCIA	
		UND.	METRADO			METRADO	METRADO
			CONTRACTUAL				
02.01.01.05	BUZONES DE CONCRETO						
02.01.01.05.04	BUZON DE CONCRETO H= 2.50 - 3.00	und	6.00	6.00	3.00	3.00	54,996.48
02.01.01.05.06	BUZON DE CONCRETO H= 3.50 - 4.00	und	2.00	2.00		2.00	15,914.72
02.01.01.05.07	BUZON DE CONCRETO H= 4.00 - 4.50	und	1.00	1.00		1.00	4,418.36
02.01.01.05.08	BUZON DE CONCRETO H= 4.50 - 5.00	und	3.00	3.00	1.00	2.00	29,150.34
	COSTO DIRECTO						S/104,479.90
	GASTOS GENERALES		17.59%				S/18,372.85
	UTILIDAD		10.00%				S/10,448.01
	SUB TOTAL						S/133,300.76
	IGV		18.00%				S/1,880.64
	PRESUPUESTO TOTAL						S/135,181.40

Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C. ha ejecutado la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua potable y Alcantarillado en la Comunidad de Sirenachayocc del Centro Poblado Lobo Tahuantinsuyo, distrito de Kimbiri- La Convención Cusco”; sin ceñirse en estricto cumplimiento y/o conformidad a los planos y las especificaciones técnicas del expediente técnico de la obra “Mejoramiento y Ampliación del sistema de Agua potable y Alcantarillado en la Comunidad de Sirenachayocc del Centro Poblado Lobo Tahuantinsuyo, Distrito de Kimbiri- La Convención Cusco” de CUI N° 2195467; hecho que se puede evidenciar con precisión en la valorización de la partida 02.01.01.05 buzones de concreto, donde el Contratista valorizó metrados de buzones sin haberlas ejecutado, generando un perjuicio económico hasta de S/135 181.40 soles.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

80. Asimismo, precisa que, todos los buzones construidos presentan un diámetro exterior inferior a 1.60m y espesor de losa de techo de buzón menor a 0.20m, cuando el expediente técnico conforme al plano de detalle precisa un diámetro exterior de 1.60m y un espesor de losa de techo de 0.20m siendo incongruente a lo detallado en el plano; en tal contexto, se evidencia fehacientemente que existe situación de incumplimiento que ha generado un perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Kimbiri hasta por el monto de S/ 135 181.40 soles al haberse valorizado trabajos no ejecutados.

81. Por otro lado, alega que, revisado el acervo documentario de obra se ha verificado que en la valorización de obra principal N° 7, 8 y 9 correspondientemente al mes de agosto, septiembre y octubre de 2018 respectivamente el contratista incluyó valorizaciones de mayores metrados que fueron aprobados mediante Resolución Gerencial Municipal N° 400-2018-MDK/GM de manera irregular puesto que, no se ha ceñido al procedimiento citado en el numeral 175.10 del artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable a dicho contrato; induciendo a un pago de mayores metrados, hasta por el monto acumulado de S/ 225 670.77 soles.

DESCRIPCION	MONTO PAGADO POR MAYORES METRADOS
COSTO DIRECTO	S/149,897.17
GASTOS GENERALES	S/26,359.51
UTILIDAD	S/14,989.74
SUB TOTAL	S/191,246.42
IGV	S/34,424.36
PRESUPUESTO TOTAL	S/225,670.77

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

82. Asimismo, señala que, al haberse encontrado debidamente sustentadas las pretensiones principales y declaradas fundadas las mismas; las pretensiones accesorias acumuladas deberán ampararse también, como consecuencia de las mismas.

83. El Demandante ampara sus pretensiones en las cláusulas establecidas en el Contrato N° 058-2017-MDK-GM-LOG, que establecen las obligaciones del Contratista, así como las bases iniciales e integradas del Proceso de Selección, de conformidad con lo establecido en los artículos dispuestos en la ley de contrataciones del estado (Ley N° 30225) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 344-2018-EF), que a su letra señala:

“Artículo 135.- Causales de Resolución

La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”.

