

**Expediente Arbitral** : N° 380-2008  
**Demandante** : Percat Contratistas Generales S.A.C.  
**Demandado** : Municipalidad Distrital de Anco  
**Materia** : Nulidad de Resolución de Contrato  
**Árbitro** : Dr. Juan Carlos Morón Urbina

## **LAUDO ARBITRAL**

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR PERCAT CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. CONTRA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ANCO SOBRE NULIDAD DE RESOLUCION DE CONTRATO Y OTROS, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO DOCTOR JUAN CARLOS MORON URBINA.**

**Resolución No. 09**

Lima, 02 de octubre de 2009.

### **VISTOS:**

#### **I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL**

Con fecha 22 de septiembre de 2008, **PERCAT CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.** (en adelante PERCAT) y LA MUNICIPALIDAD **DISTRITAL DE ANCO** (en adelante LA MUNICIPALIDAD) suscribieron el Contrato N° 129-2008/A, (en adelante, EL CONTRATO), el cual tuvo su origen en el Concurso Público Nacional N° 001-2008-MDA convocado por LA MUNICIPALIDAD.

En la Décimo Novena Cláusula de EL CONTRATO, se estipuló que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución o interpretación del mismo, sería resuelta de manera definitiva mediante Arbitraje de Derecho, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su Reglamento aprobado por D.S. 012-2001-PCM y por el D.S. 013-2001-PCM

#### **II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO**

Mediante Oficio No. 361-2009-OSCE/DDA, de fecha 16 de febrero de 2009, fue designado como Árbitro Único, en defecto de un acuerdo entre PERCAT y LA MUNICIPALIDAD, a quien expide este Laudo, doctor Juan Carlos Morón Urbina.

Mediante Audiencia de Instalación, de fecha 11 de marzo de 2009, el Árbitro Único se ratificó en la aceptación del cargo y ambas partes manifestaron su conformidad con dicha designación.

#### **III. PRETENSIONES PLANTEADAS POR PERCAT EN SU ESCRITO DE DEMANDA, ASÍ COMO ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN**

Mediante escrito presentado con fecha de fecha 25 de marzo de 2009, PERCAT presentó su demanda formulando las siguientes pretensiones:

### **3.1. Pretensiones formuladas por PERCAT**

- 3.1.1.** Que se declare la nulidad de la Carta N° 080-2008-MDA/GM y de la Carta N° 081-2008-MDA/GM por haber sido emitidos por funcionario no competente para ello.
- 3.1.2.** El pago de una indemnización por responsabilidad civil por concepto de lucro cesante por un monto ascendente a la suma de S/. 1'192,000.00 y por concepto de daño emergente por un monto ascendente a la suma de S/.472,456.87, más el pago de intereses legales que se devenguen hasta la fecha de total cancelación.
- 3.1.3.** Alternativamente, que LA MUNICIPALIDAD permita realizar el cumplimiento de EL CONTRATO hasta donde alcance el monto de S/. 1'192,000.00 teniendo en consideración el incremento de valor actual de los materiales, mano de obra, equipos, gastos generales y utilidades
- 3.1.4.** El pago de costas y costos que origine el proceso.
- 3.1.5.** Que se declare la nulidad de la carta que resuelve el contrato, Carta Notarial N° 18-2008-MDA/A, en tanto acarrea vicios en su emisión y ha sido emitida dentro del proceso arbitral.

### **3.2. Fundamentos de Hecho de la demanda**

PERCAT sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

- 3.2.1.** Con fecha 2 de septiembre de 2008, LA MUNICIPALIDAD otorgó a PERCAT la Buena Pro correspondiente al Concurso Público N° 001-2008-CE/MDA para la contratación del servicio de fabricación, traslado y colocación de vigas metálicas para el puente de integración Anco Andabamba Luz (80.20 m2) por un monto ascendente a S/. 1'192,000.00.
- 3.2.2.** Con fecha 22 de septiembre de 2008, LA MUNICIPALIDAD y PERCAT suscribieron el Contrato N° 129-2008/A para el "Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructura Metálica para el puente Integración Anco Andabamba".
- 3.2.3.** De acuerdo a lo establecido en la Cláusula Sexta de EL CONTRATO, el plazo del mismo era de 45 días calendarios desde la fecha de suscripción de EL CONTRATO. En caso de incumplimiento las partes establecieron como causas de fuerza mayor las siguientes: i) aquellas derivadas de los fenómenos naturales climatológicos y ii) el desabastecimiento de materiales debidamente justificado.
- 3.2.4.** Con fecha 28 de octubre de 2008 PERCAT presentó a LA MUNICIPALIDAD la Carta N° 63-2008-PERCAT/GG solicitando adelanto para materiales.
- 3.2.5.** Por su parte, con fecha 6 de noviembre de 2008, mediante Carta N° 080-2008-MDA/GM, el Gerente Municipal de LA MUNICIPALIDAD declaró improcedente la solicitud de adelanto de materiales.

- 3.2.6.** Con fecha 4 de noviembre de 2008, PERCAT remitió la Carta N° 65-2008-PERCAT/GG al Alcalde de LA MUNICIPALIDAD solicitando la ampliación de plazo contractual por 45 días.
- 3.2.7.** Con fecha 6 de noviembre de 2008 mediante Carta N° 081-2008-MDA/GM el Gerente Municipal de LA MUNICIPALIDAD comunicó a PERCAT la improcedencia de su solicitud de ampliación de plazo.
- 3.2.8.** Con fecha 7 de noviembre de 2008 mediante Carta Notarial N° 009-2008, el Alcalde de LA MUNICIPALIDAD comunicó a PERCAT la rescisión de EL CONTRATO.
- 3.2.9.** Con fecha 13 de noviembre de 2008 mediante Carta N° 68-2008-PERCAT/GG PERCAT solicitó dejar sin efecto la Carta Notarial N° 009-2008 por no haberse tomado en cuenta el procedimiento de resolución previsto en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- 3.2.10.** Mediante Carta N° 002-2008-PERCAT/GG de fecha 26 de noviembre de 2008 dirigida a LA MUNICIPALIDAD, PERCAT sometió a arbitraje la controversia surgida a raíz de los hechos descritos precedentemente.
- 3.2.11.** Con fecha 16 de diciembre de 2008 mediante Carta Notarial N° 18-2008-MDA/A LA MUNICIPALIDAD resolvió EL CONTRATO haciendo alusión a la Carta Notarial N° 016-2008-MDA/A. En tal sentido, la comunicación de resolver el contrato habría sido realizada cuando la controversia ya había sido sometida a arbitraje.
- 3.2.12.** Mediante Carta N° 78-2008-PERCAT/GG de fecha 18 de diciembre de 2008, PERCAT solicitó una segunda ampliación de plazo por 60 días.

