

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DR. CÉSAR AUGUSTO BENAVENTE LEIGH

ÁRBITRO ÚNICO

Demandante:

CONSORCIO JESÚS MARÍA

(En adelante el CONSORCIO o el DEMANDANTE)

Demandado:

FONDO DE SALUD DEL PERSONAL

DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI

(En adelante FOSPOLI o el DEMANDADO)

Lima, 20 de febrero de 2013

VISTOS

Antecedentes relacionados con el presente proceso arbitral, la designación del Árbitro Único, la Audiencia de Instalación y la Determinación de los Puntos Controvertidos

1. El 11 de octubre de 2010 el CONSORCIO JESÚS MARÍA y el FOSPOLI suscribieron el Contrato N° 191-2010-DG-PNP-FOSPOLI "Contrato de Ejecución de Obra de mejoramiento del servicio de lavandería del Hospital Nacional PNP "Luis N. Sáenz" (en adelante el Contrato), el cual contiene, en su cláusula décimo octava, el convenio arbitral.

2. El 22 de febrero de 2012, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se llevó a cabo la Audiencia de Instalación.

El plazo para emitir el presente laudo

3. Mediante Resolución N° 19, el Árbitro Único fijó en veinte (20) días hábiles el plazo para laudar, el mismo que fue ampliado en quince (15) días hábiles adicionales, vía Resolución N° 20.

Demanda del CONSORCIO: Petitorio

4. En su demanda, presentada el 13 de abril de 2012, el CONSORCIO pide lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se confirme la validez de la CARTA NOTARIAL N° 136993 de fecha 11-08-11, donde el Consorcio Jesús María resolvió en forma parcial el contrato suscrito con el FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI para que pague la suma de S/. 4,057.24, por concepto del cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que ha dejado de ejecutar nuestro consorcio, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI para que devuelva la suma de S/. 32,465.26, por concepto de devolución de retención de garantía efectuados en los pagos de las Valorizaciones N° 01 y 03, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI para que pague la suma de S/. 21,909.61 por concepto del saldo por valorizar de obra realmente ejecutada por nuestro consorcio (VALORIZACIÓN N° 5) más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI para que pague la suma de S/. 54,648.58 por concepto de adicionales de obras realizados en forma satisfactoria por nuestro consorcio, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se ordene al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI para que pague la suma de S/. 20,881.99, por concepto de costas, costos, gastos administrativos, que ha tenido que asumir nuestro

consorcio a consecuencia del presente proceso arbitral.

Demanda del CONSORCIO: Resumen de Fundamentos

5. El CONSORCIO sustenta su demanda en los siguientes fundamentos:

Respecto de la primera y segunda pretensiones principales

- a. Que, mediante la Carta Notarial N° 135677 de fecha 14-06-11, el Consorcio comunica la paralización de la obra por incumplimiento de contrato al FOSPOLI, ya que el supervisor de obra suspendió sus labores desde el día 05-03-11, hasta que se le regularice su contrato.
- b. Que, al no encontrarse en obra el supervisor de obra, la aprobación de valorizaciones era imposible, por lo que se le otorgó al FOSPOLI un plazo de 15 días para que solucione dicho problema, bajo apercibimiento de resolución del contrato.
- c. Que, mediante la Carta Notarial N° 136993, de fecha 11 de agosto de 2011, el Consorcio procede a la resolución del contrato, ya que el FOSPOLI no había cumplido con sus obligaciones contractuales.
- d. Que, con fecha 25 de agosto de 2011 la resolución de contrato quedó consentida.

- e. Que, el monto de S/. 4,057.24, por concepto del cincuenta por ciento (50%) de utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se ha dejado de ejecutar está reconocido por en el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Respecto de la tercera pretensión principal

- f. Que, el FOSPOLI debe proceder a la devolución de la suma de S/. 32,465.26 retenidos en garantía por los pagos efectuados de las Valorizaciones N° 01 y 03, ya que el contrato ha sido resuelto y dicha resolución ha quedado consentida.

Respecto de la cuarta pretensión principal

- g. Que, el FOSPOLI debe pagar la suma de S/. 21,909.61 por concepto de saldo por valorizar de obra realmente ejecutada (VALORIZACIÓN N° 5), la cual, debido a la no presencia del supervisor de obra, no ha podido ser valorizada en su oportunidad.