“Artículo 136.- Procedimiento de resolución de contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días.

En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

notarial la decisión de resolver el contrato. -El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

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

La resolución parcial solo involucra aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea reparable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad que parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no haberse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

Artículo 133.- Penalidades por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidades diarias} = 0.10 \times \text{monto} \\ \text{F} \times \text{plazo en días}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días;
 - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Tal y como se ha señalado líneas arriba el Contratista Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C, no contestó la demanda arbitral presentada por la Entidad, por ende, mediante Resolución N° 4 se declaró renuente al demandado.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Debido a que esta pretensión se encuentra vinculada estrechamente a las dos pretensiones resueltas líneas arriba, este Tribunal declara resuelto el contrato por causas imputables al Contratista, en consecuencia, FUNDADA esta pretensión.

VI.7- ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral, como consecuencia declaratoria de Resolución del Contrato por la causal de acumulación máxima de penalidades, imputable al contratista; ordene a la Empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C. representada por su actual gerente general Fermín Medina Jorge, el pago por concepto de reparación civil, ascendiente a la suma de S/ 360.852.17 (trescientos sesenta mil ochocientos cincuenta y dos con 17/100).

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

Si bien es cierto, alega la Entidad que, el Contratista comunica a la entidad, la resolución del contrato el 07 de julio del 2022; fecha hasta la cual se había acumulado la penalidad por mora por el monto de S/ 193,417.25 equivalente al 7.5 %, el cual se detalla en el siguiente cuadro:

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

CALCULO DE LA PENALIDAD POR MORA		
Del 12/06/2022 hasta el 07/07/2022		
Monto de Contrato Vigente	2,576,319.25	Soles
Plazo contratado inicial	180	días
Ampliación de plazo N° 01	42	
Plazo Contractual	222	días
F	0.15	
penalidad diaria	7,736.69	Soles
Tope de Multa 10 %	257,631.93	Soles
Periodo de Multa	25.00	días
inicio de periodo de mora	12/06/2022	
fecha de acumulación de máxima penalidad	07/07/2022	
Penalidad acumulado hasta el 07/07/2022	193,417.25	Soles

Sin embargo, al considerarse que la resolución de contrato de obra practicada por el contratista carece de eficacia y por ende siendo nula; la acumulación de la penalidad por mora a continuado acumulándose de manera automática llegando a superar el tope máximo al 16 de julio del 2022, causal que motiva la resolución del contrato de obra por acumulación máxima de penalidades.

CALCULO DE LA PENALIDAD POR MORA		
Del 12/06/2022 hasta el 16/07/2022		
Monto de Contrato Vigente	2,576,319.25	Soles
Plazo contratado inicial	180	días
Ampliación de plazo N° 01	42	
Plazo Contractual	222	días
F	0.15	
penalidad diaria	7,736.69	Soles
Tope de Multa 10 %	257,631.93	Soles
Periodo de Multa	34	días
inicio de periodo de mora	12/06/2022	
fecha de acumulación de máxima penalidad	16/07/2022	
Penalidad acumulado hasta el 16/07/2022	263,047.46	Soles

Por tanto, indica la Entidad que, la SEGUNDA PRETENSÓN PRINCIPAL de la presente demanda, al haberse sustentando fácticamente de manera coherente y determinado la acumulación máxima de penalidades, deberá ser declarada por el Tribunal Arbitral conforme se peticiona.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Artículo 34. Modificaciones al contrato

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

(...)

34.10 Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. (...)"

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

Como se ha señalado líneas arriba el Contratista Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C, no contestó la demanda arbitral presentada por la Entidad, por ende, mediante Resolución N° 4 se declaró renuente al demandado.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. En el presente punto, tomando en consideración que la Entidad no ha aportado mayores elementos probatorios que muestren el daño causado a su representada, el Tribunal no encuentra razones suficientes para disponer el pago de reparación civil.
2. Este Tribunal Arbitral desestima el cuarto punto controvertido, por lo que declara **INFUNDADO** la segunda pretensión accesoria, por lo que no corresponde ordenar el pago por concepto de reparación civil.

