

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 10

Lima, 30 de junio de 2010

Caso Arbitral: Mejesa S.R.L. (en adelante, el Contratista ó Mejesa) contra la Municipalidad Distrital de Comas (en adelante, la Municipalidad ó la Entidad).

Árbitro Único: Dr. Edwin Augusto Giraldo Machado
Secretario Ad Hoc: Dr. Christian Virú Rodríguez

I. VISTOS:

I.1 EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 21 de diciembre de 2006, Mejesa y la Municipalidad suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra a suma alzada (en adelante El Contrato), por el cual el Contratista se obligó a ejecutar la obra denominada "Construcción del Sistema de Riego en la Urb. El Álamo", por el monto de S/. 40,357.74 (CUARENTA MIL TRESCIENTOS CIENTO Y SIETE 74/100 NUEVOS SOLES) y en un plazo 56 días calendario.

De acuerdo a la cláusula vigésimo segunda del Contrato, cualquier punto no considerado en el contrato se regirá bajo la Ley y el Reglamento aprobados por los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM (en adelante la LCAE y el RLCAE).

Al respecto, el artículo 274° del RLCA establece que en un contrato respecto de las adquisiciones de bienes y servicios con el Estado, a pesar de que las partes no hayan pactado acudir a arbitraje, estas están obligadas a solucionar dicha controversia mediante un procedimiento arbitral.

I.2 DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Habiéndose suscitado un conflicto entre las partes, el Contratista procedió a solicitar el inicio del proceso arbitral a la Municipalidad.
2. Al no existir acuerdo entre las partes acerca de la designación del árbitro único, por Resolución N° 324-2009-OSCE/PRE, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE designó al señor Edwin Augusto Giraldo Machado como Árbitro Único.
3. Con fecha 29 de octubre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal.

En dicha audiencia, el Árbitro Único ratificó la aceptación al cargo y designó como secretario ad hoc al señor Christian Virú Rodríguez.

Por otro lado, en el Acta de Instalación se estableció que, en aplicación de lo señalado en el artículo 53° de la LCAE, el arbitraje será Nacional y de Derecho.

1.3 DEMANDA

1. Con fecha 18 de noviembre de 2009, El Contratista cumplió con presentar su escrito de demanda, siendo su petitorio que:
 - LA DEMANDADA deje sin efecto la indebida Resolución del Contrato N° 031-2006-CEPO/MC y se suscriba la respectiva Acta de Recepción.
 - LA DEMANDADA cumpla con pagar a LA DEMANDANTE la Valorización Única correspondiente a la Obra "Construcción del Sistema de Riego en la Urb. El Álamo" – Adjudicación Directa de Menor Cuantía N° 031-2006-CEPO/MC; ascendente al mes de Enero de 2007 a la suma de S/. 40,357.74 Nuevos soles, conforme a la Factura N° 001-000379 entregada a la Municipalidad de Comas el 11/04/2007 más los gastos generales, intereses legales devengados y gastos administrativos y bancarios desde esa fecha hasta la actualidad, así como los que se devenguen hasta la fecha de pago.
2. Los principales fundamentos en los cuales El Contratista sustenta sus pretensiones son los siguientes:
 - 2.1 Con fecha 21 de diciembre de 2006 se suscribió el Contrato.
 - 2.2 El Contratista señala que, mediante Carta N° 004-2007, recepcionada por la Municipalidad el 28 de febrero de 2007, respondió al Oficio N° 021-2007SGOPEYP-GDU/MC emitido por dicha Entidad. Indica que en dicha carta señaló que la obra tenía un avance físico del 97.41% por causa no imputable al Contratista, pues para considerar la ejecución de la obra en un 100% era necesaria la ejecución de la partida de "Acometida Eléctrica" (Edelnor S.A.) en el cual el propietario del predio, la Municipalidad, era el único responsable de realizar las gestiones ante Edelnor para la aprobación de la conexión nueva, toda vez que Mejesa no era propietario del predio.
 - 2.3 Luego, mediante Carta N° 040-2007-SGOPEyP-GDU/MC recibida el 1 de junio de 2007, la Entidad comunicó al Contratista que, previo a la recepción de obra y dar trámite a la valorización, había considerado realizar la prueba de funcionalidad del sistema de riego a su máxima capacidad para el 5 de junio de 2007.
 - 2.4 Posteriormente, mediante Carta N° 032-2006-AMC-031/MEJESA/OBRAS, el Contratista reiteró su solicitud de pago de la Valorización Única de la obra en mención, la cual había sido tributada por Mejesa. Al respecto, la Demandante sostiene que la obra se encontraba concluida en su totalidad desde el 10 de febrero de 2007 y de acuerdo a la cláusula octava del Contrato, los pagos debían hacerse con valorizaciones mensuales, lo cual hasta la fecha la Municipalidad no habría cumplido con el pago de la Valorización Única.
 - 2.5 El Contratista indica que con fecha 5 de junio de 2007, se apersonaron a la obra conjuntamente con el supervisor y otros funcionarios de la Municipalidad y se habría verificado que el sistema funcionaba de forma óptima; por lo tanto; debió firmarse el Acta de

Recepción de Obra y gestionarse el pago de Valorización Única; sin embargo, los funcionarios de la Municipalidad se negaron a suscribir el Acta de Recepción y tampoco tramitaron el pago de la Valorización Única.

- 2.6 El Contratista agrega que la obra se ha ejecutado de acuerdo al Expediente Técnico y cualquier error de diseño no es responsabilidad de Mejesa, toda vez que la obra se encontraba en óptimas condiciones de funcionalidad.
- 2.7 Por otro lado, señala que por Carta N° 048-2007-SGOPEYP-GDU/MC de fecha 14 de junio de 2007, la Municipalidad señaló nuevas observaciones derivadas de la inspección.
- 2.8 El Contratista afirma que requirió a la Municipalidad para que en el término de cinco días cumplieren con pagar la Valorización única ascendente a S/. 40,357.74, monto al cual se le incrementaría los intereses devengados, gastos administrativos y bancarios derivados del incumplimiento de la obligación.
- 2.9 Mejesa señala que mediante Carta N° 109-2008-AMC-031/MEJESA/OBRAS, respondió a la Carta N° 048-2007-SGOPEYP-GDU/MC, comunicando el levantamiento de observaciones; sin embargo, indica que la Municipalidad formuló deficiencias por subsanar, siendo que había transcurrido más de un año para que la Municipalidad programe el levantamiento de observaciones, lo cual habría dilatado el pago de la Valorización única.
- 2.10 Asimismo, indica que en el Asiento N° 27, el Instructor de la Obra dejó constancia de que se cumplió con la ejecución de todas las partidas del expediente técnico y que en el Asiento N° 28, el Residente de obra dejó constancia de que la colocación del suministro eléctrico era exclusiva responsabilidad de la Municipalidad.
- 2.11 Mejesa señala que, a pesar de que se habría cumplido con lo requerido por las especificaciones técnicas y a pesar de las verificaciones técnicas realizadas por los propios funcionarios, se pretende hacer referencia a observaciones extemporáneas que se condicen con el diseño y no con la ejecución de la obra encomendada a Mejesa.
- 2.12 El Contratista sostiene que el pago le corresponde debido a que el Informe del Órgano de Control Institucional no afecta la obligación de pago por parte de la Municipalidad, elemento exógeno que no se encuentra contemplado en el Contrato.
- 2.13 Adicionalmente, el Contratista afirma que mediante Carta N° 263-2008-MEJESA/OBRAS de fecha 13 de octubre de 2008 se efectuó un segundo requerimiento indicando de que la Municipalidad no habría tenido en cuenta las observaciones que fueron tomadas en su oportunidad, sin que se halla recibido comentario u observación adicional alguna, razón por la cual el levantamiento de observaciones debe tenerse por efectuado.
- 2.14 Añade Mejesa que, el Contrato tiene una única valorización, la cual debió ser pagada por la Municipalidad en abril de 2007, siendo que para dicho fin se emitió la Factura N° F001-00379 por el importe de S/. 40,357.74 con fecha 11 de abril de 2008 y que se encuentra impaga, a pesar de que la obra ha sido entregada y es utilizada por la población del distrito de Comas.

