

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por el Máster, abogado y Árbitro Jorge Pedro Morales Morales, de la Universidad Carlos III Madrid de España (en adelante, el “Árbitro”), en la controversia surgida entre CONSULTORÍA & CONSTRUCTORA PACHECO S.R.L., representado por el señor FREDY PACHECO CHAMORRO (en adelante “EL CONTRATISTA”), de una parte y de la otra, el MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE HUANCÁN, representada por el Procurador de la Municipalidad Distrital de Huancán, el señor abogado ZARATE MONGE MIGUEL ANGEL, identificado con Documento Nacional de Identidad Nº 20051788, quien es designado en el cargo mediante Resolución de Alcaldía N° 008A – 2012 – MDH/A, de fecha 09 de enero del 2013 (en adelante, “LA ENTIDAD”).

### Resolución Nº 05

Huancayo, 22 de abril de 2013.

#### I. ANTECEDENTES

##### I.1. CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral está constituido en la Cláusula VIGÉSIMA del Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012- CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA “MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN” -en adelante, “el Contrato”-. En dicha cláusula las partes acuerdan expresamente que:

*“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de*

*ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° y 179° del Reglamento o, en su defecto en le artículo 52° de la Ley".*

## **I.2. SEDE DEL TRIBUNAL**

Las instalaciones de la Corte de Arbitraje, sito en Pasaje Alfaro Nº 100, Distrito de El Tambo, Provincia de Huancayo, Departamento y Región de Junín, República de Perú.

## **I.3. HECHOS DEL CASO**

En el presente acápite se describen los hechos producidos o acontecidos en el presente caso, que van desde los antecedentes del contrato materia de litigio, la ejecución del mismo, hasta las controversias originadas a partir de ello. Estos hechos han sido elaborados teniendo en cuenta los documentos presentados por las partes; así como lo indicado por éstas a lo largo del proceso. Su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los hechos reseñados.

1. Que con fecha 26 de marzo del 2012, se ha reiniciado los trabajos de la Obra "Mejoramiento, Ampliación y Construcción del Sistema de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales del Distrito de Huancán-Huancayo-Junín", en varios tramos tanto en redes de agua potable y alcantarillado sanitario por la modalidad de Administración Directa, prolongándose hasta el 08 de junio del 2012.
2. Con fecha 13 de julio del 2012, se inicia la ejecución de Contrato Nº 013-2012, como resultado de la Adjudicación de Menor Cuantía N°18-2012 CEP/MDH, que corresponde al Servicio de Residente de la obra referida, que fue otorgada la Buena Pro a la empresa **CONSULTORÍA & CONSTRUCTORA PACHECO S.R.L.**, dichos trabajos se ha prolongado hasta el 12 de diciembre del 2012 ya a la fecha continua su ejecución a esta residencia por la Modalidad de Administración Directa.

3. Con fecha 26 de Noviembre del 2012, la residencia de obra comunica a la supervisión a través del cuaderno de obra que la residencia culmina indefectiblemente su contrato el 12 de diciembre del 2012, y que se toma medidas preventivas al respecto.
4. Con fecha 26 de Noviembre del 2012, el Supervisor mediante Carta N° 0073-2012-SANTA EUGENIA/HCAN, comunica a la Municipalidad Distrital de Huancán la situación contractual del residente de obra y que se tome las medidas preventivas para que la obra no se paralice.
5. El 18 de febrero del 2013, la residencia de obra comunica a la Municipalidad Distrital de Huancán, reiterando la situación actual del servicio de residencia de obra y el incumplimiento de los pagos correspondientes a los meses laborados.

#### 1.4. HECHOS DEL PRESENTE ARBITRAJE

En el presente acápite, se describen los hechos del arbitraje, los mismos que van desde la solicitud de arbitraje, pasando por la presentación de los escritos más relevantes, así como las audiencias más importantes, concluyendo con la emisión del presente Laudo.

1. Que, con fecha 04 de marzo de 2013, mediante escrito el Contratista solicita al Señor Abogado Master Jorge Pedro Morales Morales, la aceptación para designarlo como árbitro único, para conocer la controversia surgida con la Municipalidad de Huancán, respecto al **Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012-CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA “MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN”**.
2. Que, con fecha con fecha 04 de marzo de 2013, el contratista presenta la solicitud de arbitraje ante la Municipalidad de Huancán, a fin de llegar a resolver la situación conflictiva generada respecto al **Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012- CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA**

EJECUCIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN"

3. Mediante carta N° 006-2013, del 11 de marzo del 2013, la Municipalidad de Huancán, realiza la aceptación de la designación del árbitro designado por el contratista.
4. mediante carta N° 001-2013-CM&A, del 14 de marzo del 2013 , el Señor Abogado Master Jorge Pedro Morales Morales, indica su aceptación para conocer el caso en calidad de árbitro, respecto a la controversia surgida sobre el **Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012- CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN"** y se cita a las partes a la Instalación del Tribunal arbitral.
5. Que, con fecha 22 de marzo de 2013, mediante Acta, se consigna la Instalación del Arbitraje Unipersonal, sin la asistencia del representante la contratista ni la entidad.
6. Que, con fecha 25 de marzo de 2013, mediante Resolución N° 01, el Árbitro dispone la notificación a las partes del Acta de Instalación del Arbitraje unipersonal, disponiendo que en un plazo máximo de cinco (05) días, el contratista y la entidad puedan proponer alguna precisión o comentario respecto a las reglas establecidas en el acta de instalación.
7. Que, con fecha 01 de abril de 2013, el contratista presenta su demanda arbitral.
8. Que, con fecha 02 de abril de 2013, mediante Resolución N° 02 se dispone la admisión a trámite de la demanda, así como traslado de la misma la Entidad.