VI.8- ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (ACCESORIA)

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene y/o disponga la ejecución de la

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

*carta fianza de fiel cumplimiento, equivalente al 10% del monto contractual (S/ 257, 631.93)
CARTA N° 1127, emitido por CHUBB seguros Perú S.A. otorgado por la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C. a favor de mi representada Municipalidad Distrital Kimbiri.*

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

De la revisión de la demanda se advierte que, al ser una pretensión accesorio, se ha solicitado como consecuencia alternativa en caso se declaren fundadas sus primeras pretensiones.

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

Como se ha señalado líneas arriba el Contratista Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C, no contestó la demanda arbitral presentada por la Entidad, por ende, mediante Resolución N° 4 se declaró renuente al demandado.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal considera oportuno dejar constancia que al momento de analizar este punto controvertido ha tenido en cuenta todo lo manifestado por las partes y así como los documentos aportados en el desarrollo del presente proceso arbitral.

Sobre la pretensión planteada, debe tenerse presente que el artículo 158° del RLCE, establece: **“Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.**

De lo expuesto, se advierte que, a efectos de garantizar el cumplimiento del contrato, la normativa de contrataciones del Estado exige, como requisito para su celebración, la presentación de una garantía de fiel cumplimiento del contrato, equivalente al diez por ciento

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

(10%) del monto contractual².

Es de precisar, que el término garantía contiene en esencia la finalidad de brindar seguridad, protección o certeza sobre algo. En este contexto, la Ley y su Reglamento, normas que tienen como objetivo principal lograr la contratación eficiente de bienes, servicios y obras para que las Entidades del Sector Público puedan cumplir con sus funciones encomendadas frente a la comunidad, ha regulado las garantías que los postores y/o contratistas deben presentar durante un proceso de contratación pública³.

Así, la garantía de fiel cumplimiento tiene por finalidad desincentivar el incumplimiento injustificado del contratista, así como asegurar a la Entidad una reparación económica en caso este incumpla el contrato⁴.

Del mismo modo, se tiene que la garantía de fiel cumplimiento cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva por cuanto lo que pretende es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato (y/o en la Ley y en el Reglamento), y, en su caso, a la ejecución de las garantías presentadas por él. Es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista⁵.

Rodríguez Manrique describe la obligatoriedad de la Garantía de Fiel Cumplimiento y la vigencia de la misma hasta la conformidad de la recepción de la prestación, de la siguiente manera:

*“La garantía de fiel cumplimiento constituye un requisito indispensable para la suscripción y perfeccionamiento del contrato. En ese sentido, si bien el contrato de garantía que suscriban el contratista y el tercero garante tiene naturaleza accesorio, la obligación de prestar dicha garantía, forma parte de la relación obligacional principal (el contrato) y es consustancial a ella.
(...)”*

Por su parte, la vigencia de esta garantía debe extenderse: (i) para la adquisición de bienes y contratación de servicios, hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del

² Opinión N° 043-2010/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

³ Ver: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m4a.pdf. Consulta: 28.11.2018

⁴ Opinión N° 043-2010/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

⁵ Opinión N° 025-2011/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

contratista (...)

(...) la obligación de mantener vigente la garantía hasta la conformidad de la recepción de la prestación o la conformidad del consentimiento de la liquidación final, según sea el caso, “no implica que el contratista deba otorgar desde el primer momento una garantía con fecha de vigencia hasta tal conformidad o consentimiento, en primer lugar porque tal circunstancia no involucra una fecha exacta y por lo tanto no resulta previsible; y, segundo, porque el propósito de dicha obligación es que la entidad encuentra cubierto su riesgo de modo permanente, durante el período con el cual se vinculó con el contratista (...)”⁶

Adicionalmente, debe advertirse que este tipo de garantía posee características, tales como, exigibilidad, oportunidad de presentación, monto, y, vigencia. En el caso de esta última, se determina que la garantía debe tener vigencia, en el caso de servicios hasta la conformidad de la recepción⁷, dado que, en el caso que exista algún incumplimiento por parte del contratista la Entidad pueda contar con una reparación económica por el incumplimiento en mención de conformidad con la finalidad de la misma.

