

Laudo Arbitral de Derecho expedido por el **Árbitro Único Fernando Capuñay Chafloque**, con fecha 20 de agosto de 2012, en el expediente signado con el N° 1451-2011, para solucionar las controversias surgidas entre **MAZ & DEL CONTRATISTAS GENERALES S.A.C.** y **EL MINISTERIO DE CULTURA** a propósito de la ejecución del Contrato N°084-2010-SG/MC, para la construcción del Cerco Perimétrico y Rehabilitación de los Ambientes del Museo de Sitio Huaca La Merced"

Resolución N° 09

Lima, 20 de agosto de 2012.

I. VISTOS:

1. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1.1. El Ministerio de Cultura (en adelante "MDC") y Maz & Del contratistas Generales S.A.C. (en adelante "MAZ") suscribieron el Contrato N° 084-2410-SG/INC, de fecha 29 de diciembre de 2010, denominado "Construcción del Cerco Perimétrico y Rehabilitación de los Ambientes del Museo de Sitio Huaca La Merced (en adelante "El Contrato").

1.2. En la cláusula décimo séptima de "El Contrato", las partes celebraron un convenio arbitral que dispone lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante toda la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

1.3. De la referida cláusula, se evidencia la existencia del convenio arbitral por el que se otorga competencia al Árbitro Único para pronunciarse sobre la presente controversia, la misma que se desarrolla dentro de un proceso de arbitraje nacional, de derecho y *Ad-Hoc*.

2. ANTECEDENTES:

2.1. El "MDC" convocó la Adjudicación de Directa Selectiva N° 003-2010/MC para la ejecución de la obra denominada "Construcción del cerco perimétrico y rehabilitación de los ambientes del Museo de Sitio Huaca La Merced", con SNIP de 74926 y un Valor Referencial de S/. 253,983.44 (Doscientos Cincuenta y Tres Mil Novecientos Ochenta y Tres con 44/100 Nuevos Soles), al mes de junio de 2010.

- 2.2. El Comité Especial, designado mediante Resolución Directoral Nacional N° 1945/INC, mediante Acta de fecha 02 de diciembre de 2010, otorgó la Buena Pro a **"MAZ"**, por la suma ascendente a S/.228,585.00 (Doscientos Veintiocho Mil Quinientos Ochenta y Cinco con 10/100 Nuevos Soles), incluido el Impuesto General a las Ventas (en adelante **"IGV"**).
- 2.3. El 29 de diciembre de 2010, **"MAZ"** y el **"MDC"** suscribieron el Contrato N° 084-2410-SG/MC, "Construcción del cerco perimétrico y rehabilitación de los ambientes del Museo de Sitio Huaca La Merced". Según la cláusula novena de **"El Contrato"**, el plazo de ejecución, fue determinado en sesenta (60) días, contados desde el día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 240 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante **"RLCE"**).
- 2.4. En la misma cláusula novena se precisó como obligación del **"MDC"** la entrega del terreno o lugar donde se ejecutaría la obra a **"MAZ"**, dentro del plazo de quince días, contados desde el día siguiente de la firma de **"El Contrato"**.
- 2.5. Con fecha 14 de enero de 2011 y 25 de enero de 2011, **"MAZ"** remite dos cartas notariales a **"MDC"** en las cuales solicita se cumplan los plazos estipulados en **"El Contrato"**, en cuanto a la designación del inspector o supervisor de obra, entrega del expediente técnico completo y entrega del terreno donde se ejecutaría la obra. Asimismo, informa que el 30 de diciembre del 2010, solicitó el adelanto directo para lo cual entregó la carta fianza correspondiente, así como la Factura N° por el importe de S/ 45,717.02 (Cuarenta y Cinco Mil Setecientos Diecisiete con 00/100 nuevos soles) haciendo hincapié que el plazo de entrega del terreno, así como el pago del adelanto directo ya habían vencido.
- 2.6. Con fecha 16 de febrero de 2011, la Oficina de Planificación y Presupuesto a través de su Directora Sra. Vilma Inéz Scarsi Hurtado, mediante Memorando N°056-2011-OPP-SG-MG, dirigido a la Directora de la Oficina de Administración Sra. Rosmery Santos Magino, informó que luego de analizar las prioridades institucionales aprobadas en el marco de la programación de compromisos anual asignadas por el Ministerio de Economía y Finanzas para el ejercicio 2011, se ha verificado que no existe disponibilidad presupuestal, para otorgar la certificación del crédito presupuestario para financiar el Adelanto Directo de la Obra "Ejecución del Componente, Infraestructura del Proyecto Construcción del Cerco Perimétrico y Rehabilitación de Ambientes del Museo de Sitio de la Huaca La Merced".



2.7. Con fecha 18 de febrero de 2011, "MAZ" reitera al "MDC" mediante carta notarial, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, manifestando que en caso de persistir su incumplimiento, solicitará el resarcimiento de daños y perjuicios, por un monto equivalente al cinco por diez mil del monto de "El Contrato" por cada día, hasta un tope del setenta y cinco por diez mil, pudiendo además solicitar la resolución de "El Contrato".

2.8. Con fecha 25 de febrero de 2011 "MAZ" cursa carta notarial al "MDC", con el fin de solicitar la resolución de "El Contrato", ante la existencia de incumplimiento por parte de la entidad (no entrega del adelanto directo por falta de fondos disponibles para la realización de la transferencia).

2.9. Con fecha 28 de marzo de 2011, el "MDC" a través del Licenciado Ignacio Hugo Vallejos Campbell, Director de la Oficina de Administración, expide la Resolución Administrativa N°009-2011-OA-SG/MC, la misma que es notificada a "MAZ" con fecha 05 de abril del 2011, en la mencionada resolución administrativa, el "MDC" resuelve "El Contrato" justificando su decisión en lo siguiente:

1. No se contaba con crédito presupuestario para la continuación de dicho contrato, conforme lo señala la oficina de Planificación y Presupuesto mediante el memorando N°056-2011-OPP-SG/MC
2. Que dicho supuesto se encontraba contemplado en la Cláusula Quinta del contrato suscrito por ambas partes.
3. Es el propio contratista quien solicitó la resolución del contrato mediante carta notarial de fecha 25 de febrero de febrero de 2011 ante un supuesto incumplimiento por parte de "MDC".
4. Que procede la resolución del contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 del Decreto Legislativo N° 1017, por la causal de caso fortuito o fuerza mayor.

2.10. Mediante Carta Notarial de fecha 25 de abril de 2011, notificada el día 27 de abril del mismo año, "MAZ" remite su solicitud de arbitraje al "MDC".

2.11. Mediante Carta de fecha 05 de agosto de 2011, notificada a "MAZ" el 09 de agosto del mismo año, el "MDC" devuelve la solicitud de arbitraje de "MAZ", argumentando defectos al momento de su notificación, pues el Ministerio de Cultura estuvo inmerso en un proceso de fusión por absorción con el Instituto Nacional de Cultura y por no habersele notificado directamente al Procurador Público del "MDC".

2.12. Con fecha 11 de agosto de 2011, "MAZ" mediante carta notarial al "MDC", rechaza la devolución de su solicitud de arbitraje, indicando que la misma es un acto informal e ilegal de la Procuraduría Pública del "MDC", precisando que el envío y notificación de la solicitud de arbitraje se hizo conforme a "El Contrato" y al Reglamento de la Ley de Contrataciones Estatales.



2.13. El 29 de noviembre de 2011, el Árbitro Único se instala en las oficinas de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (en adelante OSCE), estableciéndose que el arbitraje sería nacional, de derecho, ad-hoc y se fijaron las reglas procesales mediante las cuales se desarrollaría el proceso arbitral, ambas partes del proceso se hicieron presentes y suscribieron el Acta de Instalación.