9. Que con fecha 04 de abril de 2013, la Municipalidad Distrital de Huancán presenta su escrito de "absolución de traslado y otro".
10. Que con fecha 04 de abril de 2013, mediante resolución N° 03 se procede a admitir el escrito de escrito de contestación de demanda y se cita a las partes a la audiencia de conciliación fijación de puntos controvertidos y saneamiento de pruebas.
11. Que con fecha 11 de abril del 2013, se lleva a cabo la audiencia de Conciliación y puntos controvertidos, si presencia de las partes.
12. Que, con fecha 11 de abril de 2013, mediante resolución N° 04, se procede a notificar a las partes el Acta de Determinación de Puntos Controvertidos, otorgando a las partes un plazo de cinco (05) días para que se proceda a remitir las observaciones que estimen pertinentes.
13. Que, con fecha 16 de abril de 2013, el contratista presenta un documento donde adjunta un documento de transacción extrajudicial, suscrita entre el Procurador de la Municipalidad Distrital de Huancán y **CONSULTORÍA & CONSTRUCTORA PACHECO S.R.L.** del cual las partes han ratificado sus firmas como consta en la constancia de legalización de firma elaborada por el secretario arbitral.

## II. RELACIÓN JURÍDICA VÁLIDA

A la evaluación de las manifestaciones insertas efectuadas por la Entidad y el Contratista, así como el acervo probatorio documental existente y debidamente admitido, otorgan a este Tribunal la certeza que al surgimiento de la controversia suscitada, ha pre existido una relación jurídica válida. La misma se aprecia es creada a la suscripción del **Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012- CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO**

DE HUANCAN" el 12 de julio del 2012, documento de obra en la demanda arbitral en el extremo "ANEXOS", el cual fue presentado por el contratista; documento que de igual manera fue presentado por la entidad en su documento nominado "ABSUELVO TRASLADO Y OTRO". Así como lo manifestado por ambas partes en el desarrollo de las diferentes actuaciones y etapas del presente arbitraje.

### **III. MARCO TEÓRICO**

El Tribunal Arbitral considera importante ensayar un marco teórico de las categorías jurídicas que servirán como base para el análisis de los puntos materia de pronunciamiento, tanto desde el ámbito doctrinal como normativo. Así tenemos:

#### **III.1. ACTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO**

Los orígenes del Acto Jurídico Administrativo se remontan al establecimiento del Estado de Derecho, como consecuencia de la sumisión de la actividad pública a la norma jurídica (B. Castejon y E. Rodríguez: Derecho Administrativo Y Ciencias De La Administración).

Una concepción generalizada aparece luego de la revolución francesa, al consagrarse el principio de legalidad que se confiere a ciertos actos la significación peculiar de los actos administrativos; porque a través de ellos se concretaba o ejecutaba una ley.

Manuel María Diez lo entiende como una declaración de un órgano del poder ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros<sup>1</sup>.

Para finalizar tenemos la definición del doctor Gustavo Bacacorzo, que manifiesta que el

---

<sup>1</sup> Manuel María Diez: El Acto Administrativo, Buenos Aires 1961.

"acto administrativo es la decisión de una autoridad en ejercicio de sus propias funciones, sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas y/o de los administrados respecto de ellos"<sup>2</sup>.

De acuerdo a lo señalado se puede indicar que el acto jurídico administrativo es un documento mediante el cual un órgano del poder ejecutivo se manifiesta de manera unilateral, a través de sus agentes administrativos. Esta manifestación ha de generar efectos jurídicos con relación a terceros.

La normatividad vigente acoge estos conceptos en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, donde indica que el Acto Administrativo constituye una manifestación del poder público que se exterioriza a través de alguna entidad de la administración pública. En ese sentido, posee fuerza vinculante para la administración y para los administrados. A lo cual añade que la motivación del acto administrativo deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto Adoptado<sup>3</sup>, no siendo admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto<sup>4</sup>. El referido cuerpo normativo prescribe que es factible la conservación del acto Administrativo aunque haya incurrido en alguna causal de vicio, cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Gustavo Bacacorzo: Tratado de Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima 2001.

<sup>3</sup> Artículo 6°.- Motivación del Acto Administrativo, Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.-

<sup>4</sup> Artículo 6° Numeral 6.3).- Motivación del Acto Administrativo, Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.-

<sup>5</sup> Artículo 14° Numeral 14.2.4).- Conservación del Acto Administrativo, Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.-

### III.2. AMPLIACIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL

La ampliación del plazo implica sumar más días calendario al número de días que previamente estableció para el cumplimiento de la prestación. De acuerdo con el Artículo 151º del Reglamento el plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o, desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases (cuando se habla de las condiciones establecidas en las Bases también nos estamos refiriendo al contrato de obras). Pues bien, el plazo de ejecución está determinado en las Bases y en el contrato, de lo contrario no habría referencia alguna para ampliarlo; no estamos ante un plazo independiente, sino ante un mismo plazo con más números de días, por cuanto se vincula al cumplimiento de la prestación contratada; ella, la prestación, no varía ni se modifica con el nuevo plazo ampliado.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, indica Sobre la ampliación de plazo contractual, que esta procede por diferentes situaciones entre las cuales se encuentran las motivaciones por casos fortuitos o fuerza mayor. Para lo cual el contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización<sup>6</sup>.

Para que no sea imputable al contratista, los atrasos o paralizaciones deben estar desprovistos de actos culposos o dolosos. Si estamos ante una decisión voluntaria del contratista, que no quiere cumplir con la prestación en forma consciente e intencional, será imputable por dolo; pero si existiera imposibilidad objetiva aparecida, cuya causa deriva de la negligencia del contratista, estaremos ante la culpa de aquel. En consecuencia, siendo tan expresivos los conceptos, concluimos que en estos casos la Entidad presume la culpa o la intención de no cumplir del contratista, cuando no ha cumplido con las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias contenidas en los

---

<sup>6</sup> Art. 174º ReLCE

documentos contractuales a que se refiere el artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Los árbitros que pretenden que la Entidad acredite la culpa o el dolo del contratista están alejados de la naturaleza de los contratos celebrados en el ámbito de la Ley de Contrataciones y su Reglamento. Los documentos de gestión que forman parte del expediente de contratación expresan la posición de la Entidad por lo tanto a quien le compete acreditar su imputabilidad es al contratista; el silencio de la Entidad no existe, lo que falta es la presentación de los documentos de gestión acreditando una determinada posición.

