

CARTA N° 60-DS/P.A.064-2020/CEAR.LATINOAMERICANO

Lima, 1 de marzo de 2022

Señores:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO

Dirección Electrónica: mesadeparteshvirtual@munisanisidro.gob.pe;
jessica.alachemsi@gmail.com; jessica.alache@munisanisidro.gob.pe;
luigino.ugazmsi@gmail.com; eduardo.bocanegramsi@gmail.com;
luigino.ugaz@munisanisidro.gob.pe; eduardo.bocanegra@munisanisidro.gob.pe

Atención: Procuraduría Pública

Referencia: Proceso Arbitral N° 064-2020-CEAR.LATINOAMERICANO
“Consortio Los Nogales y Municipalidad Distrital de San Isidro”.

De mi consideración,

Sirva el presente para saludarlos cordialmente y, a la vez, remitirles lo que detallo a continuación:

1. Laudo Arbitral, emitido el 1 de marzo de 2022, en veintinueve (29) folios.

Se le envía un total de veintinueve (29) folios.

Agradeciéndoles por su atención, me despido manifestándoles mi más alta consideración y estima personal.



 AIDALÍA SERRUTO MONTERO
SECRETARÍA ARBITRAL

Caso Arbitral: N° 064-2020-CEAR.LATINOAMERICANO

Consortio Los Nogales
(CONSORCIO)

vs.

Municipalidad Distrital de San Isidro
(ENTIDAD)

2022 MAR -1 PM 3:35
FOLIO 29
RECIBIDO
FIRMA
RECIBIDO NO IMPRIMA
CONFIRMADO

CEAR LATINOAMERICANO
RECIBIDO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Rony Salazar Martínez

Julia Rosa Farfán Peña

Luis Puglianini Guerra

Secretaría Arbitral

Ghandi Quesñay Chavesta

Lima, 21 de febrero de 2022

Resolución N° 25:

Lima, 28 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 16 de setiembre de 2010, se suscribió el Contrato N° 0103 para el "Mejoramiento del Complejo Deportivo Municipal en el Sector 2, Sub-Sector 2-7, Distrito de San Isidro"; este último, corresponde a la Municipalidad Distrital de San Isidro.

Con relación al contrato en mención, en su cláusula décimo novena se establecía lo siguiente:

CLÁUSULA VIGESIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.

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 e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

Asimismo, las partes acuerdan que, en caso de controversia, el arbitraje será de tipo Institucional, conforme a lo previsto en el artículo 215, y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; concordante con el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.

II. DESARROLLO DEL PROCESO



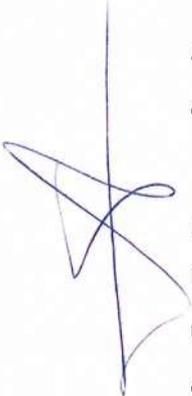
1.- Con fecha 08 de setiembre del 2020, se emitió la Decisión Arbitral N° 01, en donde se resolvió entre otros, tenerse por instalado el Tribunal Arbitral, compuesto por los abogados Rony Salazar Martinez, en calidad de presidente del Tribunal Arbitral, y Mique Napoleón García Orillo y Luis Puglianini Guerra, en la calidad de árbitros, quienes se encargarían de resolver la presente controversia. Asimismo, se otorgó al Consorcio el plazo de diez días hábiles para cumplir con presentar su demanda arbitral.



2.- Mediante Decisión Arbitral N° 02, se tiene por aceptada la renuncia del árbitro Mique Napoleón García Orillo.

3.- Mediante Decisión Arbitral N° 03, se reconforma el Tribunal Arbitral, con la permanencia de los árbitros, Rony Salazar Martinez, Julia Rosa Farfán Peña y Luis Puglianini Guerra.

4.- Con escrito de fecha 29 de octubre del 2020, el Consorcio, presentó su demanda arbitral, la misma que fue declarada inadmisibile.



5.- Con del 09 de noviembre del 2020, el Consorcio subsana demanda, siendo admitida mediante Decisión Arbitral N° 5. Asimismo, se ordena correr traslado al Demandado por un plazo de veinticinco (25) días hábiles para que ejerza su derecho de presentar su contestación de demanda, de conformidad con lo regulado en el artículo 36° del Reglamento Procesal de Arbitraje de CEAR LATINOAMERICANO, pudiendo formular reconvencción dentro de dicho plazo.

6.- Con fecha 21 de diciembre de 2020, la ENTIDAD a través de su Procurador Público, presenta su contestación de demanda y deduce excepciones.

7.- Mediante Decisión Arbitral N° 06, se formuló observaciones a sus medios probatorios otorgándole un plazo de tres (03) días hábiles para que subsane las mismas.

8.- Con fecha 30 de diciembre del 2020 la ENTIDAD, subsana escrito de contestación.

9.- Mediante Decisión Arbitral N° 07 se ordenó poner en conocimiento y correr traslado al demandante a fin de que dentro del plazo de diez (10) días hábiles, por equidad, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.

10.- Posteriormente, con escrito del 26 de enero del 2021 el Consorcio presenta escrito de Absolución de Excepciones y Acumulación de pretensiones y con escrito del 26 de enero del 2021 subsana el escrito anterior.

11.- Mediante Decisión Arbitral N° 08 se ordenó correr traslado a la Entidad para que dentro del plazo de veinticinco (25) días hábiles cumpla con contestarla, asimismo, se reservó el pronunciamiento respecto de las excepciones deducidas por la Entidad en su escrito del 21 de diciembre del 2020 hasta que se cumpla el plazo otorgado de pronunciarse sobre la acumulación de pretensiones presentada por el Consorcio.