- 2.15 Finalmente, indica que mediante carta notarial de fecha 16 de diciembre de 2008 la Municipalidad, resolvió el contrato.

I.4 DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

1. Mediante escrito N° 01 presentado el 14 de diciembre de 2009, la Municipalidad formuló excepción de caducidad.
2. Al respecto, la parte demandada sostiene que mediante Resolución de Alcaldía N° 1126-2008-A/MC traducida en Carta Notarial de fecha 16 de diciembre de 2008 se notificó a Mejesa la resolución del contrato.
3. Luego, la Municipalidad señala que mediante Carta de fecha 30 de diciembre de 2008, Mejesa sometió la controversia a arbitraje dentro de los quince días hábiles siguiente de comunicada la mencionada resolución.
4. La Entidad indica que el plazo para contestar la referida solicitud venció el 14 de enero de 2009, luego de lo cual, las partes debieron ponerse de acuerdo para la designación del árbitro único, teniendo como fecha límite el 28 de enero de 2009.
5. La Municipalidad afirma que ninguna de las partes solicitó la designación del árbitro único al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (antes CONSUCODE).
6. De esta manera, la Entidad indica que el 11 de marzo de 2009 Mejesa solicitó la designación del árbitro único ante el OSCE, es decir, luego de transcurrido más de un mes de extemporaneidad.
7. La Municipalidad señala que el Contratista volvió a presentar una segunda y reiterativa solicitud de arbitraje, la cual había sido recibida el 11 de febrero de 2009, siendo que, a juicio de la Municipalidad, ésta última tendrá validez y no la solicitud de arbitraje de fecha 30 de Diciembre de 2008, quedando consentida la resolución del Contrato.

I.5 DE LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN

1. Por su parte, mediante escrito de fecha 25 de enero de 2010, Mejesa absolvió la excepción de caducidad, indicando que la institución de la caducidad sólo esta contemplada para el inicio del procedimiento de conciliación y/o arbitraje. Asimismo, Mejesa señala que los plazos para solicitar la designación del árbitro único ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE no acarrear la caducidad de la acción y del derecho establecido en el artículo 273 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
2. Adicionalmente, el Contratista sostiene que la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, no siendo aplicable el denominado "plazo de caducidad" del artículo 232 de la

precitada norma debido a que este no tiene sustento ni base pre-establecida en norma con rango de ley, según lo dispuesto en el Código Civil.

I.6 CONTESTACION DE LA DEMANDA

1. Mediante escrito presentado con fecha 14 de diciembre de 2009, la Municipalidad cumplió con contestar la demanda solicitando que se declaren infundadas todas y cada una de las pretensiones invocadas por El Contratista, y que se condene al Contratista el pago de costas y costos que el proceso arbitral irroque.
2. Los principales fundamentos con los cuales la Municipalidad sustenta su contestación de demanda son los siguientes:
 - 2.1 La Municipalidad sostiene que conforme a lo establecido en la Adjudicación de Menor Cuantía 031-2006-CEPO/MC de fecha 28 de noviembre de 2006 se encontraba presupuestada en la obra la partida 05.02.00 Instalación de Acometida Eléctrica con un costo directo de S/. 800.00 nuevos soles, por lo que era responsabilidad del Contratista colocarla en el plazo correspondiente; asimismo, la Entidad menciona que el suministro de electricidad se subsanó y se procedió a efectuar la prueba de funcionalidad del sistema de aspersión.
 - 2.2 Luego, la Entidad afirma que en cuanto al avance del 97.41% de la obra, a la fecha del 28 de febrero de 2007, conforme al Acta de Verificación de fecha 5 de junio de 2007, se observó el mal funcionamiento del aspesor (no tenía tapa de sistema, la tubería que lleva a la cisterna era de diferente medida y no se encontraba concluida la caja de rebose de la cisterna para el sistema de drenaje).
 - 2.3 La Municipalidad manifiesta que, respecto al punto 3 de la declaración de hechos señalados en la demanda, si bien es cierto que Mejesa no era propietaria del predio, esto no era óbice para la coordinación y cumplimiento de sus obligaciones, máxime si es que dicho municipio habría dado las facilidades del caso.
 - 2.4 Agrega que, conforme al Acta de Verificación de fecha 5 de junio de 2007, se efectuaron observaciones, las cuales no han sido subsanadas por el Contratista hasta la fecha, lo cual consta en el Informe Técnico del Concreto suministrado para la obra, realizado por la Unión de Concretas S.A. y la Carta N° 048-2007-SGOPEyP-GDU/MC.
 - 2.5 Asimismo, sostiene que el hecho de que el sistema de riego no funcione bien, no constituye excusas para el no pago, menos que el Contratista sólo haya subsanado las observaciones en el papel y no en la obra como debería haberse efectuado.
 - 2.6 La Entidad indica que se realizó el suministro eléctrico y que se habría efectuado la prueba de funcionalidad del sistema de aspersión que resultó observada.
 - 2.7 La Municipalidad sostiene que no hubo levantamiento real de las observaciones por parte de Mejesa ya que el hecho de haber remitido un documento donde indique que la obra se encuentra acabada en un 100% no lo libera de responsabilidad. La Entidad afirma que el Informe de Auditoría N° 009-2007-2-2175 estableció una recomendación en el sentido de

que se llegue a un acuerdo con el Contratista para que se corrijan las deficiencias en la ejecución, considerando las correcciones efectuadas al expediente técnico.

- 2.8 Por otro lado, la Entidad señala que cumplió con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado en lo que respecta al procedimiento de resolución del Contrato. En tal sentido, mediante Carta Notarial 6895 de fecha 27 de setiembre de 2008 se otorgó a Mejesa un plazo de 15 días para que subsane las observaciones, bajo apercibimiento de resolverse el contrato.
- 2.9 Finalmente, la Municipalidad afirma que Mejesa sólo se limitó con absolver en el papel, manifestando que no existían y que la obra se encontraba concluida al 100%. No obstante, a decir de la Entidad, los informes de auditoría, la falta de funcionamiento real en el campo, el sistema de riego, niegan lo señalado por el Contratista.

1.7 AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 26 de enero de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en la cual se desarrollaron los siguientes puntos:

De conformidad con lo establecido en el numeral 18 de las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral invitó a las partes a conciliar, ante lo cual las partes manifestaron su voluntad de continuar con el trámite del proceso arbitral, por lo que se determinó como puntos controvertidos del proceso arbitral los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución del Contrato N° 031-2006-CEPO/MC, la cual se aprobó por Resolución de Alcaldía N° 1126-2008-A/MC.
2. Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no ordenar que se suscriba o no la respectiva Acta de Recepción de Obra.
3. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad cumpla con pagar a favor de la Demandante el importe de S/. 40,357.74 por la Valorización Única correspondiente a la Obra "Construcción del Sistema de Riego en la Urbanización El Álamo", más los gastos generales, intereses legales devengados y gastos administrativos y bancarios desde el 11 de abril de 2007 hasta la fecha de pago.
4. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

Asimismo, se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por El Contratista en su escrito de demanda, así como los ofrecidos por la Municipalidad en su escrito de contestación de demanda; dejándose a salvo el derecho del Tribunal Arbitral de solicitar pruebas de oficio de considerar necesario ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 37° de la Ley General de Arbitraje.

1.8 ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante escritos de fechas 25 y 26 de febrero de 2010, la Municipalidad y el Contratista, respectivamente, cumplieron con presentar sus escritos de alegatos.

Conforme a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Informes Orales de fecha 6 de abril de 2010, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

Mediante Resolución N° 9, dicho plazo fue prorrogado por un término de treinta (30) días hábiles adicionales, contados a partir del vencimiento del plazo originario.

