

LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR C&C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES SRL CONTRA LA MUNICIPALIDAD DE HUAYRAPATA, ANTE EL ÁRBITRO ÚNICO, DOCTOR JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA.

Resolución N° 28

Lima, 01 de octubre del año 2013

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

El día 10 de julio de 2009, C&C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES SRL (en adelante, DEMANDANTE o CONTRATISTA) y la MUNICIPALIDAD DE HUAYRAPATA (en adelante, MUNICIPALIDAD o ENTIDAD) suscribieron el Contrato derivado de la Licitación Pública N° 002-2009-MDH/M, cuyo objeto era la ejecución de la obra "Construcción Sistema de Riego por Aspersión Huayrapata, distrito de Huayrapata – Moho – Puno".

En la cláusula Décimo Octava del mencionado contrato, se estipuló que cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo, a fin de resolver las controversias que se presenten durante la ejecución contractual, dentro del plazo de caducidad establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

II. MARCO LEGAL APLICABLE

El marco legal aplicable al presente arbitraje es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LEY) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-PCM (en adelante, REGLAMENTO).

Asimismo, resulta también aplicable la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071.

III. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El 7 de abril de 2010 se realizó la audiencia de instalación del Árbitro Único, doctor Juan Jashim Valdivieso Cerna quien declaró haber sido debidamente designado de acuerdo a ley, ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenía ninguna

incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, en su oportunidad.

IV. DE LA DEMANDA ARBITRAL

Mediante escrito ingresado el día 21 de abril de 2010, la DEMANDANTE interpuso demanda arbitral, en la que pretende lo siguiente:

- a. La nulidad de pleno derecho del contenido de la Resolución de Alcaldía N° 115-2009-MDH/A, emitida el 3 de agosto de 2009, notificada por conducto notarial el 4 de agosto de 2009.
- b. Se fije una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados a la DEMANDANTE, por la suma de S/. 550,000.00 (Quinientos cincuenta mil y 00/100 Nuevos Soles), debido a que la MUNICIPALIDAD ha procedido a otorgar la obra a un tercero, a mayor precio, no pudiendo reingresar al nexo contractual originario.
- c. En el supuesto negado que al momento de interposición de la demanda, la carta fianza de fiel cumplimiento emitida a favor de la MUNICIPALIDAD hubiera sido ejecutada, solicita la restitución del monto correspondiente a la misma.
- d. Solicita la restitución de los respectivos gastos, costas y costos del proceso arbitral a la MUNICIPALIDAD.

FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

1. Con fecha 25 de mayo de 2009, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la Licitación Pública N° 002-2009-MDH/M para la ejecución de la obra "Construcción Sistema de Riego por aspersión Huayrapata, distrito de Huayrapata-Moho-Puno", a la DEMANDANTE; por la suma de S/. 4'940,262.61.
2. Con fecha 10 de julio de 2009, se suscribe el contrato con la MUNICIPALIDAD, el mismo que la DEMANDANTE viene cumpliendo hasta que recibió la carta notarial de fecha 3 de agosto de 2009, en la que se adjuntó la Resolución de Alcaldía N° 115-2009 MDH/A de la misma fecha en los términos que ahí se detallan.
3. Dentro del plazo de ley, la DEMANDANTE afirma solicitó arbitraje a fin que se deje sin efecto la resolución del CONTRATO. Sostiene esta parte que la MUNICIPALIDAD de forma arbitraria se rehusó a recibir la solicitud arbitral manifestando que la misma no se encuentra arreglada a derecho por cuanto los supuestos alegados no tienen correlato con la verdad y, considerando que la carta fianza de fiel cumplimiento no posee valor, argumento que a parecer de la DEMANDANTE es inmotivado y sin sustento, y lo que refleja es desconocimiento del sistema bancario.