2.14. "MAZ" presentó su demanda arbitral, con fecha 19 de Diciembre de 2011, conforme a lo establecido en el numeral 13 del Acta de Instalación del Árbitro Único, formulando sus pretensiones y ofreciendo los medios probatorios que sustentan las mismas. En la referida demanda se formularon las siguientes pretensiones:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

- **Primera Pretensión Principal:** Que se declare que la resolución contractual, adoptada por el contratista mediante carta notarial de fecha 25 de febrero de 2011, ha operado en pleno derecho, ha sido consentida y ha concluido la relación obligacional pactada en el contrato N°084-2010-GG/INC suscrito el 29 de diciembre del 2010, para ejecutar la obra "Construcción del Cerco Perimétrico de los ambientes del museo del sitio Huaca de la Merced" por causal imputable a la entidad contratante "MDC"
- **Segunda Pretensión Principal:** Se declare y ordene pagar a "MDC" la suma de 142,326.32 (Ciento cuarenta y dos mil trescientos veinte seis nuevos soles con 32/100nuevos soles) , que comprende tanto los costos incurridos en la presentación de propuestas al proceso de selección, la contratación de personal profesional y técnico y de la indemnización dispuesta por Ley.
- **Tercera Pretensión Principal:** Que se declare nula y/o ineficaz la Resolución Administrativa N°009-2011-0A-SG/MC, de fecha 28 de abril de 2011, emitida por "MDC", por ser contraria a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aplicable al contrato de ejecución de obra.
- **Cuarta Pretensión Principal:** Que declare y condene el pago de las costas y costos del proceso, reintegrándose al contratista los que ha asumido por causa del incumplimiento de la entidad.

2.15. Mediante Resolución N° 01, de fecha 14 diciembre de 2011, el Árbitro Único decidió admitir a trámite la demanda presentada por "MAZ" y correr traslado de la misma, así como de los medios probatorios y sus anexos al "MDC", a fin de que la entidad proceda a contestar la demanda arbitral y de considerarlo conveniente formule reconvencción.

2.16. Con fecha 23 de diciembre de 2011, el "MDC" procedió a contestar la demanda, conforme a lo establecido en el Acta de Instalación. En dicho escrito el "MDC" dedujo la excepción de caducidad, asimismo formuló como sus pretensiones las siguientes:



PRETENSIONES DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

- a) Que se declare infundada (improcedente) la **primera pretensión principal** de la demanda.
- b) Que se declare infundada a la **segunda pretensión principal** de la demanda.
- c) Que se declare infundada a la **tercera pretensión principal** de la demanda.
- d) Que se declare infundada la **cuarta pretensión principal** de la demanda.

2.17. El Árbitro Único, mediante Resolución N° 02, de fecha 27 de enero de 2012, admitió la contestación de la demanda presentada por el "MDC", corriéndose traslado de la misma a "MAZ"; asimismo, se corrió traslado de la Excepción de Caducidad deducida por la entidad para que dentro del plazo de 15 días hábiles de notificada la resolución cumpla con absolver la misma.



2.18. El Arbitro Único mediante Resolución N° 03, de fecha 14 de febrero de 2012, da por presentado el escrito de "MAZ", mediante el cual, la misma absuelve la excepción de caducidad deducida por el "MDC", y se resuelve citar a las partes a una Audiencia de Ilustración de Hechos, para el día 23 de febrero de 2012 a horas 3:00 pm, a fin de que cada una de las partes sustente su posición respecto a la excepción de caducidad.



2.19. La Audiencia de Ilustración de hechos se lleva a cabo en la fecha y hora programada, otorgando el uso de la palabra a los representantes y abogados de "MAZ" y "MDC" por el lapso de (10) minutos, a efectos de que cada una de ellos sustente su posición respecto a la Excepción de Caducidad. Asimismo, ambos representantes hicieron uso de su derecho a réplica por el lapso de (10) minutos.

2.20. El Árbitro Único, mediante Resolución N° 04, de fecha 09 de Febrero de 2012, citó a las partes a Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio, para el día 06 de marzo de 2012. Asimismo, otorgó a las partes, el plazo de tres (03) días hábiles, para la presentación de su propuesta de puntos controvertidos, si lo estimaban pertinente.

2.21. Con fecha 01 de marzo de 2012, el "MDC" presentó su propuesta de puntos controvertidos.

2.22. Con fecha 28 de febrero de 2012 "MAZ" presentó su propuesta de puntos controvertidos.

2.23. El Arbitro Único, mediante Resolución N° 05, de fecha 06 de marzo de 2012, decidió tener presente las propuestas de puntos controvertidos presentadas por las partes.

2.24. La Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio se lleva a cabo en la fecha y hora programada, declarándose saneado el presente proceso arbitral, y determinándose como puntos controvertidos referenciales los siguientes:

Fijación de Puntos Controvertidos:

- a) Determinar si procede la resolución del contrato N°084-2010-SG/MC suscrito de mutuo acuerdo por las partes, con fecha 29 de diciembre del 2010, resolución efectuada por el contratista mediante Carta Notarial de fecha 25 de Febrero de 2011, por causal imputable a la entidad contratante.
- b) Determinar en el caso sea procedente a Resolución, si la misma ha quedado consentida conforme lo previsto en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.
- c) Determinar si corresponde declarar nula e ineficaz y sin efecto la Resolución Administrativa N°009-2011-DA-SG/MC notificada el 05 de abril de 2011, que aprueba la Resolución del contrato N° 084-2010-SG/MC suscrito el 29 de diciembre de 2010 por ser contraia a la Ley de Contrataciones y su Reglamento, aplicables al contrato de ejecución de obra.
- d) Determinar si corresponde al "MDC" pagar a favor de "MAZ"; la suma de 142.326.32 (ciento cuarenta y dos mil trescientos veintiséis con 32/100 nuevos soles) por concepto de daños y perjuicios monto que comprende tanto los gastos incurridos en la presentación de propuesta a proceso de selección, la contratación de personal profesional y técnico.



En la misma audiencia se procedió a la admisión de medios probatorios, admitiéndose los medios probatorios ofrecidos por el "MAZ" enumerados desde el 1-A hasta el 1-F en su escrito de la demanda, y los ofrecidos por el "MDC" enumerados desde el 1-A hasta el 1-E de su escrito de contestación.

En la misma acta, se consignó la Resolución N° 06, mediante la cual se resolvió la excepción de caducidad deducida por el "MDC", siendo la misma declarada INFUNDADA, y por ende continuándose con el desarrollo del proceso arbitral.

Por otro lado, en la misma Audiencia, estando a que todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, eran medios probatorios documentales, se declaró el cierre de la etapa probatoria, otorgando a las partes un plazo de cinco (15) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, y citándolos a la Audiencia de Informes Orales, para el día 02 de abril de 2012, a las 03.00 p.m., en la sede del Árbitro Único.

2.26 Con fecha 20 de marzo, dentro del plazo otorgado por el Arbitro Único, "MAZ" cumplió con presentar sus alegatos escritos.

2.27 La Audiencia de Informe Oral se iba a llevar a cabo en la fecha y hora programada, ambas partes se presentaron, pero manifestaron el surgimiento de un imponderable, por lo que solicitaron la postergación de la fecha de la Audiencia. El Arbitro Único decidió aceptar el pedido y postergar la Audiencia para el día miércoles 18 de abril del 2012, a las 3.00 p.m.

2.28 La reprogramación de la Audiencia de Informes Orales se lleva a cabo en la fecha y hora programada. El Arbitro Único, procedió a conceder el uso de la palabra al abogado de "MAZ", quien informo por un plazo de 15 minutos, posteriormente procedió a conceder el uso de la palabra al abogado del "MDC", quien informo por un plazo de quince minutos. Asimismo, se dispuso, de un tiempo adicional para la réplica y la duplica, así como para las preguntas del Arbitro Único.

Por otro lado, en la misma Audiencia, en consideración al contenido de lo expuesto por las partes en sus respectivos informes orales, y de conformidad con lo establecido en el numeral 29 del Acta de Instalación, el Arbitro Único determinó que era necesario que las partes, en el plazo de diez hábiles, aportaran los siguientes documentos:



1. Bases del proceso de Selección que conllevaron la suscripción del contrato
2. Convenio Interinstitucional suscrito entre "MDC" y el Plan COPESCO Nacional N°20-2010-MINCETUR-COPESCO-DE, de fecha 17 de setiembre de 2009 y documentos conexos al mismo.
3. Documento mediante el cual se acredite la fecha de la devolución de las Cartas Fianzas otorgadas como garantía por "MAZ".
4. Documentos que acrediten los costos financieros incurridos por "MAZ", por el otorgamiento y mantenimiento de las cartas fianzas: Fiel cumplimiento y Adelanto Directo
5. Documentos que acrediten y sustentan la liquidación presentada en la demanda.



2.29 Con fecha 27 de abril de 2012, dentro del plazo establecido en el Acta de Audiencia de Informe Oral "MAZ" cumplió con presentar la documentación que sustenta sus alegatos orales.