En este escenario, habiendo definido que la Garantía de Fiel Cumplimiento tiene como finalidad asegurar la indemnización que por cualquier daño y/o perjuicio del Contratista, la Entidad pueda sufrir durante la ejecución del contrato, corresponde tener presente el artículo 164° del Reglamento que señala lo siguiente:

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

(...)

- 1. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual, la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida (...).”*

En esta medida, la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento será válida siempre que la resolución de contrato –independientemente de que sea total o parcial– haya quedado consentida; es decir, el acto resolutorio no haya sido objeto de impugnación a través del proceso arbitral correspondiente.

⁶ RODRÍGUEZ MANRIQUE, Carlos. *Las Garantías en la Ley de Contrataciones del Estado*. RDA – Círculo de Derecho Administrativo. Núm. 7. Lima, 2009. Pág.149.

⁷ Ver: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m4a.pdf. Consulta: 28.11.20158

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

En este escenario, tenemos que al haber declarado el Tribunal Arbitral la resolución de contrato por máxima penalidad, en consecuencia, la Entidad queda facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento, por ende, FUNDADO el pedido de ejecución de carta fianza.

VI.9- ANÁLISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene que los gastos arbitrales sean asumidos en su integridad por la empresa Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C.; en consecuencia, ordene el reembolso de los gastos arbitrales, a favor de la Municipalidad Distrital de Kimbiri.

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

Respecto de este sexto punto controvertido, el DEMANDANTE ha solicitado como petitorio que sea el Contratista quien asuma todos los costos y gastos que se ha incurrido en el presente proceso arbitral, debido a que el presente proceso arbitral se ha instaurado gracias al irregular accionar de este.

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

Como se ha señalado líneas arriba el Contratista Inversiones Medina Constructora y Consultora S.A.C, no contestó la demanda arbitral presentada por la Entidad, por ende, mediante Resolución N° 4 se declaró renuente al demandado.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En lo que respecta al presente punto controvertido, es necesario señalar que la regla general dicta que la asunción de costos y gastos arbitrales lo efectúa la parte vencida, debido que por su accionar indebido o irregular se tiene por consecuencia el proceso arbitral, ello es de conformidad al numeral I del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, para mayor énfasis transcribimos la citada disposición:

“Decreto legislativo N° 1071

[...]

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

I. 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”.

Por otro lado, el Reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE, en cuanto a los costos y gastos arbitrales establece las siguientes disposiciones:

“Reglamento del Centro de Arbitraje

[...]

Costos del Arbitraje

“Artículo 70°.-

Definición que se le otorga a los siguientes conceptos:

- a) Los honorarios profesionales de los árbitros.
- b) Los gastos administrativos del Centro:
 - i. Tasa por presentación de la Solicitud de arbitraje, que será regulada en el anexo I al presente reglamento.
 - ii. Tasa por designación de árbitro, que será regulada en el anexo I al presente reglamento.
 - iii. Tasa administrativa por servicio de administración de arbitraje del Centro, que será determinada en función de la cuantía del arbitraje o de la sumatoria de todas las pretensiones sean de naturaleza determinada o indeterminada.”

[...]

“Artículo 79.-

I. En el laudo el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes deberá pagarlos y/o en que proporción deberán repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.

2. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

sentido del laudo, la actitud asumida por las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesta, practicada por cualquiera de las partes.

3. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por los árbitros de oficio y los gastos administrativos del Centro”.

(Subrayado y resaltado nuestro)

Atendiendo a lo expuesto, se debe tener en cuenta que el Reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE ha otorgado la potestad al Tribunal de determinar en el Laudo Arbitral el sentido de la condena respecto de los costos y gastos arbitrales, así como los conceptos que se deben considerar como tales.