### **3.3. Fundamentos de Derecho de la demanda**

#### **3.3.1. Posición de PERCAT respecto de su Primera Pretensión.**

La primera pretensión formulada por PERCAT consiste en que se declare la nulidad de la Carta N° 080-2008-MDA/GM y de la Carta N° 081-2008-MDA/GM por haber sido emitidas por funcionario no competente para ello.

#### **a) Respetto de la competencia del Gerente Municipal para responder las solicitudes de adelanto por materiales y de ampliación de plazo.**

- a.1) PERCAT señala que las solicitudes de adelanto para materiales y de ampliación de plazo por 45 días, fueron declaradas improcedentes por LA MUNICIPALIDAD a través de su Gerente Municipal, siendo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° de la Ley Orgánica de Municipalidades, el alcalde es el representante legal de LA MUNICIPALIDAD y su máxima autoridad administrativa, y como tal, quien debió emitir los actos administrativos resolviendo el fondo de las pretensiones administrativas de adelanto por materiales y ampliación de plazo respectivamente.

En tal sentido, dado que el Gerente Municipal no es el representante legal de LA MUNICIPALIDAD la competencia por la materia se ve afectada, y con ello, el propio acto administrativo, debiendo declararse nulas las Cartas N° 080-2008-MDA/GM y la Carta N° 081-2008-MDA/GM.

- a.2) Siendo Nula la Carta N° 081-2008-MDA/GM referida a la improcedencia de la ampliación de plazo, debió declararse aprobada la solicitud, en aplicación del artículo 232° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, de acuerdo al cual:

"...La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en idéntico plazo, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal."

**b) Del procedimiento de aprobación de la solicitud de ampliación de plazo y del instrumento utilizado para ello.**

- b.1. Adicionalmente, PERCAT hace alusión al procedimiento de aprobación de ampliación de plazo establecido en el artículo 232° del D.S. 084-2004-PCM de acuerdo al cual:

"La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en idéntico plazo, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda".

Asimismo, señala que el artículo 259° del D.S. N° 084-2004-PCM, establece que:

"Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre a solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad EMITIRÁ RESOLUCIÓN sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad."

- b.2. De otro lado, indica que el artículo 43° de la Ley 27972 Ley Orgánica de Municipalidades establece que los asuntos de carácter administrativo se resuelven a través de resoluciones de alcaldía. En consecuencia, las disposiciones citadas habrían sido vulneradas considerando que la entidad demandada no ha emitido acto resolutorio, sino una simple carta, con lo cual quedaría demostrada la transgresión al debido proceso.

### **3.3.2. Posición de PERCAT respecto de su Segunda Pretensión y Tercera Pretensión**

A través de la segunda pretensión, PERCAT solicita el pago de una indemnización por responsabilidad civil, tanto por concepto de lucro cesante (S/. 1'192,000.00) como por concepto de daño emergente (S/.472,456.87), más el pago de los intereses legales que se devenguen hasta la fecha de total cancelación. Por su parte, mediante la tercera pretensión PERCAT solicita alternativamente que LA MUNICIPALIDAD le permita realizar el cumplimiento de EL CONTRATO hasta donde alcance el monto de S/. 1'192,000.00 teniendo en consideración el incremento de valor actual de los materiales, mano de obra, equipos, gastos generales y utilidades

#### **a) Respetto de los requisitos para determinar la responsabilidad contractual.**

De acuerdo a lo señalado por PERCAT, la ley y la doctrina establecen que para determinar la responsabilidad contractual son necesarios los siguientes elementos:

- 1. Existencia de un contrato válido.** Al respecto, PERCAT señala que entre LA MUNICIPALIDAD Y PERCAT existe el Contrato de servicio N° 129-2008/A para "Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructura Metálica para el Puente Integración Anco Andabamba", por lo que se cumple el requisito que establece la existencia de un contrato válido, más aún considerando que las resoluciones contractuales notificadas por LA MUNICIPALIDAD sufren vicios insubsanables que no afectan la vigencia de EL CONTRATO.
- 2. Incumplimiento de una o más obligaciones contractuales.** Sobre el particular, PERCAT alega que LA MUNICIPALIDAD habría incumplido con sus obligaciones contractuales sustentado de manera irregular en actos de resoluciones de contrato arbitrarios., desconociendo todas las obligaciones que derivan de EL CONTRATO.
- 3. Incumplimiento imputable al deudor.** Sobre este punto, PERCAT precisa que las actitudes de LA MUNICIPALIDAD al enviar cartas notariales empleando indistintamente la terminología "rescindir" y "resolver", denota su intencionalidad de impedir que PERCAT cumpla con su obligación, causándole un perjuicio. Asimismo señala que LA MUNICIPALIDAD, de manera anticipada se habría comunicado con el proveedor de PERCAT indicándole que LA MUNICIPALIDAD había resuelto el contrato señalando que sería la propia MUNICIPALIDAD quien compre los materiales para el servicio contratado.
- 4. Existencia de daño derivado del incumplimiento.** De acuerdo a PERCAT, LA MUNICIPALIDAD al resolver EL CONTRATO de manera arbitraria, habría causado un daño a PERCAT, no permitiendo que perciba las ganancias que produciría una obra ascendente a S/.1'192.000.00, constituyendo ello el lucro cesante. De otro lado, señala que el daño emergente lo constituyen gastos como:

- La obtención y el mantenimiento de las cartas fianza, por un valor aproximado de S/. 6228.00 (Seis Mil Doscientos Veintiocho y 00/100 Nuevos Soles)
- La compra de materiales (Factura N° 001-0027812), por el monto de \$ 143,356.84, equivalente en soles a S/. 465,909.73 (Cuatrocientos Sesenta y Cinco Mil Novecientos Nueve y 73/1 00 Nuevos Soles).
- Gastos por proceso arbitral (Factura N° 001-037532), ascendentes a la suma de S/. 319.50 (Trescientos Diez y Nueve con 50/100 Nuevos Soles)

**5. Existencia del nexo causal.** El daño causado es consecuencia directa de los actos descritos por parte de LA MUNICIPALIDAD.

Así las cosas, PERCAT solicita alternativamente que LA MUNICIPALIDAD pague la indemnización de daños y perjuicios ascendente a la suma de S/.1'192,000.00 por concepto de lucro cesante y de S/. 472,456.87 por concepto de daño emergente, ó permita realizar el cumplimiento de EL CONTRATO con replanteamiento de costos, atendiendo a la alza de costos de los insumos a emplearse.

