

EXP. N° 103 – 2009
CONSORCIO SERGER GRUPO ALFIL – OSITRAN

Resolución N° 8

Lima, 20 de abril de 2010

I. NOMBRE DE LAS PARTES

Demandante: CONSORCIO SERGER - GRUPO ALFIL (en adelante, el CONSORCIO)

Demandado: ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE PÚBLICO (en adelante, OSITRAN)

II. SEDE DEL TRIBUNAL

Av. Paz Soldán N° 225, segundo piso.

III. ÁRBITRO ÚNICO

Dr. Ricardo Rodríguez Ardiles.

IV. ANTECEDENTES

4.1 **El Convenio Arbitral.** Está constituido por la Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 192-08-OSITRAN de fecha 24 de diciembre de 2008. De acuerdo a dicha cláusula arbitral, las partes acordaron que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del contrato indicado, serán resueltos mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad de contrataciones y adquisiciones del Estado.

4.2 **Instalación del Árbitro Único.** Con fecha 28 de setiembre de 2009 se instaló en la sede institucional de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral Unipersonal constituido por el doctor Ricardo Rodríguez Ardiles, con la participación de OSITRAN, dejándose constancia de la inasistencia del CONSORCIO, a pesar de estar debidamente notificados.

Asimismo, en dicho acto se estableció que el arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación de Árbitro Único, y, en su defecto, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones de Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 84-2004-PCM y sus modificatorias; y por el Decreto Legislativo N° 1071.

V. De la Demanda Arbitral presentada por el CONSORCIO

- 5.1 El CONSORCIO mediante escrito de fecha 15 de octubre de 2009, presenta la demanda arbitral interpuesta contra la OSITRAN en torno a la controversia derivada de la ejecución del Contrato N° 0192-08-OSITRAN, suscrito entre las partes, para el servicio de vigilancia.
- 5.2 El CONSORCIO solicita al Árbitro Único que declare la nulidad de la resolución unilateral de contrato ejecutada por OSITRAN.
- 5.3 El CONSORCIO solicita al Árbitro Único que disponga que OSITRAN pague a su favor la suma de S/. 97,171.57 (Noventa y siete mil ciento setenta y uno y 57/100 Nuevos Soles), cantidad que contiene el lucro cesante, indemnización por daños y perjuicios y los intereses moratorios y compensatorios generados desde el momento de ejecutado el acto submateria hasta la fecha.
- 5.4 El CONSORCIO solicita al Árbitro Único que disponga la entrega de la conformidad de culminación de servicio, documento que deberá consignar la suma total abonada a favor del CONSORCIO indicando el periodo realmente ejecutado y el que a mérito de la resolución que habría de declararse nula se ha abonado sin realización real de la prestación.
- 5.5 Como antecedentes de la controversia que dio origen al proceso, el CONSORCIO refiere que en mérito del resultado final de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0005-2008-OSITRAN, convocada con el objeto de cubrir el servicio de Seguridad y Vigilancia para la demandada, el Consorcio formado por las empresas SMF SERVICIOS GENERALES y SEGURIDAD Y TECNOLOGIA AGUILAS DORADAS S.A.C. fue adjudicado con la Buena Pro del citado proceso de selección, concediéndose el máximo puntaje por parte del Comité Especial en este sentido.

