

**LAUDO DE DERECHO**

**RESOLUCIÓN N° CUATRO**

**LUGAR Y FECHA:**

Lima, 10 de Febrero de 2010

**PARTES DEL PROCESO:**

DEMANDANTE : CONSORCIO PISCO

DEMANDADO : MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y  
SANEAMIENTO

**SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Av. Dos de Mayo No. 1152, Miraflores.

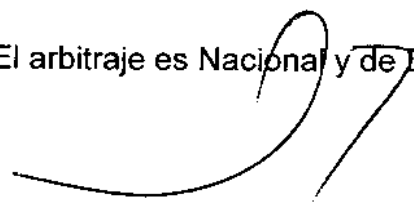

**MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

Víctor Wenceslao Palomino Ramírez, Árbitro Único.

Jessica Lourdes Palomino Torres, Secretaria Arbitral

**TIPO DE ARBITRAJE:**

El arbitraje es Nacional y de Derecho

### **INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

El Tribunal Arbitral se instaló el día jueves catorce (14) de Enero de 2010, en la cual el señor árbitro único ratificó no tener incompatibilidad para ejercer el cargo, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada. En dicha acta se fijó, entre otros, las reglas del proceso, las que fueron debidamente notificadas a las partes.

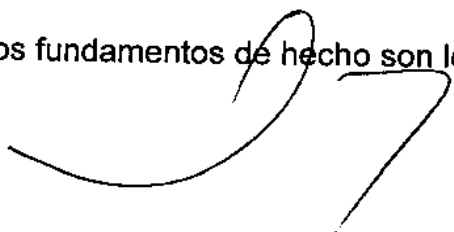
### **REFERENCIA DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

#### **DE LA DEMANDA.-**

El CONSORCIO PISCO (en adelante el Consorcio demandante) interpuso su Demanda Arbitral, sobre la controversia surgida en el Contrato N° 052-2009/P.E.E. N° 001-2009-MVCS para la "Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Rehabilitación de la Línea de Conducción Cuchilla Vieja al RA2, Zona Afectada por el Terremoto del 15 de Agosto del 2007", dentro del plazo otorgado por el Tribunal, formulando el siguiente petitorio:

- a) Primera Pretensión Principal.- Que, el Tribunal Arbitral declare procedente la entrega de los Adelantos: Directo y Materiales, de acuerdo a lo estipulado en el Contrato y en las Bases, asimismo declare si procede o no el pago del Adelanto Directo solicitado mediante Carta N° 001-2009 OB-CV Pisco.
  
- b) Segunda Pretensión Principal.- Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandado asumir el pago de las costas y costos generados en el presente proceso arbitral.

Los fundamentos de hecho son los siguientes:



Que, con fecha 14 de octubre del 2009, el Consorcio demandante y la Entidad demandada suscribieron el Contrato N° 052-2009/P.E.E. N° 001-2009-MVCS para la "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de Rehabilitación de la Línea de Conducción Cuchilla vieja la RA2, zona afectada por el terremoto del 15 de agosto del 2007"; por el monto de S/. 22'696,883.48 incluido IGV, por un plazo de ejecución de 240 días naturales.


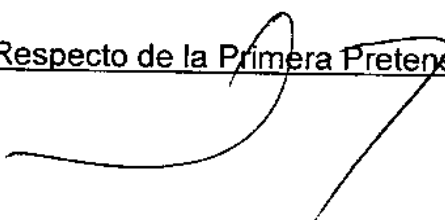
Que, con fecha 21 de octubre del 2009, el Consorcio demandante mediante Carta 001-2009OB-CV Pisco solicita a la Entidad la entrega del Adelanto Directo por la suma de S/. 4'539,376.70 para la ejecución de la obra, adjuntando la Carta Fianza N° 00044243 emitida por el Banco INTERBANK que afianza dicho adelanto, así como la factura N° 001-000001 por el mismo monto.

Que, con fecha 13 de noviembre del 2009, la señora Rosa Guadalupe de Loredo, Directora de la Unidad de Tesorería en representación de la Entidad, hace la devolución de la Carta Fianza N° 00044243 emitida por el INTERBANK que afianza el Adelanto Directo por la suma de S/. 4'539,376.70 solicitado por el Consorcio demandante mediante Acta de Entrega.

Que, con fecha 27 de noviembre del 2009, mediante Carta N° 01-2009-OB-CV Pisco, el Consorcio Pisco inicia el Procedimiento Conciliatorio de conformidad con lo establecido en la Cláusula Trigésima Segunda del Contrato N° 052-2009/P.E.E. N° 001-2009-MVCS, a fin de resolver la controversia generada por la negativa de la Entidad en la entrega del adelanto directo, sin llegar a acuerdo alguno por la inasistencia de ambas partes, concluyendo el procedimiento mediante Acta de Conciliación N° 204-2009, recurriendo a la vía del arbitraje para resolver la discrepancia subsistente entre las partes.