Como fundamento jurídico menciona el artículo 1321° del Código Civil, mientras que en relación al procedimiento de resolución de EL CONTRATO, indica el artículo 226 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

**3.3.3. Posición de PERCAT respecto de su Quinta Pretensión**

PERCAT solicita por medio de la quinta pretensión, que se declare la nulidad de la Carta Notarial N° 18-2008-MDA/A a través de la cual LA MUNICIPALIDAD resuelve el contrato, en tanto acarrea vicios en su emisión y ha sido emitida dentro del proceso arbitral.

**a) Respetto de la resolución de contrato.**

- a.1) Sobre el particular, PERCAT señala que los órganos competentes para declarar la rescisión de los contratos, son los Jueces o Árbitros, siendo que las partes que intervienen en la relación contractual no tienen dicha facultad legal.
- a.2) De otro lado, PERCAT indica que, dado que la solicitud de ampliación de plazo habría sido aceptada por la entidad -al ser la Carta que responde negativamente su solicitud, nula- LA MUNICIPALIDAD no podría resolver el contrato por el incumplimiento del plazo contractual, cuando ella misma habría concedido la ampliación de plazo contractual.
- a.3) Asimismo, PERCAT alega que no se habría respetado el procedimiento legal establecido en el Artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dado que en el presente caso LA MUNICIPALIDAD procedió a resolver directamente el contrato sin otorgar el plazo que la ley señala, con lo que, también se habría atentado contra el debido proceso administrativo.

- a.4) Adicionalmente a lo señalado, PERCAT indicó que LA MUNICIPALIDAD habría pretendido resolver el contrato nuevamente a través de la Carta Notarial N° 18-2008-MDA/A, de fecha 16 de diciembre del 2008, sustentada en la supuesta causal prevista en el numeral 2) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, volviendo a incidir en el mismo error de procedimiento, con la agravante de señalar textualmente que esta nueva causal no necesitaría requerimiento previo, contraviniendo así lo señalado en el artículo 225°.

### **3.4. Medios probatorios ofrecidos por PERCAT**

En calidad de medios probatorios, PERCAT ofreció las pruebas documentales y exhibiciones citadas en el acápite de "Medios Probatorios" del escrito de demanda.

## **IV. POSICIÓN DE LA MUNICIPALIDAD RESPECTO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR PERCAT Y LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE LA SUSTENTAN**

Mediante escrito presentado el 06 de mayo de 2009, PERCAT contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos; exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales considera que las pretensiones contenidas en la demanda deben ser declaradas infundadas, debiendo declarar, conforme a ley la resolución de EL CONTRATO N° 129-2008/A. Dicha posición se sustenta en lo siguiente:

### **4.1. Fundamentos de Hecho**

4.1.1. LA MUNICIPALIDAD señala que, efectivamente con fecha 22 de setiembre de 2008, las partes suscribieron el Contrato N° 129-2008/A para el Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructura Metálica para el Puente Integración Anco-Andabamba, el mismo que derivó del Concurso Publico Nacional N° 001-2008 autorizado mediante Resolución de Alcaldía N° 183-2008-MDA.

4.1.2. Dentro de las obligaciones establecidas en el contrato, se encontraban a cargo de PERCAT las siguientes:

- Suministrar, fabricar, montar, lanzar, pintar y transportar la estructura metálica para el puente Integración Anco — Antabamba. (Cláusula Tercera de EL CONTRATO)
- Cumplir con el objeto de EL CONTRATO en un plazo de 45 días calendarios a partir de la suscripción de EL CONTRATO. (Cláusula Sexta de EL CONTRATO)

De otro lado, las obligaciones a cargo de LA MUNICIPALIDAD comprendían:

- Asumir como contraprestación la suma total de S/. 192,000.00 Nuevos Soles por el servicio objeto de contrata.

- Pagar dicha cantidad de acuerdo a valorizaciones en planta o donde se realice la fabricación a solicitud del contratista o en su totalidad al término o entrega del bien objeto de contrata, previa verificación y conformidad del supervisor y residente del proyecto (Cláusula Séptima de EL CONTRATO)

4.1.3. En caso de resolución de EL CONTRATO por causa atribuible a alguna de las partes, LA MUNICIPALIDAD señala que se pactó en la Cláusula Décimo Séptima de EL CONTRATO, las causales de incumplimiento de obligaciones, la misma que debía seguir el procedimiento de requerimiento previo y otros conforme a lo dispuesto en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y a la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO.

Asimismo, señala que se pactó la causal de resolución automática de EL CONTRATO por acumulación del máximo de penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, pactándose el 5% de penalidad por día de retraso.

#### **4.2. Posición de LA MUNICIPALIDAD respecto de las pretensiones de la demanda.**

##### **4.2.1. Posición de LA MUNICIPALIDAD respecto de la Primera Pretensión**

La primera pretensión de PERCAT consistía en la declaración de la nulidad de la Carta N° 080-2008-MDA/GM y de la Carta N° 081-2008-MDA/GM mediante las cuales se declaró improcedente la solicitud de adelantos y de ampliación de plazo respectivamente, por haber sido emitidos por un funcionario que no tenía competencia para ello.

##### **a. De la competencia del Gerente Municipal respecto de las cartas N° 080-2008-MDA/GM Y N° 081-2008-MDA/GM.**

- a.1. En primer lugar la MUNICIPALIDAD, afirma que las Cartas N° 080-2008-MDA/GM Y N° 081-2008-MDA/GM no constituyen cartas de resolución o rescisión de EL CONTRATO, sino cartas de respuesta denegando peticiones del demandante.
- a.2. LA MUNICIPALIDAD señala que mediante Resolución de Alcaldía N° 152-2008 MDA/A de fecha 07 de mayo 2008 el señor alcalde distrital de Anco, conforme a las facultades que le confiere la Ley Orgánica de Municipalidades y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, delegó en su Gerente Municipal la facultad de efectuar contratos, modificarlos, resolverlos, rescindirlos y atender todos los requerimientos de los proveedores y contratistas, por lo que dicho funcionario se encontraba premunido de la facultad para poder dar respuesta al proveedor conforme a ley.
- a.3. De otro lado, señala que el Gerente Municipal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27° de la Ley Orgánica de Municipalidades, es el responsable de la administración municipal, entendiéndose que, conforme al artículo 26° de dicho cuerpo normativo, es el funcionario que programa, dirige y ejecuta -entre otros- los actos de la administración municipal, no siendo necesario que sea el Alcalde quien conteste peticiones de adelantos y

ampliaciones de plazo, en tanto se tratan de requerimientos de índole administrativo relacionados con fuentes de financiamiento y disponibilidad presupuestal. En tal sentido, de acuerdo a LA MUNICIPALIDAD, las cartas emitidas por el Gerente Municipal dando respuesta a peticiones apartadas al contrato, tienen valor legal y surten todos sus efectos

