

Laudo Arbitral de Derecho expedido por el **Árbitro Único Fernando Capuñay Chafloque**, con fecha 09 de abril de 2012, en el expediente signado con el N° 029-2010-OSCE, para solucionar las controversias surgidas entre **PERCAT CONTRATISTAS GENERALES S.A.C** y **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LLOCHEGUA** a propósito de la ejecución del Contrato de Suministro, "Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas"



Resolución N° 25

Lima 09 de Abril de 2013

I. Vistos:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

1. Con fecha 14 de Diciembre de 2007, PERCAT CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (en adelante “PERCAT”) y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LLOCHEGUA (en adelante “MDLL”) suscribieron el Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas (en adelante el “CONTRATO”) por un monto de S/. 1, 126,216.08 (Un Millón Ciento Veintiséis Mil Doscientos Dieciséis con 08/100).
2. En la cláusula Octava del “CONTRATO” se acordaron las reglas y directrices aplicables en el caso surgiera una controversia entre las partes, estableciéndose lo siguiente:

“OCTAVO.-DISPOSICIONES FINALES

Por la presente cláusula las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja que se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente contrato, en otra opción que la jurisdiccional, será resuelto en primera instancia mediante arbitraje de derecho conforme a las disposiciones de la Ley N° 26572.”

3. De la referida Cláusula, el Árbitro Único ha decidido precisar que a pesar que las partes han estipulado que las controversias derivadas del presente “CONTRATO” serán resueltas mediante arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley N°26572, “Ley General del Arbitraje”; el Árbitro Único considera que esta disposición es errada, ya que el “CONTRATO” ha sido suscrito con una entidad administrativa y las normas correctas y aplicables son la Ley de Contrataciones con el Estado (en adelante “LCE”) y su Reglamento (en adelante “RLCE”), siendo solo aplicable supletoriamente la Ley General de Arbitraje.

Por tanto conforme a la “LCE” y el “RLCE” la presente controversia se desarrollará dentro de un proceso de arbitraje nacional, de derecho y ad-hoc.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES SOBRE EL PROCESO DE SELECCIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO:

1. En el mes de diciembre "PERCAT" se presentó a la convocatoria para el Concurso Público para la Contratación del Servicio de Fabricación, traslado y colocación de vigas metálicas para el Puente de Integración Anco–Andobamba–Luz (80.20 m²), siendo el valor referencia de la convocatoria la suma de 1'033,255.77 (Un Millón Treinta y Tres Mil Doscientos Cincuenta y Cinco con 77/100).
2. Posteriormente y luego de la evaluación de las ofertas presentadas por los postores, con fecha 16 de noviembre de 2007 "MDLL" otorgó la Buena Pro a "PERCAT".
3. Con fecha 14 de diciembre de 2007, "PERCAT" y "MDLL" suscribieron el "CONTRATO" por un monto de S/. 1, 126,216.08 (Un Millón Ciento Veintiséis Mil Doscientos Dieciséis con 08/100).
4. El "CONTRATO" venía ejecutándose sin contratiempos, hasta la controversia generada por el Lanzamiento de las Estructuras Metálicas ya fabricadas, pues según "PERCAT" la "MDLL" no cumplió con las condiciones necesarias para ejecutar dichos servicios y según la "MDLL" fue "PERCAT" quién incumplió sus obligaciones.
5. Con fecha 24 de Octubre de 2008, mediante Carta N°061-2008-PERCAT/G "PERCAT" solicita a la "MDLL" cumpla con la conformación del Terraplén (estructura del suelo debidamente compactada), ya que según se explica en la carta era obligación de la "MDLL" entregar a "PERCAT" el referido terraplén a efectos de realizar el lanzamiento del puente.
6. En la misma fecha, el 24 de octubre de 2008, mediante Carta N° 062-2008-PERCAT/G "PERCAT" remite los planos y la memoria relacionados a los pilares temporales, para su debida aprobación por parte de la "MDLL", "PERCAT" alega que hasta la fecha de interposición de la demanda arbitral la "MDLL" , no ha aprobado los planos y memoria constituyendo una omisión a sus obligaciones asumidas en el "CONTRATO"
7. Con fecha 29 de octubre de 2009, "MDLL" cursó la Carta N°029-2009-MDLL/A a "PERCAT", requiriendo el cumplimiento del "CONTRATO", y otorgando un plazo de 15 días para cumplir con el mismo, bajo apercibimiento de resolver el "CONTRATO".

8. La comunicación anterior cursada por "MDLL", fue contestada por "PERCAT" mediante Carta N° 25-2009-PERCAT/GG, en la que se precisa que la paralización en los servicios materia del "CONTRATO" no respondía a causas imputable al Contratista y que por el contrario, respondía a las omisiones e incumplimiento por parte de la entidad.
9. Con fecha 09 de enero de 2010, la "MDLL" notifica la Resolución de Alcaldía N°009-2010-MDLL/A, mediante la cual resuelve el "CONTRATO", por haber acumulado el máximo de penalidades.
10. Mediante Carta N°018-2010-PERCAT/GG de fecha 27 de febrero de 2010, "PERCAT" puso en conocimiento de la "MDLL" que la controversia sobre la resolución del "CONTRATO" y sobre la aplicación de penalidades se había sometido a un arbitraje ante el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado "OSCE".
11. Con posterioridad a la notificación de la carta señalada en el punto anterior, la "MDLL", convoca a dos (2) procesos de selección para supuestamente culminar la obra teniendo pleno conocimiento del proceso arbitral.

DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL:

12. Con fecha 05 de octubre de 2010, "PERCAT" interpone demanda arbitral contra "MDLL", fijando los siguientes pretensiones de demanda:

PRETENSIONES DE DEMANDA:

"Primera Pretensión Principal: Que se declare la Nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía N°009-2010-MDLL/A- que resuelve el contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas, por haber emitido en contra de lo expresamente regulado en el referido contrato, y en la Ley y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: Que se declare la vigencia del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas, y que en consecuencia se nos permita ejecutar los servicios de montaje, lanzamiento, arenado y pintura de las estructuras metálicas que se encuentran pendientes de ejecución.

En caso que la ejecución de esas prestaciones resulte de imposible cumplimiento, solicitamos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1155 del Código Civil, aplicable supletoriamente al contrato, se declare resueltas nuestras obligaciones y se nos ordene el pago que corresponde como contraprestación por dichos servicios al precio actualmente licitado por la "MDLL", que asciende a un monto de S/. 734,800.00. (Setecientos con Treinta y Cuatro Mil Ochocientos y 00/100 Nuevos Soles)

Segunda Pretensión Principal: Que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de la Municipalidad Distrital de Llochegua, por cuanto es ella la que ha incumplido sus obligaciones pactadas en el contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas, impidiendo la ejecución de parte de las prestaciones asumidas por "PERCAT".

Tercera Pretensión Principal: Que se declare la procedencia del reajuste del precio pactado en el Contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas, para mantener el equilibrio económico financiero del mismo, por haber sido aceptado por la Municipalidad Distrital de Llochegua y, en consecuencia, se sirva ordenar que la "MDLL" nos pague por dicho concepto, la suma de S/. 123,207.70 (Ciento Veintitrés Mil Doscientos Siete con 70/100 Nuevos Soles), según la formula polinómica que adjuntamos como medio probatorio.

Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal: De ser amparada la segunda pretensión principal, se ordene a la Municipalidad Distrital de Llochegua, el pago de los intereses legales que correspondan, los mismos que deberán calcularse desde la fecha en que efectivamente la Municipalidad Distrital de Llochegua debía proceder a realizar el pago por el reajuste hasta la fecha en que efectivamente cumpla con el pago de dicho monto.

Cuarta Pretensión Principal: Que se ordene a la Municipalidad Distrital de Llochegua cumpla con pagarnos la suma que será determinada por un peritaje, por concepto de los daños y perjuicios ocasionados por la paralización de los servicios derivados del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas.

Asimismo que se orden el pago de la suma de S/. 200,000.00 (Doscientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño moral.

Quinta Pretensión Principal: Que se condene expresamente a la Municipalidad Distrital de Llochegua al pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, por no existir fundamento alguno que justifique la imputación de incumplimiento y la resolución del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructura metálicas."



13. Mediante Resolución N°01 del 14 de octubre de 2010, el Árbitro Único resuelve admitir a trámite la demanda arbitral y por ofrecido los medios probatorios que se acompañarán, por fijado el domicilio procesal y por otorgada la representación del abogado que suscribe la demanda. Asimismo corre traslado de la demanda a "MDLL", otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que conteste.
14. Mediante Resolución N°02 del 05 de noviembre de 2010, el Árbitro Único requiere a "MDLL" para que en el plazo de cinco (05) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificado con la presente resolución, cumpla con efectuar el pago de los gastos arbitrales que le corresponde, es decir S/. 7,50000.00 (Siete Mil Quinientos Nuevos Soles) como honorario neto del Árbitro Único y S/. 3,712.00 (Tres Mil Setecientos Doce Nuevos Soles) como honorario neto de la Secretaría Arbitral Ad-Hoc.
15. Transcurrido el plazo otorgado en la Resolución N° 02, y ante la omisión en contestar la demanda por parte de la entidad, mediante Resolución N° 03 del 05 de noviembre de 2010, el Árbitro Único resuelve declarar rebelde a la "MDLL" y continuar con el trámite del proceso.
16. Mediante Resolución N° 04 del 22 de noviembre de 2010, el Árbitro Único resuelve facultar a la demandante "PERCAT", para que cancele los gastos arbitrales adeudados por la "MDLL", dentro del plazo de diez (10) hábiles, bajo apercibimiento de suspender o dar por concluido el proceso arbitral y ordenar el archivo de todo lo actuado.
17. Mediante Resolución N° 05 del 10 de diciembre de 2010, el Árbitro Único resuelve citar a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Procesal, la cual se llevaría a cabo el 05 de enero del 2011 a las 10:00 a.m.
18. Mediante escrito del 20 de diciembre de 2010, "PERCAT" propone sus puntos controvertidos.
19. Mediante Resolución N°06 del 05 de enero de 2011, el Árbitro Único resuelve tener por presentada la propuesta de puntos controvertidos de "PERCAT".