4. Sobre el particular, la DEMANDANTE menciona que la MUNICIPALIDAD rehusó continuamente a recibir la solicitud de arbitraje, por lo que ante la conducta del alcalde distrital, la DEMANDANTE interpuso la respectiva denuncia policial, tal como fluye de la denuncia de fecha 22 de agosto de 2009, sin que fuera recibida con sello, por lo cual se le remitió igualmente por conducto notarial del Despacho correspondiente al doctor José Diego Utor Quiñe, solicitud que fue entregada en mesa de partes de la Alcaldía con fecha 25 de agosto de 2008, en último día de término procesal.
5. Asegura la DEMANDANTE que comunica estos hechos toda vez que la MUNICIPALIDAD en una fallida acción de rehusar la recepción de la solicitud arbitral y con ello generar la tentativa de caducar la acción de petición arbitral ha lesionado el debido procedimiento, conducta procesal que debe tener presente.
6. Además, la MUNICIPALIDAD de manera irresponsable, asegura la DEMANDANTE, ha procedido a una nueva convocatoria del proceso de selección materia del CONTRATO suscrito por la DEMANDANTE y la MUNICIPALIDAD, sin tener en cuenta que el tema se encuentra con un arbitraje pendiente.
7. Más aún, la MUNICIPALIDAD no sólo omitió comunicar el hecho, sino que decidió seguir con la tramitación de un nuevo proceso de selección mediante el DU N° 041-2009 "Procedimiento Clásico 3-2009/MDH (convocatoria: 1) Decreto de Urgencia N° 41-2009". En efecto, como se aprecia de la revisión del SEACE, la MUNICIPALIDAD otorgó la Buena Pro de la referida obra como consecuencia de un procedimiento que tomó formalizar menos tiempo del establecido en la norma.
8. A mayor abundamiento, indica la DEMANDANTE, en el SEACE se aprecia que el proceso de selección DU 041-2009 "Procedimiento Clásico 3-2009/MDH (convocatoria: 1) Decreto de Urgencia N° 041- derivó en la entrega de la Buena Pro a la empresa Contratistas Ingenieros Asociados SAC por un monto ascendente a S/. 5'137,873.13, es decir por un monto mucho mayor al que se le había otorgado a la DEMANDANTE, lo que aunado a lo mencionado anteriormente, se constituyen en actos que evidencian que el proceso de selección estaba direccionado y que además, fue realizado conociendo que la resolución de contrato a la DEMANDANTE estaba siendo cuestionada.
9. Es evidente, de acuerdo a la DEMANDANTE, que la intención de los funcionarios de la MUNICIPALIDAD encargados de realizar este procedimiento de selección era contratar directamente a la empresa Contratistas Ingenieros Asociados SAC sin importarles el respeto a los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y moralidad que deben regir toda contratación pública.



10. En ese orden de ideas, deduce la DEMANDANTE que la MUNICIPALIDAD conocía perfectamente el estado de la resolución contractual cuestionada, por ello, no solo omitió comunicar este hecho al Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado, sino que espero que la empresa regularizara su situación, para culminar muy pocos días su contratación.
11. De acuerdo a lo expuesto, la DEMANDANTE solicita dejar sin efecto la resolución contractual, que además fue efectuada sin previo requerimiento notarial, por lo que en esta instancia la MUNICIPALIDAD ya no puede alegar incumplimientos a la CONTRATISTA. Todo ello, asegura la DEMANDANTE justifica su pedido de indemnización, por el daño que se le ha venido ocasionando con la resolución contractual.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 1° de julio de 2010, el Árbitro Único dispuso requerir al DEMANDANTE, cumpla con subsanar la presentación de sus medios de prueba. La CONTRATISTA cumplió con lo solicitado mediante escrito de fecha 9 de julio de 2010. En ese sentido, con Resolución N° 2 del 9 de agosto de 2010 se puso a conocimiento de la MUNICIPALIDAD el escrito de demanda, para que lo conteste y de ser el caso, formule reconvencción.

V. CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Con fecha 27 de agosto de 2010 y, mediante escrito "Contestamos demanda", la MUNICIPALIDAD contestó la demanda e, incluso, dedujo excepción de caducidad, de acuerdo a los siguientes términos:

5.1 CONTESTACION DE DEMANDA

5.1.1 *Respecto a los hechos de la demanda*

1. La MUNICIPALIDAD señala como falso el hecho que el DEMANDANTE haya cumplido con el CONTRATO, prueba de ello asegura, han de advertirse los siguientes documentos:
 - Acta de Constatación efectuada el día 31 de julio de 2009 y realizada por el señor Juan Asunto Molleapaza Chiara, Juez de Paz de Única nominación del distrito de Huayrapata;
 - Acta de Constatación de fecha 31 de julio de 2009 efectuada por el señor Héctor Huanca Monroy, Gobernador del distrito de Huayrapata;
 - Acta de Constatación efectuada el 31 de julio de 2009, por el señor Nicolás Parí Apaza, Juez de Paz de la Provincia de Moho encomendado y por la Fiscalía Provincial Mixta de la misma provincia;