**b. En relación a la improcedencia del pago de adelantos a PERCAT.**

- b.1. Al respecto, LA MUNICIPALIDAD sostiene la legalidad de la Carta N° 080-2008-MDA/GM por la cual el Gerente Municipal comunica al demandante la improcedencia de la petición de adelanto por materiales, dado que ello no se encontraba previsto en el CONTRATO suscrito entre las partes, por lo que dicho pedido no resultaba vinculante. Asimismo, indica que la carta fianza presentada por el demandante no fue emitida por una entidad sujeta al control de la Superintendencia de Banca y Seguros, sino por una cooperativa (Cooperativa Fortaleza) sujeta al control de la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito FENACREP, incumpliendo con la obligación contenida en la Ley de Contrataciones del Estado que señala que toda carta fianza debe ser incondicional, solidaria, irrevocable de realización automática y emitida por una entidad financiera sujeta al control de la SBS.
- b.2. De otro lado indica que la solicitud de adelanto de materiales fue realizada el 28 de octubre del año 2008, es decir, faltando 8 días para la culminación del plazo contractual, sin señalar cuál era el avance físico de la obra, el mismo que al ser verificado por el supervisor y el Residente de Obra, resultó ser de un 0.00% conforme se evidencia de los informes respectivos.
- b.3. Adicionalmente, precisa que el monto solicitado por PERCAT alcanzaba el 42.02% del monto de EL CONTRATO, cuando lo máximo que podía ser otorgado de estar pactado en el contrato, es el 20% del monto contractual, conforme a lo establecido en el artículo 243° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- b.4. Finalmente señala al respecto que el contratista debe solicitar los adelantos directos dentro de un plazo de 15 días de suscrito el contrato, previa presentación de la garantía -la cual no habría satisfecho PERCAT- sin embargo, conforme la petición fue efectuada faltando 08 días para la culminación del plazo contractual pactado en 45 días naturales, por lo que el plazo habría precluido.

**c. En relación a la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo.**

- c.1. Sobre el particular, LA MUNICIPALIDAD sostiene la legalidad de la Carta 081-2008-MDA/GM por la que el Gerente Municipal, contando con las facultades correspondientes por delegación del Alcalde, responde de manera negativa la pretensión de ampliación del plazo de ejecución contractual.
- c.2. Al respecto señala que, si bien es cierto que se estableció como causal de fuerza mayor el desabastecimiento de materiales debidamente justificados, la ampliación de plazo no opera de pleno derecho, debiendo verificarse plenamente la existencia de la causal en la realidad. En tal sentido, señala que si bien PERCAT acompaña a su solicitud un informe sustentando la

solicitud de ampliación de plazo, emitido por la empresa Tubisa SAC, que en fecha 23 de setiembre de 2008 (el mismo día de inicio de ejecución de EL CONTRATO) le comunicó que no podía atender su pedido de los materiales que requería para la obra, existen otras empresas en el país que podían abastecerlo de los insumos primarios que el contratista requería para el cumplimiento de EL CONTRATO, por lo que PERCAT no puede escudarse en la información de un solo proveedor y solicitar la ampliación de plazo fundándose en una carta fechada el 31 de octubre del año 2008.

- c.3. Señala además que, en todo caso el cómputo del plazo para solicitar la ampliación se debería verificar a partir del día 23 de setiembre, fecha en la que, la empresa TUBISAC puso en su conocimiento la imposibilidad de dotarlos de los materiales que requerían. En ese orden de ideas, de conformidad con lo establecido por el artículo 232° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la solicitud de ampliación de plazo debió haberse presentado dentro de los siete días de haberse producido el hecho que generara el atraso o paralización, y por ende la ampliación. Dicho evento generador tuvo lugar el día 23 de setiembre del año 2008, por lo que a la fecha de la presentación de la solicitud -esto es el día 04 de noviembre del año 2008- la petición resultaba extemporánea.
- c.4. De otro lado indica que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que la solicitud de ampliación de plazo solicitado por el contratista debe ser respondida dentro del plazo de siete días hábiles, siendo que conforme se desprende de la carta de respuesta, esta ha sido entregada a PERCAT el día 07 de noviembre del año 2008 -a menos de 03 días hábiles- en el domicilio legal enunciado por el demandante.

#### 4.2.2. **Posición de LA MUNICIPALIDAD respecto de la Segunda Pretensión:**

El petitorio de la segunda pretensión solicita el pago de una indemnización por responsabilidad civil contractual, por concepto de lucro cesante un monto ascendente a la suma de S/. 1'192,000.00 y por concepto de daño emergente un monto ascendente a la suma de S/. 472,456.87, así como el pago de intereses legales que se devenguen hasta la fecha de total cancelación.

##### a. **De la improcedencia de la indemnización por daños y perjuicios:**

- a.1. Sobre el particular, LA MUNICIPALIDAD alega que PERCAT no habría demostrado plenamente en su demanda qué parte de EL CONTRATO habría incumplido LA MUNICIPALIDAD para encontrarse obligada al pago de una indemnización, dado que se habría limitado a señalar que esta resolvió el contrato y que por ello no pudo percibir el lucro cesante, siendo que además se le habría causado un daño emergente.

En tal sentido, indica que la resolución de EL CONTRATO se hizo efectiva el día 07 de noviembre de 2008 a mérito de la Carta N° 09-2008 remitida notarialmente a PERCAT, siendo que el 6 de noviembre de 2008 el plazo de ejecución de EL CONTRATO ya había concluido. En consecuencia, señala que no cabe invocar daño alguno cuando PERCAT no habría probado haber ejecutado su contraprestación, siendo que de los informes evacuados por el residente y el supervisor de obra, el propio dicho del demandante, así como el petitorio y fundamentos de hecho y derecho de su demanda, habría quedado demostrado que la ejecución de EL CONTRATO al 07 de noviembre del año 2008 fue 0.00%, por lo cual no cabe daño alguno.