Los fundamentos de las pretensiones son los siguientes:

Respecto de la Primera Pretensión Principal:



Que, con fecha 21 de octubre del 2009, el Consorcio demandante mediante Carta N° 001-2009 OB-CV Pisco solicita a la Entidad la entrega del adelanto directo por la suma de S/. 4'539,376.70, adjuntando la Carta Fianza N° 00044243 emitida por INTERBANK que afianza dicho adelanto, y la Factura N° 001-000001 por el monto solicitado, de conformidad a lo estipulado en las bases y el Contrato N° 052-2009/P.E.E. N° 001-2009-MVCS.

Que, con fecha 13 de noviembre del 2009, la señora Rosa Guadalupe de Loredó, Directora de la Unidad de Tesorería en representación de la Entidad devuelve la Carta Fianza N° 00044243 por el importe de S/. 4'539,376.70, presentada como garantía para la entrega del Adelanto Directo solicitado por la misma suma, según se aprecia del Acta de Entrega.

Que, habiendo culminado, sin acuerdo alguno, el procedimiento conciliatorio iniciado por el Consorcio demandante respecto a la controversia suscitada por la negativa en la entrega del adelanto directo, mediante Carta N° 022-2009-OB – CV, Pisco decide someter a arbitraje la referida controversia.

Que, la Entidad mediante Oficio N° 1880-2009-VIVIENDA-OGA, da respuesta a la Solicitud de Arbitraje, señalando entre otros puntos, que se vio obligada a no tramitar la Solicitud de Adelanto Directo en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 38° de la Ley, la cual establece que *“A solicitud del contratista, y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad podrá otorgar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento...”*

Que, sin embargo, la Entidad demandada reconoce que la Cláusula Décima Tercera del Contrato de la Obra establece que se podrán otorgar adelantos a solicitud del contratista, otorgándose así la potestad a la demandada de otorgar o no los Adelantos, adoptando la Entidad la posición de no otorgar dicho adelanto por no estar considerando en las Bases.

Que, respecto a la entrega de los adelantos, los documentos contractuales señalan que en las Bases Integradas, se indica que *“Todos los aspectos*

*relativos al presente proceso de selección, contratación, construcción, ejecución, recepción de obra, liquidación de obra, etc., no contemplados en estas bases de regirá por la Ley y su Reglamento”*

Que, en las Bases Integradas también se señala que *“En los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato, regirán las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado”*.

Que, en las Bases Integradas, además se establece que *“El contratista se obliga a ejecutar las obras materia de este contrato, en un plazo de ...(consignar) días calendario, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento”*


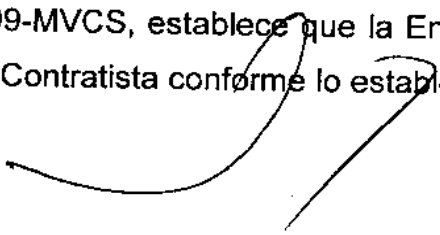
Que, la quinta condición de dicho artículo prescribe *“Que se haya entregado el adelanto directo al Contratista y oportunidad establecidas en el artículo 187°”*.

Que, el Contrato N° 052-2009/P.E.E.N° 001-2009-MVCS, prescribe que: *“Se podrán otorgar adelantos a solicitud de el Contratista conforme lo establece la Ley y el Reglamento”*.

Que, el artículo 35° de la Ley señala que *“El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustara a las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección... El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento”*.

Que, tal como se puede apreciar de las Bases Integradas, y de lo establecido en la Ley, se puede desprender que la Entidad no deja de lado la posibilidad de otorgar adelantos, puesto que el mismo se encuentra permitido por el contrato.

Que, cabe recalcar el hecho de que el Contrato N° 052-2009/P.E.E.N° 001-2009-MVCS, establece que la Entidad podrá otorgar adelantos previa solicitud del Contratista conforme lo establece la Ley y el Reglamento.



Que, asimismo se ha establecido que el Contratista se obliga a ejecutar la obra a partir del día siguiente en que se cumpla con las condiciones de la entrega del adelanto directo, debiendo otorgarse el mismo antes de dar inicio a la ejecución de la obra, aún cuando las bases no han previsto la forma y condiciones para su entrega, por cuanto las partes han manifestado posteriormente la intención de otorgarlo bajo las modalidades, montos, y condiciones reguladas en el Reglamento.

Que, el contrato suscrito entre las partes refleja la común intención de ambas de otorgar los adelantos para cumplir con las prestaciones objeto del contrato, teniendo en cuenta que a través de éste se puede crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.


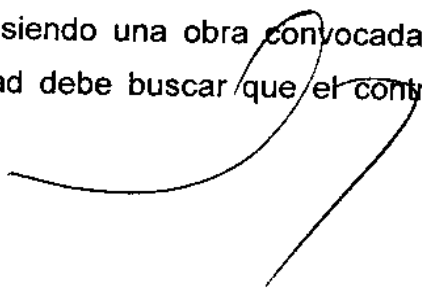
Que, el Contrato de Obra ha establecido la potestad de la Entidad de otorgar los adelantos, siempre que medie solicitud del contratista y bajo las condiciones establecidas en el Reglamento.

Que, en concordancia con lo expuesto en el artículo 38° de la Ley y en la Cláusula Sexta del Contrato, en lo referente a las obligaciones de la Entidad, señala: *"Proporcionar la el Contratista toda acción requerida, que conlleve a que éste último de cumplimiento a sus obligaciones contractuales"*.