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

<i>De la demanda:</i>	<i>5. Determinar si corresponde o no declarar a procedencia del reajuste del precio pactado en el contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas y, en consecuencia, que la "MDLL" pague a "PERCAT" la suma de S/.123,207.70.</i>
<p>1. <i>Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía N°009 - 2010 - MDL/A - que resolvió el contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas, celebrado entre "PERCAT" y la "MDLL".</i></p> <p>2. <i>Determinar si corresponde o no declarar la vigencia del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructura metálica.</i></p> <p>3. <i>Determinar si corresponde o no ordenar a la "MDLL" que en caso se declare la vigencia del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructura metálica, permita la ejecución del mismo, o de lo contrario, si ello resultare imposible se declare la resolución del contrato y, en consecuencia, se ordene a la "MDLL", pague a "PERCAT" la suma de S/. 734,800.00 como contraprestación por dichos servicios.</i></p> <p>4. <i>Determinar si corresponde a no declarar la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de "MDLL".</i></p>	<p>5. <i>Determinar si corresponde o no declarar a procedencia del reajuste del precio pactado en el contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas y, en consecuencia, que la "MDLL" pague a "PERCAT" la suma de S/.123,207.70.</i></p> <p>6. <i>Determinar si corresponde o no ordenar a la "MDLL" el pago de los intereses legales de los montos que se adeudan a "PERCAT", como consecuencia del no pago del reajuste del precio pactado en el contrato de fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructura metálica.</i></p> <p>7. <i>Determinar si corresponde o no ordenar a la "MDLL" el pago de una indemnización a "PERCAT" por concepto de daños y perjuicios.</i></p> <p>8. <i>Determinar a cuál de las partes en controversia le corresponde restituir los costos del presente proceso arbitral.</i></p>

20. El dia 05 de enero de 2011, el Árbitro Único lleva a cabo la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, únicamente con la asistencia del representante de "PERCAT" sin la participación de los representantes de la entidad, a pesar de haber sido válidamente notificados. En la referida audiencia se fijaron los siguientes puntos:



ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El Árbitro Único, decidió admitir todos los medios probatorios presentados por "PERCAT", por otro lado ordena la actuación de una prueba de oficio.

PRUEBA DE OFICIO:

De otro lado, Árbitro Único, de conformidad con lo establecido en el numeral 21 del Acta de Instalación, ordena la actuación de una pericia que será realizada por un tercero experto, el cual será designado por el Árbitro Único, para determinar la procedencia o no de las pretensiones planteadas por la demandante.

Designación que será comunicada a las partes mediante resolución emitida en días posteriores, a fin de que estas procedan a realizar el pago correspondiente a los honorarios del perito en forma equitativa, esto es 50% serán cancelado por "PERCAT" y 50% será cancelados por "MDLL".

21. Mediante resolución N°07 del 09 de enero de 2011, el Árbitro Único resuelve actuar el medio probatorio ofrecido por "PERCAT", referente a la realización de una pericia que sirva para determinar, si se generaron o no costos de paralización y la viabilidad de un reajuste de precios del Contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transportes de estructuras metálicas suscritos por las partes.
22. Mediante escrito del 14 de febrero del 2011, "PERCAT" formuló desistimiento de la pericia, que había sido ofrecida para determinar si se generaron o no costos de paralización y si era procedente o no el reajuste de los precios del "CONTRATO".
23. Mediante Carta S/N, la Sra. Arbitral Karen del Águila de Norohna presente la renuncia al cargo de Secretaria Arbitral del proceso seguido de "PERCAT" con "MDLL".
24. Mediante Resolución N°08 del 24 de enero de 2011, el Árbitro Único resuelve aceptar la renuncia presentada por la Secretaria arbitral Karen del Águila. Asimismo ordena designar como nueva secretaria a la Dra. Milagros Ñingle Mansilla.

25. Mediante Resolución N° 09 del 28 de enero de 2011, el Árbitro Único resuelve correr traslado del desistimiento presentado por “PERCAT” a la “MDLL”, por el plazo de diez (10) hábiles de notificada la presente a fin de exprese lo conveniente a su derecho. Asimismo, dado las constantes y reiterados problemas en la notificación a la “MDLL” el Árbitro Único autoriza que se notifique a la referida entidad administrativa mediante vía notarial.
26. Mediante Razón de Secretaria N° del 23 de enero de 2012, se requiere a “PERCAT” que informe sobre los datos del contacto de los siguientes testigos: Sr. Pedro Máximo López Carbajal, Sr. Manuel Pajares y el Sr. Carlos Luza.
27. Mediante Resolución N°10 del 18 de febrero de 2011, el Árbitro Único requiere por última vez a la partes la cancelación de los gastos arbitrales adeudados por “MDLL”, en un plazo de diez (10) hábiles bajo apercibimiento de archivar el proceso arbitral por falta de pago.
28. Mediante escrito del 18 de marzo de 2011, “PERCAT” solicita ampliación de plazo de treinta (30) día hábiles adicionales para proceder con la cancelación.
29. Mediante Resolución N° 11 del 04 de marzo de 2011, el Árbitro Único resuelve tener por no ofrecido el medio ofrecido por “PERCAT” en su escrito de demanda en el numeral 5.21. “Peritaje que determinará el costo de paralización que constituyen los daños ocasionados a mi representada para determinar el monto indemnizatorio.
30. Mediante Resolución N°12 del 08 de abril de 2011, el Árbitro Único resuelve conceder la ampliación de plazo solicitada por “PERCAT”, para cumplir con el pago de los gastos arbitrales adeudados por “MDLL”.
31. Mediante escrito de fecha 23 de mayo de 2011, “PERCAT” solicita ampliación de plazo de quince (15) días hábiles adicionales para proceder a la cancelación de gastos arbitrales.
32. Mediante Resolución N°13 de fecha del 10 de junio de 2011, el Árbitro Único resuelve conceder la ampliación de plazo, solicitada por “PERCAT”, para que dentro del plazo de quince (15) días hábiles cumpla con realizar el pago de los gastos arbitrales adeudados por “MDLL”, ordenándose también la suspensión temporal del proceso arbitral, hasta que las partes procedan con realizar el pago de los gastos arbitrales.



33. Mediante escrito del 05 de julio de 2011, "PERCAT" cumple con presentar la documentación solicitada en la Audiencia de Pruebas.
34. Mediante escrito del 15 de julio del 2011,"PERCAT" cumple con el pago de los gastos arbitrales a cargo de la "MDLL", ante el incumplimiento de la entidad en efectuar los mismos.
35. Mediante Resolución N°14 del 08 de agosto del 2011, el Árbitro Único resuelve levantar la suspensión temporal del proceso arbitral y continuar en el estado en el que se encontraba antes de la emisión de la Resolución N°13.
36. Mediante Resolución N°15 de 22 de agosto del 2011, el Árbitro Único cita a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos para el dia 28 de octubre del 2011.
37. Mediante escrito del 24 de octubre de 2011, "PERCAT" solicita la reprogramación de la Audiencia de Ilustración de Hechos, que se llevaría a cabo el día 28 de octubre del 2011.
38. Mediante Resolución N°16 del 11 de noviembre de 2011, el Árbitro Único resuelve reprogramar la fecha de Audiencia de Hechos para el 09 de enero del 2012, llevándose a cabo la misma en la fecha programada con la asistencia de los representantes de "PERCAT" y sin la presencia de funcionario alguno de la entidad municipal a pesar de haber sido válidamente notificados.
39. Mediante Resolución N° 17 del 20 de febrero de 2012, el Árbitro Único resuelve solicitar a "PERCAT" para que dentro del plazo de quince (15) días hábiles cumpla con lo solicitado por la Secretaría Arbitral mediante Razón N°01.
40. Mediante escrito del 15 de Marzo de 2012, "PERCAT" formula desistimiento de testigos.
41. Mediante resolución N°18 del 20 de abril de 2012, el Árbitro Único resuelve aprobar el desistimiento presentado por "PERCAT" referente a la declaración de los testigos. Asimismo el Árbitro Único cita a las partes a la Audiencia de Pruebas, para el día 15 de junio del 2012.
42. Con fecha 15 de junio de 2012, se lleva a cabo la Audiencia de Pruebas.

AUDIENCIA DE PRUEBAS

Teniendo en cuenta que "PERCAT", se ha desistido de la Pericia Ofrecida, el Árbitro único, solicita a esta parte remita en el plazo de quince (15) días hábiles la documentación que sustenta los costos de la paralización que constituyen los daños ocasionados de la empresa; a fin de determinar el monto indemnizatorio.

43. Mediante resolución N°19 del 03 de enero de 2012, el Árbitro Único cita a las partes para la Audiencia de Ilustración de Hechos de los nuevos medios probatorios para el día 31 de agosto del 2012.
44. El día 31 de agosto de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración sobre la Documentación Requerida por el Árbitro Único en la Audiencia de Pruebas.
45. Mediante resolución N°20 del 03 de setiembre de 2012, el Árbitro Único cita a las partes a la Audiencia de Informe Oral para el día 17 de setiembre del 2012.
46. Mediante Oficio N°2064 – 2012/ST-ACG, de fecha 05 de octubre de 2012, el Tribunal de Contrataciones con el Estado, corre traslado al Árbitro Único, de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador seguido contra "PERCAT". Asimismo solicita al Árbitro Único que le informe sobre el estado del proceso arbitral seguido entre "PERCAT" y "MDLL".
47. Mediante resolución N°21 del 28 de setiembre de 2012, el Árbitro Único reprograma la fecha de Audiencia de Informe Oral para el dia 18 de Octubre del 2012.
48. El dia 18 de Octubre de 2012, se lleva a cabo la Audiencia de Informe Oral.
49. Mediante resolución N°22 del 19 de octubre de 2012, el Árbitro Único resuelve concederle el plazo de diez (10) días hábiles, para que de considerarlo pertinente presenten alegatos.
50. Mediante Carta S/N, el Árbitro Único comunica al Tribunal de Contrataciones sobre el estado del proceso arbitral, iniciado por la empresa "PERCAT" Vs. "MDLL".

51. Mediante resolución N° 23 del 07 de febrero del 2013, el Árbitro Único fija el plazo de treinta (30) días hábiles fija el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles, para la emisión del Laudo Arbitral.

52. Mediante resolución N°24 de fecha 18 de marzo de 2013, el Árbitro Único amplía el plazo para laudar de (20) días hábiles, para la emisión del Laudo Arbitral.

III. DECISIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

A. CUESTIONES PREVIAS

1. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con el artículo 52º de la "LCE", aprobada mediante Decreto Legislativo N°1017.

2. EL Árbitro Único señala que en el presente análisis no relatará la posición de "MDLL" ya que el mismo no se ha apersonado durante el presente proceso arbitral y, en consecuencia, no ha manifestado su posición frente a la demanda interpuesta por "PERCAT", es así que mediante resolución N°03 del 05 de noviembre del 2010, el Árbitro Único resuelve declarar rebelde a la "MDLL" y córrase traslado a "PERCAT" a fin de continuar con el proceso.