- a.2. Asimismo, señala que PERCAT alega que se ha resuelto el contrato antes de que se verifique la ampliación de plazo y se le otorguen los adelantos solicitados, habiéndose demostrado que ambos pedidos fueron extemporáneos y que carecían de amparo legal, por lo que PERCAT no puede demostrar haber sido víctima de un daño que deba ser indemnizado.
- a.3. De otro lado alega que en la responsabilidad civil se requiere la concurrencia de cuatro supuestos fundamentales: la antijuricidad; el daño causado; la relación de causalidad y los factores de atribución. Al respecto manifiesta que el daño causado es el presupuesto fundamental que debe examinarse para determinar si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad. En ese orden de ideas, señala que al no haber daño, no hay nada que reparar, por lo que en el presente caso no existe problema de responsabilidad civil.
- a.4. En tal sentido, LA MUNICIPALIDAD sostiene que no corresponde amparar la pretensión de indemnización por responsabilidad civil dado que no concurren los elementos de la relación del nexo causal entre el hecho causante del perjuicio y el daño producido, dado que incluso en caso la resolución de EL CONTRATO sea declarada nula, esta habría sido enunciada o declarada cuando el contrato ya se había extinguido. En consecuencia, señala que no existe daño al no haberse perjudicado a PERCAT.

#### **4.2.3. Posición de LA MUNICIPALIDAD respecto de la Quinta Pretensión**

La quinta pretensión de PERCAT consiste en la declaración de la nulidad de la Carta Notarial N° 18-2008-MDA/A a través de la cual se resuelve el contrato, en tanto considera que la misma se encuentra viciada en su emisión y que ha sido emitida dentro del proceso arbitral.

##### **a. Respecto de la nulidad de la Carta N° 18-2008-MDA/A**

- a.1. A fin de probar la validez de la Carta N° 18-2008-MDA/A LA MUNICIPALIDAD señala que, si bien EL CONTRATO ya había sido resuelto por la acumulación del máximo de penalidad por mora, la resolución obedece a una causal distinta que no la opone ni la deslegitima, precisando que, en todo caso no se habría incurrido en ilegalidad alguna al intentar que, sin perjuicio de ello, se ejecute la obra. En tal sentido, señala que, de declararse la nulidad de la citada carta, ello no implicaría que la resolución por la causal de acumulación del máximo de penalidad descrita en la carta de fecha 07 de noviembre no sea válida.

En síntesis, de acuerdo a LA MUNICIPALIDAD, la resolución de EL CONTRATO se habría dado tanto por el incumplimiento de obligaciones contractuales a cargo de PERCAT, como por la acumulación del máximo de penalidad establecida en la ley.

##### **b. De la resolución de EL CONTRATO por causa atribuible al contratista y no a la entidad.**

- b.1. En relación al incumplimiento de las obligaciones de PERCAT, LA MUNICIPALIDAD señala que esta no habría cumplido con ninguna de sus obligaciones contractuales dentro del plazo establecido en EL CONTRATO,

habiendo dejado vencer los 45 días ofertados para el cumplimiento del servicio. Este hecho, de acuerdo a la demandada, evidenciaría dos causales de resolución de contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aplicable por temporalidad, a los hechos de la materia:

1. Por haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o lo que se haya pactado en el contrato, conforme lo faculta el artículo 223° del Reglamento antes enunciado, en este caso el 5% de penalidad por mora del monto total del servicio (Cláusula décimo séptima).
2. Por el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, previo requerimiento para su cumplimiento.

**c. De la acumulación del máximo de penalidad por mora en la ejecución de EL CONTRATO y del procedimiento empleado por LA MUNICIPALIDAD para resolver el contrato por la causal de acumulación del máximo de penalidad por mora.**

- c.1. Al respecto, LA MUNICIPALIDAD sostiene que dicha causal habría sido plenamente verificada, dado que el contratista no habría cumplido con sus obligaciones en el plazo de 45 días naturales establecidos en la Cláusula Sexta de EL CONTRATO, de lo que se desprendería que, la penalidad por mora pactada en EL CONTRATO habría sido superada en demasía, por lo que procede la resolución de EL CONTRATO por dicha causal.
- c.2. En lo que concierne el procedimiento de resolución de EL CONTRATO por dicha causal el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que para que la resolución opere, basta que se supere el monto máximo de penalidad por mora, no siendo necesaria la exigencia de requerimiento previo, toda vez que al alcanzarse el monto máximo de penalidad acumulada, la resolución opera de pleno derecho.
- c.3. Asimismo, de acuerdo a la Cláusula Décimo Octava del Contrato, se pactó que la resolución de EL CONTRATO por esta causal es automática en tanto se verifique la acumulación del máximo de penalidad, por lo que en tanto el cumplimiento de la exigencia de acumulación del máximo de penalidad se habría verificado no cabe requerimiento previo alguno.
- c.4. Sobre el particular, LA MUNICIPALIDAD señala que PERCAT debía haber cumplido con sus obligaciones contractuales y por ende con la entrega del objeto de EL CONTRATO el día 06 de noviembre del año 2008. Precisa que el plazo máximo de la acumulación de la penalidad por mora debía contarse a partir del día 23 de setiembre del año 2008, fecha en que se inicia la ejecución de EL CONTRATO, se verificó antes de los primeros quince días en el extremo por lo que con carta notarial N° 009-2008 recepcionada por la demandada en fecha 07 de noviembre del año 2008 se procede a resolver el contrato al haberse verificado por parte del supervisor de obra y el residente de la misma una ejecución del avance físico del objeto de contrata en 0.00% de ejecución, lo que como es obvio además demostraba que el máximo de penalidad había sido ya superado en demasía.

c.5. Por lo expuesto, LA MUNICIPALIDAD concluye que al verificarse la acumulación del máximo de penalidad por mora la resolución de EL CONTRATO no puede someterse a un procedimiento de requerimiento previo como aduce el demandante, toda vez que por imperio del artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se establece que es causal de resolución la acumulación del máximo de penalidad por mora en la ejecución del servicio por parte del contratista. En tal sentido, al acumularse el máximo de penalidad, el requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones carece de sentido alguno, dado que aún cuando el contratista pretendiera cumplir sus obligaciones, la penalidad máxima ya se habría verificado y por ende, se habría configurado una causal de naturaleza irreversible.