12.- En respuesta, la Entidad cumple dentro del plazo y presenta escrito de fecha 09 de marzo del 2021 absolviendo el traslado conferido contestando a la acumulación de pretensiones formulada por la contraparte y deduciendo excepciones contra estas.

13.- Mediante Decisión Arbitral N° 09 se ordenó correr traslado al Consorcio las excepciones deducidas por la Entidad, para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho, asimismo, se consideró reservar el

pronunciamiento respecto a las excepciones deducidas por la Entidad en su escrito del 21 de diciembre del 2020 hasta vencerse el plazo otorgado al Consorcio para pronunciarse sobre las nuevas excepciones deducidas por la contraparte contra sus pretensiones acumuladas.



14.- con fecha 25 de marzo de 2021, el Consorcio, absuelve las excepciones y contestación de la demanda.

15.- Mediante Decisión N° 10 se cita a las partes para audiencia especial de ilustraciones de excepciones.



16.- Con fecha, 30 de abril del 2021 se llevó a cabo la Audiencia Virtual de Ilustración de Hechos sobre Excepciones, en donde ambas partes expresaron sus argumentos y respondieron a las interrogantes del tribunal arbitral.

17.- Mediante Decisión Arbitral N° 11, se declaró Fundada la excepción de oscuridad y ambigüedad contra las pretensiones de la demanda, otorgándole al Consorcio el plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con aclarar sus pretensiones y fundamentos fácticos, así mismo, se Reservó el pronunciamiento respecto a las excepciones de caducidad y cosa juzgada contra la demanda y acumulación de pretensiones hasta antes de emitir el laudo o conjuntamente con él.

18.- Con escrito de fecha 12 de mayo del 2021 el Consorcio presentó escrito formulando Recurso de Reconsideración y otros,



19.- Mediante Decisión Arbitral N° 12, se dispuso a correr traslado a la Entidad, quien absolvió el traslado con el escrito de fecha 01 de junio de 2021.

20.- Mediante Decisión Arbitral N° 13, se declaró INFUNDADA la reconsideración, por lo que se le otorgó por última vez al Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles para que

cumpla con aclarar sus pretensiones bajo apercibimiento de excluir del proceso las pretensiones que se mantengan oscuras o ambiguas.

21.- Con fecha 30 de julio del 2021 el Consorcio cumple con aclarar sus pretensiones.

22.- Mediante Decisión Arbitral N° 14 se decide ADMITIR la primera y segunda pretensión de la demanda.



23.- Con fecha 23 de agosto del 2021, la Entidad presenta escrito de contestación y asimismo formula excepciones de caducidad y de cosa juzgada a la primera y segunda pretensión de la demanda.



24.- Mediante Decisión Arbitral N° 15 de fecha 24 de agosto del 2021 se tienen presente la contestación y las excepciones deducidas por la Entidad, ordenando se corra traslado las mismas al Consorcio para que dentro de un plazo de cinco días (05) cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.

25.- Con fecha 02 de setiembre del 2021 el Consorcio cumple y presenta escrito absolviendo las excepciones deducidas por la Entidad.

26.- Mediante Decisión Arbitral N° 16, se tiene por presentada la absolución a las excepciones de Caducidad y Cosa Juzgada. Asimismo, se reserva el pronunciamiento a las excepciones mencionadas hasta antes de emitir el laudo arbitral o conjuntamente con él.



27.- Con fecha 26 de setiembre de 2021 el Consorcio varía pretensiones de la acumulación de pretensiones.

28.- Mediante Decisión Arbitral N° 17, se tiene presente la variación y se pone a conocimiento de la Entidad.

29.- Con fecha 27 de setiembre de 2021, la Entidad absuelve el conocimiento de la variación de pretensiones.

30.- Mediante Decisión Arbitral N° 18 se declara procedente la modificación de pretensiones de la demanda.

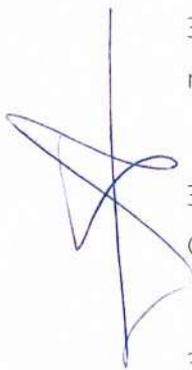


31.- Con fecha 12 de octubre del 2021, la Entidad formula reconsideración contra la Decisión Arbitral 18.



32.- Mediante Decisión Arbitral N° 19 se corre traslado de la reconsideración al CONSORCIO.

33.- Con fecha 19 de octubre del 2021, la Entidad contesta a las pretensiones de modificación y deduce excepciones de caducidad y de cosa juzgada.



34.- Con fecha 20 de octubre del 2021, el Consorcio, absuelve el traslado de reconsideración.

35.- Mediante Decisión Arbitral N° 20 se resuelve corre traslado de las excepciones al CONSORCIO.

36.- con fecha 28 de octubre de 2021, el Consorcio absuelve el traslado de las excepciones.

37.- Mediante Decisión Arbitral N° 21 se declara infundada la reconsideración de la ENTIDAD y se reserva el pronunciamiento de las excepciones.

38.- Mediante Decisión Arbitral N° 22, se fijaron los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios, se declara el cierre de la etapa probatoria, se solicita alegatos y se convoca para audiencia de informes orales.

39.- Con fecha 23 de diciembre de 2021, la Entidad y el Consorcio cumplen con presentar alegatos.

40.- Mediante Decisión Arbitral N° 23 se tiene por presentados los alegatos de las partes y se deja constancia que los medios probatorios del consorcio son los detallados en el considerando tercero de la decisión.

41.- con fecha 14 de enero de 2022, se lleva a cabo la audiencia de informes orales con la asistencia del tribunal y las partes. Asimismo, el Tribunal Arbitral fija plazo para laudar.