3. Por otro lado, el Árbitro Único, quiere dejar expresa constancia de los diversos problemas y obstáculos que se suscitaron para poder efectuar la notificación de cada una de las resoluciones expedidas en el presente proceso arbitral, ya que debido a que la "MDLL" no se presentó a ninguno de los actos procesales (Instalación, Audiencias de Ilustración de Hechos, Saneamiento, Pruebas, Informes Orales, etc.) y no haber efectuado presentación de escrito alguno en ejercicio de su derecho de defensa, la "MDLL" no fijo un domicilio procesal, ni real, por lo que hubo que notificarla directamente en sus oficinas administrativas en el Distrito de Llochegua, provincia de Huanta, Departamento de Ayacucho, Región Ayacucho, zona de difícil acceso para proceder a las notificaciones.

B. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Árbitro Único ha decidido analizar los puntos controvertidos de manera conjunta en función de su vinculación y conexidad, con la finalidad de guardar un orden que permita apreciar de

mejor manera la motivación del presente laudo, en ese sentido se procede a realizar el siguiente análisis:

- I. Determinar si corresponde o no que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución de Alcaldía N° 009-2010-MDLL/A mediante el cual se resuelve el “CONTRATO” celebrado entre “PERCAT” y la “MDLL”. Asimismo se determinará si corresponde que, se declare la vigencia del “CONTRATO” y que en consecuencia se permita la ejecución de las prestaciones pactada en el mismo.

En el caso se declare la vigencia del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructura metálica, permita la ejecución del mismo, o de lo contrario, si ello resultare imposible se declare la resolución del contrato y, en consecuencia, se ordene a la “MDLL”, pague a “PERCAT” la suma de S/. 734,800.00 como contraprestación por dichos servicios.

Determinar si corresponde que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de “MDLL”.

POSICIÓN DE “PERCAT”

“PERCAT” señala que la resolución del “CONTRATO” realizada por “MDLL” es nula e ineficaz, primero porque no cumple con el procedimiento formal establecido por las normas aplicables. En ese sentido, “PERCAT” señala que es el artículo 226º del “RLCE” que regula el procedimiento de resolución, estableciendo lo siguiente:

Artículo 226º. “Procedimiento de Resolución del Contrato

Si alguna de las partes falta el cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato (...). Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.”

Al respecto, “PERCAT” señala que el “RLCE” establece un procedimiento formal de obligatorio cumplimiento por la parte que pretenda resolver el “CONTRATO”.

En segundo lugar “PERCAT” señala que la resolución es nula e ineficaz porque no se basa en una situación de incumplimiento por parte del Contratista, sino por el contrario, fue la “MDLL” la que se encontraba en dicha situación.

En ese sentido, “PERCAT” manifiesta que en la Carta N°029-2009-MD/A, cursada por “MDLL”, de fecha 29 de octubre de 2009, mediante la que pretende imputar el incumplimiento de obligaciones, no existe una precisión de cual o cuales eran las obligaciones incumplidas por parte de “PERCAT” y cuál era el defecto que “PERCAT” debía subsanar.

Al respecto “PERCAT” señala, que el requerimiento para el cumplimiento de obligaciones no se cumple con la simple imputación genérica y abstracta, sino que la parte que se siente afectada por el supuesto incumplimiento debe precisar de manera específica y fundamentada, cual es el supuesto incumplimiento contractual que se imputa.

Por otro lado, “PERCAT” manifiesta que lo más grave es que la “MDLL” ha actuado de manera temeraria y de mala fe al resolver el “CONTRATO” suscrito, ya que la entidad contaba con el pleno conocimiento que fueron ellos quienes no habían cumplido con sus obligaciones y que debido a ese incumplimiento, “PERCAT” no había podido ejecutar el lanzamiento e instalación de las estructuras metálicas que ya habían fabricado previamente.

Es así que “PERCAT” señala, que en la Resolución de Alcaldía N°009-2010-MDLL/A mediante la cual se resuelve el “CONTRATO”, “MDLL” fundamenta la resolución sosteniendo que “PERCAT” no habría cumplido con transportar en su totalidad los materiales y que por ello no habría realizado el montaje de la estructura metálica, señalando además que “MDLL” si había cumplido con los requerimientos que realizó “PERCAT”, mediante Carta N°61-2008-PERCAT/GG.

Al respecto “PERCAT” señala que dicha afirmación es falsa y explica textualmente lo siguiente:

“Es cierto que “PERCAT” no había realizado el montaje y el lanzamiento de la estructura metálica para el puente. Pero ello no es por una situación imputable a “PERCAT”, sino que ello se debe a que “MDLL”, no había cumplido con sus obligaciones, que eran condiciones previas y necesarias para que “PERCAT” pudiese ejecutar sus prestaciones. En efecto,



"MDLL" según lo establecido expresamente en la cláusula octava del "CONTRATO", se comprometió a proporcionar el terraplén que es una condición necesaria para el montaje y el lanzamiento de las estructuras metálicas.(Página 08 de la demanda).

"PERCAT" explica que el terraplén consiste en un afirmado y trabajo de suelo en el que se va a realizar el montaje y el lanzamiento de la estructura metálica, si el suelo no está listo es materialmente imposible proceder al montaje y al lanzamiento de las estructuras metálicas y la ejecución de las partidas posterior.

Asimismo, "PERCAT" precisa que esa actividad de tener operativa al terraplén y los estribos necesarios, conforme el "CONTRATO" y a los documentos que conforman el mismo, les correspondía única y exclusivamente a la "MDLL" Por otro lado señalan que cuando el personal de "PERCAT" ya había trasladado todas y cada una de las estructuras metálicas que se requerían para proceder al montaje y al lanzamiento de las mismas, es que se dieron con la ingrata sorpresa que el terraplén necesario para la ejecución de dichas actividades, no había sido preparado por parte de la "MDLL", constituyendo un incumplimiento por parte de la referida entidad, que imposibilitaba la ejecución de sus labores.

En ese sentido, considerando la situación que se había presentado "PERCAT" remite carta, con fecha 24 de octubre de 2008, a la "MDLL", en la que precisaron de manera detallada que al inspeccionar la zona donde realizaban el montaje, el terraplén no se encontraba alineado, lo que impedía las labores del montaje y lanzamiento, en dicha carta "PERCAT" precisa que también se encontraba pendiente por parte de "MDLL", aprobar los planos y la memoria relacionada al Pilar Temporal, documentos que habían sido remitidos a la "MDLL", para su aprobación, mediante carta de fecha 24 de octubre de 2008 , "PERCAT" manifiesta que incluso existe un propio documento de la "MDLL", Carta N°0012-2009-MDLL/SGIELO/WFP cursado por la Sub Gerente de Infraestructura, Estudios y Liquidación de Obras: Ing. Walter Fernández Palomino, en la que se le comunica al Alcalde entre otros aspectos lo siguiente:

"En cuanto a la aprobación del Expediente para la construcción de los falsos pilares para el lanzamiento no se tiene la respuesta del supervisor, a pesar de tener en sus manos" (sic)



Entonces “PERCAT” concluye que no procedía la imputación de ningún incumplimiento, pues para poder ejecutar las labores de montaje y lanzamiento de las estructuras metálicas, se encuentran pendientes de realizar labores previas por parte de “MDLL”, como son el terraplén y la aprobación del expediente de las torres temporales, tareas que por ser condiciones necesarias, que impiden la ejecución de las labores de “PERCAT” .

En ese sentido “PERCAT”, señala que habiéndose demostrado que no es válida y eficaz la resolución efectuada por “MDLL”, el “CONTRATO” mantiene sus efectos y por ende, de conformidad con lo establecido en el artículo 1361 del Código Civil es de cumplimiento obligatorio para las partes.

En efecto “PERCAT”, manifiesta que de conformidad con lo establecido en el artículo 1155 del Código Civil cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor, y al presentarse la imposibilidad en la ejecución de la obligación, el acreedor hubiera sido constituido en mora, la obligación queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

El Árbitro Único considera que para decidir sobre esta pretensión es preciso desarrollar los siguientes puntos:

- Determinar si se siguió o no el procedimiento resolutorio previsto en el “RLCE” y
- Determinar si existe o no incumplimiento injustificado por parte del contratista que ampare la resolución del “CONTRATO”.

¿Se siguió o no el procedimiento resolutorio establecido en el “RLCE”?

El Árbitro Único considera necesario evaluar primero si la entidad municipal siguió o no el procedimiento formal para optar por la resolución del “CONTRATO”, pues en el supuesto éste no haya sido seguido, al infringirse el principio de legalidad, al que está sujeta toda entidad administrativa, la resolución sería invalida por mandato expreso del artículo 10° de la Ley N°27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”, volviéndose innecesario el análisis y las consideraciones acerca de la existencia de una causal que justifique la resolución del “CONTRATO”.

El Árbitro Único comparte la interpretación del Contratista, en el sentido que el texto del artículo 169 del “RLCE”, prevé la exigencia de la remisión de dos comunicaciones para resolver el contrato:

1. La primera de las comunicaciones, que es la que requiere el cumplimiento, es una intimación que se hace por conducto notarial, con la cual se commina a la contraparte a cumplir en un plazo no mayor de cinco (05) días, de eximir dicho plazo, ante la falta de cumplimiento, la parte perjudicada se encuentra facultada a cursar una segunda comunicación.
2. En la segunda carta, que es una carta resolutoria, la Entidad debe comunicar su decisión de resolver el “CONTRATO”, estableciendo la fecha desde la cual debe entenderse el mismo deja de desplegar sus efectos.

De los medios probatorios presentados por ambas partes, tanto en la demanda como en la contestación, se advierte que la entidad ha remitido, respecto al procedimiento resolutorio dos comunicaciones:

- La primera comunicación: “Carta Notarial N° 029-2009-MD/A” (Adjuntada como Anexo-E en la demanda), de fecha 30 de octubre de 2009, mediante la cual la “MDLL” imputa el incumplimiento de sus obligaciones a “PERCAT”, en dicha carta la entidad municipal señala textualmente lo siguiente:





MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LLOCHEGUA
PLAZA PRINCIPAL DE LLOCHEGUA, S/N LIMA - AYACUCHO
Telf: 086-321286 o 086-321287
Correos Electrónicos: llochegua2@peru.com

"Año de la Unidad Nacional Frente a la Crisis Externa"

Documento no Redactado
en la Notaría

CARTA NOTARIAL

Llochegua, 30 de Octubre de 2009

CARTA N° 029-2009-MDLL/A

SEÑOR:

CARLOS PERLAJON AVILES

Gerente General Empresa PERCAT CONTRATISTAS GENERALESSA
Jr. Los Andes 406

AYACUCHO.