- Acta de Constatación de fecha 31 de julio de 2009, efectuado por el SOTS PNP señor Marco Antonio Samán Delgado de la Comisaría de la Provincia de Moho.
2. A ello agrega la MUNICIPALIDAD que la acción del DEMANDANTE no se interpone dentro de los plazos previstos por la Normativa de Contrataciones, debido a que su derecho ha caducado. En efecto, desde la fecha de notificación de la Resolución de Alcaldía N° 115-2009-MDH/A, notificada el 4 de agosto de 2009 (resolución del contrato) recibido por el DEMANDANTE en el mismo día y la fecha de presentación de la demanda - 21 de abril de 2010 -, han transcurrido más de ocho meses.
 3. Ante ello, se precisa que se está vulnerando lo ordenado en el tercer párrafo del artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que debe declararse la caducidad del derecho y en consecuencia, anular lo actuado, declarando concluido el proceso.
 4. De otro lado, respecto a la carta fianza de fiel cumplimiento, no existe conflicto alguno, sino que más bien la controversia versa sobre la carta fianza por adelanto directo, que fue presentada a la MUNICIPALIDAD, acompañada de la solicitud por dicho concepto, pero fuera del plazo establecido por ley.
 5. Además, la MUNICIPALIDAD niega la interposición de una denuncia policial, por parte del DEMANDANTE pues afirma que tal como se advierte de ésta, fue asentada por la señora Margarita Ccuno Bornas (tercera persona, ajena a la relación contractual), sin indicar que actúe en representación del DEMANDANTE, menos aún consta ni fluye de la referida denuncia policial de fecha 22 de agosto de 2009, que se haya entregado a la Entidad, solicitud arbitral con resguardo policial.
 6. En relación a la nueva convocatoria realizada por la MUNICIPALIDAD, esta parte niega que se haya hecho sin conocimiento del DEMANDANTE, por el contrario se procedió de acuerdo a ley, luego de la resolución del contrato. En ese sentido, fue publicada en el SEACE y además, el nuevo proceso de selección no constituye un punto controvertido y ya ha quedado consentido.
 7. Contrario a lo afirmado por el DEMANDANTE, la MUNICIPALIDAD deja en claro que su contraria incumplió el CONTRATO, al no haber presentado su solicitud y carta fianza dentro del plazo establecido. Al respecto, menciona que la presentación de la carta fianza por adelantos para el inicio de obra, es un factor relevante y afecta el contrato en conjunto debido a que el incumplimiento no puede ser revertido, bastando comunicar al contratista la decisión de resolver el contrato.



5.1.2 *Respecto a los antecedentes desarrollados por la MUNICIPALIDAD*

1. Luego de realizado el proceso de selección correspondiente a la Licitación Pública N° 002-2009-MDH/A, convocado bajo los alcances del Decreto de Urgencia N° 041-2009 para la ejecución de la obra "Construcción de Sistema de Riego por Aspersión Huayrapata-Distrito de Huayrapata - Moho - Puno", se suscribió el CONTRATO el 10 de julio de 2009, con el representante del DEMANDANTE, señor César Augusto Ormeño Chávez.
2. Desde los inicios de la relación contractual, la DEMANDANTE mostró mala fe, al presentar una carta fianza de fiel cumplimiento otorgada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito Fianza y Garantías Ltda. Signada con el N° 007-06-FC/CACFG y fechada 18 de junio de 2009, a pesar que la Cooperativa no se encontraba autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros para emitir cartas fianza de garantía, ni inscrita en el Sistema Financiero, conforme lo establece el artículo 155° del REGLAMENTO.
3. La MUNICIPALIDAD advierte que hizo conocer de este hecho a la DEMANDANTE, bajo apercibimiento de aplicar las normas de contrataciones del Estado, resaltando incluso que la CONTRATISTA solicitó ocho días adicionales para subsanar la carta fianza. Ello, luego de diversas suplantaciones de personas, toda vez que el primer Oficio N° 020-2009-MDH/A fue recibido el día 30 de junio de 2009 por una persona que se hizo pasar como el señor César Ormeño Chávez (representante legal de la DEMANDANTE) quien puso su nombre, firma e imprimió su huella.
4. Advertidos de la suplantación, la MUNICIPALIDAD afirma cursó una nueva comunicación mediante Oficio N° 021-2009-MDH/A. Luego de subsanado el percance, la DEMANDANTE remite la Carta Fianza N° 0011-0356-9800015255-37, por la suma de S/. 494,028.00 Nuevos Soles (10% del contrato), a cargo del Banco Continental. La carta fianza se encuentra vencida al 13 de mayo de 2010, no habiendo sido ejecutada, sostiene la MUNICIPALIDAD al contestar la demanda.