### **III. 3. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

El incumplimiento puede entenderse como la resultante de combinar dos elementos conceptualmente diversos: la materialidad del incumplimiento o falta de cooperación –en amplio sentido- del contratante y la imputación de tal incumplimiento a una de las partes contractuales. Debe precisarse que el término imputación, se emplea aquí no como sinónimo de reproche o atribución subjetiva de responsabilidad, sino simplemente como equivalente al factor o conjunto de factores que permiten que la materialidad de la ausencia de resultado cooperativo en la relación contractual se ponga a cargo de un contratante. Ese factor podrá venir dado, en ocasiones, por un juicio acerca de la conducta del contratante incumplidor, pero podrá también, fundarse sobre bases diversas del juicio sobre la conducta: por ejemplo, en el reparto del riesgo de ciertas contingencias aceptado y asignado, explícita o implícitamente en el contrato, o en criterios –de oportunidad, o de deseabilidad de las previsibles consecuencias en la mayoría de las situaciones- de atribución del riesgo de un cierto evento a la esfera económica y, en definitiva, jurídica, de un contratante.

Imputación, pues, no como recriminación o atribución de culpa, sino como conjunto de criterios de asignación de contingencias a ámbitos o posiciones económicas y jurídicas.

Que se proceden a indicar:

a) **El incumplimiento en sentido material.** En principio, incumplimiento en este plano vendría dado por cualquier falta de realización, realización irregular, defectuosa o incompleta de las conductas (prestaciones, si se prefiere) asumidas contractualmente. En definitiva, cualquier desviación del programa contractual, en las palabras de PANTALEÓN<sup>7</sup>. En este caso es de suma importancia el contrato como elemento referente para demostrar, si existe tal incumplimiento. Por lo tanto el elemento que determina el incumplimiento o no de una relación contractual es el contrato mismo, y no la visión o el criterio externo –no contractual- de las partes, aunque el criterio sea experto o profesional, o incluso tenga algún reflejo normativo. Lo decisivo para determinar si hay o no incumplimiento en sentido material es el contrato. Así, si se encarga un trabajo incompleto, o que por sí solo no podría permitir alcanzar un cierto resultado práctico o económico, no hay incumplimiento si se realiza lo pactado. Además tampoco puede existir incumplimiento si lo entregado no sirve para un cierto fin, o no satisface un estándar de calidad, si no se había especificado en el contrato ni el fin ni la calidad.

En este sentido, el contrato no es tan sólo lo contenido o referido en el marco del texto o documento contractual, sino que comprende, además, el conjunto del entendimiento común de los contratantes, rectamente interpretado, así como lo que resulte de la integración de las lagunas contractuales o la incorporación forzosa de conductas, resultados o estados del mundo, por decisión legal: así, la incorporación de los contenidos publicitarios, factibles, creíbles y aptos a influenciar la conducta contractual de la contraparte contractual:

---

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1720).

Esta técnica de incorporación por voluntad legal es coherente con la interpretación sistemática del nuestro sistema normativo, que lleva la realización de manifestaciones falsas o fraudulentas previas o simultáneas a la celebración del contrato al ámbito del incumplimiento –y no sólo, o no principalmente, al de los vicios de la voluntad.

Incumplimiento no es sólo, ni siquiera primordialmente, lesión de un derecho subjetivo o violación de una norma o de un deber, como sigue siendo en Derecho Alemán a pesar de la modernización de su Derecho de obligaciones en 2002.

De hecho, la visión del incumplimiento como falta de realización o de acaecimiento de sucesos –lo que incluye, por descontado, conductas o comportamientos de toda clase, activos y omisivos, por parte de los contratantes- y no como lesión de derechos subjetivos o vulneración de obligaciones no sólo es más deseable como perspectiva desde la que comprender la entera disciplina del Derecho del Contrato.

Es decir que la noción de incumplimiento en materia de contrataciones del estado requiere como presupuesto material el desajuste de acciones, conductas o estados de la realidad respecto de la previsión contractual, se encuentra en la actualidad reforzada por el principio de conformidad del contrato que recoge el artículo 176º del Reglamento de Contrataciones del Estado.

El carácter interno de la referencia para apreciar el desajuste que exige el incumplimiento en sentido material viene en función de ciertos factores. Una perspectiva externa a las declaraciones e indicaciones de las partes podría entenderse prevalentemente de aplicación:

- (i) En bienes o servicios estándar o de producción, distribución y consumo más o menos masivos, y dirigidos a los mercados<sup>8</sup>
- (ii) En circunstancias en las que la naturaleza y entorno –de toda clase- del contrato, y las fuentes de integración del mismo, los usos y la buena fe, en particular, fundamentan la existencia de obligaciones y deberes adicionales a los pactados, y respecto de los cuales la referencia es o debiera ser objetiva, externa a la intención contractual común. Tal actitud de prudente parsimonia a la hora de imponer criterios externos de enjuiciamiento sobre el sí y el cómo de la realización de la voluntad contractual común debe juzgarse, en principio, coherente con la libertad contractual, y con un razonable presupuesto de racionalidad de los contratantes, al menos cuando se trata de empresas y profesionales<sup>9</sup>.

En cuanto a la –importante y, con frecuencia, decisiva para el resultado de una concreta controversia- verificación del acaecimiento fáctico de la realización inadecuada de la previsión contractual, es necesario determinar hay o no incumplimiento en sentido material.