CARTA NOTARIAL
N° GSA-N.M.
29 OCT 2009
NOTARIA MAVILA

ASUNTO

REQUIERE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES
CONTRACTUALES

REF

a) LP N° 001-2007-MDLL/CEP

b) CONTRATO DE SUMINISTRO, FABRICACIÓN,
MONTAJE, LANZAMIENTO, PINTURA Y TRANSPORTE
DE ESTRUCTURAS METÁLICAS.

MDLL
DCC
CONTRATISTAS

2º. Que a la fecha su persona no está ejecutando el servicio y lo ha paralizado sin hacer conoce dicho acto a la entidad, habiendo transcurrido ampliamente los plazos de ejecución establecidos en la cláusula cuarta del contrato y sus addendas suscritas; por lo que en aplicación del artículo 226º del Reglamento d. la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, aplicable al caso, le requerimos el cumplimiento de obligaciones contractuales, para que en el plazo de 15 días de recibido la presente carta, cumpla con las obligaciones asumidas en su totalidad.

3º. En caso de que transcurrido el plazo otorgado verifiquemos que el incumplimiento continúa, en aplicación de la cláusula sexta del CONTRATO DE SUMINISTRO,

Atentamente,


NOTARIO DISTRITAL LLOCHEGUA
NOTARIA MAVILA
LIMA

- La segunda carta es la Carta Notarial N° 03-2010-MDLL/A de fecha 09 de enero de 2010 (Anexo-G de la demanda), mediante la cual la "MDLL" notifica a "PERCAT" con la Resolución de Alcaldía N° 009-2010-MDLL/A de fecha 09 de enero del 2010(Anexo-L de la demanda), en la que se decide resolver "El Contrato" ha quedado resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la misma:



Caso Arbitral N° 029-2010-OSCE

PerCat Contratistas Generales S.A.C vs Municipalidad Distrital de Llochegua

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LLOCHEGUA

PLAZA PRINCIPAL DE LLOCHEGUA S/ DE BURGOS - HUANCABAMBA

"AÑO DE LA CONSOLIDACION ECONOMICA Y SOCIAL DEL PERU"

RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 009 - 2010 - MDLL/A

Llochegua, 09 de enero de 2010

VISTO

En Sesión de Concejo Municipal Ordinaria del dia 09 de enero - 2010, el Expediente Administrativo con registro N° 5688 de fecha 19 de diciembre del 2009, presentado por el Gerente Municipal sobre la Resolución de Contrato: "CONTRATO DE SUMINISTRO, FABRICACION, MONTAJE, LANZAMIENTO, PINTURA Y TRANSPORTE DE ESTRUCTURAS METAL", el INFORME N° 404-2009-MDLL-SGIELO/IGCL-SO, presentado por el Subgerente de Infraestructura, Estudios y Liquidación de Obras; el INFORME N° 200-2009-MDLL/SGILO-JCLH/R, presentado por el Residente de Obra, asimismo el Informe Legal N° 001-2010HGA, del asesor externo de la Municipalidad Distrital de Llochegua; y

SE RESUELVE

Artículo Primero.- RESOLVER el "CONTRATO DE SUMINISTRO, FABRICACION, MONTAJE, LANZAMIENTO, PINTURA Y TRANSPORTE DE ESTRUCTURAS METAL", suscrito con PERCAT Contratistas Generales SAC, derivado de la Licitación Pública N° 001-2007-MDLL/CEP/CEP, con efectividad de la fecha en que se realice la notificación al contratista, disponiendo la paralización del Servicio en mención.

Artículo Segundo.- EFECTUESE la constatación física del Servicio y realice el inventario de la misma en el lugar de la obra, debiendo realizarse el dia 20 de enero del 2010, a horas 10.00 a.m., con la presencia de Notario Público o Juez de Paz según corresponda; luego del cual debe llevarse a cabo la respectiva liquidación conforme lo establecido el reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del estado.

Artículo Tercero.- NOTIFIQUESE, con la presente resolución al contratista en su domicilio legal; encargándose el cumplimiento de lo dispuesto a la Subgerencia de Infraestructura, Estudios y Liquidación de Obras, Gerencia Municipal; asimismo comuníquelo resuelto al OSCE mediante el SEACE.

Artículo Cuarto.- ENCARGAR a la Gerencia Municipal la adopción de las acciones administrativas que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento de la presente Resolución, así como la aplicación de penalidades, daños y perjuicios en lo que corresponda.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVENSE



De la revisión y análisis efectuado el Árbitro Único concluye que la entidad municipal sí ha cumplido con el procedimiento resolutorio previsto en el artículo 169º del "RLCE", pues se advierte la remisión de las dos comunicaciones una de imputación en la que se requiere el cumplimiento, bajo apercibimiento de resolver el "CONTRATO" y otra comunicando la decisión de resolver el mismo, por lo que desde el punto de vista formal sí se ha llevado de

Página 18 de 43

Caso Arbitral N° 029-2010-OSCE

PerCat Contratistas Generales S.A.C vs Municipalidad Distrital de Llochegua



forma correcta el procedimiento resolutorio. Efectuado este análisis es oportuno determinar si existe incumplimiento injustificado por parte de "PERCAT".

¿Existió o no incumplimiento injustificado por parte de "PERCAT" que ampare la decisión de resolver el "CONTRATO"?

Antes de dirigirnos al punto central: que es la determinación acerca de si existió o no incumplimiento injustificado por parte de "PERCAT", el Árbitro Único considera necesario brindar una breve explicación acerca de algunas nociones y principios en los que se desarrolla la resolución de un contrato suscrito con una entidad estatal al amparo de la "LCE" y el "RLCE". En ese sentido, señalaremos que la resolución contractual en materia de Contratación Estatal es una potestad de la Administración Pública, que debe ejercitarse en resguardo de un interés público; nuestro ordenamiento jurídico, en materia de contrataciones con el Estado, excluye la posibilidad que mediante pacto entre las partes, se excluya la potestad de resolución del contrato.

La Administración dispone de la potestad para decidir si ante el incumplimiento injustificado del contratista opta por la resolución del Contrato o su continuidad con la consiguiente imposición de penalidades; decisión que lógicamente habrá de adoptar en atención a la mejor satisfacción de los intereses públicos presentes en cada caso particular; es justamente la garantía de este interés público la que excluye que cualquier hecho califique como causal para que el remedio de la resolución sea activado.

En ese sentido, resultan aleccionadoras las palabras de la profesora española Concepción Barrero Rodríguez¹ que precisa que: la resolución del contrato reprende, desde luego, a quien no ejecuta sus prestaciones en los términos pactados, pero también, y al propio tiempo, tutela la posición jurídica de quien se ve perjudicado por esa conducta, es decir, el interés de la Administración Pública, que no es más que el interés público. En conclusión, la Administración Pública tiene la potestad de resolver el contrato solo en función de la protección del interés público, es decir que si este remedio no protege el interés público y, por el contrario este se ve mellado, entonces es preferible que la Administración otorgue una

¹ BARRERO RODRIGUEZ Concepción: La resolución de los Contratos Administrativos por Incumplimiento del contratista. Editorial Lex Nova, primera edición, Valladolid, 2007, p33.

prórroga al contratista antes que resolver el contrato y, en consecuencia, se deba convocar un nuevo proceso de selección.

En ese orden de ideas el Árbitro Único llega a la conclusión que no todo incumplimiento puede ser calificado como causal de resolución, sino únicamente aquellos incumplimientos que no cuenten con justificación y que perjudiquen el interés público que busca conseguirse con la suscripción del Contrato. En ese orden de ideas, el artículo 168º del "RLCE" establece lo siguiente:

"Art. 168º.- Causales de Resolución por Incumplimiento

La entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación"

Para pronunciarse sobre este extremo de la controversia, el Árbitro Único debe determinar si existe o no incumplimiento del "CONTRATO" por parte de "PERCAT". En ese sentido, recordemos que por el presente "CONTRATO", "PERCAT" se obligaba a prestar sus servicios bajo la modalidad de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructura metálica para el puente sobre el río Tincuy, a la "MDLL".

En efecto, conforme a las Bases del proceso de selección y al "CONTRATO", "PERCAT" tenía la obligación de cumplir con determinadas prestaciones establecidas con toda claridad en la cláusula tercera del mismo. Sin embargo, es necesario precisar que el cumplimiento de determinadas obligaciones por "PERCAT" requería que previamente la entidad municipal cumpliera con determinadas prestaciones, necesarias e indispensables que permitiesen a "PERCAT" cumplir su ejecución. Así, puede advertirse en el punto 3.5.1. del Anexo 001 del Contrato y en la Cláusula Octava del Contrato las siguientes precisiones:



3.5.1. PLANOS Y DIBUJOS

"Se utilizará Planos y Dibujos proporcionados por LA MUNICIPALIDAD, que están de acuerdo a las Normas tradicionales de representaciones para Estructuras de Acero, así mismo el Proveedor entregará en su debida oportunidad todos los diagramas de corte que serán utilizados en la fabricación del puente carrozable sobre el río Tincuy, debidamente codificado...."

3.13.1. DE LAS CONDICIONES PARA EL MONTAJE

EL CONTRATANTE proporcionará para el proceso de montaje, la subestructura (estribos). Debidamente construidas y con verificación de su entrega por parte del proveedor.

OCTAVO: DISPOSICIONES FINALES

"La Municipalidad, se obliga a proporcionar los medios necesarios para la realización del Servicio de requerimiento de El Contratado (Información, terraplén) (el énfasis es nuestro).

Consecuentemente puede apreciarse del “CONTRATO” y del anexo que forma parte del mismo, que la “MDLL” debía cumplir con por lo menos dos obligaciones necesarias e indispensables para la culminación de la obra:

1. La aprobación de los planos y diseños entregados por “PERCAT”.
2. La entrega del “terraplén” y la subestructura estribos para el proceso de montaje.

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el terraplén consiste en un macizo de tierra con el que se rellena un hueco, o con el que se levanta para hacer una defensa, un camino u otra obra semejante, es decir, el terraplén tiene por finalidad nivelar la tierra de manera que pueda servir como soporte, para que sobre éste, se pudiese realizar el montaje y la estructura metálica, si el suelo no está listo es materialmente imposible proceder al montaje y al lanzamiento de las estructuras metálicas.

“PERCAT” ha acreditado el requerimiento a la “MDLL” tanto de la aprobación de los planos y diseños elaborados por ellos y como el de la entrega del terraplén para proceder al lanzamiento del puente, conforme se puede apreciar de las siguientes comunicaciones, la Carta N°061-2008-PERCAT/G del 24 de octubre del 2008 (Anexo – C de la demanda) y la Carta N°062-2008-PERCAT/G del 24 de octubre del 2008(Anexo – D de la demanda), respectivamente:





Percat
Contratistas Generales SAC

Infraestructura Básica, Infraestructura Vial,
Proyectos Hidráulicos, Maquinarias, Fundición,
Metal Mecánica, Carpintería, Venta de
materiales, Material Prefabricado y Otros.