Siendo ello así, en el presente proceso arbitral, se han presentado tres pretensiones principales, incluyendo la presente, y una accesoria, siendo que el DEMANDANTE ha obtenido la razón en dos de las pretensiones principales incoadas y por consecuencia lógica, respecto de la accesoria también, evidenciándose que ha sido el actuar irregular del Demandado la que originó el presente proceso arbitral, siendo así, resulta fundado el proceder a condenar a la Contratista respecto de los costos y gastos arbitrales.

Sin embargo, es necesario precisar que la DEMANDANTE no ha propuesto mayores medios probatorios tendientes a demostrar otros costos incurridos en el presente arbitraje, distintos a los consignados en los literales a) y b) del artículo 70° del Reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE, razón por la cual la condena al CONTRATISTA solo podrá abarcar al resarcimiento de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del CENTRO DE ARBITRAJE, todo lo cual ascienden a las cantidades de S/41 481.03 soles y S/. 14 208.87 (incluido IGV), respectivamente, que deberán ser devueltas por la Contratista a favor del DEMANDANTE.

FALLO:

Por las consideraciones jurídicas expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071, y estando a los respectivos fundamentos de hecho y derecho, el Tribunal Arbitral, dentro del plazo correspondiente **LAUDA EN DERECHO:**

Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

PRIMERO: Declarar **FUNDADO** el primero punto controvertido y primera pretensión de la demanda presentada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**, y en consecuencia, **DECLÁRESE** la invalidez e ineficacia de la resolución contractual presentada por la demandada **INVERSIONES MEDINA CONSTRUCTORA Y CONSULTORA S.A.C.**, efectuada mediante Carta N° 069-2022-INVERSIONES MEDINA & SAC-FMJ/GG.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADO** el segundo punto controvertido, y segunda pretensión de la demanda presentada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**; por lo que, corresponde declarar la resolución contractual por la causal de acumulación máxima de penalidades

TERCERO: En consecuencia, al resolutivo precedente, corresponde declarar **FUNDADO** el tercer punto controvertido y primera pretensión accesoria de la demanda presentada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**; por lo que, corresponde declarar la resolución contractual por causas imputables al Contratista.

CUARTO: Declarar **FUNDADO** el cuarto punto controvertido, y segunda pretensión accesoria de la demanda presentada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**; por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral ordene el pago por concepto de reparación civil, ascendiente a la suma de S/ 360.852.17 (trescientos sesenta mil ochocientos cincuenta y dos con 17/100).

QUINTO: Declarar **INFUNDADO** el quinto punto controvertido, y tercera pretensión accesoria de la demanda presentada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**; por lo que no corresponde que el Tribunal Arbitral disponga la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento equivalente al 10%.

SEXTO: Declarar **FUNDADO** el sexto punto controvertido, y cuarta pretensión accesoria de la demanda presentada por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE KIMBIRI**; en consecuencia, **DETERMINAR** que sea el **CONTRATISTA** quien asuma la totalidad de los gastos arbitrales incurridos en el presente proceso.

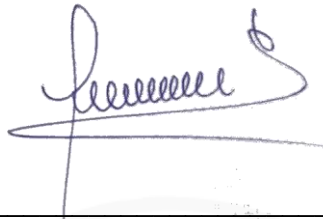
Proceso Arbitral N° 013-2022- ACIR INTERNACIONAL

PRESIDENTE: Pedro Alvarado Guerrero

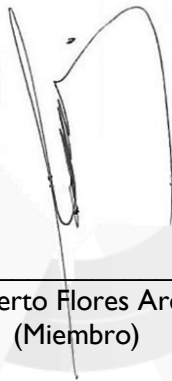
MIEMBRO: Humberto Flores Arévalo

MIEMBRO: Juan Manuel Rivera Paredes

En caso que exista limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente laudo en el SEACE, a solicitud simple del Tribunal Arbitral, el secretario arbitral deberá requerir ante el director del SEACE la publicación del presente laudo en el SEACE, para cuyo efecto cuenta desde este momento con la expresa autorización del árbitro único.



Pedro Alvarado Guerrero
(Presidente)



Humberto Flores Arévalo
(Miembro)



Juan Manuel Rivera Paredes
(Miembro)



Fiorella Ramírez Culquicondor
Secretaria Arbitral