**b) La imputación del incumplimiento producido a la parte contractual que ha omitido la conducta contractual prevista.** Para que haya incumplimiento relevante a los efectos de desencadenar una de las reacciones jurídicas<sup>10</sup>, no bastaría, con

---

<sup>8</sup> InDret 3/2007 Fernando Gómez

<sup>9</sup> En contratos con consumidores, parece que los sesgos cognitivos y volitivos de los consumidores –de los seres humanos, en realidad, también de los que hacen funcionar las empresas; la diferencia está en el carácter repetido y en los fuertes incentivos al aprendizaje y la superación de los sesgos que el entorno profesional y empresarial genera- pueden ofrecer un mayor espacio a la imposición de conductas basadas en criterios no asumidos por los contratantes y tendentes a superar tales sesgos de los consumidores. La trascendencia de ello para el Derecho de contratos y para la regulación de los mercados de bienes y servicios de consumo no es, sin embargo, pacífica: BAR-GILL y EPSTEIN (2007).

<sup>10</sup> Conviene advertir, sin embargo, que para algunas opiniones doctrinales (CARRASCO PERERA (1989, pp. 397 y ss.); PANTALEÓN PRIETO (1993, p. 1729); VERDERA SERVER (1995, pp. 136 y ss.), como más destacados) no sería necesario ningún criterio de imputación para desencadenar algunos de los remedios jurídicos frente al incumplimiento, bastando la simple materialidad del incumplimiento para provocar tales reacciones en Derecho, señaladamente, para el cumplimiento forzoso de la prestación incumplida. la deseable aproximación a comprensiones del incumplimiento basadas en la eficiencia económica, la tesis (BADOSA, 1987, pp. 263 y ss.). Por lo que se entiende el cumplimiento en forma

carácter general, que fácticamente se produjera la discrepancia de comportamiento o resultado respecto de la determinación realizada en el contrato. Sino además, lo que dentro de la doctrina se denomina incumplimiento en sentido material, pero éste no sería suficiente. Sería precisa, adicionalmente, la concurrencia de un criterio de conducta o de situación que permitiera atribuir las consecuencias del incumplimiento a aquella de las partes a quien correspondía realizar la previsión contractual incumplida. Aquí no estamos ante una apreciación del ajuste o desajuste entre realidad de hechos y previsión contractual. Estamos ante una calificación jurídica de la conducta o la situación del contratante y, en relación con ella.

En el sistema normativo e incluso dentro de la doctrina se reconocen generalmente tres grandes tipos de criterios de imputación del incumplimiento en sentido material a un contratante:

- (i) *El dolo* como forma de imputación del incumplimiento en sentido material basta con que la parte contractual se aparte conscientemente las conductas contractuales que pesaban sobre ella. No hace falta ninguna intención o ánimo especial. Incumplimiento doloso sería, en esta visión, incumplimiento consciente y voluntario, que no precisa de intención especial de causar daño, ni malicia, fraude o mala fe cualificada.

Todo incumplimiento voluntario es doloso y las consecuencias de esta calificación dolosa del incumplimiento no son, al menos en el plano de los efectos jurídico teóricos, baladíes<sup>11</sup>.

---

específica es un remedio reactivo al incumplimiento, y como tal no puede prescindir de un juicio de imputación sobre la conducta o situación del incumplidor.

<sup>11</sup> Es opinión común entre todos los autores que se han ocupado de la cuestión: JORDANO FRAGA (1984, pp. 644-645); CARRASCO PERERA (1989, p. 465); AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (1993, p. 59); LA CRUZ BERDEJO *et alii* (1994, p. 180); DÍEZ-PICAZO (1996, p. 616); QUESADA GONZÁLEZ (2003, p. 29); SALELLS CLIMENT (2007, p. 264)

Es bien cierto, no obstante, que la trascendencia práctica de la caracterización como doloso de un incumplimiento contractual no es grande, si lo son sus consecuencias, lo cierto es que existen argumentos muy sólidos para reservar la calificación de incumplimiento doloso, y entre estos elementos debemos señalar a los incumplimientos que sean producto del ánimo fraudulento, de la intención antijurídica de causar daño al otro contratante, o del comportamiento puramente oportunista de quien no ha tenido, desde el mismo momento de contratar, intención de hacer honor a los compromisos contractuales. La simple conciencia y voluntariedad presentes en la conducta constitutiva de un incumplimiento contractual no reúne los requisitos que hacen a un incumplimiento merecedor de un trato diferente al que recibe un incumplimiento nada más culpable o negligente por parte de un contratante<sup>12</sup>

(ii) **Culpa o negligencia:** para esta forma de imputación basta con que la parte contractual incumplidora no haya ajustado su comportamiento, previo o simultáneo a las conductas contractuales, a las medidas de cuidado, precaución, atención o desenvolvimiento que son exigidas por el contrato y/o las normas imperativas o dispositivas aplicables, los usos y la buena fe<sup>13</sup>.

(iii) **Responsabilidad objetiva:** aun sin culpa, el incumplimiento le es imputable a la parte contractual si existe alguna conexión relevante entre el incumplimiento y el sujeto.

---

<sup>12</sup> Existen numerosos y poderosos argumentos de carácter histórico, dogmático y económico que abonan esta restricción de la noción de incumplimiento doloso. Se encuentran detalladamente expuestos en GÓMEZ POMAR (2002, pp. 197 y ss.). Apoyado en argumentos dogmáticos y en las implicaciones que la calificación como doloso tiene para la responsabilidad del deudor incumplidor, que se traducen esencialmente en la agravación de una responsabilidad que, en caso de no calificarse así, sigue pesando sobre el deudor, LUIS DÍEZ-PICAZO (1996, pp. 611-612) sostiene que es necesario un plus de reproche sobre la conducta del incumplidor añadido a la mera conciencia y voluntariedad del comportamiento constitutivo de incumplimiento (ánimo de enriquecimiento ilícito, *animus nocendi*, etc.).

<sup>13</sup> Sobre la equiparación del dolo a la culpa grave en contratos entre empresas, recientemente, SALELLS CLIMENT (2007, pp. 268 y ss.).