Ayacucho, 20 de Octubre del 2008

CARTA No 61 -2008-PERCAT/G

Señor:

MAXIMO LOPEZ CARBAJAL
Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llochegua

Llochegua

Asunto : Conformación de Terraplén Estructural

Referencia : Contrato de Suministro, Fabricación,
Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte
de Estructuras Metálicas-Puente Tincuy.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. para manifestarle que en la última visita de inspección que realizamos al lugar de la obra, se pudo constatar que el terraplén existente próximo al estribo derecho del Río Tincuy, no se encuentra alineado respecto al eje del puente, como tampoco presenta ancho y niveles necesarios para que en este sector se pueda instalar los elementos o equipos de lanzamiento, así como el armado de las mismas estructuras que constituyen en su conjunto el puente metálico.

Hacemos recordar la Cláusula OCTAVO.- DISPOSICIONES TRANSITORIAS del Contrato que dice textualmente "La Municipalidad, se obliga a proporcionar los medios necesarios para la realización del Servicio a requerimiento de El Contratado (Información, terraplén); al respecto, estando próximo el traslado al lugar de la obra de las estructuras metálicas del puente y, existiendo la necesidad de contar con una plataforma de montaje y lanzamiento en el sector del estribo derecho, requerimos que vuestra institución disponga conforme se tiene el compromiso de conformar un terraplén estructural adyacente a dicho estribo, en una longitud de 90 m., ancho 7.73 mts. y nivelado horizontalmente respecto de la cota relativa de 500 msnm que marcamos en la cajuela del estribo derecho para efectos de trabajo, según se indica en los planos que adjuntamos".

Seguros de contar con la atención correspondiente, reiteramos una vez más nuestra predisposición y cumplir de esta forma con los objetivos y metas del proyecto.

Atentamente,

C.c.
Arch.



CERTIFICO: QUE, LA PRESENTE FOTOCOPIA HA SIDO TOMADA DE
SU ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA, LA CUA LA QUE COLEGIO DE
CONFRONTADA, ENCONTRÉ CONFORME.

AYACUCHO

OCT. 2010

JOSÉ HINOSTROZA AUCASIME
NOTARIO PÚBLICO DE LLOCHEGUA





Percat
Contratistas Generales SAC

Infraestructura Básica, Infraestructura Vial,
Proyectos Hidráulicos, Maquinarias, Fundición,
Metal Mecánica, Carpintería, Venta de
materiales, Material Prefabricado y Otros.

CARTA No 62 -2008-PERCAT/G

Señor:

MAXIMO LOPEZ CARBAJAL
Alcalde de la Municipalidad Distrital de Llochegua

Llochegua

Asunto : Remitimos planos y memoria relacionado al
pilar (temporal) para su revisión /aprobación.

Referencia : Contrato de Suministro, Fabricación,
Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte
de Estructuras Metálicas-Puente Tincuy.

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. para manifestarle que remitimos adjunto a la presente misiva los planos diseño de los pilares y su respectiva memoria de cálculo, a fin de que sean revisados / aprobados para que luego puedan ser ejecutados. Dichas estructuras servirán de apoyo temporal para las actividades de lanzamiento del puente metálico desde la plataforma de montaje que se localiza en el lugar adyacente al estribo derecho del Puente Tincuy.

Seguros de contar con la atención correspondiente, reiteramos una vez más nuestra predisposición.

Atentamente,



C.c.
Arch.



Estas cartas señala "PERCAT" no fueron respondidas y tampoco se dio cumplimiento a lo solicitado en las mismas. La "MDLL", al no haber participado activamente en el presente proceso arbitral, no ha presentado medio probatorio alguno que acredite el cumplimiento de lo solicitado en dichas cartas, ocasionando así la paralización de la obra.

En efecto, más allá de su afirmación en la Resolución de Alcaldía N°009-2010-MDLL/A de fecha 09 de enero del 2010, en la que la "MDLL" señala que sí habría cumplido con los requerimientos efectuados en la carta N°61-2008-PERCAT/GG y la carta N°62-2008-PERCAT (entrega del terraplén y aprobación de los planos), no ha presentado medio

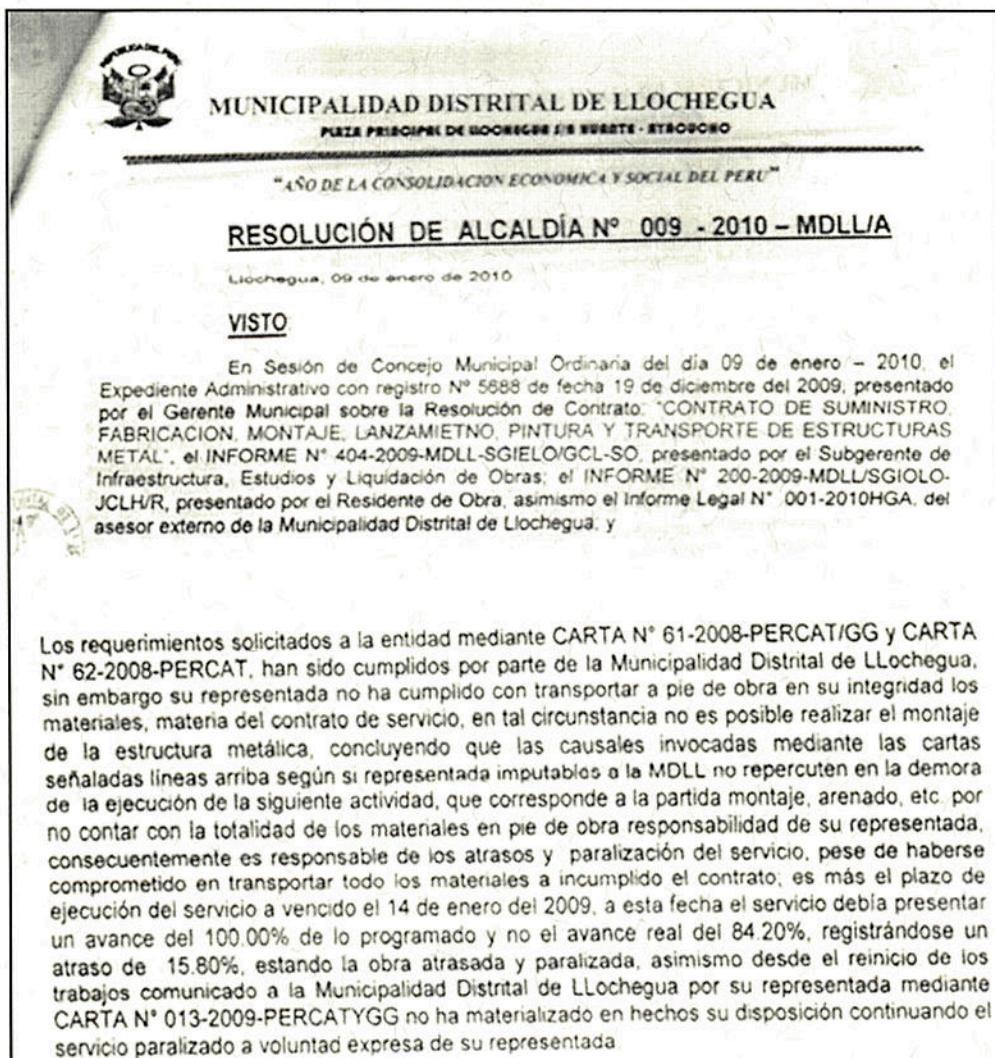


Caso Arbitral N° 029-2010-OSCE

Página 23 de 43

Percat Contratistas Generales S.A.C vs Municipalidad Distrital de Llochegua

probatorio alguno que acredite el cumplimiento de los requerimientos efectuados por "PERCAT".



En la Resolución de Alcaldía bajo análisis, llama la atención del Árbitro Único lo siguiente: en la misma no se señala la forma cómo se hizo la entrega del Expediente para la fabricación de los falsos pilares, la fecha, la comunicación y la persona quien efectuó la entrega, lo mismo ocurre para el caso de la entrega del terraplén. Por otro lado, y de forma contradictoria a la afirmación que se ya se había cumplido con los requerimientos efectuados por "PERCAT", en Resolución de Alcaldía la "MDLL", se afirma que el incumplimiento imputado por "PERCAT" no repercute en la demora de la ejecución del "CONTRATO", ya que "PERCAT"

tampoco habría cumplido con transportar a pie de obra en su integridad los materiales, materia del “CONTRATO”, siendo en tales circunstancias imposible realizar el montaje de la estructura metálica. Finalmente en la referida Resolución, la “MDLL” reconoce que la contratista ha ejecutado la obra en un 84.20%, quedando como restante 15.80%, es decir, la obra ya casi se encontraba culminada.

Sin embargo, contrariamente a lo que afirma “MDLL”, el Árbitro Único ha podido apreciar en el acervo fotográfico presentado por “PERCAT” como anexo – LL de su demanda, que en realidad las estructuras metálicas se encontraban listas para la colocación y el montaje del puente Tincuy, lo que se condice además con el propio reconocimiento que hace la “MDLL”, de forma directa al señalar que el “CONTRATO” ya había sido ejecutado en un 84.20% (como es posible que el Contrato este en ese porcentaje de ejecución de no haberse transportado y entregado las piezas metálicas para efectuar el montaje y el lanzamiento del puente); y de forma indirecta en los otros dos procesos de selección que se convocan posteriormente para concluir la ejecución del “CONTRATO”, que tenían como objeto de la convocatoria: el montaje, el pintado y el arenado, más no la fabricación, transporte y entrega de las estructuras metálicas del puente.

En consecuencia, el Árbitro Único determina que no ha existido un incumplimiento injustificado por parte de “PERCAT” sino que por el contrario “MDLL” no cumplió con sus obligaciones pactadas en el “CONTRATO” provocando que “PERCAT” no pudiese cumplir con las suyas, en ese sentido no existiendo causal alguna que justifique la resolución del “CONTRATO”, debe declararse nula la Resolución de Alcaldía Nº 009–2010–MDLL/A.

Respecto a la Vigencia del “CONTRATO”:

Por otro lado, con respecto a la PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, el Árbitro Único declara que no puede ordenar la ejecución del “CONTRATO” ya que los trabajos para el montaje, lanzamiento, pintura y arenado del puente Tincuy han sido debidamente ejecutados por otro contratista.