Que, asimismo la Cláusula Quinta del Contrato, precisa que, la obra materia del Contrato cuenta con el Financiamiento y/o Previsión Presupuestaria, para que la Entidad proceda a otorgar los adelantos.

Que, para asegurar la restitución de los adelantos que facilitan el cumplimiento del contrato, la Ley y el Reglamento establecen que para el otorgamiento de los mismos debe el contratista presentar la garantía a favor de la Entidad, requisito que ha sido cumplido.

Que, siendo una obra convocada bajo las características de Emergencia, la Entidad debe buscar que el contratista cuente con el financiamiento para la



ejecución del contrato, y pueda lograrse el objetivo del mismo y con ello beneficiar a la población afectada por el sismo.

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 142° del Reglamento, y en concordancia con el artículo 168° del Código Civil, es deber del Tribunal Arbitral realizar una interpretación sistemática del conjunto de los documentos que conforman el contrato, donde se encuentre el acuerdo de las partes de otorgar los adelantos.

Que, el Consorcio demandante indica que la Entidad se encuentra facultada para otorgar los Adelantos: Directo como para Materiales.

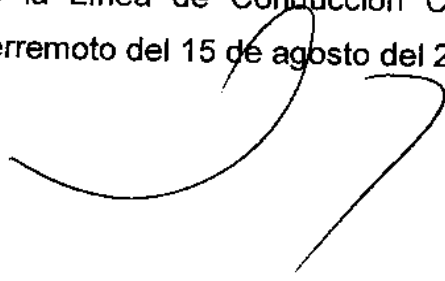
Respecto de la Segunda Pretensión Principal:

Que, de acuerdo a la documentación contractual, el Consorcio Pisco señala que la Entidad ha tenido los suficientes argumentos para otorgar el Adelanto Directo solicitado, sin embargo, se ha tenido que recurrir a la vía del Arbitraje para solucionar la controversia generada, en forma innecesaria.

**DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-**

El MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO (en adelante la Entidad demandada) contesta la demanda dentro del plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, solicitando se le declare INFUNDADA, por ausencia de derecho de la demandante en el otorgamiento del adelanto solicitado, pronunciándose sobre los argumentos de la demanda:

Que, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento y el Consorcio Pisco celebraron el Contrato de Obra N° 052-2009/P.E.E N° 001-2009-MVCS: "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra de Rehabilitación de la Línea de Conducción Cuchilla Vieja al RA2, Zona Afectada por el Terremoto del 15 de agosto del 2007", de fecha 14 de octubre del 2009.



Que, con Cartas N° 001-2009-OB-CV- Pisco del 21.10.2009 y N° 003-2009-OB-CV- Pisco del 29.10.2009, el Consorcio Pisco solicita se le otorgue el Adelanto Directo por el 20% del monto contractual establecido en la Cláusula Tercera del Contrato y en el artículo 171° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Que, mediante Acta de Entrega del 13.11.2009 se devuelve a la Contratista la factura por adelanto directo y la Carta Fianza que le garantizaba el adelanto, en razón que no procedía otorgarlo, al no haber sido contemplado en las Bases Integradas del Contrato.

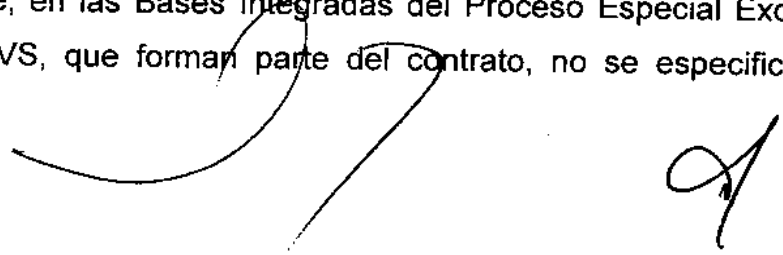
Que, el 22.12.2009, el Consorcio Pisco ingresa su solicitud de instalación de arbitraje ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la que fue absuelta por Oficio N° 1880-2009-VIVIENDA-OGA del 14.12.2009 proponiendo una terna de posibles árbitros.

Que, el 14.01.2010 se lleva a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, en las instalaciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme lo previsto en el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Que, el 14 de octubre del 2009, el Consorcio Pisco y la Entidad demandada celebran el Contrato de Obra N° 052-2009/P.E.E N° 001-2009-MVCS: "Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Rehabilitación de la Línea de Conducción Cuchilla Vieja al RA2, Zona Afectada por el Terremoto del 15 de agosto del 2007" - Proceso Especial Extraordinario N° 001-2009-MCVS.

Que, el monto de contrato asciende a la suma de S/. 22'696.883.48 Nuevos Soles, y comprende la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Rehabilitación de la Línea de Conducción Cuchilla Vieja al RA2, según el expediente.

Que, en las Bases Integradas del Proceso Especial Exonerado N° 001-2009-MCVS, que forman parte del contrato, no se especifica la obligación de la





Entidad de otorgar Adelantos Directos, con lo que no existiría controversia susceptible de resolverse en un arbitraje.