**d. Del incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, previo requerimiento para su cumplimiento.**

d.1. En relación a esta segunda causal de resolución, LA MUNICIPALIDAD sostiene que, la resolución por esta otra causal –sin perjuicio de la eficacia de la resolución por acumulación máxima de penalidades- tuvo lugar por cuanto LA MUNICIPALIDAD a fin de probar plenamente que la responsabilidad de la inejecución de EL CONTRATO obedecía a causa atribuible al contratista, procedió a efectuar el procedimiento por la causal de incumplimiento de obligaciones.

d.2. En tal sentido, al advertir que había transcurrido el plazo de ejecución contractual sin que PERCAT hubiese cumplido con entregar la obra objeto de EL CONTRATO, se le requirió la ejecución de la misma, por cuanto LA MUNICIPALIDAD requería la ejecución de las obras proyectadas. Sin embargo señala que PERCAT no dio respuesta a dicho requerimiento, por lo se ha verificado el incumplimiento de las obligaciones de PERCAT sin que medie razón alguna para la inejecución de las mismas, dejando vencer los plazos máximos tanto de penalidad como de ejecución contractual.

d.3. En este orden de ideas -sin perjuicio que EL CONTRATO ya había sido resuelto por la causal de acumulación del máximo de penalidad por mora- LA MUNICIPALIDAD requirió a PERCAT mediante Carta N° 016-2008-MDA/A el cumplimiento de sus obligaciones contractuales otorgándole un plazo de 05 días para ello. Sin embargo, PERCAT no cumplió con su prestación, por lo que con fecha 15 de diciembre de 2008 LA MUNICIPALIDAD le remitió la Carta de resolución de contrato por esta causal, signada bajo el N° 18-SLI 2008-MDA/A respetándose el procedimiento de requerimiento previo a que se contrae el artículo 226° del Reglamento de la Ley, el mismo que para esta segunda causal sí es exigible.

e.3. Finalmente, LA MUNICIPALIDAD señala que PERCAT en ningún momento, ante la declaración de improcedencia de los adelantos y de ampliación del plazo sometió esta determinación a conciliación o arbitraje, por lo que se entiende que consintió lo determinado por la Entidad, siendo que lo sometido a arbitraje ha sido únicamente la resolución de EL CONTRATO mas no los adelantos y ampliación del plazo denegado.

**4.4. Los medios probatorios ofrecidos por LA MUNICIPALIDAD en su contestación de la demanda**

En calidad de medios probatorios, LA MUNICIPALIDAD ofreció las pruebas documentales y exhibiciones citadas en el acápite de "Medios Probatorios" de su escrito de contestación.

**V. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

- 5.1. Con fecha 16 de junio de 2009, se llevó a cabo la primera Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

No habiéndose deducido excepciones, oposiciones ni defensas previas y al no encontrar defecto procesal alguno, el Árbitro Único, considerando la existencia de una relación jurídica procesal válida, procedió a declarar saneado el proceso arbitral.

Las partes solicitaron al Árbitro Único suspender la audiencia al existir la intención de llegar a un acuerdo conciliatorio, por lo que se reprogramó la audiencia para el día 2 de julio de 2009.

- 5.2. Con fecha 2 de julio de 2009 se continuó con la celebración de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, siendo que nuevamente en dicha oportunidad las partes solicitaron al Árbitro Único prorrogar la suspensión de la audiencia por existir la intención de las partes de continuar con conversaciones privadas para llegar a un acuerdo conciliatorio. El Árbitro Único reprogramó la Audiencia para el día 16 de julio de 2009 a efectos de que las partes informen el estado en que se encontrase la conciliación.
- 5.3. Con fecha 16 de julio de 2009 no pudo llevarse a cabo la audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos dado que ninguna de las partes concurrió a la misma, motivo por el cual, el Árbitro Único consideró reprogramar la Audiencia para el día martes 4 de agosto de 2009.

**VI. TRANSACCION**

- 6.1. Mediante escrito de fecha 16 de julio de 2009, ambas partes comunicaron al Arbitro Único haber acordado transigir sus intereses y haber dado por terminada la controversia en todos sus extremos, por haber celebrado una "Transacción", la misma que ha sido suscrita por el Sr. Delfín Huarcaya Palante Alcalde de la Municipalidad Distrital de Anco en virtud de las atribuciones conferidas a través del numeral 23 del artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades, y por el Sr. Carlos Perlacios Aviles, Gerente General de PERCAT, la misma que se adjunta a dicho escrito. Además, las partes solicitaron que el mencionado acuerdo sea homologado por un laudo arbitral.

**CONSIDERANDO:**

1. Que, PERCAT y LA MUNICIPALIDAD han celebrado una transacción con posterioridad al inicio de este proceso arbitral, solicitando que la misma sea homologada en un laudo arbitral.

2. Que, con fecha 11 de marzo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, en la cual se establecieron entre otros, tanto las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje como las Reglas del Proceso Arbitral.
3. Que, el numeral 4 del Acta de Instalación de Árbitro Único establece que el arbitraje se regirá de acuerdo con las reglas establecidas en el Acta, y en su defecto de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM y por el D.S. N° 013-2001-PCM, y por el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
4. Que, siendo que el Acta de Instalación no contempla expresamente los efectos respecto del proceso que sobrevenga una transacción extrajudicial entre las partes que ponga fin a la controversia, resulta de aplicación supletoria el artículo 50° del Decreto Legislativo 1071, de acuerdo al cual *si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.*
5. Que, de acuerdo al artículo glosado, el Árbitro Único se encuentra facultado a dar forma de laudo a la transacción celebrada entre las partes siempre que se cumplan dos condiciones: i) que ambas partes así lo soliciten y ii) que no se encuentre motivo justificado para no darle forma de laudo a la transacción.

Al respecto es preciso señalar que la transacción de acuerdo a la doctrina autorizada es el contrato por el que las partes, evitan la provocación de un pleito o ponen término a uno ya comenzado a través de concesiones recíprocas. Como todo contrato, la transacción solo puede ser celebrada por persona capaz y que además pueda disponer de los objetos comprendidos en la transacción<sup>1</sup>. En efecto, de acuerdo a PUIG BRUTAU la transacción es el contrato por el cual mediante recíprocas concesiones se elimina un pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica y se establece el estado de las cosas que los contratantes reconocen y admiten para lo sucesivo.<sup>2</sup> No obstante, en nuestra legislación, la transacción está considerada como una forma de extinción de obligaciones. Sobre el particular, LEDESMA<sup>3</sup> y LLAMBIAS<sup>4</sup> opinan que la transacción alude a un convenio específico que se define por la finalidad que tiene y por los medios escogidos para alcanzarla: el

<sup>1</sup> Al respecto es importante mencionar lo comentado por Devis Echeandía, quien señala que los representantes legales de las entidades públicas, necesitarían autorización de éstas para transigir, los de menores e incapaces, los secuestres y los curadores ad litem, requieren autorización del juez de la causa si ocurre en el curso del proceso, los apoderados necesitan facultad expresa, sean en el poder especial o en uno general. En: DEVIS ECHEANDIA, Hernando. "Compendio de Derecho Procesal. Teoría general del Proceso" Tomo I. Bogotá: Editorial ABC. 1996. Pág. 580.