En efecto, de las Bases presentadas por la demandante, adjuntadas como anexo - O en la demanda, se advierte que la “MDLL” convocó a dos procesos de selección para la conclusión de los trabajos del puente Tincuy, por lo que de declararse la vigencia del

"CONTRATO", el mismo sería de imposible ejecución, consecuentemente el Árbitro Único determina que carece de objeto pronunciarse sobre esta pretensión; ello, claro está, sin perjuicio de los efectos legales que puedan derivarse de tal situación.

El Árbitro Único, para efectos de resolver si procede o no el pago de la suma de S/. 734,800.00 como contraprestación a favor de "PERCAT" debido a la imposibilidad de ejecución, considera necesario evaluar conjuntamente con esta pretensión el pedido de reajuste solicitado por "PERCAT".

Determinar si corresponde que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades por parte de "MDLL".

POSICIÓN DE "PERCAT"

"PERCAT" manifiesta que conforme lo establece la "LCE" y el "RLCE", y así lo precisado el OSCE en diversas Opiniones, las penalidades por tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

"PERCAT" señala que no estaba en ninguna situación de incumplimiento, ya que la no ejecución de las partidas referidas al lanzamiento de las estructuras metálicas , del arenado y la pintura, se debían exclusivamente a incumplimientos imputables a la "MDLL", es la referida entidad, la que no había entregado el terraplén y no había aprobado los planos y la memoria de las torres temporales, por tanto, la única responsable de que no se ejecutaran las labores de montaje y lanzamiento eran de la propia "MDLL".

En consecuencia "MDLL" no puede pretender aplicar penalidades, pues no existe incumplimiento injustificado por parte de "PERCAT".



POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Conforme al art. 165° del “RLCE”, para la aplicación de penalidades se requiere el retraso injustificado

Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

El Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado, respecto a la aplicación de penalidades ha precisado lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 165º del Reglamento, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, “la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

Esta penalidad tiene la finalidad de desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad, de alguna manera, por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le haya causado. (OPINIÓN Nº 064-2010/DTN)

Como puede apreciarse, el artículo 165 del “RLCE” es sumamente claro al estipular que las penalidades por mora, tienen como presupuesto para su aplicación el incumplimiento injustificado, es decir imputable al Contratista, sin dicho presupuesto su aplicación se torna improcedente. Ahora bien, en el presente caso el Árbitro Único ha determinado que “PERCAT” no ha incurrido en incumplimiento injustificado y por tanto, no procede la aplicación de penalidad alguna en contra de “PERCAT”.

- II. Determinar si corresponde o no declarar la procedencia del reajuste del precio pactado en el contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructuras metálicas y, en consecuencia, que la “MDLL” pague a “PERCAT” la suma de S/.123,207.70.

Determinar si corresponde o no declarar la procedencia del pago de la contraprestación por los servicios pendientes de ejecución y de imposible cumplimiento ascendentes al monto de S/ 734,800.00, que es el precio licitado por la MDLL, ello en aplicación de lo estipulado en el artículo 1155 del Código Civil.

POSICION DE "PERCAT"

"PERCAT" señala en el 2.4 de su demanda (Antecedentes Relevantes), que habría acordado con el Alcalde de "MDLL", la revisión y el reajuste de los costos utilizados por la referida entidad al momento de determinar el Valor Referencial y que finalmente fueron pactados en el "CONTRATO". Ello en razón del alza en los precios internacionales de los insumos a ser utilizados.

"PERCAT" explica que una prueba fehaciente de la procedencia del reajuste de precios, está en el hecho que la propia "MDLL" cuando convocó a concursos públicos para contratar las actividades pendientes de ejecución por "PERCAT", utilizó los costos reales y por ello el monto de cada valor referencial fue actualizado y conjuntamente ascendían a la suma de S/ 734,800 (Setecientos Treinta Cuatro Mil Ochocientos Nuevos Soles), mientras que los costos contemplados en el "CONTRATO" para "PERCAT" por la ejecución de las mismas labores, ascendían a la suma de S/ 104,046.84 (Ciento Cuatro Mil Cuarenta y Seis y 84/100 Nuevos Soles).

"PERCAT" se pregunta en su demanda, cuál sería la razón que justifica un precio diferente, para las mismas labores, dependiendo quién ejecute el "CONTRATO".

Como medios probatorios que sustentan esta afirmación, "PERCAT" adjunta las Bases y Otorgamiento de Buena Pro de los referidos procesos de selección:

- Concurso Público N°001-2010-MDLL/CPE: Contratación del Servicio de Arenado y Pintado de la Estructuras Metálicas del Puente Tincuy.
- Concurso Público N°002-2010-MDLL/CPE: Contratación del Servicio de Montaje y Lanzamiento con apoyos del Puente Tincuy.

En ese sentido, "PERCAT" señala que percatándose del cambio drástico en los precios de los materiales que iban a ser utilizados durante la ejecución del "CONTRATO", que es un contrato de trato sucesivo y de ejecución prolongada, con la intención de que se mantenga el equilibrio económico financiero "CONTRATO" y sus prestaciones no se vuelvan excesivamente onerosas, solicita a "MDLL" que realice un reajuste de los precios contemplados en el "CONTRATO", sin que hasta la fecha hayan obtenido respuesta en sentido afirmativo o negativo sobre su pedido.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

En materia de contratación estatal, al igual que en la teoría del contrato en general, rige el principio de la obligatoriedad del Contrato, estando vinculado el Contratista a lo estipulado en el Contrato que está conformado no sólo por el documento que la contiene, sino también por las Bases Integradas y por la oferta ganadora (que está comprendida por la Propuesta Técnica y la Propuesta Económica), según lo dispuesto en el artículo 142(2) del "RLCE". Por tanto, el contratista durante la ejecución del Contrato debe ceñirse a lo ofertado en ambas propuestas.

Sin embargo, la propia normativa en contratación estatal también prevé la posibilidad de introducir modificaciones al Contrato y otorga la potestad a las entidades administrativas de modificar el contrato, siempre y cuando el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios y que tales modificaciones no varíen en forma alguna las condiciones originales que motivaron su selección (Artículo 143(3) del "RLCE") y la potestad de introducir fórmulas de reajuste ante la variación de los precios de los insumos que serán necesarios para ejecutar el Contrato, que alteren el equilibrio económico-financiero del Contrato (Artículo 49 del "RLCE").

² El artículo 142º del "RLCE" establece que "El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato." (El subrayado es agregado).

³ El artículo 143º del RLCE establece que "Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista."

Esta posibilidad de modificación y alteración del Contrato inicialmente suscrito, ha sido reconocido en diversas opiniones del OSCE, precisando incluso que *"durante la ejecución del contrato, la variación de las condiciones económicas en las que se formula una oferta alteren el equilibrio contractual y generen que la prestación asumida por el Contratista devenga en excesivamente onerosa, podría justificar que éste inicie un proceso arbitral a fin de solicitar al árbitro o Tribunal Arbitral la reducción de su prestación, el reajuste de los precios o si no fueran viables las alternativas anteriores- la resolución del Contrato"*. (Opinión N° 079-2008-DOP).

Como se ha señalado el artículo 49 del "RLCE" ha regulado la posibilidad de considerar fórmulas de reajuste de los pagos que correspondan al Contratista.

Artículo 49.- Fórmulas de Reajuste

1. *En los casos de contratos de trácto sucesivo o de ejecución periódico o continuada de bienes o servicios, pactadas en moneda nacional, las Bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al Contratista, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI, correspondiente al mes en el que debe efectuarse el pago.*

Cuando se trate de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta no se aplicará la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el párrafo precedente

2. *En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del Contrato y sus ampliaciones serán ajustados multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar la fórmula o fórmulas polinómicas, los índices unificados de precios de la construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización*

Respecto al reajuste de precios, en diversas opiniones del OSCE, se ha precisado que el reajuste de precios tiene por finalidad restablecer el desequilibrio económico-financiero que puede producirse entre la fecha de la celebración del contrato y la fecha de la ejecución de las prestaciones, especialmente en los contratos con prestaciones periódicas o de trácto sucesivo que puedan verse afectadas por fenómenos de inflación o deflación (Opinión N° 003-2008/DOP).

Como puede apreciarse, la norma establece una serie de requisitos para la procedencia de la aplicación de fórmulas de reajuste para el pago de las contraprestaciones que corresponden

al contratista: (i) debe tratarse de contratos de trato sucesivo o de ejecución periódica o continuada tanto de bienes o servicios, (ii) las Bases deben contemplar las fórmulas de reajuste.

En el presente caso, el “CONTRATO” suscrito entre “PERCAT” y “MDLL” es un contrato de ejecución periódica, por lo que se cumple con el primer requisito establecido en el “RLCE”. Respecto al segundo requisito si bien es cierto, ni las Bases, ni el “CONTRATO” prevén de forma específica una fórmula de reajuste para los pagos a ser efectuados a favor de “PERCAT”, ambas partes sí pactaron de común acuerdo la posibilidad de efectuar una variación tanto a las prestaciones por parte del Contratista como las contraprestaciones de parte de la entidad en caso existiera un motivo que justifique dicha variación por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas del “CONTRATO”⁴, por lo que también se verifica el cumplimiento de este requisito; consecuentemente resulte procedente el pedido de “PERCAT” de efectuar el reajuste de los precios pactados en el “CONTRATO” y en consecuencia que se ordene el pago de la suma de S/ 123,207.20.

Nuestra interpretación se ve reforzada por el criterio vertido por el propio OSCE, al señalar que es posible el reajuste de precios incluso si las Bases o el “CONTRATO” no hayan previsto una fórmula de reajuste, pero sí la posibilidad de efectuar el reajuste a los precios del Contratista. En ese sentido, resulta pertinente traer colación la Opinión N° 007-2011/DTN, expedida a propósito de la consulta realizada por SCHROTH CORPORATION PAPELERA S.A.C., en la que se precisa lo siguiente:

“Para tal efecto, en las Bases o en el contrato debe haberse previsto la posibilidad de reajustar los pagos al contratista, sin necesidad de establecerse una fórmula para tal efecto, pues el reajuste estará dado por la variación del precio al que se cotiza el bien en el mes en el que se efectuará el pago, como se ha indicado en el párrafo anterior.”

En adición a los fundamentos expuestos que de por sí justifican la procedencia del reajuste, se tiene que la propia “MDLL”, cuando realizó los procesos de selección para contratar la ejecución de las prestaciones pendientes de ejecución por parte de “PERCAT” en el Puente

⁴ OCTAVO.- DISPOSICIONES FINALES (...)

- La prestación y contraprestación durante la vigencia del presente contrato no sufrirá variación alguna, salvo en caso de incumplimiento de las cláusulas precedentes.