2.30 Con fecha 07 de mayo de 2012, dentro del plazo establecido en el Acta de Audiencia de Informe Oral "MDC" cumplió con presentar la documentación que sustenta sus alegatos orales.

2.31 Mediante Resolución N°06, de fecha 23 de mayo de 2012, se tuvieron por presentados y admitidos los documentos de ambas partes, y se procedió a correr traslado de los mismos a cada una de las partes.

2.32 Con fecha 30 de mayo de 2012 “MAZ” presentó un escrito expresando su posición y fundamentos respecto a los medios probatorios presentados por “MDC”.

2.33 Con fecha 1 de junio de 2012 “MDC” presentó un escrito expresando su posición y fundamentos respecto a los medios probatorios presentados por “MAZ”.

2.34 El Arbitro Único mediante Resolución N° 07, 14 de junio de 2012, y estando a que los medios probatorios solicitados de oficio, y presentados por las partes, también eran documentales, decidió ratificar el cierre de la etapa probatoria y resolvió declarar el cierre de la instrucción y fijar el plazo para Laudar en treinta (30) días hábiles computables desde la fecha de emisión de la mencionada resolución.

2.35 Mediante Resolución N°08, de fecha 25 de julio de 2012, se prorrogó el plazo para laudar por un plazo adicional de veinte (20) días hábiles, conforme lo faculta el numeral 33 del Acta de Instalación.



3. DECISIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

A) CUESTIONES PREVIAS

El Árbitro Único se constituyó de conformidad con el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, y al convenio arbitral contenido en la cláusula vigésimo primera de “El Contrato” celebrado entre las partes.



B) ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Árbitro Único ha decidido analizar los puntos controvertidos de manera conjunta debido a que mantienen estrecha relación, pues ambas partes coinciden en que se ha incurrido en causal de resolución de “El Contrato” suscrito por ellas; no obstante, cada una de ellas alega la configuración de una causal diferente, que dependiendo la posición que se adopte, genera o no la obligación de resarcir los respectivos daños y perjuicios.

En ese orden de ideas el Árbitro Único cree conveniente analizar la controversia en dos aspectos: el primero determinar la causal de resolución de “El Contrato” y el segundo la procedencia o no de una indemnización por daños y perjuicios:

(i) **SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 084-2010-SG/MC.**

Posición de "MAZ":

"MAZ" señala que "El Contrato" que suscribieron con el "MDC" y que tenía por objeto la ejecución de la obra de "Construcción de Cerco Perimétrico y Rehabilitación de los Ambientes del Museo de Sitio la Huaca de la Merced", se vio frustrado por causal imputable a la entidad contratante, por haber ésta incumplido sus obligaciones pactadas, omitiendo la entrega del expediente técnico, no entregando el terreno donde se efectuaría la obra, no entregando el adelanto directo, el cual se encontraba debidamente garantizado con una Carta Fianza y omitiendo la designación del inspector o supervisor.

"MAZ" también señala que la causal de caso fortuito o fuerza mayor, alegada por la entidad no se ha producido, y que en todo caso obedece a una gestión administrativa incompetente, no asimilable a las definiciones legales aplicables a un caso fortuito o fuerza mayor, lo que "MAZ" hizo notar al "MDC" mediante la remisión de dos cartas notariales, la primera de fecha 14 de enero de 2011 y la segunda de fecha 25 de enero de 2011, en la primera de ellas solicitando a la entidad contratante que corrija su omisión en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales, y en la segunda solicitando la resolución del contrato de obra invocando los artículos 167, 168, 169 y 170 del Reglamento y el artículo 40, inciso c de la Ley de Contrataciones del Estado.

Adicionalmente, "MAZ" manifiesta que la entidad no impugnó en el término legal de 10 días hábiles, la carta notarial de fecha 25 de enero de 2011, mediante la cual "MAZ" comunicó su decisión de resolver "El Contrato", con lo que la resolución contractual dispuesta por ellos estaría consentida.

"MAZ" precisa, que a pesar que la resolución de "El Contrato", efectuado por ellos, el "MDC" expide su propio acto administrativo, decidiendo unilateralmente la resolución contractual, a través de Resolución Administrativa N°009-2011-OA-SG/MC, de fecha 28 de marzo de 2011, notificada a "MAZ" por carta notarial, el 05 de abril de 2011. Resolución Administrativa, que según la posición de "MAZ" vulnera la norma procesal, de orden público estando en consecuencia viciada de nulidad según previene el numeral 1, del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por contravenir una norma reglamentaria.

Posición del "MDC":

El "MDC" manifiesta que en "El Contrato" suscrito por las partes, en la cláusula quinta se dispuso lo siguiente:



"La vigencia del presente contrato será a partir del día siguiente de la suscripción del mismo hasta el consentimiento de la liquidación final de la obra, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184º de Reglamento.

Asimismo, si el Plazo de ejecución del presente Contrato supera el año fiscal 2010, la vigencia del mismo estará sujeta a la disponibilidad presupuestaria y financiera de **CULTURA**, conforme lo establece el numeral 27.3 del artículo 27 de la Ley Nº 28411 - Ley de Sistema Nacional de Presupuesto, quedando **CULTURA** exonerado de cualquier responsabilidad Civil, Penal y Arbitral en caso no se cuente con disponibilidad presupuestal y financiera para el año 2011.

Explica el "MDC" que el plazo de ejecución de "El Contrato" supero el año fiscal 2010, por lo que su vigencia quedaba sujeta a la disponibilidad presupuestaria y financiera con la que contará en el ejercicio fiscal siguiente, conforme lo establece el numeral 27.3 del artículo de la Ley 28411- Ley del Sistema Nacional de Presupuesto, por lo que quedaba exonerado de cualquier responsabilidad civil penal y arbitral en caso no se cuente con disponibilidad presupuestal y financiera para el año 2011.

Con respecto a las cartas notariales de fecha 14 y 25 de enero de 2011 remitidas por "MAZ" a la entidad, en las cuales solicitó que se cumplan con los plazos estipulados en el contrato, respecto a la designación del inspector o supervisor de obra, a la entrega del expediente técnico completo, a la entrega del terreno donde se ejecutaría la obra, y a la entrega del adelanto directo, el "MDC" precisa que cumplió con remitir el Memorando N°024-2011-OA-GG-SG/MC de fecha 21 de enero del 2011, solicitando a la Directora de Planificación y Presupuesto otorgue la certificación presupuestaria y/o señale los motivos que impiden su trámite a efectos de informar a la Secretaría General.

Como respuesta a dicho memorando, la Directora de la oficina de Planificación y Presupuesto, mediante Memorando N°056-2011-OPP-SG/MC informó que luego de analizar las prioridades Institucionales aprobadas en el marco de la programación de compromisos anual asignadas por el Ministerio de Economía y Finanzas para el ejercicio del 2011, se había verificado que no existía disponibilidad presupuestal para otorgar la certificación del crédito presupuestario solicitado, por lo que no se podría dar inicio a la ejecución de "El Contrato" suscrito entre las partes..

Es por ello que Mediante Resolución Administrativa N°009-2011-OA-SG/MC, el Ministerio de Cultura tomo la decisión de resolver "El Contrato" fundamentando su decisión en lo siguiente: No se contaba con crédito presupuestario para la continuación de dicho contrato, conforme lo señalaba la Oficina de Planificación y Presupuesto mediante el Memorando N°056-2011-OPP-SG/MC, en ese sentido es que el "MDC" manifiesta que dicho supuesto se encontraba contemplado en la Cláusula Quinta de "El Contrato".

El "MDC" señala que es el propio contratista quien solicitó la Resolución de "El Contrato" mediante Carta Notarial de fecha 25 de febrero de 2011, ante la existencia de un supuesto incumplimiento por parte



de la entidad, incumplimiento que el "MDC" considera no le es imputable, y conforme lo prevé el artículo 44 de la LCE, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato y el artículo 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que estipula que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la ley.

Análisis y Determinación del Árbitro Único:

Previo al análisis, de la controversia existente entre las partes sobre la causal que justifica la resolución de "El Contrato", el Árbitro Único considera muy útil y necesario precisar cuál es el procedimiento y cuáles son los requisitos que debe cumplir una entidad administrativa, antes de convocar a un proceso de selección, procedimiento, que por estricta aplicación del principio de legalidad, está completamente reglado.