5.1.3 *Respecto a los hechos alegados por la MUNICIPALIDAD*

6. Respecto al incumplimiento de la carta fianza por adelanto directo, la MUNICIPALIDAD refiere que la fecha de presentación vencía el 18 de julio de 2009, sin embargo mediante carta N° 025-2009/C&C del 22 de julio de 2009, se presentó de manera tardía la Carta Fianza N° EO795-00-2009 con vigencia a partir del 23 de julio de 2009 y con vencimiento al 20 de octubre de 2009, por la suma de S/. 988,052.52 Nuevos Soles, emitida por Secrex Compañía de Seguros de Crédito y Garantías, solicitando el adelanto directo fuera de los plazos establecidos por ley. A partir de ello, se desprende una nueva falta de respeto a

sus obligaciones contractuales asumidas, así como el retraso injustificado del inicio de obra.

7. En relación al incumplimiento de inicio de obra, la MUNICIPALIDAD indica que la DEMANDANTE le informó para dar inicio a la obra recién el 20 de julio de 2009, incumpliendo además con la ejecución de la obra, de forma tal que la obra llegó incluso a estar en abandono, como fue verificado por las autoridades de la MUNICIPALIDAD, así como las de la provincia de Moho, verificados el 30 de julio de 2009 y certificado el 31 del mismo mes y año.
8. Más aún, mediante Informe N° 031-A-2009/JPQ/JI/MDH del 31 de julio de 2009, el Jefe de Infraestructura comunicó que al 31 de julio de 2009 no se había iniciado la obra, ni ningún tipo de trabajo, ante lo cual la MUNICIPALIDAD argumenta que se encuentra frente a una parte que ha tenido reiterados incumplimientos, creándoles incluso un conflicto social.
9. La MUNICIPALIDAD no niega que no haya requerido a la DEMANDANTE, sin embargo considera que los continuos incumplimientos afectan al contrato en su conjunto de manera tal que no era necesario efectuarlo, procediendo por tanto a resolver el contrato.
10. De otro lado, en relación a la indemnización solicitada, se precisa que la misma no ha determinado los montos exactos de los daños por cada rubro, además no se ha establecido el factor de atribución, por lo que la pretensión debe ser declarada improcedente.
11. La MUNICIPALIDAD informa que frente a los incumplimientos ha procedido a comunicar al Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado para las sanciones que correspondan.

5.2 EXCEPCION DE CADUCIDAD

La MUNICIPALIDAD deduce excepción de caducidad considerando que entre la fecha que manifiesta la DEMANDANTE notificó su solicitud arbitral (4.8.2009) hasta la presentación de la demanda han transcurrido más de ocho meses, lo que contraviene el artículo 170 del REGLAMENTO.

Mediante Resolución N° 3 del 13 de septiembre de 2010, el Árbitro Único resolvió: (i) admitir la contestación de demanda, (ii) poner a conocimiento de la DEMANDANTE la excepción de caducidad deducida por su contraria, para que exprese lo conveniente a su derecho.

Con Resolución N° 4 del 11 de noviembre de 2010, se dispuso citar a las partes a la Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia.

VI. ACTUACIONES ARBITRALES

6.1 Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

1. El 23 de noviembre de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En ese acto, frente a la inasistencia de una de las partes no se pudo arribar a una conciliación, por lo que se establecieron los siguientes puntos controvertidos:
 - Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de pleno derecho del contenido de la Resolución de Alcaldía N° 115-2009-MDH/A emitida el 3 de agosto de 2009 y notificada el 4 de agosto de 2009.
 - Determinar si corresponde o no ordenar a la MUNICIPALIDAD el pago de una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados y que ascienden a S/. 550.000.00 (Quinientos cincuenta y mil y 00/100 Nuevos Soles) por haber procedido a otorgar la obra a un tercero, a mayor precio, no pudiendo reingresar al nexo contractual originario.
 - Determinar si corresponde o no se restituya a la DEMANDANTE la carta fianza si al momento de la interposición de la demanda hubiese sido ejecutada.
 - Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos arbitrales generados en el presente proceso.
2. Acto seguido, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

De la DEMANDANTE

Se admitieron los documentos descritos en el escrito de demanda presentado el 21 de abril de 2010 y escrito presentado el 9 de julio de 2010.