42.- Mediante Decisión Arbitral N° 24, se prorroga el plazo para laudar

III.-PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Mediante Decisión Arbitral N° 22, se determinaron las cuestiones controvertidas del proceso, conforme a los siguientes:

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare retraso justificado en la ejecución de adicionales de obra, puesto que la Entidad no aprobó ampliaciones de plazo para ejecutarlos al amparo del artículo 175° del D.S. N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que no procede la aplicación de penalidades al Contrato de Ejecución de Obra N° 103, conforme lo dispone el artículo 165° del D.S N° 184-2008-EF, reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare el consentimiento de la Liquidación presentada mediante Carta recibida el 25 de setiembre del 2020, en consecuencia, se ordene el pago del saldo a favor por el monto de s/. 814,575.70, al amparo del artículo 211º del D.S N° 184-2008-EF del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, en consecuencia, asuma el mayor costo de las cartas fianzas desde el consentimiento de la Liquidación final de Obra de fecha 24 de noviembre de 2020 hasta la fecha de devolución, cuyo costo por renovación es de S/. 16, 300.92, al amparo del artículo 158ª del D.S. N° 184-2008-EF del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de las costas (gastos de honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta legales correspondientes.

IV.- SOBRE LAS EXCEPCIONES DE CADUCIDAD Y COSA JUZGADA:

Antes de resolver los puntos en controversia, corresponde al Tribunal Arbitral, pronunciarse respecto a las excepciones de caducidad y cosa juzgada deducidas por la Entidad contra las pretensiones del Consorcio a fin de verificar si corresponde emitir un pronunciamiento de fondo, dado que las excepciones deducidas son carácter perentorias y definitivas, razón a ello se realiza el siguiente análisis:

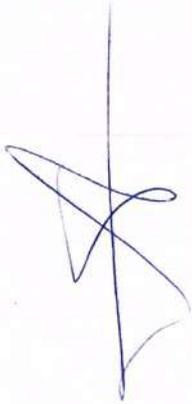
4.1.- El Consorcio en su escrito de demanda, pretende que:

- DECLARE QUE NO EXISTE RETRASO INJUSTIFICADO, SI NO JUSTIFICADO EN LA EJECUCION DE LA ADICIONALES DE OBRA, PUESTO QUE LA ENTIDAD NO APROBO AMPLIACION DE PLAZO PARA EJECUTARLOS, AL AMPARO DEL ARTICULO 175° DEL D.S. N° 184 – 2008 EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
- COMO CONSECUENCIA DE LA PRETENSION ANTERIOR SE DECLARE QUE NO PROCEDE APLICACION DE PENALIDADES AL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA N° 0103 "MEJORAMIENTO DEL COMPLEJO DEPORTIVO MUNICIPAL EN EL SECTO Consorcio
- R 2, SUB-SECTOR 2-7 DISTRITO DE SAN ISIDRO", CONFORME LO DISPONE EL ARTICULO 165 DEL D.S. N° 184 – 2008 EF REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

El Consorcio señala que asistido varios adicionales de obra aprobado Resolución de alcaldía N° 123, 137, 170, 172, 177, 186, 245 299, 300, 301, 302, 303, 307, 436, 438.

Respecto a dichos adicionales el Consorcio señala que la Entidad no amplió el plazo de ejecución de obra, lo cual generó retraso justificado en la ejecución y que el Tribunal arbitral deberá determinar ello.

Indica que el Artículo 200 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, en su artículo cuarto, señala que cuando se aprueba la prestación de adicionales de obra el contratista ampliará el plazo de las garantías que se hubiere otorgado. Bajo la misma línea alude a la opinión 074-2018/DTN en donde se emite una opinión respecto a los alcances del Artículo 169 del Reglamento, referida a las situaciones ajenas a la voluntad que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obras, así como los pedidos de ampliación de plazo contractual por las causales que regula la norma.



Señala el Consorcio que la ejecución de todos los adicionales aprobados por la entidad a través de las resoluciones de alcaldía antes mencionadas, se demandó un mayor tiempo de ejecución por parte del Consorcio, lo cual a su concepto generó atraso justificado, lo cual implica la no aplicación de penalidades por mora. Asimismo, indican que la normativa señala que la penalidad únicamente procede en caso exista retraso injustificado haciendo alusión a la opinión 137-2018/DTN.



Por otro lado mencionan que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado son por penalidad por mora en la ejecución de la prestación otras penalidades las cuales se encuentran reguladas en los artículos 133 y 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, precisan que respecto a la penalidad por Mora en la ejecución de la prestación el artículo 133 del reglamento preceptúa que 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 retraso, Adicionalmente el último párrafo del artículo citado dispone que se considera justificado el retraso cuando el contratista acredite de modo objetivamente sustentado que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable, que conforme a lo establecido en las normas de contrataciones con el estado la penalidad por mora se aplica de manera automática ante el retraso injustificado del contratista en la ejecución de prestaciones a su cargo, para lo cual la entidad debe verificar previamente el retraso injustificado es decir que éste no haya cumplido con acreditar que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En el caso en particular el contratista señala que existe retraso justificado pues la ejecución de adicionales implicó mayor plazo que el concretado en el contrato conllevando a ser improcedente la aplicación de penalidad por Mora bajo esa línea de ideas resulta inaplicable la penalidad interpuesta por la entidad en la liquidación de obra.

En el transcurso del proceso arbitral el Tribunal declaró fundada la excepción de obscuridad y ambigüedad al modo de proponer la demanda, siendo así mediante

Decisión Arbitral N° 13 se otorgó al contratista la oportunidad de que aclare su pretensión número 1 y número 2, las cuales fueron precisadas con el escrito de fecha 30 de julio del 2021 en donde precisaron:

Que la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI en la cual se le aplicó las penalidades, consideran que dicha imputación manifestada por la entidad es justamente uno de los motivos del presente arbitraje puesto que la entidad de manera prepotente y abusiva habiendo probado adicionales y como es de pleno conocimiento genera un plazo adicional que no han sido considerados.