### III.4. PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS

La definición que la doctrina nos brinda en torno a la naturaleza de la Teoría de los Actos Propios no es unánime. Para algunos, se trata de un principio de Derecho, para otros, es una regla de Derecho derivada del principio de la Buena Fe.<sup>1</sup> Muchas veces se suelen utilizar distintos términos en forma indiscriminada sin reparar en las distintas acepciones que éstos pueden tener. Así, quienes han recurrido a la Teoría de los Actos Propios para su aplicación o no, la han denominado doctrina, principio de Derecho, regla, teoría, brocado, máxima, aforismo, etc.

Sin embargo, para nosotros resulta claro que la Teoría de los Actos Propios es una regla de Derecho y no puede ser considerada como un principio general de Derecho, en la medida de que su aplicación no es universal, mayoritaria y sin excepciones. Esta precisión es importante, en razón de que suele suceder que en los tribunales de justicia, las partes hacen un uso indiscriminado de la Teoría de los Actos Propios, sin siquiera conocer el contenido y los alcances de dicha teoría.

La doctrina de los actos propios, cuyo linaje se remonta al menos hasta la glosa, es una respuesta judicial a problemas concretos y acuciantes; y al ser una respuesta jurisprudencial y doctrinal y no legislativa, ella ha sido desarrollada gradualmente.

Se trata de una idea simple: *nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.*

Es una respuesta jurisprudencial creada *solvitur ambulando* (solucionando sobre la marcha), y constituye una derivación inmediata y directa del principio de la buena fe. Lo concreto es que la buena fe no consiente el cambio de actitud en perjuicio de terceros, cuando la conducta anterior ha generado en ellos expectativas de comportamiento futuro.

Con diferentes fórmulas, en infinidad de pronunciamientos se ha dejado constancia de su relación directa e inescindible o de su correspondencia con la buena fe<sup>1</sup>, especificándose en algunos decisorios españoles que "constituye un principio de la teoría general del derecho la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa como una exigencia de la buena fe"<sup>2</sup>; además de ello, prácticamente la totalidad de los doctrinarios

ven la prohibición de marchar contra comportamientos anteriores como una derivación directa de la buena fe<sup>3</sup>.

Pero para conocer mejor la idea y su formulación es menester transcribir un fallo del Tribunal Supremo de España que declaró:

“La regla general según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la confianza que el acto o conducta suscita objetivamente en otra o en otras. El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, ni se trata de ver una manifestación del valor de una declaración de voluntad negocial manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe<sup>4</sup>.

De tal modo, la relación directa que une la doctrina de los actos propios con el principio general de la buena fe no se discute y, en consecuencia, la veda del comportamiento incoherente o voluble y encuentra fundamento suficiente en la norma de cada ordenamiento que recepta el principio general de la buena fe, como el artículo 1198 del Código Civil argentino o el artículo 83 de la Constitución colombiana.

Pero aun en aquellos códigos civiles en que este principio no estuviera expresamente receptado, el mismo campea a lo largo de todo el ordenamiento jurídico como el gran principio general del derecho.

Se ha definido a esta herramienta expresando que “La doctrina de los actos propios es un principio general del derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente” <sup>5</sup>.

La regla *venire contra factum proprium nulla conceditur* se basa en la inadmisibilidad de que un litigante o contratante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior<sup>6</sup>.

En galanas palabras de prestigiosos autores, [...] la doctrina del acto propio importa una limitación o restricción al ejercicio de una pretensión. Se trata de un impedimento de “hacer valer el derecho que en otro caso podría ejercitarse”. Lo obstáculo se apoya en la ilicitud material —se infringe el principio de buena fe— de la conducta ulterior en contradicción con la que le precede. Y se trata de un supuesto de ilicitud material que

reposa en el hecho de que la conducta incoherente contraría el ordenamiento jurídico, considerado éste inescindiblemente.

Pero ¿en qué consiste esencialmente la doctrina de los actos propios? Y ¿cuál es su función? No se requiere de grandes dotes jurídicas para comprender cabalmente que un litigante o un contratante que manifiesta a un contradictor o contratante —expresamente o por hechos concluyentes suyos— que no va a hacer uso o que va a actuar de determinada forma, no puede luego sin desmedro del principio general de la buena fe adoptar una postura contrapuesta a la que había explicitado anteriormente.

En palabras magistrales de uno de los mejores jueces que recuerde la historia argentina, el maestro Adolfo Plíner:

[...] el proceso judicial no es un juego en que cada cual puede cambiar de campo según las circunstancias. Cada litigante debe ser leal y consecuente con su fortuna y con el lugar que ocupa en la contienda [...] Nadie puede volver sobre sus propios actos sin obrar de mala fe [...] Estos preceptos no escritos de nuestro derecho de fondo son[,] sin embargo, el sustrato de la juridicidad moderna luego del fracaso del riguroso positivismo jurídico que reinó en el siglo pasado. Si bien derecho y moralidad tienen campos propios y distintos, no puede concebirse un derecho aplicable por los jueces contrario a la moral, ni una norma jurídica que no contenga un "mínimo de moral" como solía decirse durante los primeros embates contra la rigidez del positivismo<sup>8</sup>.

La doctrina de los actos propios prohíbe así la sorpresa, la volubilidad en el actuar y la emboscada, preservando el ámbito del litigio judicial, pero también el de las relaciones contractuales de los cambios bruscos de conducta, sean estos culposos o malintencionados.

Se ha resuelto que la doctrina de los propios actos importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, por la cual se impide el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, pues no es posible permitir que se asuman pautas que suscitan expectativas y luego se autocontradigan al efectuar un reclamo judicial.