Respecto de la quinta pretensión principal

- h. Que, el Consorcio ha realizado adicionales de obra para la culminación satisfactoria del FOSPOLI por el monto total de S/. 54,648.58

Respecto de la sexta pretensión principal

- i. Que, el Consorcio, como consecuencia del inicio del presente proceso arbitral se ha visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales de asesoría y consultoría externa especializada del estudio jurídico De La Torre Pérez, Franco & Dromi Abogados S.A.C., los mismos que deberán ser asumidos por la parte demandada.
- j. Que, asimismo, el consorcio ha cumplido con el pago del 100% de los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral, los cuales deberán ser asumidos por el demandado.

Contestación de la Demanda por parte de la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de la Policía Nacional del Perú: Resumen de Fundamentos

- 6. Por su parte, la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de la Policía Nacional del Perú contesta la demanda presentada por el CONSORCIO JESÚS MARÍA, sobre la base de los siguientes fundamentos:

Respecto de la primera pretensión principal

- a. Que, previo a la presentación de su oferta, los oferentes deberán haber tomado conocimiento de los servicios requeridos y requisitos de contratación contenidos en las bases y sus anexos.

- b. Que, el contrato es de suma alzada y debe ser ejecutado según los términos de referencia del servicio a contratar.
- c. Que, la causal invocada por el contratista no se encuentra contemplada ni en las bases ni en el contrato, por lo cual no puede pretender resolver el contrato sin dicha especificación.
- d. Que, la falta de contrato del supervisor de obra no es causal de resolución del contrato, pues no se encuentra expresamente señalada en el contrato.
- e. Que, si bien pudo existir un problema con el supervisor de obra, dicha situación sólo ocasionaría una paralización de la obra, más no la suspensión permanente y/o resolución del contrato, pues al no estar contemplada en el contrato esta no es aplicable.
- f. Que, las cartas notariales enviadas no se encuentran sujetas a la normatividad vigente, puesto que si bien en la carta N° 135677 establecen la presunta causal y disponen la paralización de la obra, otorgando un plazo de quince días naturales para resolver el problema existente, precisándose que vencido dicho plazo se procederá a la resolución del contrato, no están de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 168° del Reglamento.
- g. Que, asimismo, la carta notarial N° 136993 de fecha 11 de agosto, al no ser una causal de resolución dicha causal, sólo debió proceder a la

suspensión y/o paralización de la obra hasta la subsanación respectiva.

- h. Que, al contener las citadas cartas elementos carentes de veracidad, así como no estar establecida la supuesta falta del contrato del supervisor como una causal de resolución de contrato, las mismas no tienen validez legal alguna.
- i. Que, se debe tener presente que sí existió un supervisor de obra. Si bien es cierto que pudo existir algún inconveniente con el supervisor de obra, este era un tema de la propia entidad, situación que sólo podía generar la suspensión o paralización de la obra hasta la reincorporación del mismo y/o designación de otro mediante un proceso de menor cuantía, como establece la ley, no siendo la citada situación una causal de resolución de contrato, puesto que dicha resolución sólo debe operar en última ratio, cuando haya una imposibilidad de continuar con el cumplimiento de la obligación.

Respecto de la segunda pretensión principal

- j. Que, al no ser válida la resolución del contrato, el reconocimiento del 50% de la utilidad prevista carece de eficacia alguna.

Respeto de la tercera pretensión principal

- k. Que, la cláusula octava del contrato señala que la retención del 10% de la garantía será devuelta

al finalizar el contrato, situación que no se ha dado en el caso de autos, puesto que, dado que las causas invocadas para la resolución del contrato no son válidas, el contrato aún no finalizado, no siendo atendible la devolución de dicho importe.

Respecto de la cuarta y quinta pretensiones principales

1. Que, respecto del pago de S/. 21,909.61 por concepto de saldo por valorizar de obra realmente ejecutada, el consorcio no ha acreditado que haya presentado dentro del plazo estipulado dicha valorización, ni mucho menos la entidad ha podido corroborar dicha situación en vista que el contratista tiene en su poder el cuaderno de obra, con lo cual no puede pretender el reconocimiento de la misma, si no ha cumplido con el procedimiento establecido, situación que es similar a la de la quinta pretensión, puesto que al no acreditarse la entrega formal de la misma, no puede pretender su cumplimiento.