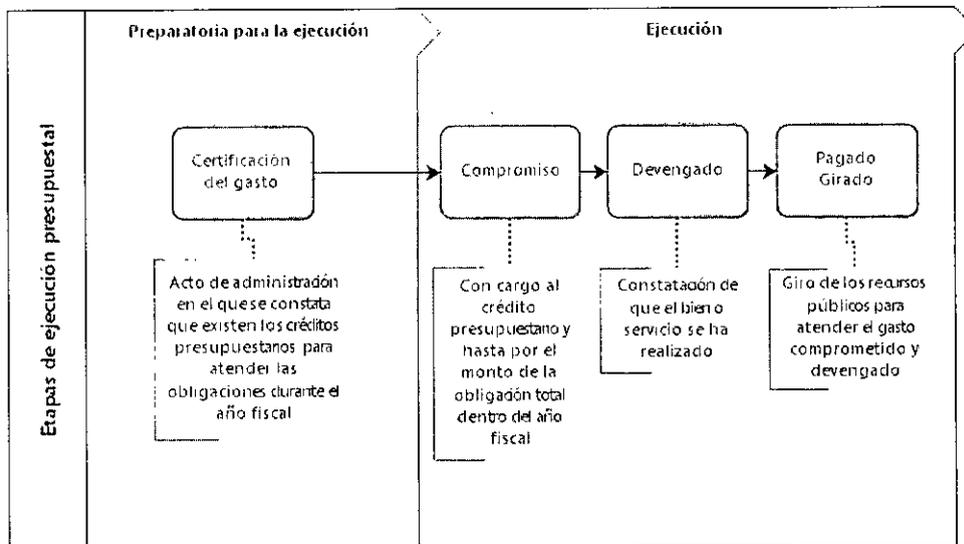
En ese orden de ideas el artículo 12º de la Ley de Contrataciones establece cada uno de los requisitos que una entidad administrativa, debe cumplir previamente a la convocatoria de un proceso de selección, bajo sanción de nulidad, siendo estos los siguientes:

- (i) que el proceso esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones (PAC);
- (ii) que el proceso cuente con el expediente de contratación aprobado, el que deberá incluir la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, así como las Bases debidamente aprobadas.

Ahora bien, en virtud de la materia controvertida y los puntos controvertidos determinados en el proceso, el Árbitro Único considera necesario detenerse en el análisis y explicación de la disponibilidad de recursos, que es un aspecto que ambas partes han discutido a lo largo del proceso. Y ciertamente relevante, para todos los contratos que suscriben las entidades administrativas al amparo de la Ley de Contrataciones, pues estos contratos tienen carácter oneroso y estipulan prestaciones de carácter económico (en su mayoría de veces erogaciones dinerarias) que deben ser cumplidas en el plazo pactado por la entidad administrativa.

En ese sentido, es necesario traer a colación lo estipulado en el artículo 18 del Reglamento de la Ley de Contrataciones Estatales, que textualmente establece que: una vez que se determine el valor referencial de una contratación, se debe solicitar a la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, la certificación de la disponibilidad presupuestal "a fin de garantizar que se cuenta con el crédito presupuestario suficiente para comprometer un gasto en el año fiscal correspondiente."

La certificación de crédito presupuestario, referida en el párrafo anterior y contemplada en los numerales 77.1 y 77.2 del artículo 77° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto "Ley N° 28411", constituye un acto de administración cuya finalidad es garantizar que se cuenta con el crédito presupuestario disponible y libre de afectación, para comprometer un gasto con cargo al presupuesto institucional autorizado para el año fiscal respectivo, en función a la Programación de Compromisos Anual, previo cumplimiento de las disposiciones legales vigentes que regulen el objeto materia del compromiso. Dicha certificación implica la reserva del crédito presupuestario, hasta el perfeccionamiento del compromiso y la realización del correspondiente registro presupuestario. El proceso de ejecución del gasto público está compuesto por dos etapas: "preparatoria para la ejecución" y "ejecución", conforme al siguiente esquema:



Fuente: Directiva N° 005-2010-EF/76-01

No es necesario realizar una compleja actividad interpretativa, para advertir con claridad que la normativa de contrataciones estatales requiere que antes de convocar a un proceso de selección, el área de presupuesto o quien haga sus veces en la entidad certifique que la misma cuenta con los recursos necesarios para cumplir las obligaciones de pago que asumirá en virtud del contrato, durante el ejercicio presupuestal correspondiente. En otras palabras, es de entera y exclusiva responsabilidad de la entidad administrativa, certificar previamente que cuenta con los recursos necesarios para dar cumplimiento al pago en los montos y plazos que serán pactados en el Contrato con la contratista que resulte favorecida con la Buena Pro y suscriba el contrato respectivo.

Por ello, desde ya el Árbitro Único, quiere dejar establecido que una entidad administrativa, no puede alegar como causal que justifique su incumplimiento en el pago de una prestación económica asumida en "El Contrato", la falta de disponibilidad de recursos en el ejercicio fiscal en el que se asumió la obligación de pago. En todo caso, si la entidad administrativa decide la resolución unilateral del Contrato por falta de disponibilidad de recursos, deberá proceder a liquidar el Contrato, e indemnizar por los daños y perjuicios, ocasionados al Contratista, en la medida que estén plenamente acreditados.

Ahora bien, la entidad en reiteradas oportunidades y en varios de sus escritos presentados ha señalado, que la certificación se hizo solo para el año fiscal 2010, y que la falta de disponibilidad de fondos para los años fiscales posteriores no le generaría responsabilidad de ningún tipo, según lo regulado por la Cláusula Quinta del Contrato y lo estipulado por el numeral 27.3 del artículo 27 de la Ley N° 28411. Precizando que la falta de entrega en el adelanto solicitado por "MAZ" se debe a que la entrega del adelanto directo debía efectuarse en el ejercicio fiscal siguiente, que ya no tenía garantizada ni certificada la disponibilidad presupuestaria.

El Árbitro Único no comparte el razonamiento ni la conclusión a la que arriba el "MDC", primero porque una cláusula de exoneración total de responsabilidad de la administración por la falta de disponibilidad presupuestaria y financiera aún en casos de dolo o culpa inexcusable es nula, según lo dispone el artículo 1328¹ del Código Civil; segundo, porque existen otras normas, en la propia "Ley N° 28411", que deben interpretarse sistemáticamente y tercero porque en la interpretación del "MDC" se omiten preceptos contemplados en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado y en la Directiva N° 005-2010-EF/76-01 "Directiva para la Ejecución Presupuestaria". En efecto en los numerales 77.4 y 77.5 del artículo 77 de la "Ley N° 28411" se establece lo siguiente:

77.4 Cuando los gastos referidos en los párrafos 77.1 y 77.2 comprometan años fiscales subsiguientes, el Pliego debe efectuar la programación presupuestaria correspondiente en los años fiscales respectivos. Es responsabilidad de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, la previsión de los créditos presupuestarios para la atención de tales obligaciones."() Artículo adicionado por la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 29142, publicada el 10 diciembre 2007, la misma que de conformidad con su Quincuagésima Cuarta Disposición Final entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2008.*

¹ Artículo 1328 del Código Civil Peruano: Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

"77.5 Para efecto de la disponibilidad de recursos y la fuente de financiamiento para convocar procesos de selección, a que se refiere el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, se tomará en cuenta la certificación del gasto correspondiente al año fiscal en curso y, en el caso de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal, el documento suscrito por el jefe de la Oficina General de Administración o el que haga sus veces en el pliego presupuestario, que garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes." (*) Numeral incorporado por la Primera Disposición Final de la Ley N° 29465, publicada el 08 diciembre 2009. La citada Ley entra en vigencia a partir del 1 de enero de 2010.

Por su parte el numeral 13.6 del artículo 13 de la Directiva N° 005-2010-EF/76-01 "Directiva para la Ejecución Presupuestaria" dispone lo siguiente:

13.6 Para efecto de la disponibilidad de recursos y la Fuente de Financiamiento para convocar procesos de selección, a que se refiere el artículo 12º del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, se tomará en cuenta la certificación del crédito presupuestario correspondiente al año fiscal en curso. En el caso de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal, el documento de certificación emitida por la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces en el pliego, deberá ser suscrito además por el Jefe de la Oficina General de Administración o el que haga sus veces, a fin que se garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes.

Para este último fin, dicha Oficina General coordina con el Jefe de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en el pliego, a efecto que se prevean los recursos que se requieran para el financiamiento del documento suscrito.