- 5.6 En ejercicio de su derecho y en su calidad de postora que ocupó el tercer lugar en el cuadro de méritos, el CONSORCIO interpuso ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado recurso de apelación contra la Buena Pro conferido a favor del Consorcio indicado en el numeral precedente y contra la empresa que quedó en segundo lugar, el mismo que fue resuelto mediante la Resolución N° 3476-2008-TC-S1 de fecha 5/12/08, declarando fundadas las pretensiones del CONSORCIO por lo que se descalificó la propuesta del Consorcio inicialmente adjudicado por no haber cumplido los términos de referencia y otorgándole al CONSORCIO la buena pro por los fundamentos contenidos en la misma.
- 5.7 Es así que, con fecha 24/12/08 se suscribió el Contrato N° 192-08-OSITRAN, documento a mérito del cual el CONSORCIO quedó vinculado con OSITRAN para la ejecución del servicio de seguridad y vigilancia en sus instalaciones en la de acuerdo a lo establecido en los términos de referencia del proceso de selección.
- 5.8 Agrega el CONSORCIO que a los quince días de iniciado el servicio, OSITRAN comenzó con el envío de ocho (08) sucesivas cartas y oficios por medio de los cuales requerían descargos sobre ciertos incidentes de naturaleza operativa, las mismas que en todos los casos fueron respondidas de modo pertinente, dentro de los términos y condiciones establecidas para este fin. Con fechas 19/02/09 y 26/02/09 OSITRAN remite al CONSORCIO las Cartas N° 021 y 040-09, las mismas que dan cuenta, por un lado, de la presencia de agentes de seguridad que no poseen licencia de posesión y uso de armas de fuego, así como el adecuado equipamiento, siendo que varios de ellos no formaban parte de la planilla de personal informada por el CONSORCIO para el inicio del servicio; y, por el otro, que uno de los agentes de seguridad no cubría el perfil exigido por las Bases para el personal a destacarse a sus instalaciones. Ambas misivas fueron absueltas justificando en cada caso los motivos que originaron cada una de las observaciones por parte de OSITRAN y tomándose las medidas inmediatas para subsanarlas.
- 5.9 En ese sentido, el CONSORCIO deja constancia que todos los eventos ocurridos fueron materia de subsanaciones y descargos correspondientes; sin embargo, mediante Carta N° 048-09-GAF-OSITRAN de fecha 05/03/09 OSITRAN indica que las cartas

presentadas por el CONSORCIO como descargo de las observaciones indicadas, no cumplen con absolver dichas observaciones por lo que se correspondía aplicar las penalidades establecidas en el contrato por los incumplimientos verificados.

5.10 Es así que con fecha 10/03/09 OSITRAN remite al CONSORCIO la Carta N° 055-09-GAF-OSITRAN por medio de la cual le comunica la resolución unilateral del contrato acordada según Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG-OSITRAN, que a su vez expone como causal principal para dicha decisión, la aplicación sucesiva de penalidades como reflejo de incumplimientos contractuales.

5.11 Sin embargo, el CONSORCIO manifiesta que las causales expuestas en la parte considerativa de la Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG-OSITRAN no son las razones que fueron materia de intimación expresa, por lo que era imposible amparar la decisión cuestionada en esta clase de sucesos de naturaleza subjetiva y ajena a los que por mandato legal deberían sustentar una decisión de este tipo, no habiéndose señalado en modo expreso en el tenor de dicha Resolución, que la resolución del contrato haya operado por la inobservancia del requerimiento específico de las cartas 021 y 040, ni se señaló por qué se deberían tener por no levantadas las observaciones referidas a las cartas mencionadas; en atención a ello, el CONSORCIO afirma que la decisión tomada por OSITRAN no ha sido debidamente sustentada y sería, por tanto, inválida para todo efecto.

VI. De la Contestación de la Demanda Arbitral presentada por OSITRAN.

6.1 Con fecha de presentación 11 de noviembre de 2009, OSITRAN contesta la demanda interpuesta por el CONSORCIO, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando se declare improcedente y/o infundada.

6.2 Argumenta OSITRAN que durante la ejecución del contrato sub litis, se presentaron diversos y reiterados incidentes incurridos por el CONSORCIO, los cuales encuadraban descritos como incumplimientos de sus obligaciones contractuales, los cuales fueron comunicados por la demandada al CONSORCIO.