De la MUNICIPALIDAD

Se admitieron los documentos ofrecidos en el escrito de fecha 27 de agosto de 2010. Respecto a las declaraciones testimoniales, el Árbitro determinó que actuaría estos medios de prueba en cuanto las considere necesarias.

3. En la misma diligencia, el Árbitro Único otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días, a fin que presenten sus alegatos escritos.

6.2 Resolución de excepción de caducidad, cambio de secretario arbitral y suspensión del proceso.

1. Mediante Resolución N° 7 de fecha 21 de enero de 2011, el Árbitro resolvió declarar infundada la excepción de caducidad deducida por la MUNICIPALIDAD por los argumentos expuestos en la referida resolución.



2. De otro lado, mediante Resolución N° 8 se dispuso designar como secretario arbitral al señor Miguel Vargas Buendía. No obstante, ante la imposibilidad de continuar con el cargo, se designó a la doctora Gricel Martínez Cisneros.
3. Ante el incumplimiento del pago del segundo anticipo de honorarios profesionales fijados mediante Resolución N° 6 - cuyo monto fue reducido con Resolución N° 13 del 12 de enero de 2012-, el Árbitro Único dispuso suspender el proceso arbitral.
4. Más aún, con Resolución N° 20 de fecha 12 de octubre de 2012, el Árbitro Único decidió declarar concluido el proceso y archivar el expediente; sin embargo, la DEMANDANTE reconsideró la referida resolución, acreditando el pago de los honorarios profesionales adeudados. En ese sentido, mediante Resolución N° 21 se declaró fundado el recurso formulador por la DEMANDANTE.
5. La MUNICIPALIDAD mostró su oposición a la continuación de las actuaciones arbitrales, no obstante, su pedido fue declarado no ha lugar, continuándose con el arbitraje.

6.3 Conclusión de la etapa de pruebas y presentación de alegatos escritos

1. Con Resolución N° 24 de fecha 21 de febrero de 2013, el Árbitro recordó a las partes que no habían cumplido con la presentación de sus alegatos escritos, de manera tal que reiteró presenten los mismos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
2. La DEMANDANTE cumplió con presentar sus alegatos finales mediante escrito ingresado el 1° de marzo de 2013.
3. Con fecha 21 de junio de 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, en la que asistió la DEMANDANTE. La MUNICIPALIDAD fue notificada con copia del acta que al efecto se levantó, con fecha 12 de julio de 2013.
4. Mediante Resolución N° 27 del 10 de septiembre de 2013, el Árbitro Único estableció que el expediente se encontraba listo para laudar y fijó en veinte (20) días el plazo para expedir el laudo, reservándose el derecho de prorrogarlo por veinte (20) días adicionales.
5. En consecuencia, el Árbitro Único procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES



1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la MUNICIPALIDAD fue debidamente emplazado con la demanda, contestó ésta y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como presentar alegatos e incluso informar oralmente; (vi) que, el Árbitro Único está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

II. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

Que el numeral 3 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, estableció que "El Árbitro Único deja claramente establecido que una vez fijados los puntos controvertidos, estos constituyen una pauta de referencia, reservándose el derecho de analizarlos en el orden que considere más conveniente, sin perjuicio del análisis integral de las defensas invocadas por las partes. Asimismo, el Arbitro Único podrá omitir con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con lo que el omitido guarde vinculación. Del mismo modo, los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados por el Arbitro Único si ello resultara, a su juicio más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje".

Que, de conformidad con lo expuesto, este Tribunal resolverá la primera pretensión señalada en el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, para luego proseguir con el análisis de las demás pretensiones del caso.

PRIMERO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de pleno derecho del contenido de la Resolución de Alcaldía N° 115-2009-MDH/A emitida el 3 de agosto de 2009 y notificada el 4 de agosto de 2009.