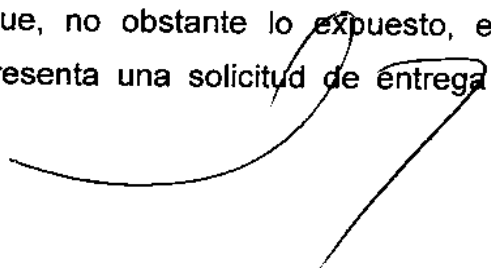
Que, en la Proforma del Contrato, que forma parte de las Bases Integradas, no existe cláusula que contemple el otorgamiento de adelantos directos al contratista, por lo que la Entidad demandada no tendría obligación al respecto.

Que, el Anexo Único del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, define a las Bases como el documento que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad convocante, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista, en el marco de la Ley y el Reglamento. Establece que las Bases Integradas son las reglas definitivas del proceso de selección cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE; o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones.

Que, de acuerdo a la normatividad, las bases integradas delimitan el marco en el que la Entidad puede contratar, y deben ser respetadas al momento de redactar y suscribir el Contrato. Esto implica que cualquier cláusula incluida en el contrato que no haya sido contemplada en las bases, deviene en nula, por exceder las facultades de la administración para contratar.

Que, es preciso agregar que de acuerdo al artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1017, una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedaran integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del titular de la Entidad.

Que, no obstante lo expuesto, el 21 de octubre del 2009, la Contratista presenta una solicitud de entrega de Adelanto Directo, adjuntando la Carta



Fianza que la garantizaba y la factura correspondiente, la misma que le fue devuelta el 13 de noviembre del 2009, mediante Acta de Entrega, en atención al artículo 38° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 187° del Reglamento establecen que se otorgará los adelantos siempre que se haya previsto en las Bases.

Que, la Entidad no tramitó la solicitud de Adelanto Directo en cumplimiento al artículo 38° del Decreto Legislativo N° 1017, que prescribe que *"A solicitud del contratista y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad podrá entregar adelantos en los casos, monto y condiciones señaladas en el Reglamento"*.

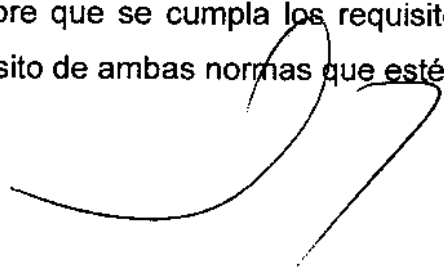
Que, la condición que establece la norma para otorgar el adelanto directo es que haya sido previsto en las bases, sin excepción.

Que, el Reglamento consagra la regla que se podrá otorgar adelanto directo, si y sólo si, dicha posibilidad se hubiera establecido en las Bases.

Que, el contrato de obra suscrito con la demandante establece que *"Se podrá otorgar adelantos a solicitud del Contratista conforme a la Ley y el Reglamento"*.

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en las bases integradas, dicha cláusula sólo concede a la Entidad la potestad de otorgar o no dichos adelantos. Para ello, se debe cumplir con lo establecido en la Ley y su Reglamento, situación que no se ha cumplido en estricto al faltar el requisito de estar contemplado en las bases.

Que, en tal sentido, no existe contradicción alguna entre las Bases y el Contrato suscrito. El contrato establece la posibilidad de otorgar adelantos siempre que se cumpla los requisitos de Ley y el Reglamento, constituyendo requisito de ambas normas que esté contemplado en las Bases.



Que, la negativa de otorgar el Adelanto Directo por parte de la Entidad, se debe a causas que obedecen al cumplimiento de la Ley y su Reglamento.

**AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:**

Con fecha 02 de Febrero de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, la que contó con la presencia de la parte demandante, CONSORCIO PISCO, y de la Entidad demandada, MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO. En la Audiencia se fijaron los siguientes puntos controvertidos:


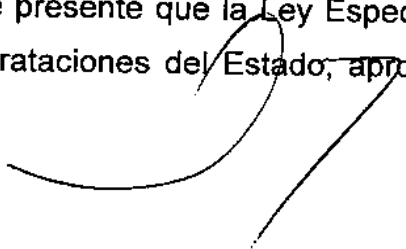
1. Determinar si procede o no la entrega de los adelantos: Directo y de Materiales de acuerdo a lo estipulado en el Contrato y en las Bases, y asimismo, determinar si procede o no el pago del Adelanto Directo solicitado mediante Carta N° 001-2009 OB-CV Pisco.
2. Determinar a cuál de las partes le corresponde asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

En la presente audiencia, el Tribunal, admitió todas las pruebas ofrecidas por las partes, y otorgó a las partes el plazo común de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos.

**ALEGATOS:**

El 03 y 04 de Febrero del 2010, ambas partes formularon sus alegatos escritos, sin que las mismas hayan solicitado el uso de la palabra, por lo que no hubo necesidad de realizar una Audiencia de Informe Oral.

Se hace presente que la Ley Especial aplicable al presente proceso es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071 (en



adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento).