- 6.3 Asimismo, indica OSITRAN que el Oficio N° 042-09-GAF – OSITRAN del 28/01/09, mediante la cual la Gerencia de Administración y Finanzas pone en conocimiento del CONSORCIO la incidencia ocurrida en circunstancias que se encontró al agente de seguridad asignado a la puerta del estacionamiento fuera de su sitio de resguardo y responsabilidad, encontrándolo en otro lugar en situación de descanso y abandono de puesto de trabajo, siendo esta una conducta descrita y sancionada de acuerdo al contrato. El Consorcio efectuó su descargo; sin embargo no cumplió con levantar las observaciones de OSITRAN. De igual modo, mediante Oficio N° 045-09-GAF-OSITRAN de fecha 02/02/09, Cartas N° 21-09-GAF – OSITRAN de fecha 19/02/09 y N° 040-09-GAF-OSITRAN, remitida vía conducto notarial, con fecha 24/02/09, , ponen en conocimiento del CONSORCIO diversas circunstancias irregulares ocurridas con el personal destacado para el servicio de vigilancia, las mismas que fueron motivo de descargo por parte del CONSORCIO pero no realizaron el levantamiento de las observaciones pertinentes, por lo que mediante Carta N° 55-09-GAF-OSITRAN remitida vía conducto notarial, la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, con fecha 11/03/09 pone a conocimiento del CONSORCIO la Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG – OSITRAN, mediante la cual se resuelve el Contrato N° 192-2008-OSITRAN, suscrito con el CONSORCIO.
- 6.4 Indica la demandada que el contrato de vigilancia, así como las Bases del Proceso prevén los supuestos de incumplimiento de contrato e imposición de penalidades; ello de la verificación de la ocurrencia de los supuestos allí descritos.
- 6.5 En atención a lo indicado en el numeral anterior, OSITRAN afirma que todas las observaciones realizadas al servicio prestado por el CONSORCIO están previstas tanto en el contrato como en las Bases, habiéndose fundamentado adecuadamente cada una de ellas, recogiendo las manifestaciones de los mismos agentes asignados.
- 6.6 Respecto de la Resolución del Contrato, OSITRAN afirma que dicha decisión no fue tomada de modo arbitrario, pues corresponde a un ejercicio de una potestad contemplada en las bases, cumpliéndose con los procedimientos correspondientes.

6.7 De otro lado, OSITRAN indica que el CONSORCIO si bien efectuó sus descargos en modo y tiempo oportunos, con excepción del descargo mediante Carta N° 386-09/ALFILOPNS, éstos no desvirtuaron las observaciones acotadas por la demandada, toda vez que no solo no es rebatido el hecho sujeto a incumplimiento, sino que objetaron la subsunción de los mismos como causales de incumplimiento por existir causas de justificación, las mismas que no fueron acreditadas mediante documento alguno.

6.8 Agrega OSITRAN que todo lo afirmado, no hace mas que constatar la deficiencia en el servicio, sino la incapacidad de la demandante para prestar el servicio según las condiciones establecidas en las bases.

VII. De la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

Con fecha 3 de febrero de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la que el Árbitro Único con la participación y conformidad de las partes estableció los puntos controvertidos, siendo estos los siguientes:

Respecto a la demanda (presentada el 15/10/09) y contestación (presentada el 11/11/09):

- **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDOS:** Determinar si corresponde al Árbitro Único declarar nula la resolución unilateral de contrato ejecutada por OSITRAN.
- **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDOS:** Determinar si corresponde al Árbitro Único disponer que OSITRAN pague al CONSORCIO una suma total de S/ 97,171.57 (noventa y siete mil ciento setenta y uno y 57/100 Nuevos Soles), cantidad que incluye S/ 57,171.57 (Cincuenta y siete mil ciento setenta y uno y 57/100 Nuevos Soles) por concepto de lucro cesante y S/ 40,000.00 (Cuarenta mil Nuevos Soles) en calidad de indemnización a fin de compensar el desmedro patrimonial, así como los intereses moratorios y compensatorios, por indebida resolución de contrato y daños conexos derivados de la misma.
- **TERCER PUNTO CONTROVERTIDOS:** Determinar si corresponde al Árbitro Único establecer la procedencia de la

entrega de la correspondiente conformidad de culminación de servicio respecto del periodo ejecutado.

- Determinar cual de las partes debe asumir en su totalidad los costos y costas del presente proceso

VIII ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Se admiten como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

a) De la demanda:

Los documentos ofrecidos por el CONSORCIO en su escrito de demanda presentado el día 15 de octubre de 2010, en el numeral V titulado "Medios Probatorios".

b) De la contestación a la demanda:

Los documentos ofrecidos por OSITRAN en su escrito de contestación de la demanda presentada el día 11 de noviembre de 2009, en el numeral III titulado "Medios Probatorios".

IX. De las Audiencias de Ilustración

Mediante Resolución N° 7 de fecha 3/02/10, emitida dentro de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, el Árbitro Único resolvió citar a las partes a Audiencia de Ilustración a realizarse con fecha 10 de marzo de 2010, a fin de ilustrar el sustento de las pretensiones planteadas y la controversia que se somete a su decisión.