I.9 CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de considerar la materia controvertida, corresponde expresar lo siguiente:

- 1. Este Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó de conformidad con la normativa de contrataciones con el Estado aplicable al presente caso.
- 2. Ni el Demandante ni la Demandada recusaron al Arbitro Único designado por el Organismo Supervisor de la Contrataciones con el Estado, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral Unipersonal.
- 3. El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, La Demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y formulando reconvencción, la cual fue en su momento absuelta por el Contratista.
- 4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegaciones y conclusiones finales por escrito e, inclusive, habiendo informado oralmente.

En tal sentido, este Arbitro Único, dentro del plazo establecido para resolver, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

II. CONSIDERANDOS

A continuación, el Tribunal Arbitral Unipersonal procederá con el análisis de la excepción formulada por la Municipalidad y de los puntos controvertidos del presente arbitraje.

II.1 CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Posición de la Entidad

La Municipalidad dedujo Excepción de Caducidad de la demanda arbitral interpuesta por Mejesa, refiriendo que habría caducado el plazo para someter la controversia arbitraje de conformidad con lo establecido en el artículo 280° del RLCAE.

Para tales efectos, la Municipalidad señala que el derecho del demandante ha caducado al haberse solicitado de forma extemporánea la designación del árbitro único al OSCE; es

decir, vencidos los plazos de diez (10) y cinco (05) días que señala el artículo 280.1 del RLCAE.

Asimismo, señala que el Contratista volvió a presentar una segunda y reiterativa solicitud de arbitraje el 11 de febrero de 2009; la cual sería la que tiene validez y no la solicitud de arbitraje de fecha 30 de Diciembre de 2008, quedando consentida la resolución del Contrato.

Posición del Contratista

Por su parte el Contratista indica que la caducidad únicamente se encuentra contemplada para el inicio del procedimiento de conciliación y/o arbitraje, mas no así el procedimiento para la designación del árbitro único contemplado en el artículo 280° del RLCAE.

Además, sostiene que no resulta aplicable el plazo de caducidad contemplado en el artículo 232° del RLCAE por cuanto, este no tiene un sustento ni base preestablecida en norma con rango de ley, conforme lo establece el Código Civil en el artículo 2004°, por lo que, no puede por vía reglamentaria establecerse disposiciones que extingan derechos, razón por la cual, la excepción deducida por la Municipalidad deberá ser declarada infundada.

Asimismo, sostiene que respecto al incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 227° del RLCAE, para someter a arbitraje la resolución del contrato dentro del plazo de 15 días conforme lo señala la Municipalidad, es improcedente dicho argumento, pues mediante la carta del 11 de febrero de 2009, lo que hicieron fue reiterar sus solicitud de arbitraje.

Posición del Arbitro Único

Luego de analizar las posiciones de las partes y los medios probatorios que han ofrecido sobre la Excepción deducida por la Municipalidad, el Arbitro Único considera que lo primero que se debe verificar es si ha cumplido con los plazos y procedimientos para iniciar el proceso arbitral respecto de la resolución de contrato efectuada por la Municipalidad mediante Resolución de Alcaldía N° 1126-2008-A/MC notificada al contratista el 17 de diciembre de 2008 con carta notarial.

Al respecto, se debe tener presente que al tratarse de un contrato de obra, resultan aplicables las disposiciones del subcapítulo VIII del capítulo III del RLCAE, específicamente el artículo 267° que en su último párrafo establece:

“En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida”

En el presente caso, se aprecia, y no ha sido cuestionado por las partes, que el contratista presentó su solicitud de arbitraje el 30 de diciembre de 2008, esto es, dentro del plazo de los diez (10) días hábiles indicados en la norma antes citada, con lo cual, se verifica el cumplimiento de este procedimiento para el inicio del proceso arbitral.

Por otro lado, respecto del procedimiento para la designación del Arbitro Único, el artículo 280° inc. 1 del RLCAE establece:

“En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje organizado y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, las partes tienen diez (10) días hábiles para ponerse de acuerdo en la designación del árbitro. Vencido este plazo, sin que se hubiese llegado a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al CONSUCODE en el plazo de cinco (05) días hábiles la designación de dicho árbitro."

Como se puede apreciar, esta norma establece el procedimiento y plazo para que las partes puedan ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro único, sin que, a diferencia del artículo 267° del RLCAE antes citado, se haya establecido un plazo de caducidad en caso no se cumpla con este procedimiento y plazo.

Asimismo, se debe tener presente además que "las normas y dispositivos legales restrinjan derechos no pueden ser interpretados de manera extensiva ni analógica, de tal forma que se apliquen a supuestos no contemplados expresamente por aquellas."

En tal sentido, para el Arbitro Único, al no contener esta norma un plazo de caducidad establecido en forma expresa, mal puede declararse la extinción del derecho del contratista a someter a arbitraje la controversia suscitada, más aún cuando, conforme ha quedado establecido, cumplió con presentar su solicitud de arbitraje dentro del plazo establecido en el artículo 267° del RLCAE, norma que sí contiene en forma expresa un plazo de caducidad.

Se deja establecido además, que en el presente caso, no corresponde efectuar el análisis sobre la aplicación o no del control difuso por parte del Arbitro Único y la aplicación del artículo 227° del RLCAE, en tanto que, ha quedado acreditado que, el contratista cumplió con presentar su solicitud de arbitraje dentro del plazo establecido en el artículo pertinente del capítulo de obras del RLCAE, y que los plazos establecidos en el artículo 227° de dicho cuerpo normativo no resulta aplicables, pues existe dentro del artículo del RLCAE, un capítulo especial para obras, que son las normas que principalmente se deben aplicar en la resolución de la presente controversia.

Fijada la posición del Arbitro Único sobre los alcances del artículo 280° inc. 1 del RLCAE, se debe proceder a analizar el otro fundamento de la excepción de caducidad, esto es, que la carta presentada por el contratista el 11 de febrero de 2009 por la reitera su solicitud de arbitraje es la que tendría validez y anula la solicitud de arbitraje presentada por Mejesa el 30 de diciembre de 2008.

Al respecto, el Arbitro Único aprecia que la comunicación de fecha 11 de febrero de 2009 no constituye una nueva petición de arbitraje; por el contrario, se puede apreciar que dicha carta sólo constituye una simple comunicación reiterativa, tal y como expresamente lo señala Mejesa en el tercer párrafo de dicho documento: "*Es por tal motivo, que en respuesta a su comunicación de la referencia nos permitimos REITERARLES nuestra solicitud de arbitraje contra la indebida resolución de contrato y pago de los montos adeudados por su Entidad (...)*"

¹ Véase Resolución N° 170/2007.TC – SU en: www.osce.gob.pe.

Asimismo, se tiene en cuenta que la Municipalidad no ha sustentado este argumento en norma legal que la respalde, por lo que, se tiene por desestimado el mismo.

Efectuado el análisis sobre los fundamentos de la Excepción de Caducidad deducida por la demandada, se declara improcedencia de la misma, procediéndose al análisis de los puntos controvertidos fijados en el Acta de fecha 26 de enero de 2010.

**II.2 SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:
"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 031-2006-CEPO/MC MEDIANTE RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 1126-2008-A/MC."**

II.2.1. Posición de Mejesa

El Contratista indica que con fecha 5 de junio de 2007, se apersonaron a la obra conjuntamente con el supervisor y otros funcionarios de la Municipalidad y se habría verificado que el sistema funcionaba de forma óptima; por lo tanto, debió firmarse el Acta de Recepción de Obra y gestionarse el pago de Valorización Única; sin embargo, los funcionarios de la Municipalidad se negaron a suscribir el Acta de Recepción y tampoco tramitaron el pago de la Valorización Única.

Asimismo, señala que mediante Carta N° 048-2007 –SGOPEYP-GDU/MC la Municipalidad de Comas señaló nuevas observaciones derivadas de la inspección.