Tincuy, cuyas labores correspondían al montaje, lanzamiento, pintado y arenado, utilizó como valor referencial para ambos procesos la suma de S/ 734,800.00, mientras que en el “CONTRATO” con “PERCAT”, por esas mismas labores se pactó una contraprestación ascendente a la suma de S/ 147,331.50, lo que evidencia que los costos contemplados en el “CONTRATO” no se condicen con los costos reales al momento de la ejecución del mismo. En efecto, en el cuadro de requerimientos y valores referenciales que obra como Anexo 3, de las Bases Integradas de la Licitación Pública Nº 001-2007-MDLL/CEP, se tiene la siguiente información desagregada de los costos:

ANEXO 3: CUADRO DE REQUERIMIENTOS Y VALORES REFERENCIALES				
PERFIL DE ACERO ESTRUCTURAL RST 37.2	KG	48,876.61	8.50	S/. 415,451.19
PERFIL DE ACERO ESTRUCTURAL RST 52.3	KG	50,495.85	8.50	S/. 429,214.73
PERNOS DE ALTA RESISTENCIA HV 10K M20	KG	1872.6	8.50	S/. 15,917.10
TRANSPORTE DE ACERO LIMA A OBRA	KG	101245.06	0.25	S/. 25,311.27
MONTAJE DE ESTRUCTURAS METALICAS	KG	101245.06	0.75	S/. 75,933.80
ARENADO	M2	1953.96	3.54	S/. 6,917.02
PINTURA BASE EPOXICA 2 CAPAS	M2	1953.96	13.00	S/. 25,401.48
PINTURA DE ACABADO 2 CAPAS	M2	1953.96	20.00	S/. 39,079.20
TOTAL (SIC)	S/.			1,033,225.77
TOTAL REAL	S/.			1,033,225.79

Si la información de costos contemplada en el Anexo 3 de las Bases se compara con los Valores Referenciales utilizados por la “MDLL”, en los procesos de selección posteriores convocados para la ejecución de las prestaciones pendientes por parte de “PERCAT”, se advierte que existe una gran diferencia en los mismos, a una ratio aproximada de 6 a 1, conforme se aprecia en los cuadros siguientes:

Procesos de Selección	Bases del Proceso de Selección	Prestaciones a Ejecutar	Valor Referencial/Precio pactado en el Contrato
Licitación Pública Nº 001-2007-MDLL	Contratación para Fabricación Suministro e Instalación de Estructuras Metálicas Puente Tincuy.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Montaje de Estructuras ▪ Lanzamiento con apoyos ▪ Arenado de Estructuras Metálicas. ▪ Pintado de Estructuras Metálicas. 	S/. 147,331.50
Concurso Público Nº 001-2010-MDLL	Contratación de Servicio de Arenado y Pintado de Estructuras Metálicas Puente Tincuy.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Arenado de Estructuras Metálicas. ▪ Pintado de Estructuras Metálicas. 	S/ 387,900.00
Concurso Público Nº 002-2010-MDLL	Contratación de Servicio de Montaje con apoyos del Puente Tincuy.	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Montaje de Estructura. ▪ Lanzamiento con apoyos. 	S/ 346,900.00

Proceso de Selección	Prestaciones a Ejecutar	Valor Referencial/Precio Pactado
Licitación Pública N 001-2007-M DLL	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Montaje de Estructuras. ▪ Lanzamiento con apoyos. ▪ Arenado de Estructuras Metálicas. ▪ Pintado de Estructuras Metálicas. 	S/. 147,331.50
Concursos Públicos Nº 01 y 02-2010-M DLL	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Montaje de Estructuras. ▪ Lanzamiento con apoyos. ▪ Arenado de Estructuras Metálicas. ▪ Pintado de Estructuras Metálicas. 	S/. 734,800.00
Diferencia de Costos Utilizados por la "MDLL".		S/. 587,468.50

Ahora bien, la fórmula presentada por "PERCAT", que sustenta su pedido de reajuste en los precios del "CONTRATO" ascendente a la suma de S/ 123,207.70 (Ciento Veintitrés Mil Doscientos Siete y 70/100 Nuevos Soles), resulta razonable, según la explicación brindada por los representantes de la empresa "PERCAT", en la Audiencia de Pruebas, y atendiendo al propio reajuste formulado por "MDLL" en las actividades pendientes de ejecución que arrojan un ratio de 6 a 1.

Consecuentemente el Árbitro Único determina la procedencia del reajuste de precios solicitado por "PERCAT", por un monto ascendente a la suma de S/ 123,207.70 (Ciento Veintitrés Mil Doscientos Siete y 70/100 Nuevos Soles). Respecto al pedido de pago de los intereses legales correspondientes el Árbitro Único precisa que al no existir certeza sobre la procedencia o no del reajuste, sino con la emisión del presente laudo, no resulta amparable el pedido de reconocimiento de intereses, pues la obligación de pago aún no era líquida y exigible.

Habiéndose determinado la procedencia del reajuste de precios solicitado por "PERCAT", corresponde analizar la procedencia o no del pago ascendente a la suma de S/ 734,800.00 solicitado por "PERCAT" debido a la imposibilidad de ejecutar las prestaciones relacionadas

al montaje, lanzamiento, pintado y arenado. Este pago solicitado por "PERCAT", independientemente de la forma como ha sido requerida por "PERCAT", corresponde al pedido de una indemnización por lucro cesante.

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

Continúa explicando que la prueba del lucro cesante, es sin duda un problema complejo. La complejidad proviene que este tipo de daño es, es menudo, un daño que se produce y concreta en el futuro, un lucro justificado en el contrato, que el acreedor habría llegado a obtener de no haberse producido el incumplimiento. Y la obtención de un lucro futuro tiene siempre ciertas dosis de incertidumbre o aleatoriedad, pues depende de múltiples factores externos y de la propia conducta futura del acreedor. Aunque estas razones no pueden excluir su indemnización anticipada, explican la cautela de los tribunales en el reconocimiento de esta.⁵

En nuestras normas de contrataciones que rigen el "CONTRATO" que vinculaba a las partes, el artículo 44º de la "LCE" establece expresamente que "cuando se resuelva el contrato por causas imputables a algunas de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados", asimismo el artículo 170º del "RLCE" estipula que "si la parte perjudicada es el contratista, la entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por daños y perjuicios, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad."

Ahora bien, el Árbitro Único considera que dado los incumplimientos acreditados de parte de la "MDLL", su actuar de mala fe al negarse injustificadamente a formalizar un reajuste de precios y posteriormente convocar a concursos públicos para contratar esta vez considerando los costos reales para la ejecución de las prestaciones, determina que es conforme a derecho que se declaren resueltas las obligaciones pendientes de ejecución por "PERCAT" y que se le reconozca una indemnización por el lucro cesante que ha dejado de

⁵ MORALES MORENO Antonio Manuel. *Incumplimiento del Contrato y Lucro Cesante*. Editorial Aranzadi – Thomson Reuters. Navarra, 2010, p 25 y 31.

percibir como consecuencia de la imposibilidad de ejecutar las prestaciones que les faltaba ejecutar debido al incumplimiento por parte de la “MDLL” y siendo que la misma tenía pleno conocimiento de sus incumplimientos, procedió a llevar procesos de seleccionar para contratar a nuevos contratistas para que ejecuten las labores pendientes de ejecución por parte de “PERCAT”.

En efecto, a lo largo del proceso arbitral, en el que por cierto la entidad municipal, decidió voluntariamente (a pesar de haber sido notificada válidamente con todas las resoluciones del proceso) no participar, se ha acreditado que las prestaciones de montaje, lanzamiento, pintura y arenado de las estructuras metálicas del Puente Tincuy a cargo de “PERCAT”, no se realizaron porque la “MDLL” no cumplió con obligaciones previas, necesarias que dichas labores se ejecuten, y posteriormente contrató a nuevos contratistas a precios actualizados para la ejecución de dichas labores tornando de imposible cumplimiento las labores que estaban pendientes de ejecución.

Dado que la normativa en contratación estatal no cuenta con una regulación específica para cuantificar una indemnización, para contratos diferentes a los de obra⁶, debe acudirse a lo regulado en la normativa civil, para el caso en que una prestación sea de imposible cumplimiento por causa imputable al acreedor, que en el presente caso es la “MDLL”. En ese sentido resulta aplicable lo regulado en el artículo 1155º del Código Civil cuyo texto estipula lo siguiente:

Artículo 1155º.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.



6 Para los contratos de obra, debe aplicarse lo estipulado en el artículo 209º del RLCE que establece que en caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato”.

En consideración a todo lo expuesto en el presente acápite y a las normas interpretadas corresponde ordenar a la “MDLL”, cumpla con el pago de la contraprestación que corresponde por las labores de montaje, lanzamiento, pintura y arenado que se encontraban pendientes de ejecución por parte de “PERCAT” y que se tornaron de imposible cumplimiento por el actuar de la “MDLL”. Dicha contraprestación deberá pagarse conforme a los precios reajustados que la propia “MDLL” efectuó al momento de fijar el valor referencial en los dos procesos de selección posteriores que convocó para la contratación de los contratistas que ejecutarían las labores pendientes de ejecución, cuyos montos ascendían a S/ 387,900.00 y S/ 346,900.00 y que arrojan como monto total la suma de S/ 734,800.00.

- III. Determinar si corresponde o no ordenar a la “MDLL” el pago de una indemnización a “PERCAT” por concepto de daños y perjuicios.

POSICIÓN DE “PERCAT”:

“PERCAT” señala que el daño patrimonial está desagregado en dos conceptos:

- (i) *Daño Emergente ascendente a la suma que será determinada por los costos de paralización y gastos de movilización y desmovilización que serán calculados por un perito, que usted se dispondrá designar.*
- (ii) *No reclaman lucro cesante, en su pretensión indemnizatoria, dado que solicitaron como parte de sus pretensiones la ejecución de los servicios que aún faltaban ejecutar como son el montaje, lanzamiento, pintura y arenado de las estructuras metálicas y en caso de no poderse ejecutar el mismo el pago de la contraprestación que corresponden por dichos servicios.*

Asimismo “PERCAT” pretende que el árbitro ordene el pago de un monto ascendente a la cantidad S/.200,000.00 (Doscientos Mil con 00/100) por concepto de daño moral que, “PERCAT” afirma que “MDLL” le ha causado al imputarle de manera arbitraria e ilegal un incumplimiento, llegando incluso, señala “PERCAT” a iniciarle procedimientos administrativo ante el OSCE, y denuncias ante el Ministerio Público, afectando dolosamente el nombre de “PERCAT”

Así señala “PERCAT” que no pretende una indemnización por un supuesto daño físico o psicológico, daño no pasible de sufrimiento por parte de una persona jurídica, en ese sentido no pretende una indemnización por la aflicción o el dolor sufrido debido a las falsas imputaciones de la “MDLL”, sino la merma a la imagen, al buen nombre y a la reputación nuestra, pues de la noche a la mañana, señalan “PERCAT” que se ven inmersos en una serie de procesos judiciales, administrativos y arbitrales por una situación que nunca fue imputable a “PERCAT”.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Ya se ha explicado al momento de analizar la pretensión de pago por la contraprestación que correspondía a “PERCAT” por la labores que se encontraban pendientes de ejecución que el artículo 44° de la “LCE” establece expresamente que “cuando se resuelva el contrato por causas imputables a algunas de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados”, y que el mismo debía interpretarse sistemáticamente con el artículo 170° del “RLCE” que estipula que “si la parte perjudicada es el contratista, la entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por daños y perjuicios, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.”