En la citada diligencia el Árbitro Único procedió a efectuar las preguntas que estimó pertinentes a cada una de las partes, quienes absolviéron las interrogantes, exponiendo sus respectivas argumentaciones. Asimismo, se otorgó a las partes el derecho de réplica y dúplica, efectuando las repreguntas correspondientes.

X. Del cierre de la etapa probatoria

Culminada la Audiencia de Ilustración de fecha 10/03/10, el Árbitro Único declaró culminada la etapa probatoria en el proceso y, dispuso otorgar un plazo a las partes de cinco (05) días hábiles para la presentación de alegatos y de considerarlo conveniente soliciten informar oralmente.

XI. De la Presentación de Alegatos

Con fecha 17 de marzo de 2010, dentro del plazo otorgado, el CONSORCIO y OSITRAN, presentan sus alegatos escritos. La demandada solicitó el uso de la palabra para informar oralmente en su oportunidad. El Árbitro Único tuvo por presentados los alegatos escritos de las partes, citando a las partes a Audiencia de Informe Oral.

XII. De la Audiencia de Informes Orales

Con fecha 06 de abril de 2010, se realizó la Audiencia de Informes Orales, en la que las partes, el CONSORCIO y OSITRAN hicieron uso de la palabra, haciendo una exposición detallada de sus posiciones. Asimismo, culminados los respectivos informes orales el Árbitro Único otorgó a las partes la posibilidad de hacer uso de réplica y duplica, efectuando las partes las apreciaciones y aclaraciones que consideraron pertinentes, estableciéndose en dicho acto que el proceso arbitral se encontraba en estado para laudar y, en consecuencia: fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por veinte (20) días hábiles adicionales.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1) Determinar si corresponde al Árbitro Único declarar nula la resolución unilateral de contrato ejecutada por OSITRAN.

La nulidad de un acto administrativo, y la Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG-OSITRAN, de 10.03.09 que aprueba la resolución total del contrato celebrado entre el demandante y la entidad demanda, lo es, sólo puede ser declarada si se cumple alguno de los supuestos establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, específicamente lo

dispuesto en el artículo 10 de dicho cuerpo normativo, que detalla los vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho.

En la citada Resolución de Gerencia General, se expresa que la resolución contractual se asume “por incumplimiento de las condiciones de servicios establecidas en las Bases y el Contrato de prestación de servicios de vigilancia”, y en la parte Considerativa de la misma, luego de referir las observaciones e incidencias ocurridas así como que el Consorcio demandante contestó las comunicaciones que sobre ese particular se le cursaron, “las observaciones formuladas no fueron debidamente levantadas, por lo que las mismas configuran el incumplimiento contractual y la aplicación de las penalidades correspondientes”.

Asimismo expresa, que “la aplicación de las penalidades es un reflejo de las constantes ineficiencias en la prestación del servicio de vigilancia, puesto que las faltas encontradas contravienen lo dispuesto en los puntos 3 y 4 de las Bases, que constituyen el incumplimiento contractual por parte del CONSORCIO en sus obligaciones sobre la prestación del servicio de vigilancia”

El Consorcio demandante reconoce, aunque con matices y reservas, que efectivamente los hechos se han producido mas alega que a pesar de que en su concepto tales observaciones fueron debidamente levantadas, OSITRAN fue de opinión contraria, circunstancia que obliga a recurrir a la vía arbitral para que se determine ese extremo conjuntamente con los referentes al cumplimiento de las necesarias condiciones materiales y formales para que proceda la resolución contractual.

Así las cosas, corresponde analizar la facultad resolutoria de la entidad, así como el proceder de la misma para la resolución contractual en función de los hechos producidos y que fundamenta como causal para dicha decisión resolutoria.

Tal como se establecieron las partes en el contrato N° 192-08-OSITRAN, la resolución contractual se encuentra reglada en la Cláusula Décimo Segunda del mismo, en que textualmente refieren: “Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 41° inciso c), y 45° de

la Ley, y los artículos 224 y 225 de su Reglamento; de darse el caso, OSITRAN procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.”

Como puede advertirse, los elementos de la cláusula comprenden los siguientes aspectos: la existencia de un incumplimiento contractual y la sujeción, en cuanto al procedimiento de resolución, a lo regulado en la normativa específica.

La Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG-OSITRAN, por la que se aprueba la resolución contractual refiere que el Consorcio demandante incurrió en los siguientes incumplimientos contractuales:

14.01.09, agente de seguridad fuera de su lugar asignado

29.01.09, permitir acceso de vehículo no autorizado e ingreso de personas ajenas a la entidad.

16, 17, 18.02.09, presencia de agente sin arma y licencia, y sin estar en nómina propuesta; presencia de agente portando arma distinta de la autorizada en su licencia, y sin estar en nómina de agentes propuestos; presencia de agente sin arma, licencia y chaleco antibalas.

19.02.09 agente sin arma, licencia y chaleco antibalas.

También refiere que las comunicaciones que se cursaron por tales hechos fueron respondidas por el Consorcio, las cuales sin embargo no levantaron las observaciones, lo que configura el incumplimiento y la aplicación de la penalidad.

En consecuencia a ello, y luego de haberse cumplido las formalidades previas, asevera la Resolución, se ha producido incumplimiento de las condiciones de servicios establecidos en las Bases y el contrato, que conllevan a la resolución del mismo.

Es de anotar que el contrato bajo estudio en su Cláusula Décimo Primera establece penalidades por causas específicas entre las que se encuentran los eventos reseñados precedentemente, en % de la UIT, entre el 2% y el 10%, según el caso.

7

En este contexto, la entidad en cada oportunidad que detectaba un incumplimiento contractual remitía una comunicación al Consorcio, para que “asuma las acciones necesarias y efectuar los descargos correspondientes” (Oficio N° 0042-09-GAF-OSITRAN de 28.01.09); “de conformidad a la Cláusula Octava del contrato suscrito en el plazo de 3 días, procedan con efectuar los descargos correspondientes y subsanar la observación detectada, bajo apercibimiento de aplicar la penalidad que corresponde y resolver el contrato” (Oficio N° 0045-09-GAF-OSITRAN de 02.02.09); “se otorga un plazo de tres (3) días a fin de que procedan con la subsanación de los mismos, bajo apercibimiento de aplicar las siguientes penalidades y la correspondiente resolución del contrato” (Oficio N° 0021-09-GAF-OSITRAN de 19.02.09); “de conformidad a la Cláusula Octava del contrato suscrito en el plazo de 3 días, procedan con efectuar los descargos correspondientes y subsanar la observación detectada, bajo apercibimiento de aplicar la penalidad que corresponde y resolver el contrato” (Oficio N° 0040-09-GAF-OSITRAN de 25.02.09)

Asimismo se advierte también de los actuados, que mediante Oficio N° 083-09-GAF-OSITRAN de 20.02.09, Carta N° 048-GAF-OSITRAN de 04.03.09, se establece que ante las cartas de descargo del Consorcio al considerarlas no absolutorias de la incidencia u observación detectada, se aplicarán las penalidades respectivas.

Corresponde por ende apreciar si efectivamente la entidad cumplió en primer lugar con las formalidades establecidas en la normativa para proceder a la resolución contractual.

Tal cual se ha señalado en párrafos precedentes, la resolución del contrato se sujetaba al procedimiento establecido en el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que taxativamente regula, que la intimación respecto del incumplimiento debe ser efectuada con carta enviada por conducto notarial con el objeto que satisfaga la obligación incumplida en un plazo no mayor de cinco días, con expresa mención de apercibimiento de resolución contractual. Este extremo formal, aparece cumplido por la Entidad.

Sin embargo en el presente caso, se establece con meridiana claridad que si bien es cierto los descargos del Consorcio en torno a los hechos producidos no satisfacían a la Entidad, ésta adoptaba decisión de aplicar la penalidad correspondiente prevista en la Cláusula Décimo Primera, numeral 12.2, tal como figuran en las cartas antes mencionadas y en la parte Considerativa de la Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG-OSITRAN.

Mas aun, y como consecuencia de las actuaciones arbitrales, OSITRAN expresa respecto de tales incumplimientos que aquellos no podían ser subsanados, "sino únicamente sancionados y/o penalizados", y que ante el incumplimiento reiterado, en especial de cambio de personal sin autorización previa, procedió con la resolución del contrato, "puesto que devenía en evidente la incapacidad del CONSORCIO para prestar el servicio conforme a las condiciones mínimas y esenciales establecidas en el contrato y las bases del proceso".