Rechazan los argumentos de la entidad puesto que no se está sometiendo a arbitraje controversias respecto a la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI referida a la liquidación final de obra, sino que las pretensiones referidas a la inaplicación de penalidades conforme al petitorio.

Señalan que el Tribunal arbitral puede apreciar con meridiana claridad que no existe ni en la ley ni en el reglamento plazo de caducidad para someter las controversias de pretensiones referidas a retraso injustificado y penalidades, que la entidad señala que los hechos narrados en la demanda y en la acumulación de demanda, no se alinean a las pretensiones, es decir que no existe claridad a lo manifestado y por ello que se ha precisado la existencia de varios adicionales de obras aprobadas por diversas resoluciones de alcaldía como la N° 123, N° 137 N° 172, N°177, N° 299, N° 302 y N° 307.

Respecto a dichos adicionales de acuerdo al Reglamento de Contrataciones del Estado, debían ser ampliado el plazo de ejecución de obra y al no hacerlo generó un retraso justificado en la ejecución de obra y que el Tribunal deberá determinar ello, la ejecución de todos los adicionales de obra aprobados por la entidad a través de resolución, generan un mayor tiempo por parte del contratista, lo cual generó atraso justificado lo que implica la no inaplicación de penalidades por mora, a

criterio del Consorcio existe un retraso justificado toda vez que en la ejecución de adicionales implicó mayor plazo que el concretado en el contrato conllevando a ser improcedente la aplicación de penalidades por mora, bajo esa línea de ideas resulta inaplicable la penalidad interpuesta por la entidad en la liquidación razón por la cual se procedió a volver a presentar la liquidación la liquidación final de obra sin contemplar las penalidades impuestas por nuestra contraparte.

Finalmente, el Consorcio con escrito de fecha 17 de septiembre del 2021 varía sus pretensiones de la acumulación, conforme los siguiente:

B) COMO CONSECUENCIA DE LA PRETENSIÓN ANTERIOR SE DECLARE QUE NO PROCEDE LA APLICACIÓN DE PENALIDADES AL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA NÚMERO 103 "MEJORAMIENTO DEL COMPLEJO DEPORTIVO MUNICIPAL EN EL SECTOR DOS SUBSECTOR 2.7 DISTRITO DE SAN ISIDRO", CONFORME LO DISPONE EL ARTÍCULO 165 DEL DECRETO SUPREMO 184-2018-EF, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, YA QUE, LA CARTA NÚMERO 215-2014-1410-SOM-GOSM/MSI, CON EL CUAL FUE NOTIFICA LA LIQUIDACIÓN FUE SUSCRITA POR UNA PERSONA INCOMPETENTE.

Que en el escrito de reconsideración se manifestó que se tenga en consideración la solicitud de ineficacia e invalidez de la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI de fecha 27 de junio del 2014 notificada mediante CARTA 215-2014-1410-SOM-GOSM/MSI de la misma fecha, con la cual hacen de conocimiento la decisión sobre la liquidación de obra, motivo del presente arbitraje de cuya carta estaba suscrita por una persona y cargo no competente para notificar una resolución de ese envergadura de acuerdo al ROF de la entidad y con el Artículo 16 referido a la eficacia del acto administrativo, el mismo que no fue adjuntado al mencionado documento.

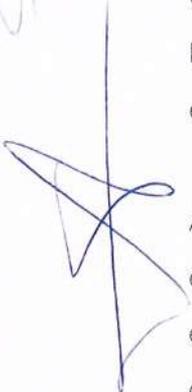


Es preciso mencionar que posteriormente a ello, dicha resolución fue notificada mediante Carta N° 071-2014-0830-SLG-GAF/MSI suscrita por la persona y cargo competente la subgerencia de logística y servicios generales, recepcionada el 4 de julio del 2014.



4.2.- La ENTIDAD, por su parte al momento de contestar la demanda, dedujo excepciones de caducidad y cosa juzgada, señalando:

Excepciones de Caducidad



Que, al amparo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, deduce excepción de caducidad respecto a las pretensiones contenidos en el escrito de demanda.

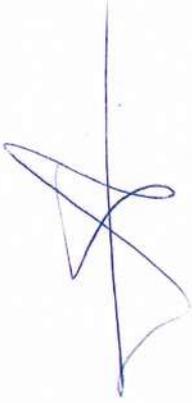
Argumenta que la demanda ha sido presentada con fecha 2 de octubre del 2020 en la cual se cuestiona la penalidad por días de atraso en el plazo contractual establecido en el Contrato 103-2010 cuya fecha de finalización de obra data del 26 de septiembre del 2011.

Que, las penalidades por días de atraso fueron aplicadas por la entidad en la liquidación final del contrato, deduciendo dicho monto del saldo final.

Asimismo, se debe tener en cuenta que conforme se desarrollará más adelante en la liquidación de obra contiene las valorizaciones, adicionales, reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afecten la prestación, conceptos que siempre forman parte del costo total, así como los reajustes, la utilidad y los impuestos que afecten la prestación, conceptos que forman parte del costo total, amortizaciones penalidades, y deducciones.



En ese orden tenemos que, la penalidad cuestionada se encuentra contenida en la Liquidación de Contrato 103-2010-MSI, Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI debidamente notificada al Consorcio el 27 de julio del 2014, se advierte que las penalidades forman parte integrante de la liquidación del contrato, cuya validez, ha sido reconocida mediante Laudo Arbitral de fecha 15 de septiembre del 2017, esto es, la penalidad aplicada se encuentra dentro de la liquidación, es decir forma parte de la misma, y en buena cuenta es la liquidación de contrato que el Consorcio pretende nuevamente cuestionar a través del presente arbitraje.