Por su parte, la normativa de contrataciones también ha previsto las disposiciones aplicables en los supuestos en los que una contratación abarque más de un ejercicio presupuestal. Así, el segundo párrafo del artículo 12º de la Ley de Contrataciones establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 12: Se podrán efectuar procesos cuya ejecución contractual se prolongue por más de un (1) ejercicio presupuestario, en cuyo caso deberá adoptarse la debida reserva presupuestaria en los ejercicios correspondientes, para garantizar el pago de las obligaciones."

De igual modo el párrafo segundo del artículo 18º del Reglamento, que desarrolla sistemáticamente lo previsto en el artículo 12º de la Ley, dispone lo siguiente:

"Artículo 18: En caso que las obligaciones de pago a cargo de la Entidades se devenguen en más de un (1) año fiscal, sea porque los contratos de las que se derivan tengan un plazo de ejecución que exceda el año fiscal correspondiente a aquel en que se convocó el proceso o porque dicho plazo de ejecución recién se inicia en el siguiente año fiscal, la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, deberá otorgar la certificación por el año fiscal vigente,

así como la constancia sobre que el gasto a ser efectuado será considerado en la programación y formulación del presupuesto del año fiscal que corresponda.” (El subrayado es mío).

De una interpretación de las normas presupuestales y de contratación anteriormente citadas se tiene que es perfectamente posible que las obligaciones de pago a cargo de una Entidad puedan devengarse en más de un ejercicio presupuestal, ya sea: (i) porque los contratos de los que derivan tienen un plazo de ejecución que excede del ejercicio en el que se convocó el proceso de selección; o (ii) o porque el plazo de ejecución recién se iniciará en el siguiente ejercicio presupuestal. En estos supuestos, una vez determinado el valor referencial del proceso de selección a ser convocado, deberá solicitarse al área de presupuesto que otorgue la certificación por el año fiscal vigente, así como la constancia de que el gasto a ser efectuado será considerado en la programación y formulación del presupuesto del año fiscal que corresponda, siendo responsabilidad de la Entidad cumplir con lo requerido por el artículo 18º del Reglamento a efectos de garantizar la disponibilidad de recursos suficientes para atender dichas obligaciones de pago.



Adicionalmente, la conclusión que extrae el “MDC”, de su interpretación tampoco puede ser compartida, porque confunde los momentos en los que se lleva a cabo la ejecución del gasto público, señalando que no es posible realizar el pago a una contratista con cargo a fondos del ejercicio fiscal anterior.



Si bien es cierto el numeral 37.3 del Artículo 37 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece que: “con posterioridad al 31 de diciembre no se pueden efectuar compromisos ni devengar gastos con cargo al año fiscal que se cierra en esa fecha.” También es cierto que el gasto público según lo estipulado en el artículo 33 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto se lleva a cabo en tres etapas y momentos distintos: a) Compromiso, b) Devengado y c) Pago.

Así los artículos 34, 35 y 36 de Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto y de la Directiva definen y precisan respecto a cada una de dichas etapas lo siguiente:

“Artículo 34: El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable, afectando total o parcialmente los créditos presupuestarios. El compromiso se efectúa con posterioridad a la generación de la obligación nacida de acuerdo a Ley, Contrato o Convenio. El compromiso debe afectarse preventivamente a la correspondiente cadena de gasto, reduciendo su importe del saldo disponible del crédito presupuestario, a través del respectivo documento oficial.

Artículo 35: El devengado es el acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor. El reconocimiento de la obligación debe afectarse al Presupuesto Institucional, en forma definitiva, con cargo a la correspondiente cadena de gasto.

Artículo 36: El pago es el acto mediante el cual se extingue, en forma parcial o total, el monto de la obligación reconocida, debiendo formalizarse a través del documento oficial correspondiente. Se prohíbe efectuar pago de obligaciones no devengadas."

Ahora bien, los fondos que serían utilizados para la Adjudicación de Directa Selectiva N° 003-2010/MC para la ejecución de la obra denominada "Construcción del cerco perimétrico y rehabilitación de los ambientes del Museo de Sitio Huaca La Merced" , se encontraban comprometidos desde la fecha de suscripción de "El Contrato", es decir, desde el 29 de diciembre del 2010; y el monto de dinero correspondiente al Adelanto Directo solicitado por el contratista quedo devengado, desde la fecha en que "MAZ" entregó toda la documentación formal, incluida la Carta Fianza en garantía del adelanto directo solicitado, es decir, desde el 30 de diciembre del año 2010, por lo que únicamente se encontraba pendiente el pago de dicho monto a favor del Contratista.

Siendo ello, resulta de aplicación lo establecido en el numeral 37.2 del artículo 37 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que textualmente refiere lo siguiente:

37.2 Los gastos devengados y no pagados al 31 de diciembre de cada año fiscal se cancelan durante el primer trimestre del año fiscal siguiente, con cargo a la disponibilidad financiera existente correspondiente a la fuente de financiamiento a la que fueron afectados.

Consecuentemente, la conclusión del "MDC" que no era posible efectuar la entrega del adelanto, por la insuficiencia de fondos en el ejercicio fiscal correspondiente al año 2011, resulta errónea, pues los fondos para la ejecución de la obra sub-litis, ya habían quedado comprometidos en el ejercicio fiscal 2010, y en el caso particular del monto del adelanto directo, dicho monto ya había quedado devengado en el ejercicio fiscal 2010, por lo que únicamente se encontraba pendiente el pago y cancelación de dicho monto, que perfectamente podía ocurrir durante el primer trimestre del ejercicio fiscal 2011.

Por otro lado, a efectos de la controversia, conviene también precisar, que en atención a todo el procedimiento previo establecido en la Ley y el Reglamento de Contrataciones y en la Ley de Presupuesto General a efectos de contar con la disponibilidad de fondos antes de convocar a un proceso de selección, este no puede configurar como un evento que califique como caso fortuito o fuerza mayor.

En efecto, un evento de caso fortuito o fuerza mayor, está vinculado a la ocurrencia de un hecho no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible.

En nuestro ordenamiento jurídico vigente, una definición de lo que constituye caso fortuito o fuerza mayor nos la proporciona el artículo 1315 del Código Civil, que precisa lo siguiente:

“Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Conforme enseña el maestro Fernando De Trazegnies, “nuestro Código Civil no distingue entre el caso fortuito y la fuerza mayor. Desde el punto de vista histórico doctrinario es posible hablar de caso fortuito como de un hecho natural (acto de Dios) que impide el cumplimiento de la obligación; (...) en cambio la *force majeure* ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o *factum principis* (acto del príncipe) Dentro del orden jurídico peruano, en ambos casos, lo esencial es lo mismo, se trata de una fuerza ajena, extraordinaria, e irresistible. Y para todo efecto práctico nuestro código civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos que tienen consecuencias similares: la exoneración de responsabilidad” (2)

En efecto, la configuración de un hecho como un evento de caso fortuito o fuerza mayor, tiene directa vinculación con un hecho que está fuera del ámbito y de la esfera de control de la parte que invoca la causal, por ello al configurarse la causal de caso fortuito o fuerza mayor corresponde una total y completa exoneración de las consecuencias y de la responsabilidad por su incumplimiento; ello en consideración de lo establecido en el artículo 1317 del Código Civil, que establece lo siguiente:

“El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario este previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.”

Con todo el marco conceptual previamente desarrollado, tanto en lo que concierne a la certificación de la disponibilidad de recursos, como a que evento califica como un caso fortuito o fuerza mayor, es posible determinar si es que el “MDC”, procedió conforme al marco legal y contractual aplicable al adoptar la decisión de resolver “El Contrato” por caso fortuito o fuerza mayor en la Resolución Administrativa N° 009-2011-OA-SG/MC, de fecha 28 de marzo de 2011. Y la respuesta que el Árbitro Único considera se desprende categóricamente de lo acontecido en los hechos y acreditado con los medios probatorios que obran en el expediente, es que el “MDC” no actuó conforme a lo estipulado por el ordenamiento jurídico y a lo previsto en “El Contrato”.