Para efectos de analizar la pretensión indemnizatoria por daño emergente deducida por “PERCAT” en su demanda, debe también considerarse lo establecido en el artículo 1321° del Código Civil cuyo texto precisa lo siguiente:

“Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.”

Asimismo, debe considerarse que la doctrina es pacífica en definir al daño emergente derivado de la responsabilidad contractual que estamos analizando, como la pérdida económica o detrimiento patrimonial, el empobrecimiento del patrimonio que el acreedor sufre como consecuencia de una contingencia patrimonial negativa precedente.

Página 37 de 43

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

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

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

En base a los medios probatorios y los fundamentos expuestos por "PERCAT" el Árbitro Único considera que no se han acreditado de forma convincente los daños comprendidos en este rubro, y tampoco el *quantum* del daño mismo, ya que este debía ser determinado mediante el peritaje que "PERCAT" había solicitado en un principio, sin embargo, mediante escrito del 14 de febrero de 2011, "PERCAT", se desiste de la pericia y, en consecuencia, no se determinó el *quantum* de los costos de paralización, gastos de movilización y desmovilización.

Estando a que en el proceso arbitral "PERCAT" no ha acreditado cuales han sido los perjuicios ocasionados que corresponden a la categoría de daño emergente corresponde declarar INFUNDADO por improbanza este extremo de la pretensión

Respecto al daño moral, el Árbitro Único precisa que debe tomarse en consideración lo establecido en el artículo 1322º del Código Civil, cuyo contenido regula lo siguiente:

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

Artículo 1322º.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

La doctrina autorizada que comenta y explica los alcances sobre el daño moral, precisa que el mismo debe ser entendido como aquel dolor, aflicción o la pena que sufre aquel que es víctima de daño patrimonial o no patrimonial.

Ahora bien, respecto al daño moral que afecta a la persona jurídica, Juan Espinoza Espinoza expresa lo siguiente: *"Se ha dicho que la sola circunstancia de que una norma se halle enlazada con atributos humanos no es suficiente para excluir su aplicación a las personas jurídicas. Tal cuestión debe decidirse conforme a: (i) el análisis de la regla de derecho afectada; (ii) sus motivos legislativos; y (iii) la función atribuida a la misma. Únicamente cuando la finalidad así comprobada no puede conciliarse con la finalidad de las personas jurídicas, por lo que pueden resultar diferentes en las personas naturales y en las personas jurídicas los supuestos de la norma de que se trata, pero las consecuencias jurídicas son las mismas, es decir que aun cuando adaptemos las cualidades humanas contenidas en la norma a la peculiar condición de la persona jurídica, no alteremos con ello la finalidad de la norma."⁸*

En ese sentido el Tribunal Constitucional, en el Expediente 0905-2001-AA/TC (Acción de Amparo) publicada en el Diario Oficial El Peruano el dia 12 de septiembre de 2002:

"... las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales, en ciertas circunstancias, (...) el derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo.... Aunque la buena reputación se refiera en principio a los seres humanos, éste no es un derecho que con carácter exclusivo ellos puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo de desconocimiento hacia éstos últimos podría ocasionar que se dejé en una situación de indefensión constitucional, ataques contra la "imagen" que tiene frente a los demás o el descrédito ante terceros de toda organización frente a los demás o el descrito ante terceros de toda organización creada por los individuos....las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a

⁸ SALÁZAR GALLEGOS Max, *Criterios de Cuantificación del Daño a la Persona Jurídica*. En Responsabilidad Civil II a cura de Juan Espinoza Espinoza, Editorial Rodhas. Iera Edición, 2006, p.287

la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.⁸

En el proceso se ha acreditado que la “MDLL”, resolvió indebidamente el “CONTRATO”, a pesar de ser ella la que había incumplido con sus obligaciones contractuales y durante la Audiencia de Informes Orales, señaló que debido a dicho incumplimiento se le aperturó un procedimiento administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del OSCE, hecho que fue corroborado por el Árbitro Único al recibir el Oficio N° 2064-2012/ST-ACG de fecha 25 de setiembre de 2012, en el que la Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE, requiriéndole información sobre el estado del proceso arbitral.

El Árbitro Único comparte las aseveraciones efectuadas por “PERCAT” en el sentido que una resolución de un “CONTRATO” implica una serie de perjuicios de difícil acreditación, como es perdida de facilidades financieras por parte de entidades bancarias, posibilidad de obtener la Buena Pro en otros procesos de selección, gastos de asesores legales para la defensa en el procedimiento sancionador.

No obstante, todas estas aseveraciones no han sido acreditadas con los medios probatorios idóneos y pertinentes que permitan determinar el *quantum* de los daños referidos por “PERCAT”, por ello el Árbitro Único considera que corresponde la aplicación supletoria de lo estipulado en el artículo 1332 del Código Civil, que estipula que: *si el resarcimiento no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa*. Por lo que determina que la entidad reconozca a favor de “PERCAT” la suma de S/ 20,000 (Veinte Mil Nuevos Soles) y no la suma de S/ 200,000 (Doscientos Mil Nuevos Soles) como pretende la contratista.

- IV. Determinar a cuál de las partes en controversia le corresponde restituir los costos del presente proceso arbitral.

POSICIÓN DE “PERCAT”

“PERCAT” en su demanda ha señalado que debe condenarse expresamente a “MDLL” al pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral, por no existir fundamento alguno que justifique la imputación de incumplimiento y la

⁹ Puede verse en el siguiente Link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>

resolución del contrato de suministro, fabricación, montaje, lanzamiento, pintura y transporte de estructura metálicas, que fue el hecho que generó la controversia.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Para determinar la asunción de los costos y costas el Arbitro Único considera que resulta pertinente tomar en cuenta que la presente controversia que derivó en el presente proceso, fue motivada por la Resolución de Alcaldía N° 009–2010–MDLL/A, mediante la cual la entidad resuelve el “CONTRATO” por un supuesto incumplimiento por parte de “PERCAT”, a pesar de tener conocimiento que se encontraban pendientes de ejecución prestaciones de su parte que estaban expresamente contempladas en el “CONTRATO” y que eran necesarias para que “PERCAT” pudiese ejecutar las suyas; esto conllevó a que la contratista recurra a la vía arbitral para que resuelvan sus discrepancias.

Respecto a este punto y conforme lo establece el artículo 73 del Decreto Legislativo N°1071, “Decreto que regula el Arbitraje”, a falta de acuerdo expreso entre las partes en el convenio arbitral respecto a los costos del proceso arbitral, el Arbitro Único determina que estando a que la controversia ha sido generada por un hecho directamente imputable a la “MDLL”, sea dicha entidad la que asuma la totalidad de los gastos arbitrales, tanto los que corresponden a ella, que deberá reembolsarlos a “PERCAT”, como los asumidos por “PERCAT”; por lo que deberá rembolsar previa liquidación en su debida oportunidad los gastos arbitrales efectuados por “PERCAT”, como son los honorarios del Árbitro Único, los honorarios de Secretaria Arbitrales, gastos de abogados para el patrocinio del proceso arbitral y demás gastos que demuestren estén directamente vinculados al presente proceso.

LAUDA:

Por las consideraciones jurídicas expuestas, el Árbitro Único decide laudar de la siguiente manera:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la primera pretensión principal en consecuencia NULA la Resolución de Alcaldía N° 009–2010–MDLL/A, mediante la cual la “MDLL” resuelve el “Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas para el Puente Tincuy”.

SEGUNDO: Declarar **INFUDADA** la pretensión accesoria de "PERCAT", que se declare la vigencia del "Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas para el Puente Tincuy", por ser de imposible ejecución al haberse ejecutado las prestaciones pendientes de ejecución por "PERCAT".

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión subordinada a la primera pretensión accesoria de "PERCAT", que se declaren resueltas sus obligaciones pendientes de ejecución del "Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas para el Puente Tincuy" y en consecuencia de conformidad con lo establecido en el artículo 1155 se **ORDENA** que la "MDLL" cumpla con el pago de su contraprestación al precio en el que fueron licitados dichos servicios, ascendientes a la suma de S/ 734,800.00 (Setecientos Treinta y Cuatro Mil Ochocientos Nuevos Soles).

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal de "PERCAT", en consecuencia se declara la improcedencia en la aplicación de penalidades a "PERCAT" en la ejecución de las prestaciones del "Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas para el Puente Tincuy", al no existir incumplimiento injustificado de "PERCAT".

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de "PERCAT", en consecuencia se **ORDENA** a la "MDLL" cumplir con el pago de la suma de S/ 123,207.20 (Ciento Veintitrés Mil Doscientos Siete y 20/100 Nuevos Soles), producto del reajuste de precios pactados en el "Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas para el Puente Tincuy".

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria a la tercera pretensión principal, dado que recién con la emisión del presente laudo se tiene certeza sobre el reajuste de los precios del "Contrato de Suministro, Fabricación, Montaje, Lanzamiento, Pintura y Transporte de Estructuras Metálicas para el Puente Tincuy".

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la cuarta pretensión principal, en consecuencia se declara **INFUNDADO** el pedido de indemnización por daño emergente por improbanza de este extremo de la pretensión, y se declara **FUNDADO** el pedido de indemnización por daño

moral, pero únicamente en un monto ascendente a la suma de S/20,000 (Veinte Mil Nuevos Soles).

OCTAVO: Declarar FUNDADA la quinta pretensión principal, en consecuencia de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071, se ORDENA que la “MDLL”, asuma la totalidad de los costos del proceso arbitral, por lo que deberá reembolsar, los gastos arbitrales efectuados por “PERCAT”, como son los honorarios del Árbitro Único, honorarios de la Secretaría Arbitral, gastos de abogado para el patrocinio del proceso arbitral y demás gastos vinculados al presente proceso comprendidos en el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071.




Fernando Capuñay Chafloque
Árbitro Único



Milagros Esther Ningle Mansilla
Secretaría Arbitral