#### **IV. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

A mérito del artículo 50º de la Ley N° 1071, Ley que norma el arbitraje, en vista de la documentación que ha sido presentada por **CONSULTORÍA & CONSTRUCTORA PACHECO S.R.L.** de fecha 16 de abril de 2013, el cual ha sido ratificado, mediante la certificación de firmas ante el secretario arbitral, el cual versa respecto a la controversia que se viene conociendo este Tribunal Arbitral referente a la ejecución del **Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012- CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN"**, suscrito el 13 de julio del 2012, por las Municipalidad Distrital de Huancán y la Consultoría & Constructora Pacheco de fecha 16 de abril de 2013.

Donde se señala lo siguiente de acuerdo a los puntos controvertidos:

##### **1. PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Determinar si corresponde o no, se declare procedente la ampliación de plazo para la ejecución de obra por 190 días calendarios siendo la fecha de culminación de obra el 30 de abril del 2013.

##### **Posición de la entidad:**

El plazo máximo para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES, DEL DISTRITO DE HUANCÁN, es el 30 de abril del 2013, por lo que la obra se debe concluir en ese tiempo.

Que, existiendo una ampliación de plazo de 190 días para la ejecución de la obra cuyo nuevo plazo contractual vence el 30 de abril del 2013, este es sustentado por la residencia y supervisión de obras aprobado por la Municipalidad Distrital de Huancan, dando origen a algunos derechos a la empresa consultora los mismos que se asumirán previo proceso arbitral.

##### **Posición del contratista:**

Con fecha 26 de Noviembre del 2012, el Supervisor mediante Carta N° 0073-2012-SANTA EUGENIA/HCAN, comunica a la Municipalidad Distrital de Huancan la situación contractual del residente de obra y que se tome las medidas preventivas para que la obra no se paralice.

La Residencia de Obra a través del cuaderno principal de obra ha asentado como antecedentes de retraso de obra los distintos inconvenientes como es el caso de desabastecimiento de materiales diversos (área de abastecimientos), obras adicionales, mayores metrados (no contempla en el Expediente Técnico), falto de mano de obra calificada y retraso en la ejecución a causa de lluvias que se encuentran detalladas en los informes mensuales de valorización.

Estos antecedentes han generado solicitar la ampliación de plazo por 190 días calendarios, es decir que la nueva fecha para la culminación sería el día 30 de Abril del 2013; documentos que fueron tramitados en su oportunidad teniendo a la fecha la Resolución de Ampliación de plazo.

Es más mediante una declaración administrativa la municipalidad procedió a dar la aprobación de la ampliación de plazo contractual, lo cual genera la adquisición de derechos a favor del administrado, los cuales están bajo el amparo de la seguridad jurídica.

#### **DOCTRINA DE ACTOS PROPIOS;**

La doctrina de los actos propios surgida en el ámbito del Derecho privado, se aplica en el ámbito de las relaciones de Derecho público con el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos que sean realmente declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos ».

En esta teoría no basta la mera contradicción de un acto previo con otro posterior. Con base en la autonomía moral de todo individuo, y considerando la falibilidad humana, toda persona tiene libertad y, por ende, puede corregir y enmendar sus errores cambiando la futura conducta. El núcleo de la teoría del acto propio se halla en las expectativas legítimas (E. Gandulfo). Dado que el individuo es un

agente racional, puede planificar su futuro basándose en ciertas razones, que son hechos, creencias, deseos, etc. Ahora bien, el supuesto es que un agente, con su conducta, bajo ciertas condiciones de contexto -que no indiquen precariedad o provisionalidad-, puede abrir o crear ciertas expectativas a terceros, que sean justificadas en razones, y que sean legítimas según los principios del ordenamiento jurídico. Al planificar su desenvolvimiento en el tráfico, el tercero puede invertir tiempo y esfuerzo, y el agente con su conducta inconsecuente puede cerrarle o frustrarle las expectativas, causándole un daño injusto..

Por lo que sería incoherente por parte de la Municipalidad el no aceptar la ampliación de plazo si ya existe un acto administrativo que concede tal ampliación.

En este sentido respecto a la primera pretensión principal de la presente controversia las partes convienen que, si procede por mutuo acuerdo la ampliación de plazo, señalando como fecha de culminación el 30 de abril del 2013, fecha que podrá ser ampliada de existir elementos que generen o impidan la culminación de la ejecución de la referida obra y/o la necesidad de ejecutar adicionales, sustentado según la normatividad vigente.

## 2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no ordenar el pago de consultoría de ejecución de obra, por concepto de residencia a partir del 13 de diciembre del 2012, a la fecha 2013, ascendente a S/. 5000.00 (cinco mil con 00/100 nuevos soles), de forma mensual.

### Posición de la entidad:

Que respecto al pago de empresa **CONSULTORÍA & CONSTRUCTORA PACHECO S.R.L.** que reclama respecto de los meses de diciembre a la fecha, no se encuentra establecido en el contrato de adjudicación de menor cuantía y que podría darse solo después del proceso de arbitraje.

A esto se advierte que en cláusula quinta del contrato en mención se desprende que la forma de pago es mensual, según informe de avance físico de la obra previa valorización, es decir el monto a pagar está sujeto al avance físico de la obra previa valorización de la misma

### Posición del contratista:

El 18 de febrero del 2013, la residencia de obra comunica a la Municipalidad Distrital de Huancán, reiterando la situación actual del servicio de residencia de obra y el incumplimiento de los pagos correspondientes a los meses laborados. En este sentido a pesar del desabastecimiento de materiales, construcción de obras

adicionales, ejecución de mayores metrados, falto de mano de obra calificada y lluvias, se ha continuado laborando en la ejecución desde el 13 de diciembre del 2013 a la fecha por lo cual se adeuda por parte de la Municipalidad Distrital de Huancán la suma de S/ 5,000.00 (cinco mil con 00/100 nuevos soles) por mes laborado, en forma proporcional al contrato principal que estipula el monto de S/. 25,000.00., por cinco meses de labor.

Habiendo la residencia de obra inserta en el cuaderno los motivos de retraso de obra por temas diversos al amparo de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, se establece que toda ampliación de plazo genera el pago de mayores gastos generales.