² DE TRAZEGNIES GRANDA Fernando. *Responsabilidad Extracontractual*. Tomo I: Biblioteca Para Leer el Código Civil, Volumen IV, Quinta Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p.330-331

Ello se evidencia en el hecho que para el "MDC" la falta de disponibilidad de fondos, configura como un evento de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, este hecho no constituye un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, ello por la simple razón, que por el contrario es una obligación previa de la administración, antes de convocar a un proceso de selección, y obviamente antes de firmar un contrato, certificar que cuenta con la disponibilidad de fondos, conforme lo prevén la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, la Ley y el Reglamento de Contrataciones y para el año en que se firmó "El Contrato" entre las partes, la Directiva N° 005-2010-EF/76-01 "Directiva para la Ejecución Presupuestaria".



Por tanto, resulta completamente injustificado y poco razonable, invocar el incumplimiento de una obligación legal, y pretender que la misma configure un evento de caso fortuito o fuerza mayor, cuando la certificación de la disponibilidad de los fondos para la ejecución de un contrato, es un hecho que se encuentra dentro del manejo y la esfera de control de la entidad administrativa convocante. Es por esas consideraciones que el "MDC" no podía resolver legal y justificadamente "El Contrato", por la causal de caso fortuito o fuerza mayor y al resolver "El Contrato" invocando esa causal, actuó contrariando el ordenamiento jurídico vigente, por lo que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 10³ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, deviniendo la referida resolución en nula.



Siendo que el Árbitro Único ha determinado que no procedía la resolución de "El Contrato" por la causal de caso fortuito o fuerza mayor, como lo pretendió efectuar el "MDC", es momento de analizar y determinar, si es que procede la resolución del mismo por la causal de incumplimiento de la entidad, como ha fundamentado "MAZ".

Lo primero que el Arbitro Único considera necesario precisar, es el marco conceptual del instituto de la resolución contractual por incumplimiento.

La resolución se configura, por tanto, como un "medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte o frente a las alteraciones no justificadas de los términos, en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto"⁴.

La resolución del contrato, por incumplimiento de obligaciones es un remedio de particular importancia por su gravedad, que el ordenamiento jurídico prevé ante el incumplimiento imputable de algunas de las

³ «Artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes. I. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias (...)

⁴ BARRERO RODRÍGUEZ Concepción: *La Resolución de los Contratos Administrativos por incumplimiento del Contratista*. Editorial Lex Nova, Iera. Ed., Valladolid, 2007, pp. 33 y 36.

partes, que tiene la grave consecuencia de acarrear la pérdida de efectos de la relación contractual y la obligación de indemnizar a la parte afectada por el mismo. Adicionalmente, para el caso específico de la contratación estatal, puede conllevar sanciones tan drásticas como la inhabilitación para contratar con el Estado, en el caso que sea el contratista que incumpla las obligaciones asumidas.

Por ello, para la procedencia de tan importante remedio, en materia de contratación estatal, tanto la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, regulan de manera expresa y con una serie de formalidades, el procedimiento a seguir cuando una de las partes decida optar por la resolución del contrato.

En ese orden de ideas, el artículo 40 y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a la resolución del contrato, regulan lo siguiente:



Artículo 40.- Clausulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

c) **Resolución de contrato por incumplimiento:** En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior 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. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. **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.**



Y para el caso específico de la resolución de contratos de obra el artículo 209 del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente.

debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44º de la Ley. Culinado este acto, a obra queda bajo responsabilidad de la entidad y se proceda a la liquidación conforme a lo establecido en el artículo 21º.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

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 caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44º de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal."

Las normas reseñadas permiten apreciar que nuestro ordenamiento ha optado por establecer un procedimiento rígido y formal, que es de estricto cumplimiento para la parte que pretenda resolver el contrato, es decir, para que la resolución del contrato por parte de un contratante sea válida y eficaz, el contratante que desee resolver el contrato deberá seguir *al pie de la letra* las pautas establecidas en la norma; caso contrario, el acto resolutorio será nulo e ineficaz, y por tanto, el contrato seguirá surtiendo efectos.

Es importante tomar en cuenta, que el mecanismo resolutorio establecido en la norma tiene como punto de partida el supuesto de incumplimiento injustificado de uno de los contratantes. En otras palabras, de existir un incumplimiento contractual injustificado, no habría impedimento alguno para que la parte afectada recurra a dicho mecanismo de resolución, sin embargo, en caso de no existir incumplimiento contractual injustificado de uno de los contratantes, la otra parte no puede activar el mecanismo resolutorio.⁵

⁵ BARRERO RODRÍGUEZ Concepción: *La Resolución de los Contratos Administrativos por incumplimiento del Contratista*. Editorial Lex Nova, 1era. Ed., Valladolid, 2007, pp. 33 y 36.



El termino incumplimiento es puramente negativo y objetivo. Describe toda forma posible en la que el deudor deja de cumplir el deber contractual, mediante la no realización de la prestación debida o la realización de un modo distinto al debido provocando insatisfacción del acreedor.⁶

Pero nuestra normativa en contrataciones estatales, precisa que el incumplimiento debe reputarse INJUSTIFICADO, para activar el mecanismo resolutorio; es decir, el cumplimiento del deber de prestación de un contratista, como por ejemplo la entrega de un bien, la ejecución de la obra (como en el presente caso) o la prestación del servicio, no se realiza en las condiciones establecidas en el contrato por causas imputables al contratista. De igual forma, el incumplimiento de la entidad también deberá ser pasible de ser calificado como injustificado y ser imputable a la entidad; para que el Contratista pueda activar el mecanismo resolutorio.

Ahora bien, en “**El Contrato**” no se regula ningún procedimiento aplicable en el caso que sea la entidad la que haya incumplido con las obligaciones asumidas en “**El Contrato**”, por lo que resulta de aplicación lo establecido en la Ley y en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Lo primero que hay que verificar, conforme hemos descrito anteriormente, es si existe incumplimiento injustificado por parte del “**MDC**” de sus obligaciones contractuales y posteriormente verificar si “**MAZ**” siguió el procedimiento formal para imputar el incumplimiento y posteriormente resolver “**El Contrato**”.

En ese orden de ideas, debe tenerse en consideración que la cláusula novena de “**El Contrato**” estipulaba como obligaciones y plazos de cumplimiento de las mismas lo siguiente:

9.1 Plazo de entrega del terreno

El terreno o lugar donde se ejecutara la obra será entregado a EL CONTRATISTA dentro de los quince (15) días siguientes a la firma del presente contrato.

9.2 Inicio y términos de plazo de ejecución

El contratista se obliga a ejecutar las obras materia de este contrato, en un plazo de 60 días calendarios, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184 del Reglamento.

“**MAZ**” ha sustentado la resolución del contrato, imputando al “**MDC**” el incumplimiento de las siguientes obligaciones:

6 CARRASCO PERERA Ángel. *Derecho de Contratos*. Editorial Aranzadi – Thomson Reuters, 1era Ed., Navarra, 2010, p 863.

- (i) Entrega del expediente técnico completo
- (ii) Entrega del terreno donde se ejecutaría la obra y
- (iii) Entrega del pago del adelanto Directo

Ya se ha explicado, como es que el Árbitro Único considera que la entidad ha incumplido con su obligación de pago del Adelanto Directo solicitado por "MAZ", por lo que con el incumplimiento injustificado de esta obligación, justifica la procedencia de la resolución de "El Contrato" realizada por "MAZ".



No obstante, y en aras de un estricto cumplimiento al deber de motivación de los laudos arbitrales, también analizaremos si hubo incumplimiento respecto a las otras obligaciones señaladas por "MAZ". Y conforme explicaremos a continuación el Árbitro Único considera que si existió incumplimiento de las otras obligaciones señaladas por "MAZ", lo cual además resulta lógico, pues la entidad, en su entendido que la falta de disponibilidad de fondos justificaba la resolución del contrato, no continuó con la ejecución del mismo, omitiendo por ello ejecutar el resto de obligaciones a su cargo.



En ese orden de ideas, se encuentra plenamente acreditado que el "MDC" no cumplió con entregar el terreno para ejecutar la obra, que no designó el supervisor de obra, y que tampoco hizo entrega del Expediente Técnico de forma completa, por lo que se evidencia el incumplimiento imputable de la entidad.