Adicionalmente a todo ello, el Consorcio ha enfatizado como parte de su argumentación el incumplimiento de las formalidades establecidas en la normativa para proceder a la resolución contractual, especialmente ha marcado el distingo que existe entre presentación de descargos y la intimación previa a la resolución que se remite para subsanar el incumplimiento.

Así las cosas, el Árbitro efectúa un análisis integral de las consideraciones expuestas por las partes.

El artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante la Ley, al establecer las cláusulas obligatorias de los contratos, incluye la de resolución por incumplimiento, señalando textualmente: "*En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.*"

Por su parte, el artículo 226 de su Reglamento, regula el procedimiento de resolución describiendo, en su primer párrafo: *“Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.”*

Esto es, que siguiendo la propia literalidad de la norma, la resolución por incumplimiento requiere necesariamente, la configuración del incumplimiento propiamente dicho; la intimación de la parte perjudicada a efectos de que la contraria la subsane o satisfaga; y finalmente, que tal subsanación no se produzca quedando habilitada la facultad resolutoria.

En el caso de autos, no existe controversia respecto a que efectivamente, sin perjuicio de algunas puntuales observaciones del Consorcio, se ha producido distintos incumplimientos por parte del mencionado Consorcio, dándose por tanto cumplimiento a la primera condición prefijada en la norma legal citada.

En cuanto al cumplimiento de la intimación, debe tenerse en cuenta que ésta significa, tal como conceptualiza el Diccionario de la Real Academia Española, *Requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo*; expresión que puede ser asimilada a una cualquiera de sus voces sinónimas, tales como advertir, conminar, exigir, ordenar, requerir, exhortar, reclamar, comunicar, notificar; con el único y establecido propósito de subsanar o satisfacer el incumplimiento detectado.

De las comunicaciones obrantes en el expediente, en todas se puede apreciar que el propósito de las cartas cursadas por la entidad ante los incumplimientos por ella detectados, eran con el objeto de “que puedan tomar las acciones necesarias y efectuar los descargos correspondientes” (Oficio N° 0042-09-GAF-OSITRAN); “procedan con efectuar los descargos correspondientes y subsanar la observación detectada, bajo apercibimiento de aplicar la penalidad que corresponde y resolver el contrato” (Oficio N° 0045-09-GAF-OSITRAN); “a fin de que procedan con la subsanación de los mismos, bajo apercibimiento de aplicar las siguientes penalidades y la correspondiente resolución de contrato” (Carta N° 021-09-GAF-OSITRAN);

“procedan con efectuar los descargos correspondientes y subsanar la observación detectada, bajo apercibimiento de aplicar la penalidad que corresponde y resolver el contrato” (Carta N° 040-09-GAF-OSITRAN)

Esto es, que las comunicaciones cursadas poseen un doble propósito en cada caso, requerir descargos respecto al incumplimiento y subsanar el incumplimiento, a pesar que se trata de dos cuestiones distintas, ya que la presentación de descargos conlleva la eventualidad de evitar la imposición económica a diferencia de la intimación que persigue restituir el cumplimiento pleno de las obligaciones asumidas.

En cuanto al primer aspecto, y como se aprecia de las cartas cursadas con posterioridad a la recepción de los descargos del Consorcio, este extremo tenía por finalidad determinar si la penalidad pactada por incumplimiento específico devenía o no en aplicable, es decir efectuar una apreciación de los argumentos del mencionado Consorcio respecto del incumplimiento que se le imputaba y, como consecuencia de ello, adoptar decisión.

La referida decisión queda de manifiesto en el contenido del Oficio N° 0083-09-GAF-OSITRAN en el que pronunciándose la entidad en torno a la Carta N° 0386-09/ALFIL-OPNS en torno a la observación e incidente ocurrido el 29 de enero concluye que el Consorcio “no han levantado las observaciones planteadas por OSITRAN, al haberse configurado el incumplimiento del contrato, se le aplicará la penalidad de acuerdo con lo establecido en la cláusula décimo primero del contrato...”; e igualmente, en la Carta N° 048-09-GAF-OSITRAN en la que pronunciándose respecto de las Cartas N° 470-09/ALFIL-GO y N° 512-09/ALFIL-GO concluye que éstas “no absuelven las observaciones efectuadas... se aplicarán las penalidades respectivas...”