### **CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR**

Desde tiempos inmemoriales se viene controvirtiendo la distinción o, por el contrario, la equivalencia o sinonimia de los conceptos 'caso fortuito" y "fuerza mayor". Quienes se han ubicado en primera posición, han acudido, para destacar la diferencia, a varios criterios, así: a) A la causa del acontecimiento, o sea, el caso fortuito concierne a hechos provenientes del hombre; en cambio la fuerza mayor toca con los hechos producidos por la naturaleza; b) A la conducta del Agente, esto es, al paso que el caso fortuito es la impotencia relativa para superar el hecho, la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta; c) A la importancia del acontecimiento, vale decir, que los hechos más destacados y significativos constituyen casos de fuerza mayor y los menos importantes, casos fortuitos; d) Al elemento que lo integra, por cuanto el caso fortuito se estructura por ser imprevisible el acontecimiento y, en cambio, la fuerza mayor por la irresistibilidad del hecho; y, e) A la exterioridad del acontecimiento, o sea, el caso fortuito es el suceso interno que, por ende, ocurre dentro de la órbita de la actividad del deudor o del agente del daño; la fuerza mayor consiste en el acontecimiento externo y puramente objetivo. Y, algunos de los que se ubican en este criterio, no le conceder efecto liberatorio de responsabilidad al caso fortuito sino a la fuerza mayor, como por ejemplo, Josserand y Adolfo Exner.

La jurisprudencia nacional no ha estado por entero ausente de la querella de distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor, como quiera que, así no sea ese el criterio dominante en la doctrina de la Corte, sí ha sostenido en algunas ocasiones que si bien producen el mismo efecto, "esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas". (Cas. Civ. de 7 de marzo de 1939, XLVII, 707)

Empero, el criterio más sólido y de mayor aceptación en el campo del derecho civil, es el de la identidad de concepto entre el caso fortuito y la fuerza mayor, tal como se desprende del texto del derogado artículo 64 del Código Civil y, de la forma como quedó concebido el artículo 1º. De la Ley 95 de 1890, que sustituyó a aquél.

En efecto, la identidad de ambos conceptos, se pone de manifiesto, por lo siguiente: a) El derogado artículo 64 del C.C., decía: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc". Por su parte, el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, establece: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el impresito [sic] a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc". Lo cual se traduce en expresar, en su recto sentido y alcance, como lo sostienen algunos disertos civilistas: que fuerza mayor es el hecho imprevisto a que no es posible resistir y, en igual forma, caso fortuito es el hecho imprevisto a que no es posible resistir; b) Que sería inexplicable y, algo más, un contrasentido, que el legislador definiera de idéntica manera dos nociones diferentes; c) que la conjunción empleada en la expresión "fuerza mayor o caso fortuito", no es disyuntiva, o sea, no denota diferencia ni separa, sino por el contrario [sic] exterioriza o denota equivalencia. Y así lo ha entendido la Corte, como puede verse en fallos de 26 de mayo de 1936 (XLIII, 581) y 3 de agosto de 1949 (C.J. No. 2075, 585).

Cuando se creía superada la controversia sobre la diferencia o identidad de conceptos entre el caso fortuito y la fuerza mayor, vino la legislación comercial a dejar entrever que se trata de nociones distintas al establecer, dentro del contrato de transporte, que el transportador solo podrá exonerarse, total o parcialmente de su responsabilidad por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, "mediante prueba de fuerza mayor", para agregar luego que "El caso fortuito que reúna las condiciones de la fuerza mayor se regirá por las reglas de ésta". (Art. 992). Tal como quedó concebido el art. 992 del C. de Comercio, la fuerza mayor y el caso fortuito no responden a una noción unitaria.

Regresando al punto controvertido en el litigio, se tiene que según el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, la fuerza mayor o caso fortuito se configura por la concurrencia de dos factores: a) que el hecho sea imprevisible, esto es, que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia. Por el contrario, si el hecho razonablemente hubiera podido preverse, por ser un acontecimiento normal o de ocurrencia frecuente, tal hecho no estructura el elemento imprevisible; y b) Que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. En este preciso punto es indispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Porque un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más onerosa de lo previsto inicialmente.

Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor, antes reseñados, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es

imprevisible pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración del caso fortuito o fuerza mayor. Así lo ha afirmado la jurisprudencia patria al sostener que "Si el deudor, a sabiendas, se embarca en una nave averiada, que zozobra, si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por su naturaleza extraño y dominador, no configuraría un caso fortuito liberatorio del deudor. Es que los caracteres esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. Por consiguiente, se está bajo el dominio de lo fortuito cuando el deudor se imposibilita totalmente para cumplir su obligación por causa de un evento imprevisible. Cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador [sic] de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor". (Sentencia de 31 de agosto de 1942, LIV, 377). Idéntica conclusión se ofrece, dice la Corte, cuando siendo imprevisible el acontecimiento, se le puede resistir. (Cas. Civ. de 26 de mayo de 1936, 584).

Sí solo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Precisamente la jurisprudencia nacional, teniendo en cuenta lo que se acaba de afirmar y los hechos que señala la ley como ejemplos de caso fortuito o fuerza mayor, ha afirmado que "el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado (1º. De la Ley 95 de 1890), como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos. Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieran evitado la inundación de su propiedad, sin embargo de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría [sic] un caso fortuito." (Sentencia de 31 de agosto de 1942, G.J. No. 1989. Pág. 376) De suerte que no existe un modelo ideal de fenómeno que sirva para determinar si un acontecimiento, considerado en forma abstracta y general, es o no caso fortuito o fuerza mayor, porque, se reitera, para concederle tal categoría, fuera de ser irresistible, debe ser imprevisible, lo que depende esencialmente de la forma como el acontecimiento se presenta, o sea, de

las circunstancias que lo rodearon. Y precisamente en Francia, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, se presentaron numerosos litigios, habiendo establecido la Corte de Casación, como criterio, que era necesario considerar cada caso en particular.