Respecto al procedimiento formal tenemos que "MAZ" curso en más de un oportunidad comunicaciones notariales requiriendo a la entidad cumpla con sus obligaciones asumidas en "El Contrato", en ese sentido se pueden apreciar las cartas de fechas 14 y 25 de enero de 2011 y 18 de febrero del 2011. Y ante la persistencia en el incumplimiento por parte de la entidad "MAZ" cursa una comunicación notarial de fecha 25 de febrero de 2011, mediante la cual procede a resolver "El Contrato".

b) SOBRE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

Posición de "MAZ":

En su segunda pretensión principal de la demanda "MAZ" peticona el pago de la suma de S/ 142,326.32, que comprende tanto los costos incurridos por concepto de la presentación de la propuesta en el proceso de selección, la contratación de personal y técnicos.

Asimismo, "MAZ" señala que el segundo párrafo del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado determina que la parte a la que perjudica el incumplimiento contractual acusado e imputado, en el caso específico, por ellos al "MDC", tiene derecho a que se le reconozca una indemnización por daños y perjuicios irrogados.

Señala "MAZ" que el accionar de la autoridad administrativa no debe exceder lo necesario para alcanzar sus objetivos, excluyendo la arbitrariedad, violar el deber jurídico elemental de contratar el objeto licitado con el adjudicatario de la buena pro, excluyendo a cualquier otro.

Para sustentar los montos y conceptos de la indemnización que pretende "MAZ" en su escrito de demanda adjuntando un cuadro conteniendo una liquidación de gastos realizados ascendentes a la suma de S/ 19,326.32 (Diecinueve Mil Trescientos Veintiséis y 32/100 Nuevos Soles. Y en su escrito de fecha 27 de abril, mediante el cual cumple con entregar los documentos solicitados por el Árbitro Único adjunta otro cuadro sustentando los montos que corresponden al concepto lucro cesante.

Posición del "MDC":

El "MDC", sostiene no tiene responsabilidad por la resolución de "El Contrato", y que por ende no está obligada al pago de la indemnización por daños y perjuicios solicitada por "MAZ", ello en consideración que la Cláusula Quinta de "El Contrato", disponía una condición para la ejecución de la obra: contar con la disponibilidad de fondos en los siguientes ejercicios fiscales.

Asimismo, el "MDC" precisa que el demandante no ha establecido en su demanda la relación de causalidad y el factor de atribución.

Que la entidad podía resolver el contrato de acuerdo a lo normado en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, pues al no existir disponibilidad presupuestaria y financiera, se configura un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, lo que conlleva la imposibilidad de continuar con la ejecución de "El Contrato".

Por todos los fundamentos mencionados no resulta procedente la indemnización por daños y perjuicios solicitada por el demandante.

Análisis y Determinación del Árbitro Único:

En lo que concierne a la pretensión indemnizatoria formulada por "MAZ", el Árbitro Único deja expresa constancia de que en su opinión el demandante no ha cumplido con sustentar de manera precisa los daños sufridos a raíz del incumplimiento del "MDC", su cuantificación y la relación de causalidad (nexo causal) entre el hecho generador del daño (antijuridicidad) -que en el presente caso lo constituye el acto ilegal del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad y la resolución de "El Contrato" por una supuesta causa de caso fortuito o fuerza mayor.

Asimismo, "MAZ" no ha cumplido con precisar, cuáles de los montos reclamados corresponden al concepto daño emergente y cuales al concepto lucro cesante, cuáles son los fundamentos que justifican el monto indemnizatorio pretendido. En efecto, el Árbitro Único desea dejar muy en claro, que la sola



invocación de uno de estos conceptos, no implica que la parte que pretende un monto indemnizatorio, no esté en la obligación de demostrar porque dicho monto o concepto se configura como un monto indemnizable.

A modo de ejemplo en la página 06 de la demanda, se adjunta como medio probatorio el Anexo 1-C, en el que se afirma existe un cuadro elaborado por concepto indemnizatorio, bajo rubro lucro cesante, sin embargo, los montos y conceptos que se consignan en dicho cuadro, no guardan ninguna vinculación con una ganancia o utilidad dejada de percibir por "MAZ", si no que más bien están referidos a gastos por la preparación de la oferta técnica y económica presentada en el proceso de selección y gastos referidos a la preparación para la ejecución de "El Contrato", que en todo caso estarían vinculados al rubro daño emergente.

Daño Emergente: En lo respecta, a la responsabilidad contractual que estamos analizando, podemos definir dicho concepto como la pérdida económica o detrimento patrimonial, el empobrecimiento del patrimonio que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa precedente.

El profesor español Ángel Carrasco Perera⁷ la define y precisa sus alcances del daño emergente de la siguiente forma: "Daño emergente es la pérdida económica que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa precedente de":

- (1) Que ha sido dañado un activo material de su patrimonio (daños de indemnidad).
- (2) El mayor valor actual de la cosa que el acreedor finalmente no recibe o acaba perdiendo por hecho imputable al deudor.
- (3) El menor valor o pérdida de valor de los activos patrimoniales como consecuencia del incumplimiento.
- (4) Los costos incidentales, consistentes en el desembolso económico que haya tenido que realizar para neutralizar o minimizar las consecuencias económicas del incumplimiento (costes de cobertura)
- (5) Los costos de defensa
- (6) Los costos hechos en la cosa restituible por efecto de la resolución
- (7) Los costos de depreciación del activo
- (8) El coste del propio incumplimiento del acreedor con terceros.
- (9) El coste de ejecución del contrato

Esta enumeración puede ser sintetizada en tres categorías: los desembolsos efectivos (*out-of- packets cost*), las pérdidas de valor y el daño material o de indemnidad."

Ahora bien, ya se ha señalado como es que "MAZ" no ha tenido precisión respecto a los elementos configurativos de la responsabilidad de la entidad administrativa. En efecto, no hay precisión respecto a la imputabilidad, el factor de atribución, los daños sufridos por "MAZ", su cuantificación y la relación de

⁷ CARRASCO PERERA Ángel. *Derecho de Contratos*. Editorial Aranzadi - Thomson Reuters, 1era Ed., Navarra, 2010, p 1200.

causalidad (nexo causal) entre el hecho generador del daño (antijuridicidad) -que en el presente caso lo constituye el acto ilegal del incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad y la resolución de “**El Contrato**” por una supuesta causa de caso fortuito o fuerza mayor. Tampoco ha tenido precisión en determinar que conceptos corresponden al rubro daño emergente y cuales al rubro lucro cesante.

No obstante, independientemente del yerro en la determinación de qué tipo de concepto indemnizatorio corresponden a los montos solicitados por el demandante, y que el Árbitro Único puede corregir en virtud del principio *iura novit curia*; lo importante, por lo menos para los daños referidos al rubro daño emergente es que la mayoría de ellos no están directamente vinculados a “**El Contrato**” y no constituyen daños indemnizables que tengan relación de causalidad con el hecho ilícito que generó la responsabilidad del “**MDC**”.

Así por ejemplo, no resultan amparables los pedidos para que se indemnicen los montos incurridos por honorarios del Contador, durante los meses de diciembre, enero y febrero, los honorarios de la secretaria por los meses de enero y febrero. Respecto a los gastos de telefonía no es posible determinar si fueron realizados a propósito de la obra, o con otra finalidad. De igual forma, no constituye un monto indemnizable los gastos realizados por concepto de alquiler de oficina, pues no se ha demostrado que haya sido necesario contratar el alquiler de una oficina para los preparativos de la ejecución de “**El Contrato**”.

De igual modo, no resulta indemnizable, los gastos efectuados por el Ing, Residente para la presentación y ejecución de la Obra, porque el ingeniero residente no ejecuta labores en la etapa de presentación de la oferta, o con mayor precisión las partidas que deben ser pagadas al ingeniero residente corresponden a la etapa de ejecución de la obra, en la que él mismo ejecuta sus labores, y conforme se ha determinado en el presente proceso la obra no se ha ejecutado por el incumplimiento de la entidad. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que no se han presentado informes o avances de trabajo que el ingeniero haya elaborado en razón de la Obra: “Construcción del Cerco Perimétrico y Rehabilitación de Ambientes del Museo de Sitio Huaca La Merced”

Los gastos incurridos para el pago de personal logístico en los meses de enero, febrero, para la elaboración de las cotizaciones, visitas a obra, y contratos, que pretende “**MAZ**” no pueden ser reconocidos ni indemnizados, primero porque no se aportado medios probatorios idóneos y suficientes para acreditar que se hayan incurrido en los mismos de forma específica para el proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 003-2010/MC, no se presentan los contratos de trabajo de dicho personal y las boletas de pago a dichos trabajadores, y segundo porque dichos gastos, son gastos en los que necesariamente debe incurrir un contratista para participar en un proceso de selección y que se realizan con independencia si el Contratista obtiene o no la Buena Pro y suscribe el Contrato.