Adicionalmente, Mejesa en el punto 9 de su demanda señala que mediante Carta N° 109-2008-AMC-031/MEJESA/OBRAS comunicó el levantamiento de las observaciones en la Carta N° 033-2007-AMC-031/MEJESA/OBRAS, de fecha 25/06/2007.

Añade que mediante Carta N° 263-2008-MEJESA/OBRAS de fecha 13.10.2008, indicó que la Municipalidad no había tenido en cuenta que las observaciones fueron levantadas en su oportunidad, sin que se recibiera comentario u observación alguna.

En tal sentido, indica que debe tenerse en presente que, según el numeral 2 del artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estados, una vez levantadas las observaciones, la entidad debió evaluarlas y efectuar las anotaciones que hubiese considerado correspondientes, razón por la cual el levantamiento de observaciones quedó consentido y aprobado de pleno derecho.

II.2.2 Posición de La Municipalidad

La Municipalidad menciona en el punto 5 de su escrito de Contestación de Demanda, de fecha 14.12.2009, que conforme al Acta de Verificación de fecha 05.06.2007, en la que estuvo presente la demandante, se efectuaron observaciones puntuales, las mismas que no han sido subsanadas por la demandante hasta la fecha, tal y como lo prueba el Informe Técnico del Concreto suministrado para la Obra y la Carta 048-2007—SGOPEYP-GDU/MC

Asimismo, en el punto 10 de la contestación de la demanda de fecha 14.12.2009, la Municipalidad señala que no hubo un levantamiento real en la obra de las observaciones, por parte del contratista, ya que remitir un documento donde se manifieste, que la obra se encontraba al 100 por ciento no exonera de su responsabilidad en el cumplimiento de de sus obligaciones, más si el Informe 292-2009-SGOPE y P-GDU/MC, señala que mediante Informe de Auditoría 009-2007-2-2175, se estableció en su séptima recomendación, "llegar a un acuerdo con el contratista de la obra, a fin de corregir las deficiencias en la ejecución, considerando las correcciones efectuadas en el expediente técnico; teniéndose en cuenta que a la fecha no se ha pagado la valorización de la obra"

Además, la Municipalidad, en el punto 3.1 de su escrito de fecha 25.02.2010, señala que cumplió el procedimiento de resolución de contrato, cumpliendo con la condición necesaria, esto es, manifestar las observaciones, dar el plazo correspondiente y evidenciar la falta real de subsanación por parte del contratista demandante.

II.2.3 Posición del Arbitro Único

1. Aspectos previos sobre la Resolución Contractual por Incumplimiento.

El Arbitro Único considera pertinente realizar una aproximación al concepto de resolución contractual, dado que es fundamental tener claro el concepto para solucionar la presente controversia.

Al respecto, la doctrina nos dice que la resolución es un remedio jurídico que presupone un contrato perfecto, pero, además, un evento sobrevenido, o un hecho (objetivo) nuevo, o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, de manera que éste no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo²

Ahora bien, *la resolución por incumplimiento puede ser conceptuada como "una consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo (de resolución), entendido como un mecanismo de tutela que brinda el ordenamiento para provocar la ineficacia (en sentido estricto) del contrato ante una situación de incumplimiento (...).derivándose la eliminación de los efectos que habría producido."*³

Desde ese punto vista la resolución del contrato es una potestad que se otorga a aquella parte perjudicada con el incumplimiento de una obligación, es un remedio jurídico que permite a la parte cumplidora desligarse del contrato por el incumplimiento de la otra parte.

Asimismo, como se podrá observar la resolución implica una sanción ante el incumplimiento de una de las partes, por lo que será necesario que la parte que resuelve el contrato se

² ARCE CÁRDENAS Yuliana. La resolución contractual y otras resoluciones conexas. Esentia Juris. Año III, N° 04 Año 2007. Consulta: 04 de junio de 2010. < <http://essentiajuris.iespana.es/B4-resolucion.htm>>

³ PALACIOS MARTINEZ.Erick. Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialista. Comentarios al Artículo 1428° del Código Civil. Tomo VII .Segunda Edición- 2007. Lima: Gaceta Jurídica. p.483

encuentre al día en el cumplimiento en sus obligaciones en el momento de resolver el contrato⁴.

2. La resolución contractual conforme a la LCAE, el RLCAE y lo pactado en El Contrato.

Respecto a la resolución contractual, el artículo 41º de la LCAE señala lo siguiente:

“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 el documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.”

Ahora bien, conforme se señala en el artículo 224 del RLCAE, la resolución del contrato pone fin a un contrato por un hecho que es sobreviniente a su celebración, siempre y cuando esté previsto en las Bases, el contrato o en el Reglamento.⁵ En ese sentido, para que se produzca una resolución conforme a ley es necesario imputar al Contratista alguna de las causales que se señalan en el Artículo 225 del RLCAE, o algún incumplimiento que esté estipulado en el Contrato o en Las Bases.

Asimismo, las causales que motivan la resolución se encuentran desarrolladas en el Artículo 224º del RLCAE:

“La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

⁴ La doctrina señala como requisitos para que proceda la resolución por incumplimiento los siguientes:

1. Que exista un Contrato con Prestaciones Recíprocas válido.
2. Que una de las partes falte al cumplimiento de su prestación total o parcialmente.
3. Que el incumplimiento no se deba a caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o del propio acreedor.
4. Que la parte que resuelve el contrato no sea incumplidora.
5. Que se invoque judicial o extrajudicialmente.

⁵ Artículo 224.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Es decir, la determinación de la causal que motiva la resolución contractual es determinante para la resolución, por lo que queda claro que no se podrá resolver un contrato bajo causales generales o que no se encuentren perfectamente determinadas y delimitadas, en los términos contractuales, las bases o la Ley o el Reglamento.

Desde ese punto de vista en el acto de resolución debe señalarse claramente la causal que motiva la resolución, caso contrario dicha resolución será nula y no tendrá efectos legales por no haberse cumplido el requisito esencial para que opere la potestad de resolver El Contrato.

3. **Sobre El Contrato entre La Municipalidad y Mejesa.**

Conforme a la Cláusula DECIMO PRIMERA de El Contrato la resolución del contrato se aplicará en concordancia con los Artículos 41° y 45° de la LEY y los Artículos 225, 226 y 227 del REGLAMENTO. En la misma cláusula las partes del contrato pactaron las siguientes causales para que opere la resolución:

"(...)

11.2 De acuerdo con esto se considerarán enunciativas, más no limitativas, las siguientes causales para resolver el contrato.

- a) Incumplida injustificadamente los plazos de ejecución de la obra o de cualquier estipulación contractual o disposición legal y/o reglamentaria sobre la materia.
- b) Paralice totalmente la obra y reduzca injustificadamente el ritmo del trabajo.
- c) No cuente con la capacidad técnica o económica para continuar normalmente los trabajos.
- d) No presentar dentro de los plazos establecidos por la supervisión o inspección los resultados de las pruebas y/o estudios que ésta solicite oportunamente.
- e) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.

Otras causales consideradas en la LEY y su REGLAMENTO."

A partir de lo anterior, queda claro que:

- a. La resolución del contrato de obra opera por un incumplimiento injustificado que derive del contrato, las bases, el TUO de la LCAE o su Reglamento.
- b. El incumplimiento por el que se resuelve el contrato debe estar claramente especificado, señalando la disposición legal, reglamentaria, contractual o de las bases que está siendo incumplida.
- c. La parte que resuelve un contrato debe probar el incumplimiento injustificado de la otra parte.
- d. Si se cuestiona la Resolución del Contrato la parte que demanda la nulidad de la Resolución debe probar que ha cumplido con el contrato.
- e. La parte que resuelve el contrato debe estar al día en el cumplimiento de sus obligaciones:

4. **Sobre la Resolución del Contrato Realizada por la Municipalidad**

La Resolución de Alcaldía N° 1126-2008-A/MC por la cual, la Entidad resuelve el Contrato, establece entre sus considerandos que:

"Que, mediante Informe N° 883-2008-SGOPEyP-GDU/MC la Sub Gerencia de Obras, Estudios y Proyectos, comunica que al 17 de octubre de 2008, la empresa contratista no ha cumplido con culminar los trabajos señalados en el Acta de Recepción de Obras de fecha 28 -02-2007, no habiéndose logrado hacer las pruebas pertinentes. Por lo que al encontrarse los trabajos paralizados desde el 28-02-2007, pese a los requerimientos de la Sub Gerencia de Obras Públicas, Estudios y Proyectos, se evidencia la persistencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que recomienda se proceda con la resolución de contrato.