Que, a fin de entender cuáles fueron las razones y circunstancias que rodearon la resolución del Contrato realizada por la Entidad, haremos una remisión de los hechos que antecedieron a dicho pedido y que se constatan de los documentos que obran en autos del expediente arbitral:

1. Que con fecha 10.07.2009, las partes suscribieron el Contrato proveniente de la adjudicación de la Buena Pro del proceso Licitación Pública N° 002-2009-MDH/M "Construcción Sistema de Riego por Aspersión Huayrapata, Distrito de Huayrapata-Moho-Puno".

2. Que a través de dicho Contrato quedo establecido que la Entidad haría entrega del terreno el 13.07.2009, y que el Contratista ejecutaría la obra en un plazo de 240 días calendarios, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento.
3. Que posteriormente la Entidad, con fecha 04 de agosto del 2009 notifico la Carta Notarial a través de la cual vio por conveniente "resolver el contrato por incumplimiento de la ejecución de la obra construcción del sistema de riego por aspersión Huayrapata con el contratista C & C", a la cual adjunta la Resolución de Alcaldía N° 115-2009-MDH/A que justifica dicha resolución de contrato en base a los siguientes motivos:

"Que, Oficio s/n de fecha 21.07.2009, C&C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L comunica a la Entidad que el día lunes 20 de Julio 2009 (...) se estaría dando inicio a la ejecución de la obra de la referencia en lo que respecta a las obras preliminares, constituyéndose en obra el ingeniero residente y equipo de topografía; sin embargo, el día 20 de julio del 2009 en el terreno a ejecutarse jamás llegaron tales (...)"

"Que de acuerdo al oficio s/n de fecha 21 de julio 2009 se compromete a ejecutar la obra en mención que jamás lo efectuó y que de conformidad al artículo 184° DEL Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado expresamente señala que las condiciones a que se refiere los literales precedentes deberán ser cumplidas dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, pese a todo ello el contratista tenía que ejecutar la obra a más tardar el día 25 de julio del presente año, incumpliendo de esta manera con el contrato de suscripción"

(...)

"Que el Informe N° 031-2009 de fecha 30 de julio del 2009 el Jefe de Infraestructura y Desarrollo Urbano Rural de la Municipalidad Distrital de Huayrapata, sostiene que la empresa C & C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L, ha incumplido en exceso y en demasía el plazo para la ejecución de la obra, (...) manifestando que en la entrega del terreno no estuvo presente el representante legal de C&C consultores ejecutores contratistas generales S.R.L"

(...)

"Que según el Informe N° 012-2009, de fecha 24 de Julio 2009 del jefe de contabilidad de la Municipalidad distrital de Huayrapata, manifiesta que la empresa C & C consultores contratistas generales S.R.L (...) ha incumplido en exceso el plazo para la ejecución de la obra "Construcción Sistema de Riego por Aspersión Huayrapata" así como da a conocer que la carta de fianza N° E0795-00-2009 de fecha 22 de julio 2009 se ha presentado fuera del plazo de acuerdo al Art. 187° DEL d. Leg. N° 1017 Ley de



Contrataciones del Estado y su reglamento en caso de adelantos directos el contratista estaría incurriendo por este hecho en causal de resolución de Contrato".

(...)

"Que conforme se tiene del acta de constatación de fecha 31 de Julio 2009 efectuado por el señor Hector Huanca Monroy, Gobernador del distrito de Huayrapata, se ha podido demostrar que en el lugar denominado rio puncuni de la bocatoma donde se iba a dar inicio a la ejecución de la obra no existe campamento, ingeniero residente, topógrafos, menos personal por parte de la empresa C & C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L, constatándose el incumplimiento y abandono total de la obra construcción de sistema de riego por aspersión Huayrapata del mismo modo se tomaron vistas fotográficas para mayor credibilidad".

(...)

Que conforme se tiene del acta de constatación de fecha 31 de Julio 2009 efectuado por el señor Nicolás Part Apaza Juez de Paz de la provincia de Moho, encomendada y por la fiscalía provincial mixta de la provincia de Moho que en el lugar denominado rio Puncuri de la bocatoma donde se iba a dar inicio a la ejecución de la obra no existe campamento, ingeniero residente, topógrafos, menos personal por parte de la empresa C & C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L, constatándose el incumplimiento y abandono total de la obra".

(...)

Que, conforme se tiene del acta de constatación de fecha 31 de julio 2009 efectuado por el señor SOTS PNP Marco Antonio Saman Delgado de la comisaría provincial de Moho que en el lugar denominado rio Puncuri de la bocatoma donde se iba a dar inicio a la ejecución de la obra no existe campamento, ingeniero residente, topógrafos, menos personal por parte de la empresa C & C CONSULTORES EJECUTORES CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. constándose el incumplimiento y abandono total de la obra (...)"