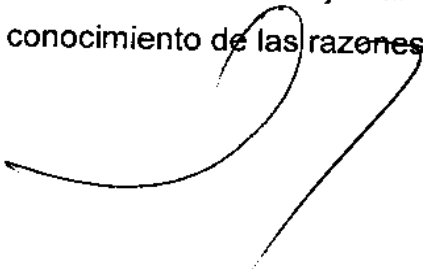
## **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

### **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.-**

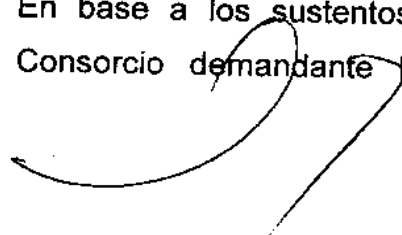
**DETERMINAR SI PROCEDE O NO LA ENTREGA DE LOS ADELANTOS: DIRECTO Y DE MATERIALES DE ACUERDO A LO ESTIPULADO EN EL CONTRATO Y EN LAS BASES, Y ASIMISMO, DETERMINAR SI PROCEDE O NO EL PAGO DEL ADELANTO DIRECTO SOLICITADO MEDIANTE CARTA N° 001-2009 OB-CV PISCO.**

El Consorcio Pisco, solicita que la Entidad demandada cumpla con entregarle los adelantos directo y de materiales y disponer el pago del primero de ellos que fuera solicitado con Carta No. 001-2009-OB CV PISCO, sustentando su pretensión en los siguientes argumentos:

- 1) El 14 de octubre de 2009 suscribieron con la Entidad el Contrato No. 052-2009/P.E.E No. 001-2009-MVCS para la "Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra Rehabilitación de la Línea de Conducción Cuchilla Vieja al RA2, zona afectada por el terremoto del 15 de agosto de 2007", por un monto de 22'696,883.48 Nuevos Soles.
- 2) Con fecha 21 de octubre de 2009 con Carta No. 001-2009-OB-CV Pisco, solicitaron el adelanto directo, ascendente al 20% del monto del contrato, adjuntando la correspondiente carta fianza, sin embargo con fecha 13 de noviembre de 2009 la Directora de la Unidad de Tesorería de la Entidad, mediante Acta de Entrega les devolvió la carta fianza, sustentando su posición en diversos pronunciamientos de otras áreas de la Entidad, sin adjuntar dichos documentos para que tomaran conocimiento de las razones de la devolución de la fianza.



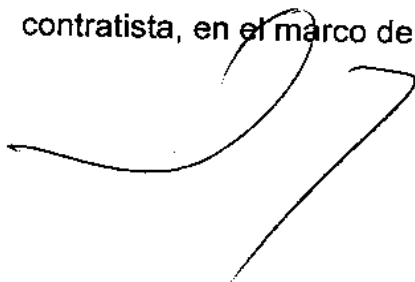
- 3) De acuerdo con las Bases Integradas, en el Capítulo III Términos de Referencia, en su numeral 3.5, octavo párrafo, dice: *"Todos los aspectos relativos al presente proceso de selección, contratación, construcción, ejecución, recepción de obra, liquidación de obra, etc., no contemplados en estas bases se regirán por la Ley y su Reglamento"*.
- 4) En la Cláusula Tercera denominada marco legal de la pro forma del contrato, se dispuso *"En los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato, regirán las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo No. 1017 y de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF y sus modificatorias y el Código Civil vigente"*.
- 5) La Cláusula 10.2 de la pro forma del contrato dispone que *"El Contratista se obliga a ejecutar las obras materia de este contrato, en un plazo ..., contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184 del Reglamento"*. El Art. 184 dispone en su quinta condición *"Que se haya entregado el adelanto directo al Contratista en la oportunidad establecida en el artículo 187"*.
- 6) La Cláusula Décima Tercera del Contrato establece que *"Se podrán otorgar adelantos a solicitud de EL CONTRATISTA conforme lo establece la Ley y El Reglamento"*.
- 7) El Art. 35 de la Ley señala *"(...) El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones expresamente establecidas en el Reglamento"*.
- 8) En base a los sustentos esgrimidos en los puntos precedentes, el Consorcio demandante llega a las conclusiones siguientes: (i) El



contrato de obra ha establecido la potestad de la Entidad de otorgar los adelantos siempre que medie solicitud del contratista y bajo las condiciones establecidas en el Reglamento; (ii) El Art. 38 de la Ley establece que la entrega de los adelantos es una facultad de la Entidad, a fin de asegurar la ejecución del contrato; (iii) Las Bases integradas ni el contrato han establecido que la ejecución de las obras debe ser financiada por el Contratista; (iv) La Cláusula Quinta del Contrato precisa que la obra cuenta con el financiamiento y/o previsión presupuestaria; (v) Que siendo una obra convocada con carácter de Emergencia, la Entidad debe proporcionar al Contratista el financiamiento para lograr el objetivo dentro de los plazos convenidos y beneficiar a la población afectada por el sismo; (vi) La Entidad se encuentra facultada para entregar los adelantos directo y de materiales.

Por su parte, la Entidad demandada al contestar la demanda sustenta su posición en los siguientes argumentos:

- 1) En las Bases Integradas, que forman parte del contrato, no se especificó la obligación de la Entidad de otorgar el adelanto directo.
- 2) En la pro forma del contrato, que forma parte de las Bases Integradas, no existe cláusula que contemple el otorgamiento del adelanto directo al contratista.
- 3) En el Anexo de definiciones del D.S. 184-2008-EF, se define las Bases como el documento que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad convocante, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista, en el marco de la Ley y el Reglamento.