Respecto de la sexta pretensión principal

- m. Que, el inicio del proceso arbitral ha sido a solicitud del consorcio, siendo por consiguiente de responsabilidad del mismo sus gastos incurridos.

Los puntos controvertidos en el presente proceso

7. De conformidad con lo estipulado por las partes en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, celebrada el 21 de agosto de 2012, éstos quedaron establecidos de la siguiente forma:

a. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si procede confirmar la validez de la CARTA NOTARIAL N° 136993 de fecha 11-08-11, donde el Consorcio Jesús María resolvió en forma parcial el contrato suscrito con el FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU – FOSPOLI.

b. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU – FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 4,057.24, por concepto del cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se ha dejado de ejecutar, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

c. **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si procede ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU – FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 32,465.26, por concepto de devolución de retención de garantía efectuados en los pagos de las Valorizaciones N°

01 y 03, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

d. **CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si corresponde ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 21,909.61, por concepto del saldo por valorizar de obra realmente ejecutada por el CONSORCIO JESÚS MARÍA (VALORIZACION N°5), más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

e. **QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si procede ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 54,648.58, por concepto de adicionales de obras realizados en forma satisfactoria por el CONSORCIO JESÚS MARÍA, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

f. **SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:** Determinar si corresponde ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 20,881.99, por concepto costas, costos, gastos administrativos, que ha tenido que asumir a consecuencia del presente proceso arbitral.

8. En la misma Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, celebrada el 25 de enero de 2010, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes en sus escritos de demanda y contestación de la demanda.
9. Tomando en cuenta los antecedentes descritos en el capítulo Vistos del presente laudo, y

CONSIDERANDO

Cuestiones Preliminares

10. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
 - Que el Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
 - Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
 - Que el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
 - Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda según ha sido explicado anteriormente.
 - Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Tribunal Arbitral.

- Que de conformidad con el numeral 11 del Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso se hubiera incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley de Contrataciones del Estado o de su Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- Que, el Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que su criterio tuviere respecto de la controversia materia de análisis.
- Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si procede confirmar la validez de la CARTA NOTARIAL N° 136993 de fecha 11-08-11, donde el Consorcio Jesús María resolvió en forma parcial el contrato suscrito con el FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI

11. Que, la CARTA NOTARIAL N° 136993 de fecha 10 de agosto de 2011 comunica la decisión del CONSORCIO JESÚS MARÍA de resolver el contrato.
12. Que, de acuerdo con lo establecido en el inciso c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado¹ y en el último párrafo del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el contratista podrá solicitar la resolución del contrato en los casos en que se cumplan los siguientes requisitos:
 - Que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, contempladas en las Bases o en el Contrato.
 - Que se le haya requerido a la Entidad el cumplimiento de dichas obligaciones esenciales, conforme el procedimiento establecido en el artículo 169° del mismo Reglamento.
13. Que, del análisis del contenido de la CARTA NOTARIAL N° 136993 de fecha 10 de agosto de 2011, tenemos que el CONSORCIO JESÚS MARÍA señala que la obligación esencial que la Entidad

¹ Artículo 40.- Cláusulas 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.** (El resaltado es nuestro)

incumplió es la de no tener contratado de forma permanente a un supervisor de obra.

14. Que, en el numeral 6 de los FUNDAMENTOS DE HECHO de la contestación de demanda, se señala lo siguiente: *“Así, en este orden de ideas se puede apreciar que si bien pudo existir un problema con el supervisor de obra, (...)”*.
15. Que, asimismo, en el numeral 12 de los FUNDAMENTOS DE HECHO de la contestación de demanda, se señala lo siguiente: *“Si bien pudo existir algún inconveniente con el supervisor de obra, (...)”*.
16. Que, en la Carta Notarial N° 135677, de fecha 13 de junio de 2011, se dice lo siguiente:

*Nuestro Consorcio ha tomado la decisión de paralizar la Obra de la Referencia, esto en razón de que, desde el 05 de marzo de 2011, fecha de la última reunión, donde en coordinación con el Ing. Supervisor Luis Enrique Espinola Carranza conjuntamente con el Residente de la Obra, el Ing. Freddy Granda Musto, donde el Supervisor suspendía sus labores hasta que el FOSPOLI regularice su situación contractual, porque a esa fecha, según este profesional, **no tenía Contrato de Supervisión firmado con vuestra Entidad.** (El resaltado es nuestro)*

17. Que, asimismo, el demandado no ha presentado una copia del contrato del supervisor que acredite que este profesional contaba con contrato vigente a la fecha en que se paralizó la obra.
18. Que, respecto a que la obligación de contar con un supervisor de obra de manera permanente no se contempla ni en las Bases ni en el Contrato, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato se regula por la normas contenidas en el Título III “Ejecución Contractual” del Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado, razón por la cual, las obligaciones que allí se le imponen a la Entidad, como lo es la obligación esencial de contar con un supervisor de obra permanentemente, se consideran como parte del contrato.

19. Que, así las cosas, el Árbitro Único tiene la convicción de que existió un problema con el contrato del supervisor de obra, el cual hizo imposible que este pudiera cumplir con su labor de forma permanente. Además, el Árbitro Único considera que el problema con el contrato del supervisor de obra es injustificado, en tanto el demandado no ha alegado ni mucho menos acreditado justificación alguna. Esto tiene mayor sentido al analizar el contenido del contrato, en donde se advierte que no existe mayor detalle de las obligaciones de ambas partes, sino solamente referencias a los respectivos artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
20. Que, por otro lado, es claro que la contratación de un supervisor de obra es una obligación esencial de la Entidad, en tanto lo señala el artículo 47° de la Ley de Contrataciones del Estado² y el artículo 190° de su Reglamento:

Artículo 190.- Inspector o Supervisor de Obras
Toda obra contará de modo permanente y
directo con un inspector o con un supervisor,
quedando prohibida la existencia de ambos en una
misma obra.

El inspector será un profesional, funcionario o
servidor de la Entidad, expresamente designado por
*ésta, mientras que **el supervisor será una persona***
natural o jurídica especialmente contratada
para dicho fin. (...) (El resaltado es nuestro).

² Artículo 47.- Supervisión

La Entidad supervisará, directamente o a través de terceros, todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias.

En virtud de ese derecho de supervisión, la Entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.

El hecho que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

21. Que, el artículo 193° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado nos indica las funciones del supervisor:

Artículo 193.- Funciones del Inspector o Supervisor

La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

*El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función **controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista** según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia. (...)* (El resaltado es nuestro)

22. Que, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones que realiza el supervisor, el Árbitro Único tiene la convicción de que la obligación de la Entidad de contratar un supervisor de obra que realice sus funciones de modo permanente y directo, constituye una obligación de tipo esencial, en razón de la importancia de la labor que desempeña, la cual es certificar que los fines para los cuales contrató la Entidad se cumplan, asegurándose que el contratista realice su labor de acuerdo con las especificaciones técnicas previstas.
23. Que, en conclusión, el Árbitro Único tiene la certeza de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO JESÚS MARÍA cuenta con sustento jurídico, en tanto la Entidad incumplió injustificadamente su obligación esenciales de contar a un

supervisor de obra que realice sus funciones de modo permanente y directo.

24. Que, ahora bien, corresponde examinar si el CONSORCIO JESÚS MARÍA cumplió con seguir el procedimiento previsto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para la resolución contractual, el cual señala que:

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

*Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, **pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras.** Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (El resaltado es nuestro)*

25. Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo citado, para que la resolución contractual sea válida, se le debe requerir previamente a la parte que está en falta, vía notarial, el cumplimiento de la obligación esencial que incumple de manera injustificada, otorgándole, en el caso de obras, un plazo de quince (15) días para que las cumpla.
26. Que, en el presente caso, el CONSORCIO JESÚS MARÍA envió a la Entidad la Carta Notarial N° 135677, de fecha 13 de junio de 2011, en la cual le requiere el cumplimiento de su obligación, otorgándole para ello un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