<sup>2</sup> PUIG BRUTAU, José. Fundamentos del Derecho Civil. Barcelona: Bosch. P. 625.

<sup>3</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil" Lima: Gaceta Jurídica. 2008. Pág. 57-58.

<sup>4</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "Código Civil Anotado". Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot. 1983. Tomo II - A. Pág. 807

fin es conseguir la certidumbre acerca de un derecho o relación jurídica pendiente; los medios son los sacrificios recíprocos que efectúan las partes para lograr aquél resultado, por lo que es dable concebir a la transacción como un intercambio de sacrificios o renunciamentos.

6. Por otro lado, tal como señala LEDESMA<sup>5</sup> que la homologación implica aprobación, mientras que sentenciar implica decidir. Se trata de dos manifestaciones distintas del poder jurisdiccional, en la transacción procede que el juez que haya intervenido en el proceso apruebe el acto voluntario de las partes, siendo que lo que le da el carácter de cosa juzgada no es la decisión del juez, sino del acto voluntario en tanto cumpla con los requisitos de homologación correspondientes.

Ahora bien, en el plano judicial, las sentencias homologatorias tienen por objeto integrar la transacción acordada por las partes al orden procesal, así como contemplar la seguridad jurídica y la estabilidad de los derechos, si bien no deciden litigios y la propia ley no prevé una forma determinada, ni de proceso ni de acto final. Así, son tales los pronunciamientos que dan por terminado el proceso frente al desistimiento del derecho (...) o el que convalida la transacción del objeto litigioso (...), casos en los cuales el magistrado se limita a examinar si el acto o el contrato procede por la naturaleza del derecho en litigio, es decir, si se trata de un derecho disponible, dictando una providencia o una sentencia interlocutoria, según se homologue o no la transacción.<sup>6</sup> En efecto, la homologación de las transacciones, traerá como consecuencia la conclusión del proceso en curso, mas no implicará de manera alguna un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia sometida a juzgamiento sino únicamente la aprobación del acuerdo de las partes que al ser homologado adquirirá la calidad de cosa juzgada, y como tal, de título ejecutivo.

Así, en el plano judicial, la sentencia que homologa un acuerdo transacción constituye una providencia simple y no una verdadera sentencia definitiva. No obstante no se trata de una verdadera sentencia por su forma, lo es en sus efectos, en tanto constituye una verdadera declaración de certeza respecto a la relación jurídica controvertida, mas su contenido declarativo no es óbice a la posibilidad de su ejecución en el mismo proceso a que puso fin.<sup>7</sup>

7. Que, en este orden de ideas, el Árbitro Único para determinar si la transacción presentada por las partes debe ser asumida como laudo ha tenido en cuenta los criterios de homologación de transacciones previstos en el artículo 337º del Código Procesal Civil<sup>8</sup> a falta de regla expresa en el régimen del arbitraje.

---

<sup>5</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil" Lima: Gaceta Jurídica. 2008. Pág. 64-69.

<sup>6</sup> Cámara Nacional Civil, Sal H, mayo 31, 1996. Sucheyre, Raul c. Pérez, Irma, LA LEY, 1997-B, 740. EN: PEYRANO, Jorge W. Excepciones procesales. Doctrina y Jurisprudencia. Santa Fe: Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. 2001. Pág. 546.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de Chac, fallo del 28.5.90 in re "Zacarías de Vera Celia Concepción". EN: PEYRANO, Jorge W. Excepciones procesales. Doctrina y Jurisprudencia. Santa Fe: Editorial Jurídica Panamericana S.R.L. 2001. Pág. 546.

<sup>8</sup> Artículo 337.- Homologación de la transacción.-

El Juez aprueba la transacción siempre que contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales y no afecte el orden público o las buenas costumbres, y declara concluido el proceso si

8. Que, al respecto el citado artículo establece como requisitos para la homologación de la transacción que la misma contenga concesiones recíprocas, verse sobre derechos patrimoniales, que no deba afectar el orden público o las buenas costumbres y que no pueda crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

Al respecto, LEDESMA<sup>9</sup> señala que la transacción para ser homologada requiere ajustarse a los límites del objeto de la controversia planteado en las pretensiones de la demanda. En efecto, una actuación en contra de dicho precepto implicaría la variación del objeto del proceso

9. Que, el Árbitro Único ha identificado acuerdos contenidos en la Transacción extrajudicial presentada por las partes que no han sido objeto de planteamiento ante este proceso ni por ende son objeto de la controversia sometida a arbitraje. Tales acuerdos están contenidos en las cláusulas sexta y séptima de la Transacción.

En efecto, a través de la Cláusula Sexta de la transacción las partes acuerdan que LA MUNICIPALIDAD solicitará formalmente al Gobierno Regional de Huancavelica el reemplazo del actual Ingeniero Supervisor de la obra por otro profesional a los efectos de que se agilice y viabilice la ejecución de la obra materia de la presente transacción. Asimismo señala que sin perjuicio de lo expresado, queda convenido entre las partes que cualquier determinación que adopte el titular de LA MUNICIPALIDAD motivado por observaciones, informes, opiniones u análogos que vierta el Ingeniero Supervisor de la Obra, será previamente analizado por la Sub Gerencia de Obras y cuando el caso amerite por Asesoría Legal de LA MUNICIPALIDAD.

En síntesis, el acuerdo consiste en el compromiso de LA MUNICIPALIDAD de solicitar formalmente al Gobierno Regional de Huancavelica, el reemplazo del Ingeniero Supervisor de la obra por un profesional distinto, a fin de agilizar y viabilizar la ejecución de la obra. Sin embargo, el pedido de reemplazo del citado profesional no ha sido establecido como una pretensión en la demanda arbitral ni constituye materia controvertida de acuerdo a lo indicado en la demanda ni en la contestación presentada por PERCAT y por LA MUNICIPALIDAD, respectivamente. En consecuencia, al no ser objeto de la controversia sometida a arbitraje, no resulta legalmente admisible que el Árbitro Único se pronuncie al respecto.

---

alcanza a la totalidad de las pretensiones propuestas. Queda sin efecto toda decisión sobre el fondo que no se encuentre firme.

La transacción que pone fin al proceso tiene la autoridad de la cosa juzgada. El incumplimiento de la transacción no autoriza al perjudicado a solicitar la resolución de ésta.

Si la transacción recae sobre alguna de las pretensiones propuestas o se relaciona con alguna de las personas, el proceso continuará respecto de las pretensiones o personas no comprendidas en ella. En este último caso, se tendrá en cuenta lo normado sobre intervención de terceros.