Cabe precisar que, posteriormente a la liquidación del contrato contenida en la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI, como hemos mencionado fue sometida a arbitraje cuyo Laudo Arbitral emitido por el Tribunal conformado por Marcos Espinoza Rimachi, Aníbal Torres Vásquez y Luis Meneses Marroquín, resolvieron declarar INFUNDADA la pretensión de nulidad de la citada resolución. Asimismo, en razón a la excepción de caducidad se refiere al artículo 211 del reglamento, que establece que *en caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por otra, aquella las observaciones formuladas por la otra aquella deberá manifestar por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal sentido dentro de los 15 días hábiles siguientes cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación o arbitraje.*



En buena cuenta el plazo de caducidad es de 15 días hábiles luego de notificada las observaciones de la Entidad, y en el presente caso la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI, documento que contiene y aprueba la liquidación de contrato y el cual se aplicaron las penalidades por parte de la Entidad, fue notificada al Consorcio el 27 de junio del 2014, esto es la pretensión sobre inaplicación de la penalidad por días de retraso debió ser planteada como fecha máxima el 21 de julio del 2014.

Sin dejar de sostener que la penalidad forma parte integrante de la liquidación de contrato contenida en la citada resolución y cuya validez fue reconocida en el Laudo Arbitral, la pretensión del Consorcio supera el plazo de caducidad establecido en la norma en lo que respecta al inicio del arbitraje.

Este plazo deberá ser observado por el Tribunal Arbitral, pues caso contrario se estaría obviando injustificadamente la aplicación de normas legales expresas que regulan la caducidad del sometimiento arbitraje, figura legal que además conforme a su definición legal no permite su suspensión ni está sujeta a interrupción de su plazo conforme a lo dispuesto en el artículo 1994 inciso 8 del Código Civil.

Excepción de Cosa Juzgada

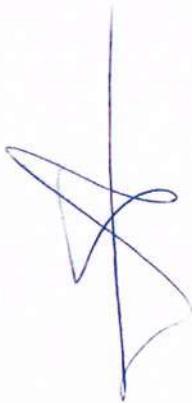
La Entidad deduce excepción de cosa juzgada, en aplicación al artículo 37 del reglamento procesal del centro de arbitraje respecto a la primera y segunda pretensión principal de la demanda.

Señalan que el retraso injustificado que alega el Consorcio en la primera pretensión fue materia de un arbitraje que a la fecha se encuentra resuelto y cuyo laudo se encuentra firme.

Así tenemos que conforme lo establece la resolución 21 de fecha 23 de abril del 2013, el árbitro único doctor Francisco Villavicencio Estrada, resolvió lo siguiente:

- INFUNDADA la pretensión del Consorcio que solicita la notificación formal de las Resoluciones que dispone aprobar la Adicionales de obra N° 9, 10, 11, 12, 13 y 14.
- INFUNDADA la pretensión del Consorcio que solicita la notificación de la Resolución de Alcaldía que aprobó el Adicional de obra N° 15.

- 
- INFUNDADA la pretensión del Consorcio que solicita se declare Nula la Resolución N° 434 del 10/10/20 que denegó la Ampliación de plazo número 06 por 30 días calendario como el pago de gastos generales devengados por S/ 58,140.61.
 - INFUNDADA la pretensión del Consorcio que solicita se declare consentida la solicitud de Ampliación de Plazo N° 7 por 51 días calendario más de gastos generales por S/ 99,150.76.
 - FUNDADA la quinta pretensión de la demanda y ordena a la MDS pague a favor del Consorcio LOS NOGALES la suma de S/ 150,880.30 Nuevos soles, más intereses legales por concepto de mayores gastos generales originados por la ampliación de plazo N°01 por 79 días calendario.
 - Declarar FUNDADA la reconvenición formulada por la MDS ordenando que dicho Consorcio pague a la MDS la suma de S/ 36,704.14 nuevos soles por el concepto de vicios ocultos.



Como se observa, la denegatoria de solicitudes de ampliación de plazo quedaron resueltas y confirmadas en sede arbitral, con lo cual queda acreditado que en su oportunidad el cuestionamiento de su justificación o no ya fue resuelto en el citado laudo arbitral.

Así mismo, el laudo arbitral quedó firme mediante resolución N° 6 del 9 de noviembre se rechazó la demanda de anulación del laudo, Archivándose el proceso, la misma que fue declarada consentida mediante resolución N° 9 de fecha 13 de marzo del 2014 expedida por la primera sala comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente N° 00160-2013-0-1817-SP-CP-0-01.



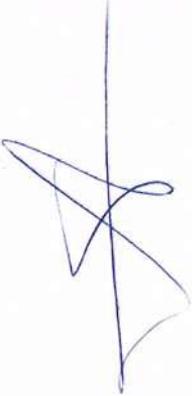
Como se aprecia lo que reclama el Consorcio es que los días de atraso supuestamente injustificados sean reconocidos, esto es, aquellos referidos a las solicitudes de ampliación de plazo denegadas en su oportunidad por la Entidad y

que constituyen cosa juzgada pues fueron sometidas arbitraje, Bueno en donde se resuelve entre otros puntos:



PRIMERO. - DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI De fecha 27 de junio de 2014.

SEGUNDO. - DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde declarar consentida la liquidación final de obra elaborada por el Consorcio de los Nogales.



TERCERO. - DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar a la entidad pague en favor del contratista la suma ascendente a S/ 232,298.84 Más los intereses legales como consecuencia de la aprobación de la liquidación final de obra elaborada por el Consorcio los Nogales.