Los gastos incurridos por Asesoría legal son evaluados y analizados al momento de determinar los costos y costos del proceso arbitral por lo que no corresponde ser evaluados en esta etapa como daño indemnizable.

La únicas referencias expresas y sustentadas con los medios probatorios pertinentes que el Árbitro Único ha encontrado son los referidos a: (i) los costos financieros en los que habría incurrido "MAZ" para mantener las cartas fianzas y garantías contractuales, solicitadas por la entidad en las Bases y en "El Contrato".



Costos Financieros				
Fecha	Concepto	Entidad	Monto	Comprobante
22/12/2010	Póliza x Adelanto Directo	SECREX	687.87	Factura N° 0058997
27/12/2010	Póliza x Fiel Cumplimiento	SECREX	854.47	Factura N° 0058975
Total			1542.34	



Los montos anteriormente referidos deberán ser reconocidos y reembolsados por el "MDC" a "MAZ".

También se ha ofrecido como medio probatoria la Carta Fianza N° 0011-0113-9800018058-82 expedida por el Banco Continental, y un estado de movimientos de la misma entidad bancaria, sin embargo, el monto consignado en dicho estado de cuenta no evidencia que ese sea el monto cargado por concepto de la emisión y el mantenimiento de la Carta Fianza, por el que en este extremo debe rechazarse el reconocimiento de dicho costo financiero.

Cabe precisar que tampoco se reconoce el costo de oportunidad de la contragarantía solicitada por SECREX; por que no se constituyó garantía líquida contra la emisión de las pólizas de caución, "MAZ" únicamente entregó dos cheques del Banco Continental, por los montos de S/ 13, 715.11 y S/ 6,857.55, según se evidencia de los correos cursados entre ambas empresas, no fueron cobrados, ni depositados en cuenta, por lo que no hubo inmovilización de dinero.

Lucro Cesante: Explica el autor español Antonio Manuel Morales Moreno, en su libro Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante, que este último concepto debe entenderse como "la ganancia que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato, implica un provecho o ventaja que hubiera obtenido en caso de cumplimiento del contrato, y del que se ha visto privado como consecuencia del incumplimiento".

Continúa explicando que la prueba del lucro cesante, es sin duda un problema complejo. La complejidad proviene de que este tipo de daño es, es menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro, un lucro justificado en el contrato, que el acreedor habría llegado a obtener de no haberse producido el incumplimiento. Y la obtención de un lucro futuro tiene siempre ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta futura del acreedor. Aunque estas razones no pueden excluir su indemnización anticipada, explican la cautela de los tribunales en el reconocimiento de esta.⁸

Ya hemos visto como en nuestro en las normas de contrataciones que rige "El Contrato" que vinculaba a las partes, el artículo 44 establece expresamente que "cuando se resuelva el contrato por causas imputables a algunas de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados". Asimismo, hemos revisado como el artículo 209, estipula expresamente que en caso "que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato".

Ahora bien, el Árbitro Único considera y determina que es conforme a derecho que se le reconozca a "MAZ" una indemnización por el lucro cesante que ha dejado de percibir como consecuencia del incumplimiento del "MDC". No obstante, considera que no es de aplicación lo estipulado en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues los supuestos de hecho de este dispositivo normativo resultan aplicables y razonables en el supuesto de una obra que ya ha estado en ejecución, por ello, la norma en cuestión precisa que debe efectuarse un inventario, practicarse una liquidación y hacer el cálculo del lucro cesante sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar. Este no parece ser el caso de la obra sub-litis, en la obra pactada entre "MAZ" y el "MDC" no hubo ejecución alguna, no se ha acreditado que hayan sido movilizadas bienes, materiales, maquinarias y personal para la ejecución de la obra, por ello es que no se ha efectuado inventario y liquidación alguna, porque el contratista no dio inició a labor vinculada con la ejecución de la obra en sí.

En ese orden de ideas, y estando a que "MAZ" no ha precisado cual era la utilidad que tenía prevista obtener con la ejecución de la obra, el Arbitro Único, considera que corresponde la aplicación supletoria de lo estipulado en el artículo 1332 del Código Civil, que estipula que: *si el resarcimiento no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*. Por lo que determina que la entidad reconozca a favor de "MAZ" el cinco por ciento (5%) del valor de la obra no ejecutada, como consecuencia de los hechos imputables al "MDC", siendo dicho monto cuantificado en la suma de S/ 11,429.26 (Once Mil Cuatrocientos Veintinueve y 26/100 Nuevos Soles)

⁸ MORALES MORENO Antonio Manuel. *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*. Editorial Aranzadi - Thomson Reuters. Navarra, 2010, p 25 y 31.

Con respecto a los Gastos Arbitrales y los costos del proceso arbitral:

Con fecha 20 de diciembre de 2011, el "MDC" cancela los gastos arbitrales por el monto de S/ 4,720.00 Nuevos Soles, por concepto de Honorario del Árbitro Único, asimismo, cancela el monto de S/ 2,360.00 Nuevos Soles incluido IGV, por concepto de Honorario de la Secretaria Arbitral.

Con fecha 12 de diciembre de 2011, "MAZ" cancela los gastos arbitrales por el monto de S/ 4,720.00 Nuevos Soles, por concepto de Honorario del Árbitro Único, asimismo, cancela el monto de S/ 2,360.00 Nuevos Soles incluido IGV por concepto de Honorarios de la Secretaria Arbitral.

El Árbitro Único deja constancia que ambas partes pagaron los gastos arbitrales dentro del plazo estipulado en el Acta de Instalación de fecha 29 de noviembre de 2011.

Respecto a este punto y conforme lo establece el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 1071 "Ley de Arbitraje", a falta de acuerdo expreso entre las partes en el convenio arbitral respecto a los costos del proceso arbitral, el Árbitro Único determina que estando a que la controversia ha sido generada por un hecho directamente imputable al "MDC", sea dicha entidad la que asuma la totalidad de los gastos arbitrales, por lo que deberá reembolsar previa liquidación en su debida oportunidad los gastos arbitrales efectuados por "MAZ", como son los honorarios del Árbitro Único, los honorarios de la Secretaria Arbitral, gastos de abogados para el patrocinio del proceso arbitral y demás gastos que se demuestren estén directamente vinculados al presente proceso, y todos aquellos gastos comprendidos en el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071.

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **NULA** la Resolución Administrativa N° 009-2011-OA-SG/MC, mediante la cual el "MDC" adopta la decisión de resolver el Contrato N° 084-2010-SG/MC, por la causal de caso fortuito o fuerza mayor, como consecuencia de la falta de disponibilidad presupuestaria para el ejercicio fiscal 2011, para la ejecución del mencionado contrato.

SEGUNDO: Declarar como válida y eficaz la decisión de "MAZ" de resolver el Contrato N° 084-2010-SG/MC, por la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones por parte del "MDC".

TERCERO: Declarar **FUNDADA** parcialmente la pretensión indemnizatoria de "MAZ", rechazando la pretensión indemnizatoria de "MAZ", en el sentido que el "MDC" cumpla con pagarle la suma de 142,326.32 (Ciento Cuarenta y Dos Mil Trecientos Veintiséis con 32/100 nuevos soles) y **ORDENAR** al "MDC":

Cumpla con pagar la suma de S/ 1,542.34 (Mil Quinientos Cuarenta y Dos y 34/100 Nuevos Soles) derivados de los costos financieros incurridos por "MAZ" por el proceder del "MDC", por concepto de indemnización de daño emergente.

Cumpla con pagar la suma de S/ 11,429.26 (Once Mil Cuatrocientos Veintinueve y 26/100 Nuevos Soles) por concepto de lucro cesante.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, se **ORDENA** que la "MDC", asuma la totalidad de los costos del proceso arbitral, por lo que deberá reembolsar, los gastos arbitrales efectuados por "MAZ", como son los honorarios del Árbitro Único, honorarios de la Secretaria Arbitral, gastos de abogado para el patrocinio del proceso arbitral y demás gastos vinculados al presente proceso comprendidos en el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071.



FERNANDO CAPUÑAY CHAFLOQUE
Árbitro Único



C&C ABOGADOS S..A.C.

STEFANI SOLEDAD FERNANDEZ SAAVEDRA
Secretaria Ad-Hoc