27. Que, en este sentido, el Árbitro Único tiene la certeza de que el CONSORCIO JESÚS MARÍA cumplió con los requisitos de fondo y de forma requeridos para resolver el contrato, razón por la cual la resolución contractual, efectuada mediante Carta Notarial N° 136993 de fecha 10 de agosto de 2011, es válida.
28. Que, asimismo, el Árbitro Único debe señalar que cual la resolución contractual, efectuada por el CONSORCIO JESÚS MARÍA mediante Carta Notarial N° 136993 de fecha 10 de agosto de 2011, quedó consentida, pues transcurrió el plazo de quince (15) días, establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado³, sin que el FOSPOLI la cuestione vía arbitraje.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 4,057.24, por concepto del cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se ha dejado de ejecutar, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

29. Que, habiéndose determinado la validez de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO JESÚS MARÍA, la cual además, ha quedado consentida, es de aplicación lo señalado en el quinto párrafo del artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

³ Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución.

Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida. (El resaltado es nuestro)

*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. (El resaltado es nuestro)*

30. Que, en este sentido, y de acuerdo con la norma citada, corresponde al FOSPOLI pagarle al contratista, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que no se llegó a ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta el 11 de agosto de 2011.
31. Que, en lo referido al monto de la indemnización, este deberá ser determinado en la liquidación que se practique.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si procede ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 32,465.26, por concepto de devolución de retención de garantía efectuados en los pagos de las Valorizaciones N° 01 y 03, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago

32. Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado⁴ y en el artículo 155° de su

⁴ Artículo 39.- Garantías

Las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus modalidades, montos y condiciones serán regulados en el Reglamento. Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago.

Reglamento⁵, se podrá retener como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, con cargo a ser devuelto a la finalización del contrato.

33. Que, el artículo 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁶ determina que la finalización del contrato de obra se da luego de haber quedado consentida la liquidación.
34. Que, asimismo, según lo establece el artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁷, la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente, en el caso de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad. En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio sólo será procedente cuando:

- a) Por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública;
b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,
c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, dará lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años. (El resaltado es nuestro)

⁵ Artículo 155.- Requisitos de las garantías

Las garantías que acepten las entidades conforme al artículo 39° de la Ley sólo podrán ser efectuadas por empresas bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Para tal fin, en las bases del proceso de selección, la entidad establece el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado.

Alternativamente, en caso de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, así como en los contratos de consultoría y ejecución de obras, las micro y pequeñas empresas podrán optar que, como garantía de fiel cumplimiento, la Entidad retenga el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 39° de la Ley.

Para estos efectos, la retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

Las Entidades están obligadas a aceptar las garantías que se hubieren emitido conforme a lo dispuesto en los párrafos precedentes, bajo responsabilidad.

Aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada en el plazo establecido en el artículo 39° de la Ley, serán sancionadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Las garantías sólo se harán efectivas por el motivo garantizado. (El resaltado es nuestro)

⁶ Artículo 212.- Efectos de la liquidación

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso. (El resaltado es nuestro)

⁷ Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras. (El resaltado es nuestro)

35. Que, en este orden de ideas, no corresponde al Árbitro Único pronunciarse en este momento respecto de la procedencia de la devolución de los montos retenidos como garantía de fiel cumplimiento, correspondiendo hacer dicha evaluación al momento de elaborar la liquidación de la obra.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 21,909.61, por concepto del saldo por valorizar de obra realmente ejecutada por el CONSORCIO JESÚS MARÍA (VALORIZACION N°5), más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago

36. Que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁸, las valorizaciones son elaboradas por el supervisor y el contratista. Además, deben ser aprobadas por el supervisor, quien las debe remitir a la Entidad para su tramitación y pago
37. Que, en el presente caso el CONSORCIO JESÚS MARÍA resolvió el contrato justamente porque no el supervisor no ejercía sus labores de forma permanente por tener problemas con su contrato, lo cual

⁸ Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

(...)

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará.

El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

le impedía cumplir su obligación de aprobar las valorizaciones y remitirlas a la Entidad.

38. Que, el no contar con un supervisor que tramite las valorizaciones, nos encontrarnos ante un supuesto de hecho no previsto normativamente, por lo que el Árbitro Único considera que es de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo artículo 199° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. (...)