CUARTO. - DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de reconvencción; en consecuencia, corresponde ordenar al Consorcio los Nogales pagué en favor de la municipalidad distrital de San Isidro la suma ascendente a S/ 77.894.56 Por pago indebido de mayores gastos generales de la ampliación de plazo N° 02.



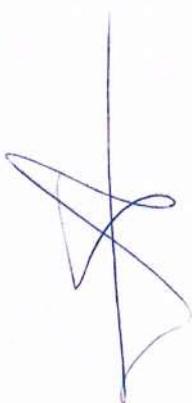
Es de apreciar que la primera pretensión corresponde a la validez de la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI notificada el 27 de junio del 2004 que contiene la liquidación final del contrato en la cual consta la aplicación de penalidades. Así mismo, el laudo arbitral contenido en la resolución 25 de fecha 15 de septiembre del 2017 precisa: "7.8 dicho esto, sumando el hecho de que los atrasos en la ejecución de obra no fueron justificados mediante la aprobación de ampliación de plazo, sea en un primer momento en la etapa contractual por la entidad, y en un segundo momento en la etapa de solución de controversias, por el árbitro único el cobro de penalidades es válido. Es incluso, consecuencia de la no aprobación de las ampliaciones de plazo siempre y cuando sean por mora.

En suma, la penalidad contenida en la Resolución de Gerencia que aprueba la liquidación de Contrato 103-2010-MSI quedó consentida y firme en sede arbitral y, por tanto, esta pretensión también constituye cosa juzgada.



En atención a ello se procederá a determinar que en el presente caso existe identidad de sujetos, identidad de objeto, y la causa en ambos procesos, determina la conexión entre ellos por lo que se ha configurado cosa juzgada.

Con escrito de fecha 23 de agosto del 2021 la Entidad como consecuencia de la decisión número 14 vuelve a deducir excepción de caducidad y cosa juzgada, respecto a las dos pretensiones, sustentando lo siguiente:



En cuanto a la primera pretensión señala que los plazos de caducidad para cuestionar la ampliación de plazo del contrato materia de controversia ya operaron. Así tenemos que la ley de contrataciones con el estado establece que: *"los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera al a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de 15 días hábiles conforme lo señalado en el reglamento (...) todos los plazos previstos son de caducidad."*



Como se aprecia, las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato debían ser sometidas a conciliación o arbitraje; en el plazo que establece la ley de contrataciones y su reglamento, el cual constituye plazo de caducidad.

En la línea de lo expuesto el tercer párrafo del artículo 175 del reglamento establece que: *"cualquier controversia relacionada con la ampliación de plazo por parte de la*

entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los 15 días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión”.



Es de señalar que mediante resolución de alcaldía N° 434, de fecha 10 de octubre de 2011, la municipalidad denegó la solicitud de ampliación de plazo N° 6, pues se terminó en su oportunidad que no existió afectación de ruta crítica. Así, la citada resolución señala que, conforme lo establece el artículo 200 y artículo 201 numeral 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el contratista puede solicitar la ampliación de plazo cuando se aprueba la prestación adicional de obra, siempre que modifique la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y que el plazo adicional resulta necesario para la culminación de la obra, sin embargo, en el presente caso los adicionales de obra fueron ejecutados en su totalidad sin modificar la ruta crítica del programa de ejecución de obra, por lo que, no correspondía otorgar ninguna ampliación de plazo.



De igual forma el Consorcio solicitó ampliación de plazo número 7 por 36 días calendarios, argumentando que es causal imputable a la municipalidad la demora en la aprobación del adicional de obra N° 15, por la ejecución de este adicional por 15 días calendarios, siendo un total de 51 días calendarios los solicitados por el contratista. Sin embargo, de carta N° 78-2011-0830-SLSG-GAF/MSI, de fecha 14 de noviembre de 2011, la subgerencia de logística y servicios generales, comunicó al Consorcio que su solicitud de ampliación de plazo N° 7, no puede ser admitida a trámite por haber sido presentada fuera de plazo de la ejecución de la obra, conforme lo establecido el artículo 201 tercer párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



Como es de apreciar, estas solicitudes de ampliación de plazo fueron denegadas en el año 2011, en ese sentido queda demostrado que el plazo de caducidad ha operado y en consecuencia la excepción debe declararse fundada.



Asimismo, se sustenta la excepción de caducidad respecto a la segunda pretensión, señalando que se cuestiona las penalidades aplicadas por día de atraso en el plazo contractual establecido en el contrato N° 103-2010, cuya fecha de finalización de obra data del 26 de septiembre del 2011, he de señalar que las penalidades por días de atraso fueron aplicadas por la Entidad en la liquidación final de contrato deduciendo dicho monto del saldo final. las penalidades cuestionadas se encuentran contenidas en la liquidación del contrato N° 103-2010-MSI, Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI debidamente notificada a la actora el 27 de junio del 2014.



Conforme se advierte las penalidades forman parte integrante de la liquidación de contrato, cuya validez ha sido reconocida mediante laudo arbitral de fecha 15 de septiembre del 2017, esto es, la penalidad aplicada se encuentra dentro de la liquidación, es decir forma parte de esta, y en buena cuenta es la liquidación de contrato que el Consorcio pretende nuevamente cuestionar a través del presente arbitraje.

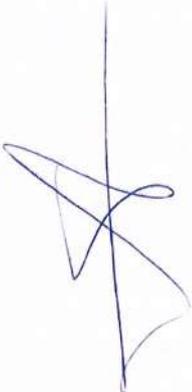
Cabe precisar qué, posteriormente a la liquidación del contrato contenida en la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI que fuera sometida a arbitraje, en cuyo laudo arbitral se resolvió declarar infundada la pretensión de nulidad de la citada resolución.