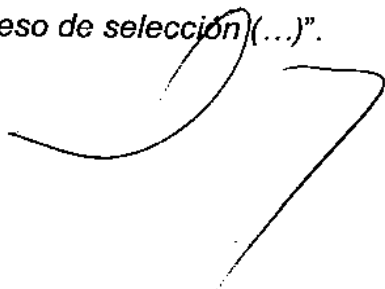


- 4) Cualquier cláusula que se incluya en el contrato que no haya sido contemplada en las Bases, deviene en nula, por exceder las facultades de la administración para contratar.
- 5) El Art. 59 del Reglamento dispone que una vez que hayan sido absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- 6) El Art. 38 de la Ley prescribe que a solicitud del contratista y siempre que haya sido previsto en las Bases la Entidad podrá entregar adelantos en los casos, montos y condiciones señaladas en el Reglamento.
- 7) El Art. 187 del Reglamento establece que se entregará el adelanto directo, si en las Bases se ha establecido el otorgamiento del mismo.
- 8) Por estas razones, la Entidad no otorgó el adelanto directo al Contratista y devolvió la carta fianza según el Acta de Entrega de fecha 13 de noviembre de 2009.

A fin de analizar los argumentos de las partes y las pruebas presentadas, nos remitimos al Artículo 35 de la Ley, que dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 35.- Del Contrato

*El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la pro forma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección(...)"*.



Esta norma concuerda con el Artículo 142 del Reglamento, que dispone lo siguiente:

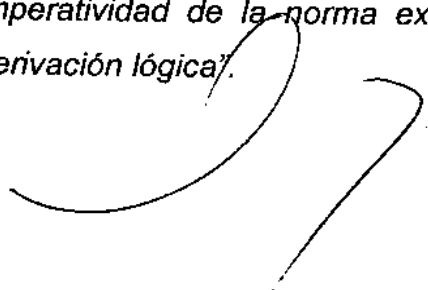
"ARTICULO 142.- Contenido del Contrato

*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.*

*El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado".*

Como se podrá apreciar de la lectura de los Artículos antes citados, el contrato suscrito por las partes tiene un carácter obligatorio para las mismas y prevee la posibilidad de que la Entidad pueda introducir las modificaciones que haya aprobado durante el proceso de selección. Este mandato tiene carácter imperativo, es decir, de obligatorio cumplimiento para ambas partes. Al respecto el Jurista Manuel de la Puente y Lavalle dice:

*"Son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. La característica, pues, de las leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares, de tal manera que como dice SACCO, entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad, y no de mera derivación lógica".*





*"Las normas legales imperativas son, en realidad, las manifestaciones del poder del ordenamiento jurídico que, habiendo delegado parte de ese poder a los contratantes, no permite que se traspasen determinados límites en el ejercicio de tal poder delegado".*

*"Este carácter imperativo (ius cogens) puede manifestarse bien sea ordenando que los particulares tengan una conducta determinada, caso en el cual nos encontramos ante las normas legales preceptivas, o bien impidiendo que actúen en determinado sentido, eventualidad en la que estamos frente a la normas legales prohibitivas".<sup>1</sup>*

Entonces queda claro el carácter obligatorio que el contrato tiene para ambas partes. En ese entendido nos remitimos a la Cláusula Décima Tercera del Contrato, que dispone lo siguiente:

**"CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- ADELANTOS**

*Se podrán otorgar adelantos a solicitud de EL CONTRATISTA conforme lo establece la Ley y el Reglamento".*

Esta cláusula contractual hay que concordarla con el Artículo 1361 del Código Civil, que se cita a modo de marco conceptual. Dicha norma dispone en su primer párrafo:

**"ARTÍCULO 1361**

*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos".*

Como hemos visto, el argumento de la Entidad para denegar el adelanto directo al Contratista, se sustentó en el hecho de que las Bases no contemplaron el otorgamiento de adelantos a favor del Contratista, por lo tanto, al no estarse cumpliendo con las condiciones establecidas en el Artículo 187

<sup>1</sup> El Contrato en General.- Tomo I, pág. 210, Editores Palestra

del Reglamento, norma que dispone que sólo se otorgará el adelanto directo si esa posibilidad está prevista en las Bases, es que la Entidad procedió a devolver al Contratista su carta fianza con la que garantizaba su solicitud del adelanto directo.

Los funcionarios de la Entidad, al rechazar la solicitud de adelanto directo, se limitaron a actuar de acuerdo a lo expresado en las Bases Integradas, pues su conducta no podía apartarse de dicho documento, sin embargo, la pregunta que hay que formularse, a fin de resolver la presente controversia, es ¿Si de acuerdo con la modalidad contractual, las Bases debían normar el pago de los adelantos o podían prescindir de pronunciarse sobre el particular?.