Con fundamento en lo antes expresado, tiene dicho la Corporación que "correspondiendo al sentenciador de instancia, en uso de la facultad discrecional que le compete respecto de la apreciación de las cuestiones de hecho, reconocer y verificar los elementos objetivamente constitutivos de la fuerza mayor o caso fortuito, mediante la debida ponderación de los elementos probatorios de la causa, no puede la Corte rectificar esa apreciación, mientras no resulte convicta de un error de hecho evidente". (Cas. Civ. de 16 de Septiembre de 1961 T. XCVII Pág. 71)". [Corte Suprema de Justicia, Sentencia del veinte (20) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989)]

Por lo tanto es inadecuado que se indique que el contratista ha incumplido con la materia contractual, si existían agentes externos que hacían imposible el cumplimiento de esta tarea.

En este sentido respecto a la segunda pretensión principal de la presente controversia, las partes convienen:

1. Que el municipio reconoce la deuda a favor del contratista, la misma que se ha generado por la ejecución de adicionales de obra y dificultades de dilación administrativa, teniendo en cuenta que esta obra viene siendo ejecutada por la modalidad de administración directa. Por lo tanto a fin de poder dar un debido cumplimiento a las obligaciones de retribución por parte de la entidad, se establece que los pagos a favor del contratista se han de realizar de manera periódica (mensualmente), siendo el monto mensual a percibir el de S/. 5000.00 desde el 13 de diciembre del 2013 a la fecha, previa la presentación del informe de avance de obra por parte del residente, el mismo que debe ser aprobado por el supervisor en un plazo máximo de siete días calendarios.
2. Que respecto a la deuda que se mantiene a la fecha la cual asciende a S/. 20,000.00, se procederá al cumplimiento de la obligación adeudada, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la suscripción del presente acuerdo

### **3. PRETENSIONES SUBORDINADAS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

- 3.a) Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital el pago de mayores gastos generales a favor del contratista.

**Posición de la entidad:**

Que, respecto al contrato N° 013-2012, Adjudicación de menor cuantía N° 018-2012-CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORIA DE EJECUCIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN-HUANCAYO-JUNÍN", se desprende que ha existido incumplimiento de contrato atribuible a ambas partes por lo que, se asiste al presente proceso de arbitraje, a efectos de poder solucionar el conflicto de intereses y poder proseguir con la obra y no se perjudique a la población del Distrito de Huancán.

**Posición del contratista:**

Que, habiendo la residencia de obra inserto en el cuaderno los motivos de retraso de obra por temas diversos al amparo de la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado se establece que toda ampliación de plazo genera el pago de mayores gastos generales.

En este sentido respecto a la primera pretensión subordinada de la pretensión principal de la presente controversia, el contratista tras la evaluación de sus gastos generales, operacionales indica que estos, han sido ascendentes a S/.0.00 nuevos soles por lo que no tiene que recibir monto alguno por este concepto.

**3.b) Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad Distrital de Huancán pague indemnización por concepto de daños y perjuicios a favor del contratista.**

**Posición de la entidad:**

Respecto a la ejecución del, se desprende que ha existido incumplimiento de contrato atribuible a ambas partes, por lo que, se asiste al presente proceso de arbitraje, a efectos no perjudicar a la población del Distrito de Huancán

**Posición del contratista:**

Que, el contratista con el afán de no perjudicar el normal desarrollo de la obra ha venido trabajando con normalidad desde el 13 de diciembre del 2012, lo cual ha generado daños y perjuicios ante la entidad por pagos diversos.

En este sentido respecto a la segunda pretensión subordinada de la pretensión principal de la presente controversia el contratista indica que renuncia su pretensión de pago de indemnización por daños y perjuicios.

**3.c) Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso.**

En este sentido respecto a la primera pretensión subordinada de la pretensión principal de la presente controversia, las partes convienen en mérito a lo establecido en la Ley que Norma el Arbitraje esta ha de ser asumida en partes iguales.

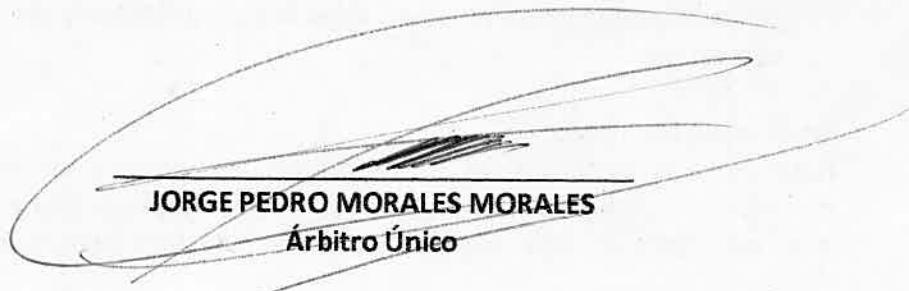
#### V. RESOLUCIÓN

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal resuelve:

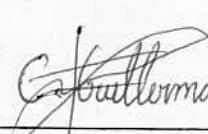
**PRIMERO.-** En virtud del Artículo 50° del D. Leg. N° 1071, Ley que norma el arbitraje, homologar en carácter de Laudo arbitral, el documento presentado por las partes incursas en el proceso arbitral, con la finalidad de dar solución a las controversias suscitadas a mérito del Contrato N° 013-2012, adjudicación de menor cuantía N° 018-2012- CEP/MDH, CONTRATO DE SERVICIO DE CONSULTORÍA DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "MEJORAMIENTO, AMPLIACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DEL DISTRITO DE HUANCAN".

**Segundo.- REMÍTASE** copia del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para los fines pertinentes.

Notifíquese a las partes.



JORGE PEDRO MORALES MORALES  
Árbitro Único



Edwars Clever Guillermo Hermitaño  
Secretario Arbitral