Que, la Gerencia de Asuntos Jurídicos con Informe N° 340-2008-GAJ/MC se pronuncia indicando que de conformidad con el procedimiento de resolución de contrato establecido en el artículo 226° del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, se procedió a requerir a la empresa MEJESA SRL mediante Oficio N° 130-2008-GDU/MC remitido a través de la Notaria Pública Nada Sekuda Delgado, según carta notarial N° 6895-2008 en fecha 27-09-2008, para que los satisfaga dentro del plazo establecido por Ley, bajo apercibimiento de resolverse el contrato.

Que, transcurridos más de 15 días naturales para la culminación de la obra, la empresa MEJESA SRL no ha cumplido con las obligaciones asumidas en el Contrato de Obra "Construcción del Sistema de Riego en Urb. El Alamo", verificado tal hecho mediante Informe N° 900-2008-SGOPEyP-GDU/MC de fecha 24-10-2008, emitido por la Sub Gerencia de Obras Públicas, Estudios y Proyectos.

En consecuencia, de conformidad con el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y con los Vo Bo de las Gerencias de Administración y Finanzas, Gerencia de Desarrollo Urbano, Gerencia de Asuntos Jurídicos y Gerencia Municipal;..."

Que, corresponde analizar los supuestos contenidos en esta Resolución de Alcaldía a fin de verificar que la resolución de contrato en ella contenido son válidos conforme al contrato y a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

4.1 Sobre la culminación de la obra.

Como primer punto, se aprecia el siguiente extremo de la Resolución de Alcaldía: "(...) mediante Informe N° 883-2008-SGOPEyP-GDU/MC la Sub Gerencia de Obras, Estudios y Proyectos, comunica que al 17 de octubre de 2008, la empresa contratista no ha cumplido con culminar los trabajos señalados en el Acta de Recepción de Obras de fecha 28 -02-2007, no habiéndose logrado hacer las pruebas pertinentes."

De este extremo cabe destacar que se hace referencia a un Acta de Recepción de Obras de fecha 28 de febrero de 2007.

Al respecto, de las pruebas actuadas en el presente proceso, se tiene que mediante carta N° 0023-2007, notificada a la Municipalidad el 22 de enero de 2007, Mejesa solicitó que se

agilicen los trámites con EDELNOR para la instalación de la conexión de energía eléctrica del cual depende el funcionamiento del equipo de bombeo.

Asimismo, las anotaciones del cuaderno de obra:

- Asiento N° 26, del Cuaderno de Obra, de fecha 10.02.07 el Residente de la Obra informa lo siguiente:
"Se informa a la inspección que habiendo concluido con la ejecución de todos los trabajos, se solicita Ud. Llevar a cabo la recepción de la obra".
- Asiento N° 27 de fecha 12.02.07 el Inspector de la Obra señaló lo siguiente:
"Se verifica que a la fecha se ha cumplido con todas las partidas del expediente técnico a excepción de la colocación del suministro eléctrico, el cual es indispensable para la prueba de buen funcionamiento del sistema."

De estos medios probatorios, se aprecia que al 12 de febrero de 2007, conforme lo indica el residente de obra y lo reconoce el Inspector de la misma, la obra se encontraba concluida a excepción del suministro eléctrico. Sobre el cual, el contratista, el 22 de enero de 2007 había solicitado a la Entidad que agilice las gestiones ante EDELNOR.

Asimismo, en el Oficio N° 021-2007-SGOPEyP-GDU/MC de fecha 16 de febrero de 2007 se indica que en referencia a la valorización N° 01 con un avance al 97.41% se debía tener en consideración que el Contrato consideraba la ejecución de la obra en su totalidad. Además, se señala que la valorización debía contener el Acta de Recepción de Obra, el Acta de Entrega de Terreno, el Diseño de Mezcla, el Certificado de ensayo a la comprensión, el panel fotográfico de proceso constructivo y plano de replanteo.

También se aprecia el Oficio N° 023-2007-SGOPEyP-GDU/MC de fecha 22 de febrero de 2007, en el cual la Municipalidad solicita a Mejesa que designe a un representante para que se le otorgue poder a nombre de la Municipalidad y se haga cargo de las gestiones ante EDELNOR.

Ahora bien, Mejesa, mediante Carta MN° 004-2007, de fecha 28.02.2007, señala que la obra se encontrara culminada en su totalidad y solo faltaba la ejecución de la partida denominada Acometida Eléctrica (EDELNOR), en la cual el propietario del predio era el responsable para realizar las gestiones ante EDELNOR.

Asimismo se tiene en cuenta que, conforme el Diagrama Gantt presentado por la Municipalidad las últimas tareas a ejecutar correspondían a la cisterna y a las instalaciones eléctricas, siendo la última tarea la "Instalación de acometida eléctrica (EDELNOR)."

De la revisión de estos medios probatorios, queda claro que, para el 10 de febrero de 2007, estaba pendiente la ejecución de esta última tarea, la cual, estaba sujeta a la gestión ante EDELNOR.

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, es el propietario quien debía gestionar la solicitud⁶.

⁶ Conforme el Artículo 163 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas para la obtención de un suministro de energía eléctrica, el usuario solicitará al concesionario el servicio respectivo y abonará el presupuesto de instalación que incluya el costo de la acometida, del equipo de medición y protección y su respectiva caja. Esta inversión quedará registrada

Además, conforme al Principio de Buena Fe⁷ que es un principio aplicable de conformidad con el artículo 3º del TUO de la LCAE⁸ y el Artículo 1362⁹ del Código Civil, el cual orienta los contratos en general, no basta responsabilizar a la otra parte por el incumplimiento de una obligación, sino es necesario realizar una examen sobre la propia diligencia para facilitar que la otra parte realice su trabajo (cumpla con su obligación) y de esa manera lograr el objeto del contrato, es decir culminar la obra.

En tal sentido, se aprecia que hubo una falta de diligencia de parte de la Municipalidad en la tramitación de dicha acometida eléctrica, tal es así que, obra en autos la comunicación de EDELNOR de fecha 16 de marzo de 2007, en donde responde el Oficio N° 027-2007-GDU/MC de fecha 08 de marzo de 2007 de la Municipalidad de Comas, poniendo en conocimiento el presupuesto para la acometida eléctrica pendiente.

Finalmente, mediante comunicación N° 024-2007-SGOPEyP-GDU/MC de fecha 11 de mayo de 2007, la Municipalidad informó que ya se contaba con el suministro eléctrico por lo que, solicitó a Mejesa llevar a cabo la prueba de funcionalidad del sistema para el 16 de mayo de 2007.

Estas comunicaciones contradicen lo señalado en la Resolución de Alcaldía respecto a que los trabajos estaban paralizados desde el 28-02-2007, pues, conforme se ha podido verificar: (i) Desde el 10 de febrero de 2007 la obra estaba concluida conforme lo corrobora el Inspector, salvo la instalación de la acometida eléctrica; (ii) La instalación de la acometida eléctrica fue informada por la Entidad mediante comunicación de fecha 11 de mayo de 2007.

En tal sentido, si los trabajos estaban paralizados era porque solo estaba pendiente la acometida eléctrica, cuya gestión era responsabilidad de la Municipalidad. Finalmente, con la instalación de la acometida eléctrica, es claro que la obra se encontraba culminada.

4.2 De la Recepción de Obra

Asimismo, conforme se indica en dicha Resolución de Alcaldía, con fecha 28 de febrero de 2007, se llevó a cabo la Recepción de Obra.