De la lectura de las Bases Integradas es de advertirse que ésta no hace referencia alguna a los adelantos, es decir, las Bases han omitido pronunciarse sobre el particular. Sin embargo el numeral 3.5 de las mismas, denominada "Obligaciones del Contratista", en su octavo párrafo dispone lo siguiente:

"3.5. Obligaciones Del Contratista

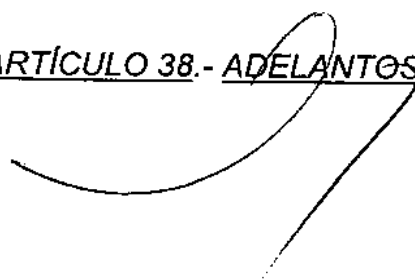
(...)

*Todos los demás aspectos relativos al presente proceso de selección, contratación, construcción, ejecución, recepción de la obra, liquidación de la obra, etc., no contemplados en estas Bases se regirán por la Ley y su Reglamento".*

Este numeral, deja abierta la posibilidad de que cualquier aspecto que no haya sido previsto en las Bases, sea suplido por la Ley y su Reglamento.

El Artículo 38 de la Ley que norma los adelantos, en su primer párrafo establece:

"ARTÍCULO 38.- ADELANTOS



*A solicitud del contratista, y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad podrá entregar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento”.*

Como ya lo hemos manifestado, las Bases han omitido pronunciarse sobre los adelantos, en consecuencia, corresponde analizar diversos aspectos del contrato, como su modalidad y financiamiento, para poder determinar si existe la posibilidad de que la Entidad pueda otorgar los adelantos al contratista.

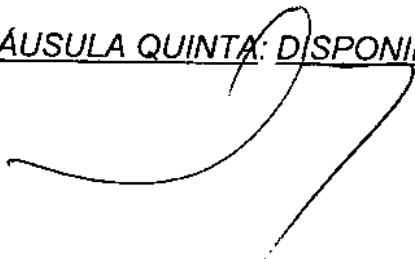
Respecto a la modalidad contractual, tenemos que éste es un contrato que obedeció a un proceso especial exonerado, es decir, que este proceso especial fue convocado con carácter de emergencia y que de acuerdo a su modalidad se trata de un concurso oferta, mediante el cual, la Entidad contrato los servicios del Consorcio Pisco, para la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra, tal como se establece en la cláusula segunda del contrato, referida al objeto del mismo, en la que expresamente se dispuso:

“CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO

*Constituye objeto del presente documento, la contratación de EL CONTRATISTA a fin de que ELABORE EL EXPEDIENTE TÉCNICO Y EJECUTE LA OBRA REHABILITACIÓN DE LA LÍNEA DE CONDUCCIÓN CUCHILLA VIEJA AL RA2, ZONA AFECTADA POR EL TERREMOTO DEL 15 DE AGOSTO DE 2007, de acuerdo a los términos previstos en las bases del proceso especial exonerado No. 001-2009-MVCS”.*

Ahora bien, respecto al financiamiento del contrato, pasemos a ver que dice la Cláusula Quinta denominada "Disponibilidad Presupuestaria". Esta cláusula expresamente indica lo siguiente:

“CLÁUSULA QUINTA: DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL



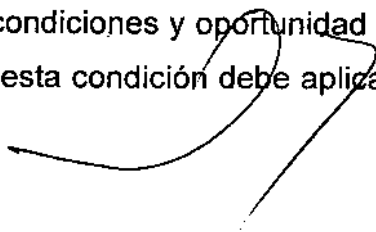
*La obra, materia del presente contrato, cuenta con el Financiamiento y/o Previsión Presupuestaria correspondiente. La asignación presupuestaria aprobada corresponde al presupuesto institucional del pliego 037 – Unidad Ejecutora 01 de Vivienda de acuerdo a lo señalado en la Resolución de Secretaría General No...”.*

Como se podrá ver del texto de la citada cláusula quinta del contrato, el financiamiento de la obra es una obligación de la Entidad, contando para ello con la previsión presupuestaria correspondiente, no es una obligación del Contratista.

En consecuencia, de acuerdo a la modalidad contractual (concurso oferta) y al tipo de financiamiento queda claro que en las Bases se debió normar la entrega de los adelantos.

Además, si la intención de la Entidad hubiera sido la de no otorgar los adelantos, figura que hubiera colisionado con la modalidad contractual y el tipo de financiamiento, tenía la obligación de consignar esa condición expresamente en las Bases. En ese supuesto, la modalidad del contrato hubiera tenido que ser distinta de la que se firmó, pues estaríamos ante un contrato financiado por el contratista. Ante la omisión de las Bases respecto a los adelantos, entendemos que la Entidad no actuó de mala fe, pues dada la modalidad contractual, su intención no fue denegar los adelantos, sino por el contrario otorgarlos, como lo dispuso en la cláusula décima tercera del contrato, que viene a suplir la omisión de las Bases.

Si bien es cierto que el Artículo 187 del Reglamento establece como una condición para que el contratista solicite el adelanto, que esa posibilidad haya sido prevista en las Bases, dispositivo que concuerda con el Artículo 184 que reglamenta las condiciones que se deben cumplir para el inicio de la obra, siendo una de ellas que se haya entregado al contratista el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187, también es cierto que esta condición debe aplicarse de acuerdo a lo que las Bases haya previsto



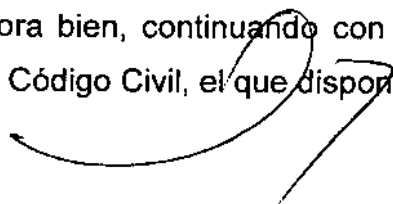
al respecto, pero como hemos visto, las Bases omitieron pronunciarse sobre el particular, omisión que a criterio del árbitro único, fue superada por la cláusula décima tercera del contrato.