Téngase en cuenta que esta línea de pronunciamiento conlleva a que la entidad asuma dos extremos, que el incumplimiento contractual en efecto se ha producido y que como consecuencia del mismo le corresponde penalidad.

Sin embargo, y consideramos lo medular en este análisis, la entidad no emite pronunciamiento respecto del fin último de la intimación, esto es,

considerar o no que la observación o el incumplimiento ha sido subsanado o satisfecho.

La referida ausencia de pronunciamiento conlleva a que la lógica del procedimiento resolutorio normado se quiebre, por cuanto sin que se asuma definición respecto de ello - probablemente por lo argumentado en el sentido de que los incumplimientos no eran factibles de subsanación - sino simplemente por la existencia del incumplimiento que es objeto de penalidad económica se determine la resolución contractual, tal como se aprecia de los términos de la Resolución resolutoria.

Como hemos expresado en párrafos precedentes, la normativa demanda que exista de modo previo a la resolución de contrato una intimación que propulse la subsanación del incumplimiento que se imputa; y que sólo cuando exista esa no subsanación, la resolución proceda.

En este extremo citamos lo que la mencionada Resolución expresa citando el contenido del artículo 41 de la Ley, cuando al transcribir el texto legal se establece que se requiere que el incumplimiento "no haya sido materia de subsanación".

En consecuencia, el requisito legal pre señalado no ha sido cumplido, con lo cual se incurre en la causal de nulidad prevista en el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al soslayarse el cumplimiento de un elemento esencial de la formación de decisión y de formalidad requerida.

Puntualicemos de manera explícita que el ordenamiento legal aplicable al contrato en controversia no demanda que existan reiterados incumplimientos para que se configure la causa resolutoria sino, exclusivamente, que el incumplimiento observado, una vez intimado, no haya sido subsanado.

En este orden de ideas, deviene en amparable la primera pretensión del Consorcio demandante.

2) Determinar si corresponde al Árbitro Único disponer que OSITRAN pague al CONSORCIO una suma total de S/ 97,171.57 (noventa y siete mil ciento setenta y uno y 57/100 Nuevos Soles), cantidad que incluye S/ 57,171.57 (Cincuenta y siete mil ciento setenta y uno y 57/100

Nuevos Soles) por concepto de lucro cesante y S/ 40,000.00 (Cuarenta mil Nuevos Soles) en calidad de indemnización a fin de compensar el desmedro patrimonial, así como los intereses moratorios y compensatorios, por indebida resolución de contrato y daños conexos derivados de la misma.

El Consorcio demandante, adoptando una renuncia implícita a retomar el contrato en el caso que su pretensión de nulidad de resolución resultara amparable, tal como ha explícitamente reconocido en la Audiencia de Informes Orales, solicita el pago de de S/ 57 171,57 nuevos soles, bajo el presupuesto que tal cifra constituye el lucro cesante derivado de la indebida resolución contractual.

Tal como establece la doctrina, "Si concebimos como daño cualquier lesión de un interés, sea patrimonial o no, el concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto (esto es, deducidos costes) que se haya dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor o bien del acto ilícito que se imputa a un tercero."

El Poder Judicial en su diccionario señala por su parte, que el Lucro Cesante "Se refiere a todos los provechos y beneficios que la persona ha dejado de percibir como consecuencia del daño que se le ha ocasionado. Es un criterio que debe tenerse en cuenta al momento de establecer el monto que se le pagará como indemnización de daños y perjuicios."

En el presente caso, el demandante no ha sustentado de manera alguna el origen del cálculo de su pretensión, habiendo establecido una cifra que carece de consistencia, ya que tal como está definido, el lucro cesante está íntimamente vinculada a la utilidad dejada de percibir, extremo que no ha sido sustentado por el accionante en grado alguno, mas aún cuando sobre tal pretensión no ha determinado la norma en la que ampara su potencial derecho, ya sea de la normativa de contrataciones del Estado o del derecho común aplicable.

En este orden de ideas, y considerando además que el Consorcio no ha facultado al Árbitro a fijar el monto del referido lucro cesante dado que su

pretensión es cerrada a la cifra que señala, deviene en no amparable este extremo de la pretensión.