Al respecto, se debe tener presente que, conforme el artículo 268º del RLCAE, la recepción se lleva a cabo cuando se ha culminado la obra.

a favor del predio. El usuario deberá abonar al concesionario, mensualmente, un monto que cubra su mantenimiento y que permita su reposición en un plazo de 30 años. Cuando la instalación comprenda un equipo de medición estático monofásico de medición simple, se considerará únicamente para este equipo, una vida útil no menor de quince (15) años. Obviamente se entiende como usuario el propietario del predio, y en último caso aquella persona que tenga la autorización correspondiente por el propietario para realizar el trámite.

⁷ Se trata de "un componente de lealtad hacia la consecución del fin propuesto en el mismo contrato, así como de protección a la confianza que cada parte deposita en el acclonar correcto de la otra, como la base que permite mantener un sistema de contratación (...), que constituye un pilar fundamental de la economía" (ESTIGARRIBIA, María Laura. Implicaciones Actuales en las relaciones negociales. en la obra colectiva "Estudios de Derecho Privado contemporáneo", Tomo 1, De los Contratos (Oviedo Albán, Jorge-Carranza Álvarez, César-coordinadores), Ed. Industria Gráfica Libertad (en prensa).

⁸ "Artículo 3.- Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones.- Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los siguientes principios; ello sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del Derecho Común."

⁹ "Art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

Sin embargo, este artículo, establece que esta permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras cuando ello se haya previsto en las bases, el contrato o las partes lo hayan convenido. En el presente caso, atendiendo a que la Resolución de Alcaldía hace referencia a un Acta de Recepción de Obra de fecha 28 de febrero de 2007, esta solo pudo haber sido una recepción parcial, pues a esa fecha, es claro que solo estaba pendiente la acometida eléctrica.

Cabe precisar que en el presente proceso, las partes no ha presentado la referida Acta de Recepción, sin embargo, atendiendo a la que la Municipalidad defiende la validez del contenido de dicha Resolución de Alcaldía, es claro que lo hace respecto de todo el contenido de la misma.

Asimismo, se aprecia que Mejesa no ha cuestionado este extremo de la Resolución de Alcaldía, por lo que, el Arbitro Único llega a la convicción de que existió un Acta de Recepción de fecha 28 de febrero de 2007.

Al respecto, el contrato establece en su cláusula décimo sexta:

"CLÁUSULA DECIMO SEXTA: RECEPCIÓN DE LA OBRA

(...) 16.4 El Comité de Recepción, junto con EL CONTRATISTA **procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias** para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos en un plazo de 20 días de realizada su designación." (Resaltado Nuestro)

De las pruebas actuadas en el presente proceso, se llega a la conclusión que no se realizaron las pruebas indicadas en esta cláusula contractual dentro del plazo de 20 días de la designación del Comité de Recepción.

Sin perjuicio de ello, se llega a la conclusión de que finalmente, con la instalación de la acometida eléctrica se culminó la ejecución de las partidas contempladas en el Expediente Técnico de la obra, entendiendo la culminación de la obra, como la ejecución de todas las partidas y tareas consideradas en las bases y el expediente técnico.

Conforme lo establece la cláusula décimo sexta antes citada, luego de la verificación de la ejecución de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas debía procederse a efectuar las pruebas que sean necesarias.

4.3 De la verificación de la obra

Al respecto, ha quedado acreditado en autos que el 05 de junio de 2007 se realizó la verificación, probándose el sistema de riego.

En dicho acto se verificó que si se abrían todas las llaves del sistema de riego, este no respondía, es por ese motivo que realizó la prueba por ramales verificándose que el sistema funcionaba, en la misma acta la Entidad realizó las siguientes observaciones:

"Al encender la Electrobomba con las cuatro llaves (se observa que el levantamiento del agua es nulo, no levanta agua, el agua brota sobre el nivel del gras, excepción de un aspersor levanta 80 cmts aproximadamente.

Se procedió a probar el sistema por ramales -04 ramales observándose lo siguiente:

-Ramal Uno.- Los aspersores tienen el siguiente alcance de chorro: 6.70 mt, 6.70 t, 5.60 mt, 3.90 mts, 6.40 mt .6.20 mt (...) 6.20 mt, 4.00 mt, 4.00 mt.

-Ramal dos: los aspersores tienen el siguiente alcance de chorro: 6.80 mt, 5.20 mt, 7.20 mt, 5 mt, 5.90 mt, 6.50 mt, 6.00 mt, 6 mt, 5.90 mt.

(...)

-Ramal tres: Los aspersores tienen el siguiente (...)chorro: 3.00 mt, 5.00 mt, 6.40 mt, 4.60 mt, 3.80 mt, 5.40 mt, 3.50 mt, 4.00 mt,

(...)

Asimismo, se deja constancia que no se observa la tapa de la cisterna que establece el plano

Igualmente se deja constancia que la tubería de (...) que va a la cisterna la medida es 1.5 pulgadas (...)."

Posteriormente, mediante Carta N° 048-2007-SGOPE-GDU/MC de fecha 14 de junio de 2007, la Municipalidad señalo que de acuerdo al Acta de Verificación no se encontraba concluida la caja de rebose de la cisterna para el sistema de drenaje, y se estaba a la espera del Informe que emitiría el Órgano de Control Institucional para proceder al pago de la valorización, conforme lo menciona además la Entidad en el punto 5 y el tercer párrafo del punto B (Fundamentos Fáctico) de su Escrito de Contestación de Demanda de fecha 14.12.09¹⁰.

El Arbitro Único advierte que esta es la única imputación formal que habría efectuado la Entidad, pues del contenido del Acta de Verificación, no se aprecia que se le requiera al contratista a levantar un número determinado de observaciones.

4.4 Del levantamiento de observaciones

Por otro lado, conforme se desprende de lo indicado por las partes en su escrito de demanda y de contestación de demanda, hubo una comunicación mediante la cual El Contratista señala a la Entidad que había procedido al levantamiento de las observaciones, concretamente el contratista se refiere a la Carta N° 033.2007-AMC-031/MEJESA/OBRAS, de fecha 25 de junio de 2007.

En ese sentido, La Municipalidad en su contestación de demanda reconoce que hubo un documento donde el contratista manifestaba haber subsanado las observaciones, sin embargo indica que no hubo un levantamiento real en la obra de las observaciones:

10.- (...) no hubo un levantamiento real en la obra de las observaciones, por parte del contratista, ya que remitir un documento donde se manifieste, por su

¹⁰ *5.- (...) conforme a la documental Acta de verificación, de fecha 05 de junio de 2007, en la que estuvo presente la demandante, se efectuaron observaciones puntuales, las mismas que no han sido subsanadas por la demandante hasta la fecha, tal y como se prueba con el Informe Técnico del Concreto suministrado para la obra, realizado por la Unión de Concreteras S.A. y la Carta 048-2007-SGOPE y P-GDU/MC*. Cabe señalar que dicho informe no es parte de los medios probatorios, por no haber sido presentado por ninguna de las partes.

parte, que esta obra se encuentra acabada al 100 por ciento no la exonera de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, más si el Informe 292-2009-SGOPE y P-GDU/MC, se señala que mediante Informe de Auditoría 009-2007-2-2175, se estableció en su última recomendación, ***"llegar a un acuerdo con el contratista de la Obra, a fin de corregir las deficiencias en la ejecución, considerando las correcciones efectuadas al expediente técnico; teniéndose en cuenta que a la fecha no se ha pagado la valorización de la obra."***

Sin embargo, este Árbitro Único debe señalar que a partir de lo manifestado por la Entidad se establece que:

- a. Asiente que recibió una comunicación mediante la cual Mejesa señala el levantamiento de las observaciones.
- b. Reconoce que hubo correcciones en el expediente técnico.