Con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso.

<sup>9</sup> LEDESMA NARVAEZ, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil" Lima: Gaceta Jurídica. 2008. Pág. 60-61.

En relación a la cláusula séptima, tenemos que LA MUNICIPALIDAD se compromete a entregar a PERCAT los estribos y pilares conforme a lo pactado, siendo que cualquier modificación o cambio deberá subsanarse con la debida anticipación. No obstante, como puede apreciarse de los fundamentos de hecho y de derecho tanto de la demanda como de la contestación, la obligación de entrega de tales materiales por parte de la MUNICIPALIDAD no es objeto de la controversia sometida a arbitraje, por lo que tampoco corresponde al Árbitro Único pronunciarse sobre el particular.

En este orden de ideas, la transacción presentada por las partes en estos extremos regula relaciones materiales u obligaciones ajenas al proceso arbitral, por lo que en aplicación del artículo 337° del Código Procesal Civil no resulta pasible asumir la transacción presentada como laudo, siendo que una actuación contraria implicaría la variación del objeto del proceso

10. Que, es indispensable señalar que una de las características de la transacción consiste en el carácter indivisible de la misma. En efecto, tal indivisibilidad implica que la nulidad de una de las cláusulas producirá la nulidad total de la transacción. Así, conforme señala MOISSET DE ESPANES<sup>10</sup> si bien la transacción puede contener disposiciones separables e independientes, bastará que una sola de ellas sea nula para que la transacción quede invalidada en su totalidad. Sobre el particular es importante resaltar lo comentado por MESINAS<sup>11</sup> quien afirma que las concesiones recíprocas justifican la indivisibilidad de la transacción, siendo que, si mediante la transacción se extingue un asunto dudoso o litigioso, cediendo cada parte en algo, la anulación de una cláusula puede significar la eliminación de una concesión que, aunque mínima, pudo ser fundamental para la configuración del convenio, desnaturalizándolo. Por su parte, OSTERLING y CASTILLO FREYRE<sup>12</sup> señalan que "de aceptarse el principio general del artículo 224 del Código Civil, podría pensarse la situación de que una cláusula resulte nula o se anulase y que justamente a través de esa cláusula una de las partes hiciera concesiones al a otra. Si se aceptase la validez del resto del acto, no estaríamos resolviendo un problema sino creando otro, ya que de la transacción no se deduciría la terminación de una controversia sino la continuación de la misma o la perpetuación de una situación injusta bajo el mano de la cosa juzgada.
11. Que, en tal sentido, la transacción presentada no puede ser recogida como laudo arbitral al contener acuerdos que exceden el objeto de la presente controversia, y por ende, fuera de la competencia que ha sido otorgada al árbitro.
12. Que, sin perjuicio de ello, a través de la transacción las partes manifestando expresamente su voluntad de poner fin a la controversia sometida a consideración de este proceso.

---

<sup>10</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis. Curso de Obligaciones Tomo II. Advocatus. Córdoba, 1998.

<sup>11</sup> MESINAS MONTERO, Federico. Código Civil Comentado. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica. 2007. Pág. 610

<sup>12</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Vol XVI. Tercera Parte. Tomo IX. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.

En efecto, conforme puede apreciarse de la transacción presentada, a través de la Cláusula Cuarta LA MUNICIPALIDAD acepta declarar la nulidad de oficio de la Carta N° 080-2008-MDA/GM, la Carta N° 081-2008- MDA/GM y la Carta Notarial N° 018-2008-MDA/A, a través de las cuales se denegó la solicitud de adelanto por materiales y de ampliación de plazo respectivamente, así como se resolvió el contrato.

Como podemos apreciar, a través de la tercera cláusula de la transacción extrajudicial celebrada entre las partes, LA MUNICIPALIDAD concede la primera y quinta pretensión de la demanda, aceptando declarar la nulidad de oficio de las citadas comunicaciones a través de las cuales dio respuesta a la solicitud de adelanto por materiales y de ampliación de plazo y comunicó la resolución del contrato.

De otro lado, de acuerdo a la cláusula octava<sup>13</sup> de la transacción extrajudicial PERCAT, en atención a los acuerdos señalados en las cláusulas precedentes, renuncia a las demás pretensiones establecidas en su demanda arbitral, esto es:

- La segunda pretensión de la demanda arbitral, referida a la solicitud de indemnización por responsabilidad civil, por un monto ascendente a S/. 1'192,000.00 por concepto de lucro cesante y por un monto ascendente a S/. 472,456.87 por concepto de daño emergente, así como el pago de intereses legales devengados a la fecha total de cancelación.
- La primera pretensión alternativa referente a la ejecución de las obligaciones contractuales a cargo de PERCAT hasta por el monto de S/. 1'192,000.00.
- La Cuarta Pretensión referente al pago de costas y costos del proceso arbitral.

Con ello PERCAT está concediendo a LA MUNICIPALIDAD la renuncia a las pretensiones citadas, habiéndose comprometido además a ejecutar la obra en el plazo establecido por las partes.

Finalmente, ambas partes han declarado en la misma cláusula que no existe ninguna pretensión adicional en controversia.

13. Que, no existiendo controversia sobre qué pronunciarse nos encontramos ante un supuesto de sustracción de la materia con lo cual procede que el Árbitro Único deba dar por concluido el presente proceso arbitral.
14. Que, sin perjuicio que la transacción celebrada por las partes no sea asumida como laudo en el presente proceso arbitral, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil<sup>14</sup>, de acuerdo al cual la transacción tiene efectos de cosa juzgada.

---

<sup>13</sup> OCTAVO.- EL PROVEEDOR en atención a los acuerdos arribados en el numeral precedente, renuncia a las demás pretensiones de su demanda arbitral, dejándose establecido por ambas partes que no existe ninguna pretensión más en controversia, por lo que en todo caso se hacen mutua y recíproca concesión de los mismos.

<sup>14</sup> Artículo 1302.- Noción

Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Legislativo 1071, el Árbitro, en DERECHO,

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Denegar el pedido de las partes para que la transacción extrajudicial celebrada sea asumida como laudo.

**SEGUNDO:** Dar por concluido el proceso arbitral en atención a la transacción de las partes de poner fin a la controversia, comunicada mediante escrito de fecha 16 de julio de 2009.

**TERCERO:** Notifíquese a través de la Secretaría del SNCA-OSCE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE en atención a lo dispuesto en el artículo 289º del D.S. 084-2004-PCM.

Notifíquese a las partes.



**JUAN CARLOS MORON URBINA**  
Árbitro Único

---

Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes.

La transacción tiene valor de cosa juzgada.