4. En ese sentido, si bien en el marco de una relación contractual es un derecho de ambas partes resolver el contrato suscrito por incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, existe siempre un procedimiento regulado que seguir para llevar a cabo dicha resolución.
5. Ahora bien, de los documentos que obran en el expediente no se visualiza ningún documento de requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones antes de la comunicación de resolución del contrato; por lo que la pregunta que surge a continuación es, ¿conforme al procedimiento de la normativa de contrataciones, la



Entidad se encontraba obligada a notificar una Carta de requerimiento previo para resolver el contrato?

6. La respuesta nos la otorga los artículos 167° y 169° del Reglamento, señalan lo siguiente:

"Artículo 167°.- Resolución del Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

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

Artículo 169°.- Procedimiento de Resolución de Contrato

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

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastara comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
(...)"

7. Conforme a lo señalado, si bien la Entidad estaba facultada para resolver el Contrato suscrito con el Contratista por el supuesto incumplimiento de la obra, existía un procedimiento que debía respetarse.
8. Que en relación al cumplimiento del procedimiento exigido por la norma para la resolución del contrato, el mismo resulta ser de ineludible cumplimiento toda vez que constituye uno de los requisitos de validez del Acto Administrativo.
9. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en relación al debido procedimiento que este está concebido como el cumplimiento de todas las

garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse y que el mismo comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo¹.

10. Así, el artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General ha señalado dentro de los requisitos de validez de los actos administrativos los siguientes:

"Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación".

11. Respecto del procedimiento seguido para la resolución del contrato, la Entidad se ha amparado en el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que señala que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, por lo que bastara comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

12. La pregunta que surge a continuación es ¿En el presente caso, la situación de incumplimiento no podía ser revertida y por ende no se requería Carta de Apercebimiento Previo? Para responder dicha pregunta debemos analizar dos aspectos, a saber: i) Si, La inejecución de la obra era imposible de ser revertida; y, ii) Si, la demora en la entrega de la Carta Fianza por Adelantos Directo por parte del Contratista, era causal de resolución de contrato sin previo aviso, tal como se ha señalado.

13. Respecto al primer punto, es decir, si era posible revertir la situación de la supuesta inejecución de la obra, nos preguntamos, i) ¿El contratista se encontraba o no en capacidad de ejecutar la obra? Respecto de la respuesta, no se ha acreditado la incapacidad del Contratista de ejecutar la obra, más aun cuando el Comité Especial le adjudicó la Buena Pro en base al cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos y factores de evaluación exigidos en la Bases del proceso; por lo que desde esta perspectiva no podría aseverarse que la situación no pudiese ser revertida, toda vez que el Contratista mantenía su capacidad de ejecución de obra.

14. Respecto del segundo aspecto, es decir, si la demora en la entrega de la Carta Fianza por Adelantos Directos eran razón suficiente para resolver el Contrato sin previo aviso, el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, señala que el inicio de la ejecución de la obra empezara a computarse entre otros requisitos, a partir de la entrega de la Entidad del adelanto directo; así señala lo siguiente:

"Artículo 184°.- Inicio del plazo de Ejecución de Obra

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 858-2001-AA.



El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;
 2. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;
 3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutara la obra.
 4. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;
 5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecida en el artículo 187°.
15. Ahora bien, respecto al plazo para solicitar el adelanto directo, el artículo 187° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

"Artículo 187.- Entrega del Adelanto Directo

En el caso que en las Bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los ocho (8) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondientes, debiendo la Entidad entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación".

16. En ese sentido, si el Contrato fue suscrito el 10.07.2009, el Contratista debió entregar dentro de los ocho (08) días siguientes, la Carta Fianza que garantizaba su solicitud de Adelanto de Obra, es decir a más tardar el día 18.07.2009; sin embargo la Carta Fianza N° E0795-00-2009, emitida por Secrex Cía. de Seguros de Crédito y Garantías, empresa supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros, es de fecha 22.07.2009, es decir con posterioridad.

17. Ahora bien, ante la situación descrita, es decir el atraso en la Entrega de la Garantía por Adelantos por parte del Contratista, la pregunta que surge es ¿Dicha demora era causal para que la Entidad resuelva el Contrato sin previo aviso? La respuesta la encontramos, en la segunda parte del artículo 184° citado, que a la letra señala:

"Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo

previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000). Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad".