En cuanto a los S/ 40 000 nuevos soles que demanda bajo el concepto de indemnización que postula, al igual que en el extremo anterior, el Consorcio no ha acreditado la procedencia de la referida suma, ni en que hechos acreditados se ampara para solicitar la misma, ni el fundamento de derecho en que se apoya para su pretensión, con lo cual incumple con el necesario fundamento que debe aportar tanto en lo que corresponde a su existencia cuanto a su cuantía, siendo insuficientes la utilización de frases genéricas carentes de concreción acreditada, lo que conlleva a que no sea amparable, igualmente, este extremo de la pretensión bajo análisis.

Finalmente, la pretensión de intereses sigue la misma suerte en razón de no resultar amparadas las pretensiones de las cuales hubieren podido derivarse.

3) Determinar si corresponde al Árbitro Único establecer la procedencia de la entrega de la correspondiente conformidad de culminación de servicio respecto del periodo ejecutado.

Como puede apreciarse de los hechos descritos en los párrafos precedentes, durante el periodo de la ejecución del contrato se han producido diversas inconductas respecto de los extremos pactados, las cuales si bien pretendieron ser levantadas en cada oportunidad por el Consorcio al momento de presentar sus descargos, no desvirtuaron la existencia de las mismas, dando lugar a la aplicación de la penalidad correspondiente, extremo éste que ha sido admitido aunque con matices a lo largo del proceso.

Los artículos 233 al 235 del Reglamento establecen el procedimiento para la conformidad del servicio, de ellos se aprecia que tanto la recepción cuanto la conformidad corresponde a la administración de la entidad a través de sus funcionarios encargados para el efecto, debiendo "verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales".

En el presente caso, el Árbitro sin entrar al análisis si puede disponer el otorgamiento de aquel, atendiendo a los antecedentes que han sido expuestos a lo largo del proceso, resulta no factible asumir que el servicio durante el periodo que fue prestado estuvo exento de circunstancias ajenas a los términos pactados en el contrato, puesto que se suscitaron eventos que, pese a los argumentos del Consorcio, no resultaron suficientes como para desvirtuar, la existencia de los mismos.

En ese orden de ideas, el Árbitro considera que no le corresponde disponer que la entidad le entregue al Consorcio la respectiva conformidad del servicio, mas si pudiera ser eventualmente otro documento, como el de una constancia de prestación o similar, que implique simplemente el haberse brindado la prestación.

COSTOS DE ARBITRAJE

El Árbitro Único considerando las actuaciones producidas así como los resultados del presente arbitraje posee convicción que ambas partes tenían legítimo interés en la realización del proceso, toda vez que tenían expectativas ciertas y argumentos que requerían ser materia de decisión en esta vía, por lo que se pronuncia estableciendo que respecto a las costas y costos del arbitraje cada una de las partes las asuma la que le corresponde, como lo han hecho.

DECISIÓN

Por estas consideraciones, el Árbitro Único con sujeción a Derecho, lauda:

Primero.- Declarar **FUNDADA** la primera pretensión del demandante y en consecuencia, nula la resolución de contrato efectuada mediante Resolución de Gerencia General N° 010-2009-GG-OSITRAN, de 10.03.09.

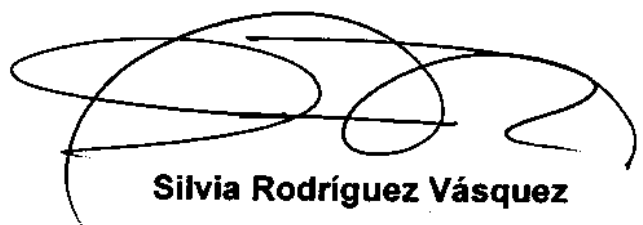
Segundo.- Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión del demandante referida al pago reclamado por concepto de lucro cesante, indemnización e intereses.

Tercero.- Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión del demandante referida a disponer que OSITRAN le brinde la correspondiente Conformidad de Servicio por el periodo del contrato ejecutado.

Cuarto.- Declarar que cada parte asuma, de manera proporcional, los costos y costas del arbitraje.

Quinto.- Disponer que la Secretaría Arbitral remita copia del presente laudo a OSCE para los fines consiguientes.


Ricardo Rodríguez Ardiles
Árbitro


Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Arbitraje
CARC - PUCP