Respecto al Punto a) Mejesa en el punto 3 de sus alegatos, de fecha 26.02.10, señala:

"(...)que su parte procedió a informar a la Municipalidad el cumplimiento del levantamiento de las observaciones desde la remisión de la carta N° 033-2007-AMC-031/MEJESA/OBRAS de fecha 25 de junio de 2007, esto es 20 días posterior al acta de verificación.

Asimismo, dicha carta solicita la nueva verificación en campo respectiva, la cual luego de transcurrido más de un año, la Municipalidad jamás programó ni formuló nueva observación, es decir, la Municipalidad nunca programó el levantamiento de observaciones tras la subsanación, quedando de esta forma consentida la subsanación realizada de pleno derecho de nuestra parte."

Respecto al punto b) Mejesa en el punto 7 de sus alegatos, de fecha 26.02.10 señala:

"(...) el contrato celebrado era de ejecución de obra tal y como se describe en el expediente técnico, como fue realizada y conforme a las partidas y valorizaciones señaladas,

La ejecución de adicionales, correcciones posteriores al expediente técnico luego de terminada la ejecución de la obra, no son imputables al contratista."

En este extremo, se debe recordar que el contrato celebrado entre las partes es uno a suma alzada en el cual, la obra se debe ejecutar conforme a las especificaciones técnicas y los planos, los cuales deben estar perfectamente definidos tal como lo establece el artículo 56° del RLCAE.

Sin embargo, en la referencia que hace la Municipalidad al Informe de Auditoría 009-2007-2-2175, se debe tener presente que este recomienda: ***"llegar a un acuerdo con el contratista de la Obra, a fin de corregir las deficiencias en la ejecución, considerando las correcciones efectuadas al expediente técnico; teniéndose en cuenta que a la fecha no se ha pagado la valorización de la obra."***

Esta recomendación pone en evidencia que se efectuaron correcciones al expediente técnico, a partir de los cuales, sugiere que se debe llegar a un acuerdo con el contratista, "teniéndose en cuenta **que a la fecha no se ha pagado la valorización de la obra.**"

Cabe señalar que este acuerdo no se concretó, pese a que la Entidad, indicó al contratista en su carta N° 048-2007-SGOPE-GDU/MC de fecha 14 de junio de 2007, que estaba a la espera del Informe que emitiría el Órgano de Control Institucional.

Téngase presente que el artículo 211 del RLCAE establece que la Entidad es responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos.

A partir de lo antes señalado, el Arbitro Único llega a la conclusión de que:

- a. El contratista cumplió con ejecutar la obra conforme a las especificaciones técnicas, lo cual se desprende de la anotación N° 27 en el cuaderno de obra efectuada por el Inspector¹¹.
- b. Al 28 de febrero de 2007, fecha en la cual se llevó a cabo la recepción de obra conforme el Acta de Recepción al que se hace referencia en la Resolución de Alcaldía controvertida, estaba pendiente de ejecutar la acometida eléctrica, como única tarea pendiente de ejecución, conforme a las especificaciones técnicas.
- c. La demora en la ejecución de esta tarea resulta imputable a la Entidad.
- d. Cuando finalmente se contó con la acometida eléctrica, se realizó la prueba de funcionamiento.
- e. De la revisión del Acta de Verificación, se desprende que la obra no funcionó como se esperaba.
- f. La Entidad mediante carta N° 048-2007-SGOPE-GDU/MC de fecha 14 de junio de 2007, indicó al contratista que no estaba concluida la caja de rebose de la sistema de drenaje.
- g. El contratista respondió a la Entidad mediante carta N° 033-2007-AMC-031/MEJESA/OBRAS de fecha 25 de junio de 2007, indicando que había levantado las observaciones.
- h. El Informe de Auditoría 009-2007-2-2175 de la Municipalidad recomendó llegar a un acuerdo con el contratista en razón de las correcciones efectuadas al Expediente Técnico.
- i. La Entidad, no respondió en forma directa la carta N° 033-2007-AMC-031/MEJESA/OBRAS de fecha 25 de junio de 2007.
- j. Finalmente, la Entidad resolvió el contrato.

4.5 De los cambios al Expediente Técnico

Conforme se ha podido corroborar, el Informe de Auditoría recomendó que se llegue a un acuerdo con el contratista a fin de corregir las deficiencias en la ejecución considerando las correcciones efectuadas al Expediente Técnico.

Esta recomendación que no fue implementada por la Municipalidad, conlleva a la imposibilidad de que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales, pues al modificarse el Expediente Técnico se entiende que se está modificando el alcance de las

¹¹ Con la salvedad de que al 12 de febrero de 2007 estaba pendiente la acometida eléctrica.

obligaciones contractuales del contratista, lo cual, conforme el artículo 211º del RLCAE es responsabilidad de la Entidad.

Asimismo, el Arbitro Único considera que de ser cierta la falta de funcionamiento de la obra, a partir de lo indicado en el Informe de Auditoría sobre las correcciones al Expediente Técnico, desvirtúa que ello sea exclusiva responsabilidad del contratista.

Al respecto cabe recordar que en los contratos de obra los trabajos se realizan conforme a las reglas que establece el comitente (la Entidad), para este caso conforme al expediente técnico, planos y demás proporcionados por la entidad, cualquier modificación o corrección a dichos instrumentos no puede ser imputado al Contratista, además es preciso señalar lo dispuesto en la Cláusula 18.2 de El Contrato:

"CLÁUSULA DECIMA OCTAVA: OTRAS RESPONSABILIDADES DEL CONTRATISTA

(...)

18.2 Ejecutar la obra en estricta conformidad a los planos, especificaciones técnicas, bases generales, calendarios de avance de obra, calendario de adquisición d materiales y demás documentos del expediente que forman parte del presente contrato." (Resaltado nuestro)

Entonces, conforme se puede apreciar de la cita, el Contratista se obligó a realizar el sistema de aspersión en estricta conformidad con el Expediente, por lo que cualquier variación o defecto en dicho expediente no originará una mayor exigencia al Contratista, ni responsabilidad por su ejecución.

En tal sentido, si se había efectuado modificaciones al Expediente Técnico, la Municipalidad debía asumir la responsabilidad de las mismas.

4.6 De la validez de la resolución del contrato

La Resolución de Alcaldía indica que se requirió al contratista "(...) mediante Oficio N° 130-2008-GDU/MC remitido a través de la Notaria Pública Nada Sekuda Delgado, según carta notarial N° 6895-2008 en fecha 27-09-2008, para que los satisfaga dentro del plazo establecido por Ley, bajo apercibimiento de resolverse el contrato.

No obstante, esta Resolución de Alcaldía, no precisa cual es el incumplimiento injustificado puntual de parte del contratista.

Asimismo, tampoco se indica cual es el inciso del artículo 226º en el cual se sustenta la resolución del contrato.

Conforme a lo desarrollado en el presente Laudo y conforme se señala en el artículo 224 del RLCAE, la resolución del contrato pone fin a un contrato por un hecho que es sobreviniente a su celebración, siempre y cuando esté previsto en las Bases, el contrato o en el Reglamento.¹² En ese sentido, para que se produzca una Resolución conforme a ley es

¹²

Artículo 224.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

necesario imputar al Contratista alguna de las causales que se señalan en el Artículo 225 del TUO del RLCAE, o algún incumplimiento que esté estipulado en el Contrato o en Las Bases.

Para el caso concreto, no se establece claramente qué obligación contractual o legal habría incumplido Mejesa, solamente se hace referencia a las observaciones, que se habría efectuado mediante el Acta de fecha 05.06.2007 y la observación sobre la caja de Rebose.

Cabe señalar que para que dichas observaciones sean consideradas como tales debería haberse señalado la partida dentro de la cual se encuentran presupuestadas y evaluarse si corresponde aplicar una sanción tan gravosa como es la Resolución Contractual, considerando además si efectivamente dichos supuestos incumplimiento eran trascendentes, considerando el monto por el cual estaban valorizadas dichas obras. Además, el tiempo transcurrido, (más de un año), pone de manifiesto un negligente proceder por parte de la Entidad sobre la supervisión efectiva de la obra, debiendo tenerse presente que el transcurso del tiempo, sin brindar un cuidado mínimo a la obra, igualmente puede generar su deterioro.