Asimismo, como lo hemos advertido, el contrato es financiado por la Entidad, por lo tanto, el Contratista para iniciar la obra necesita del adelanto directo, no tiene otra alternativa, caso contrario la obra no se podría iniciar, situación que podría originar, incluso, la resolución del contrato, perjudicando el objeto del mismo, que es solucionar los problemas a los pobladores de la ciudad de Pisco ocasionado por el terremoto del 15 de agosto de 2007, más aún cuando la obra tiene un carácter de emergencia.

Sobre el particular deviene necesario recordar que de conformidad con el Artículo 1361 del Código Civil, citado como marco conceptual, "*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos*", es decir, cuando se habla de un contrato obligatorio, como el presente contrato, surgen dos maneras diferentes de entenderlos, la primera, como un acto jurídico que crea obligaciones, para distinguirlo de otros actos jurídicos plurilaterales (convencionales) que crean relaciones jurídicas o derechos de otra naturaleza, por ejemplo, familiares o reales; y segundo, se puede entender como generador de un efecto obligatorio. Esta segunda acepción es la que recoge el contrato suscrito entre las partes. Por consiguiente, esta obligatoriedad del contrato establece un vínculo o atadura que obliga a las partes a su cumplimiento.

En ese entendido, la obligación de la Entidad derivada del contrato y específicamente de la cláusula quinta, es la de financiar la obra, y la obligación del contratista, es la de ejecutar la obra, pero para ello necesita que la Entidad cumpla con el financiamiento, que está expresado en los adelantos directo y de materiales.

Ahora bien, continuando con éste razonamiento, recurramos al Artículo 1362 del Código Civil, el que dispone lo siguiente:



"ARTÍCULO 1362

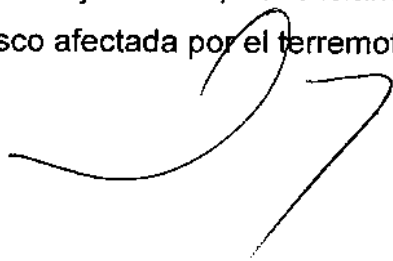
*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".*

La doctrina otorga diversos significados a la buena fe contractual, así tenemos que Bonfante dice que la buena fe es la "ausencia de dolo o mala fe", por su parte Gorphe dice que es la "voluntad sincera, leal y fiel", y Tuhr manifiesta que es la "honradez".

En conclusión, la buena fe contractual importa un deber de conducta impuesto a las partes, a través del acto jurídico, con un contenido eminentemente ético, y que obliga a actuar sin perjudicar los intereses de las partes contratantes.

Ahora bien, las partes han suscrito el contrato de buena fe, por lo tanto, el comportamiento de las partes en la ejecución del contrato debe obedecer a esta regla, en consecuencia, en aplicación de éste principio, le corresponde a la Entidad cumplir sus obligaciones de buena fe, y al Contratista cumplir con las suyas también de buena fe. Dentro de este marco, y como ya lo hemos manifestado, siendo una obligación de la Entidad financiar la obra, en cumplimiento de esa obligación le corresponde otorgar los adelantos directo y de materiales.

Por lo tanto, atendiendo la obligatoriedad del contrato, la buena fe y común intención de las partes, así como lo dispuesto en la cláusula décima tercera del mismo, corresponde que la Entidad cumpla con entregar al contratista el adelanto directo solicitado con Carta No. 001-2009 OB-CV Pisco de fecha 21 de octubre de 2009, a fin de que ésta de inicio a la obra y ambas partes puedan cumplir con el objeto del mismo, que es rehabilitar la línea de conducción cuchilla vieja al RA2, beneficiando de esta manera a la población de la ciudad de Pisco afectada por el terremoto del 15 de agosto de 2007.



**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.-**

**DETERMINAR A CUÁL DE LAS PARTES LE CORRESPONDE ASUMIR EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.**

Atendiendo que las partes han tenido motivos atendibles para recurrir a la vía arbitral, así como el correcto comportamiento expresado durante el proceso, los gastos arbitrales deben ser asumidos en proporciones iguales por las mismas.

Por las razones expuestas se emite la siguiente decisión:

**DECISIÓN**

**PRIMERO.-** Declarar **FUNDADA** la demanda, en consecuencia, corresponde a la Entidad, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, otorgar al Consorcio demandante el adelanto directo solicitado con Carta No. 001-2009 OB-CV PISCO, así como los adelantos por materiales, en la oportunidad en que estos sean solicitados, a fin de lograr el objeto del contrato.

**SEGUNDO.-** Disponer que ambas partes asuman en proporciones iguales los gastos arbitrales que ha ocasionado el presente proceso.



**VICTOR WENCESLAO PALOMINO RAMÍREZ**  
Árbitro Único



**JESSICA LOURDES PALOMINO TORRES**  
Secretaria Arbitral