39. Que, en este orden de ideas, el Árbitro Único tiene la convicción de que la aprobación de la Valorización N° 5, así como su cuantificación, debe resolverse en la liquidación de la obra.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si procede ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 54,648.58, por concepto de adicionales de obras realizados en forma satisfactoria por el CONSORCIO JESÚS MARÍA, más el pago de intereses legales calculados a la fecha en que se haga efectivo dicho pago.

40. Que, el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado⁹ y el artículo 207° de su Reglamento¹⁰ establecen que de manera

⁹ Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones
Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.
Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.
(...)

excepcional y previa sustentación del área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original. Esta orden de la Entidad deberá constar en una resolución de su titular.

41. Que, en el presente caso, el CONSORCIO JESÚS MARÍA no ha acreditado contar con una resolución del titular del FOSPOLI que le apruebe la ejecución de las prestaciones adicionales que reclama.
42. Que, asimismo, se debe tener en cuenta que la aprobación de adicionales no es materia arbitrable, de acuerdo con lo señalado en el sexto párrafo del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU - FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de S/. 20,881.99, por concepto costas, costos, gastos administrativos, que ha tenido que asumir a consecuencia del presente proceso arbitral

43. Que, el Árbitro Único, considera que no hay mérito para condenar a ninguna de las dos partes para que asuma el íntegro de los

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje.

Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. (El resaltado es nuestro)

¹⁰ Artículo 207.- Obras adicionales menores al quince por ciento (15%)

Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original.

(...)

costos que ha generado el presente proceso arbitral, razón por la cual, cada una de las partes deberá asumirlos en partes iguales.

44. Que, en tal sentido, y dado que el CONSORCIO JESÚS MARÍA se ha visto obligado a pagar no sólo el porcentaje que le correspondía asumir de los honorarios arbitrales y del secretario arbitral, sino que también ha asumido el pago de la parte que le correspondía al FOSPOLI, le corresponde a esta Entidad pagarle dicho monto, el cual asciende a la suma de S/. 6,650.00 (Seis Mil Seiscientos Cincuenta con 00/100 Nuevos Soles)

Honorarios Definitivos

En atención al numeral 44 del Acta de Instalación el Árbitro Único fija los honorarios definitivos del árbitro y del secretario, los cuales ya han sido debidamente cancelados, en S/. 8,500.00 (Ocho Mil Quinientos Nuevos Soles) y S/. 4,800.00 (Cuatro Mil Ochocientos Nuevos Soles) respectivamente.

RESOLUCIÓN:

El Árbitro Único, en base a las consideraciones expuestas y al análisis conjunto de los medios probatorios, lauda:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal, y en consecuencia, confirmar la validez de la CARTA NOTARIAL N° 136993 de fecha 11-08-11, donde el Consorcio Jesús María resolvió el contrato suscrito con el FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal, y en consecuencia, ordenar al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI que pague al CONSORCIO JESÚS MARÍA la suma de equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se ha dejado de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta el 11 de

agosto de 2011, suma que deberá ser calculada en la liquidación de obra.

TERCERO: Declarar que **NO CORRESPONDE PRONUNCIARSE** respecto de la Tercera Pretensión Principal, pues la devolución de la retención de garantía efectuadas en los pagos de las Valorizaciones N° 01 y 03, recién deberá determinarse en la liquidación de obra.

CUARTO: Declarar que **NO CORRESPONDE PRONUNCIARSE** respecto de la Cuarta Pretensión Principal, pues el pago del saldo por valorizar de obra realmente ejecutada (VALORIZACIÓN N° 5), recién deberá determinarse en la liquidación de obra.

QUINTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Quinta Pretensión Principal.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión Principal, y en consecuencia, cada parte deberá asumir de manera equitativa y proporcional los costos del arbitraje, por lo que se ordena al FONDO DE SALUD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ-FOSPOLI que pague la suma de S/. 6,650.00 (Seis Mil Seiscientos Cincuenta con 00/100 Nuevos Soles) a favor del CONSORCIO JESÚS MARÍA.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo, y que es eficaz desde el día de su notificación.

Firma el presente Laudo, el Árbitro Único, en el lugar y fecha señalados al principio.


César Augusto Benavente Leigh
Árbitro Único