Respecto a la excepción de cosa juzgada, la Entidad sostiene y reitera los argumentos señalados en su escrito inicial de contestación de demanda y excepciones.



Finalmente y ante la modificación de la pretensión B del Consorcio, la Entidad deduce excepciones de caducidad y cosa juzgada desarrollando para la caducidad, que la liquidación del contrato N° 103-2010 -MSI Hola adjudicación de menor cuantía N° 0061-2010-CE/MSI- primera convocatoria, fue emitida por la Entidad mediante Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI debidamente notificada al demandante el 27 de junio del 2014, siendo que ahora la demandante plantea el cuestionamiento de la notificación no porque esta se haya producido o no haya sido recibida, sino porque la carta N° 215-2014-1410-SOM-GOSM/MSI mediante la cual se notifica la liquidación no fue emitida por funcionario competente según ROF, reclamo que se encuentra indiscutiblemente fuera del plazo de caducidad establecido en la ley de contrataciones y su reglamento, seguidamente adiciona los argumentos expresados en su escrito de contestación y acumulación de pretensiones en lo que respecta a la excepción de caducidad.



Asimismo, respecto a la excepción de cosa juzgada, señalan que el Consorcio pretende someter como pretensión el acto de notificación de la liquidación de contrato, esto es, bajo esta estrategia procesal irregular pretende de manera maliciosa qué, se vuelva a revisar un acto administrativo que no fue cuestionado en su momento y en consecuencia se deje sin efecto las penalidades que forman parte integrante de la liquidación de obra, cuya validez fue reconocida a través de un arbitraje de derecho a cargo del Tribunal arbitral conformado por Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, Aníbal Torres Vásquez y Luis Meneses Marroquí, contenido en la resolución N° 25 de fecha 15 de septiembre del 2017. seguidamente adición a los argumentos de excepción de cosa juzgada desarrollados en su escrito de contestación y acumulación de pretensiones.



4.3.- El Tribunal Arbitral, considerando las posiciones de las partes respecto a la excepción de caducidad y cosa juzgada, conviene en emitir pronunciamiento analizando en primer lugar la excepción de cosa juzgada, conforme al siguiente análisis:

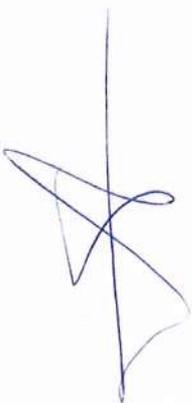
POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Respecto a la excepción de cosa juzgada:

4.4.- El Tribunal Arbitral, considerando las posiciones de las partes respecto a la excepción de cosa juzgada, conviene en emitir pronunciamiento, conforme al siguiente análisis:



PRIMERO: La Entidad señala que las pretensiones referidas al retraso injustificado y penalidades, han sido materia de arbitrajes que a la fecha se encuentran resueltos y cuyo laudo se encuentra firmes y en ejecución.



Por su parte el Consorcio al momento de absolver la excepción, desarrolla argumentos teóricos respecto a la excepción de cosa juzgado, mas no desarrolla argumentos sólidos para contradecir más que la indicación de que *"... las referidas pretensiones no han sido solicitadas en el proceso anterior"* y *" (...) que la ejecución de todos los adicionales de obra aprobados por la Entidad a través de resolución, generaron mayor tiempo por parte del contratista, lo cual genero ATRAZO JUSTIFICADO, lo cual implica la no aplicación de penalidades, por mora."*

SEGUNDO: La excepción de la cosa juzgada se sustenta en el principio de que ninguna persona debe ser perseguida dos veces por la misma causa –non bis in ídem–, esto es, no se puede revivir procesos judiciales que ya fueron materia de sentencia final, consentida o ejecutoriada.

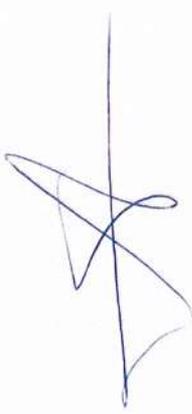


La excepción de cosa juzgada, es de carácter material, puesto que hace referencia directa al fondo del asunto, por lo que tan solo debería resolverse sobre ella con carácter previo cuando sea posible por existir identidad perfecta entre los dos objetos: el del proceso pendiente y el resuelto. Esta excepción deriva del efecto material negativo de la cosa juzgada, que impide volver sobre lo que ya ha sido resuelto mediante resolución firme en otro proceso.



Asimismo, en virtud del efecto positivo y negativo de la eficacia de cosa juzgada que se atribuye al laudo firme, la excepción de cosa juzgada puede plantearse en un arbitraje, ya sea por existir una sentencia judicial firme sobre la misma cuestión objeto del arbitraje iniciado, o por existir un laudo arbitral firme sobre esa misma cuestión.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional N.º 01064-2013-AA/TC ha desarrollado como jurisprudencia constitucional, lo siguiente:



«En relación a este derecho, y haciendo un matiz para la jurisdicción arbitral, este Tribunal Constitucional considera que el derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral, entre otros contenidos, "garantiza el derecho de toda parte arbitral, en primer lugar, a que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral, y que no hayan sido impugnados oportunamente, no puedan ser recurridos posteriormente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos; y, en segundo lugar, a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo"...» (Fundamento 23)

En suma, el laudo tiene efecto de cosa juzgada porque lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral vincula a los jueces, árbitros y a las partes del arbitraje.