Por otro lado, Este Tribunal Arbitral establece que para que un incumplimiento sea tal, el acto mediante el cual se resuelve el Contrato debe establecer claramente la disposición contractual, de las bases o del TUO de la LCAE o su Reglamento fue violado mediante la actuación u omisión de la supuesta parte incumplidora.

Por lo anterior, el Árbitro Único manifiesta no haber llegado a la convicción de que el supuesto por el que se resuelve El Contrato hay sido claramente delimitado, conforme lo establece el Artículo 224 del TUO del RLCAE.

Por lo mencionado anteriormente este Tribunal Arbitra Unipersonal declara FUNDADA la Primera Pretensión Formulada por Mejesa.

**II.3 RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:
"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LAS PARTES LA SUSCRIPCIÓN
DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE LA OBRA"**

Conforme ha quedado acreditado en el análisis del punto controvertido anterior, se habrían efectuado correcciones al Expediente Técnico, por lo que, el Informe de Auditoría recomendó llegar a un acuerdo con el contratista.

Por otro lado, si bien es cierto en la Resolución de Alcaldía controvertida se señala que hubo un Acta de Recepción de Obra de fecha 28 de febrero de 2007, lo cierto es que, la misma no sería la definitiva, en razón de los hechos suscitados con posterioridad a dicha fecha.

Asimismo, no se puede dejar de lado la realidad de los hechos, los cuales, conforme se indica en el Informe de Auditoría, habrían significado una variación al Expediente Técnico, que generaría la ejecución de obras complementarias a las que estuvieron contempladas en el Expediente Técnico Original.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Sobre la base de estas variaciones, que no han sido negadas por las partes, es claro que estamos frente a una obra que no ha sido culminada, pero respecto de la cual, es imposible su culminación en base al Expediente Técnico original.

Asimismo, conforme el artículo 211º del RLCAE estas correcciones al Expediente Técnico son responsabilidad de la Entidad, por lo que no podría trasladarse al contratista en forma directa el costo de estas variaciones sin su consentimiento.

De lo antes expuesto, al haber variado la obra que inicialmente se encargó ejecutar al contratista, no resulta posible que se proceda a una recepción de obra que no está completa conforme las actuales especificaciones técnicas, por lo que, se debe declarar la improcedencia de la pretensión contenida en este punto controvertido.

**II.4 RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:
 “DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA MUNICIPALIDAD CUMPLA CON PAGAR A FAVOR DE LA DEMANDANTE EL IMPORTE DE S/. 40,357.74 POR LA VALORIZACIÓN ÚNICA CORRESPONDIENTE A LA OBRA, MAS LOS GASTOS GENERALES, INTERESES LEGALES DEVENGADOS Y GASTOS ADMINISTRATIVOS Y BANCARIOS DESDE 11 DE ABRIL DE 2007 HASTA LA FECHA DE PAGO”**

Conforme ha quedado demostrado en el presente laudo arbitral, el contratista culminó con la ejecución de la obra conforme el Expediente Técnico que le fuera proporcionado por la Entidad, no habiendo acreditado la Municipalidad el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales de Mejesa.

Sin embargo, este Árbitro Único establece que la valorización sólo podrá ser cancelada en la medida en que el contratista devuelva el Equipo de Bombeo que tiene en su poder conforme se encuentra demostrado por su propio dicho en la Carta N° 109-2008-AMC-031/MEJESA/OBRAS.

Respecto a los gastos generales, gastos administrativos y bancarios, no corresponde que sean reconocidos, en vista que no han sido fehacientemente probados dentro del presente proceso arbitral.

Por otro lado, respecto de los intereses legales cabe señalar que ante el incumplimiento de una obligación y la demora en el pago de una deuda se hace necesario resarcir el perjuicio ocasionado por parte de la Municipalidad, a través de una tasa de interés, pues en términos económicos, según Díez Picazo, el interés es el precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena¹³.

En esa misma línea, Von Thur, citado por Lacruz Berdejo, define la prestación de intereses como “remuneración que el acreedor puede exigir al deudor por privarse de la suma de dinero que se le adeuda, siempre que se ajuste a la cuantía de la suma adeudada y a la duración de la deuda”¹⁴

¹³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ CESAR .Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas. Comentario al Artículo 1242 del Código Civil .Tomo VI .Segunda Edición- 2007. Lima: Gaceta Jurídica.

¹⁴ Ibidem.

Entonces a partir de lo anterior queda claro que lo que corresponde es el cobro de intereses de conformidad. De la revisión de los documentos entregados por las partes se ha observado que no se han pactado intereses, por lo que es pertinente la aplicación del Artículo 1245º del Código Civil:

"Art. 1245.- Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado tasa, el deudor debe abonar el interés legal."

En ese sentido, el interés legal debe entenderse aquel que nace por imperio de la ley como consecuencia del uso del dinero ajeno, asimismo, el artículo citado debe concordarse con el Artículo 1246 del Código Civil:

"Art. 1256.- Si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal."

Por lo anterior, este Tribunal Arbitral Unipersonal señala que la Municipalidad deberá pagar los intereses legales correspondientes, contados a partir de la notificación de la demanda, dado que conforme el Artículo 1324 del Código Civil se establece que las obligaciones de dar suma de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, ahora conforme el Artículo 1334 del código Civil en las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación de la demanda.

Por las consideraciones expuestas anteriormente se declara FUNDADA en parte la pretensión de Mejesa, correspondiendo el pago del monto de la Valorización, previa entrega del Equipo de Bombeo que tiene en su poder, más los intereses legales contabilizados a partir de la fecha en que el demandado (La Municipalidad) conoció de la demanda.

II.5 RESPECTO AL CUARTO PUNTO:

"DETERMINAR A QUIEN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS QUE GENERA LA TRAMITACIÓN DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL"

Este Tribunal Arbitral conformado por el Árbitro Único ha determinado que si bien ninguna de las partes pretendió imputar los costos y gastos del arbitraje a la otra parte, es preciso determinar que, atendiendo a que existieron costos justificables para que se establezca el presente arbitraje, la parte Demandante y Demandada asumirán en partes iguales los costos del arbitraje y los gastos que hayan incurrido cada uno por su parte.

III. DECISIÓN

QUE, LUEGO DEL DESARROLLO INDEPENDIENTE DE CADA UNA DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA Y CORROBORADAS EN LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS, Y EN MÉRITO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE CORREN EN AUTOS QUE HAN SIDO VALORADOS EN CONJUNTO, EL ARBITRO UNICO LAUDA, DECLARANDO:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Excepción de Caducidad interpuesta por la Municipalidad de Comas.

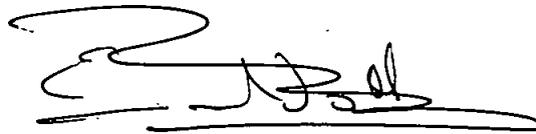
SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión respecto a que se deje sin efecto la Resolución del Contrato N° 031-2006-CEPEO/MC, aprobada por Resolución de Alcaldía N° 1126-2008-A/MC de fecha 16.12.2008.

TERCERO: Declarar **INFUNDA** la segunda Pretensión respecto a que se ordene a las Partes la suscripción del Acta de Recepción de la Obra.

CUARTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión respecto a que se cumpla con pagar a favor de la Demandante el importe de S/ 40,357.74 por la Valorización Única y los intereses legales correspondientes.

QUINTO: **DISPONER** que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes -honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral, en partes iguales.

EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFÍQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO, CON ARREGLO A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, NOTIFICÁNDOSE A LAS PARTES QUE SE HAN SOMETIDO AL ARBITRAJE CON ARREGLO A LEY.



EDWIN AUGUSTO GIRALDO MACHADO
Árbitro Único



CHRISTIAN VIRÚ RODRÍGUEZ
Secretario Ad – hoc