TERCERO: Que, con la contestación de la demanda y como medios probatorios de la excepción de cosas juzgada, la Entidad adjunto el Laudo Arbitral de Derecho, emitido por el árbitro único Francisco Villavicencio Estrada, así como el Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Tribunal arbitral compuesto por Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, Aníbal Torres Vásquez y Luis Meneses Marroquín.

Del laudo arbitral de derecho emitido por el árbitro único, aportado por la Entidad, se puede verificar que se resolvieron pretensiones del Consorcio referidos a la nulidad de resoluciones que denegaron ampliaciones de plazo. Asimismo, se denegaron pretensiones referidas al consentimiento de ampliación de plazo presentadas por el Consorcio. Estas denegatorias de ampliación de plazo, de acuerdo con el laudo arbitral quedaron resueltas definitivamente, siendo que en el presente proceso existe una limitación de pronunciarse sobre controversias ya resueltas o por situaciones en donde el Consorcio considere que debió otorgarse las ampliaciones de plazo, pues el hecho que en este proceso el Consorcio pretenda sostener que los retrasos incurridos fueron justificados, ello no enerva que dicha posición o defensa debió ejercerse dentro de controversia en donde se resolvió denegación de ampliación del plazo, pues en este momento es imposible pronunciarse sobre algo ya resuelto.

Asimismo, la Entidad ha demostrado que el referido laudo arbitral se encuentra firme en mérito a la resolución N° 6 del 9 de noviembre del 2013, expedida por la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en expediente N° 00160-2013-0-1817-SP-CP-0-01, en donde se rechazó la demanda de anulación del laudo interpuesta por el Consorcio.

De otro lado, la Entidad ha presentado el Laudo Arbitral de Derecho expedido por Tribunal arbitral en donde se resolvió respecto a la liquidación de contrato, aprobada por Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI, el referido al laudo se niega la pretensión del Consorcio y en consecuencia el Tribunal arbitral dispone que no corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI de fecha 27 de junio del

2014. Asimismo, declara infundada la pretensión del Consorcio referida al consentimiento de la liquidación final de obra elaborada por el Consorcio.

Es mencionar que la Resolución de Gerencia 027-2014-1400-GOSM/MSI contiene la liquidación final del contrato y en ella se encuentran las penalidades aplicadas al Consorcio que resultan ser las mismas penalidades por la cual el Consorcio ha iniciado el presente arbitraje, estando a ello y como consecuencia de contar con pronunciamiento previo respecto a las penalidades, el Tribunal arbitral no puede entrar a revisar, analizar o variar lo resuelto.

Asimismo, la Entidad ha demostrado que el referido laudo arbitral se encuentra firme en mérito a la resolución N° 8 del 17 de enero del 2019, expedida por la Primera Sala Sub-Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en expediente N° 00592-2017-0-1817-SP-CP-0-01, en donde se declaró infundada el recurso de anulación del laudo interpuesto por el Consorcio.

Por las consideraciones expuestas, la naturaleza y efecto de la excepción de cosa juzgada, el Tribunal arbitral se ha generado la convicción para declarar fundada la excepción de cosa juzgada respecto la Primera y Segunda Pretensión de la demanda arbitral, sus acumulaciones y modificaciones, teniendo en consideración la jurisprudencia constitucional emitida en el sentencia del Tribunal Constitucional N.º 01064-2013-AA/TC, en donde se marca parámetros respecto a la excepción, en el sentido *a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo"...*" (Fundamento 23).

En ese sentido, carece de objeto pronunciarse respecto a la excepción de caducidad y el fondo de las pretensiones.

V.- DETERMINACIÓN DE GASTOS ARBITRALES:



En cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que, de la revisión del convenio arbitral suscrito entre las partes, no se verifica disposición alguna en torno a la distribución de los gastos arbitrales, de manera que este tribunal arbitral considera adecuado remitirse a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, aplicable de manera supletoria al presente caso, el mismo que dispone a la letra lo siguiente:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos



"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".

En el presente caso, los árbitros consideran que el CONSORCIO no tenía sustentos jurídicos y/o facticos para iniciar el presente arbitraje, motivo por el cual este Tribunal Arbitral considera que corresponde condenar a dicha parte al pago exclusivo de los gastos derivados de los honorarios profesionales de los árbitros y los gastos administrativos de la institución arbitral; sin perjuicio que cada una de las partes deberá asumir los costos incurridos para su respectiva defensa.

VII.- PARTE RESOLUTIVA:



El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37º de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, sobre la base de los considerandos glosados en este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° del Decreto Legislativo N°1071, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Tribunal Arbitral, en DERECHO.



LAUDA:

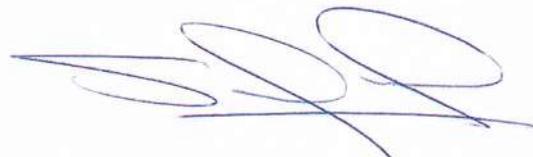
PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la excepción de cosa juzgada presentada por MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN ISIDRO con relación a la Primera y Segunda Pretensión de la demanda arbitral, sus acumulaciones y modificaciones.

SEGUNDO: Declarar que carece de objeto pronunciarse respecto a la excepción de caducidad y las pretensiones de fondo, atendiendo a lo resuelto en el primer punto resolutivo.



TERCERO: **DISPONER** que el **CONSORCIO LOS NOGALES** asuma los gastos administrativos del Centro y los honorarios profesionales de los árbitros; sin perjuicio que cada una de las partes deberá asumir los costos incurridos para su respectiva defensa.

Notifíquese a ambas partes. -



RONY SALAZAR MARTÍNEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



Centro de Arbitraje Latinoamericano
e Investigaciones Jurídicas

JULIA ROSA FARFAN PEÑA
Árbitro

LUIS PUGLIANINI GUERRA
Árbitro