18. De la lectura del artículo citado se desprende que, el plazo de inicio de ejecución de la obra se inicia independientemente de que el Contratista haya presentado a tiempo la garantía por adelanto Directo, por lo que de darse el caso la Entidad simplemente debía considerar que su contraparte no requería del mencionado Adelanto Directo para ejecutar la obra. Así, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado señaló en la Opinión N° 09-2012/DTN, lo siguiente:

"De esta manera, una condición necesaria para la procedencia de la solicitud de adelanto directo es que el contratista solicite formalmente la entrega del adelanto dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato. Pasado dicho período, la solicitud de entrega del adelanto directo del contratista no resultaría procedente, debido a que no se cumpliría con una de las condiciones obligatorias establecidas para la entrega de adelantos.

Por otro lado, el artículo 184 del Reglamento establece las condiciones necesarias para el inicio del plazo de ejecución de obra; entre estas, la del numeral 5) del referido artículo: "Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187." (El resaltado es agregado).

Asimismo, el segundo párrafo de este artículo precisa que dicha condición debe ser cumplida dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, resultando este plazo compatible con los plazos que tienen el contratista y la Entidad para solicitar y pagar, respectivamente, el adelanto directo, establecidos en el artículo 187 del Reglamento.

En esa medida, para no afectar el inicio de ejecución de obra, resulta necesario que el contratista y la Entidad cumplan con el procedimiento establecido para la entrega y solicitud del adelanto directo en los plazos establecidos en el artículo 187 del Reglamento; precisándose en el tercer párrafo de este artículo que en caso el contratista no haya solicitado la entrega del adelanto –se entiende, en el plazo de ocho (8) días- el plazo de ejecución contractual se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

En consecuencia, una vez vencido el plazo de ocho (8) días establecido por el artículo 187 del Reglamento, el contratista no podrá solicitar la entrega del adelanto directo, debido a que, además de incumplirse una condición necesaria para el otorgamiento del mismo, con su inacción el contratista habría evidenciado que no necesita de la entrega de este para financiar la ejecución de la obra; por lo que de

entregarse el adelanto al contratista, pese a su solicitud extemporánea, se desnaturalizaría la finalidad de los adelantos".

19. En ese sentido, conforme señalo el OSCE en la Opinión N° 041-2013/DTN, toda vez que la garantía² que el contratista debe otorgar como requisito para la entrega del adelanto, es la "garantía por adelantos", y que la misma tiene por finalidad salvaguardar la amortización total del adelanto entregado por la Entidad al contratista y, de esta manera, asegurar la recuperación de los fondos públicos involucrados al otorgarse esta facilidad al contratista; no corresponde la resolución del Contrato por la demora en la entrega de la misma, en razón que resulta ser un asunto discrecional para el Contratista solicitar el mencionado Adelanto o no.
20. Conforme lo expuesto, queda claro que el incumplimiento del Contratista si podía ser revertido, conforme al Principio de la Buena Fe y Colaboración que rigen las contrataciones del Estado. En ese sentido, en este caso, existía la obligación de la Entidad de notificar una Carta de requerimiento previo al Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones antes de la resolución del Contrato.
21. Respecto de la figura de resolución de Contratos, el Tribunal del OSCE ya ha señalado en el Acuerdo de Sala Plena 06-2012 del 20.09.2012, que "el cumplimiento de los plazos y formas previstos en la normativa constituyen una garantía para los Contratistas, de manera que, para que se produzca la resolución, será necesario acreditar que la Entidad, cumplió con requerir y declarar la resolución siguiendo el procedimiento correspondiente".
22. Tal incluso ha sido la importancia de llevar a cabo el debido procedimiento para Resolver el Contrato, que el Tribunal del OSCE concluyo en el mismo caso lo siguiente:

"En los casos de resolución de contratos, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables".

² De acuerdo al segundo párrafo del artículo 39 de la Ley, las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

23. En ese sentido, la Entidad estaba en el deber de vía carta notarial requerir a Contratista el cumplimiento de sus obligaciones, otorgándole un plazo para así hacerlo; sin embargo, la Entidad notifico directamente vía notarial el 04.08.2009 la Carta de Resolución del Contrato.
24. Ahora bien, el incumplimiento de las reglas en el procedimiento para resolución del Contrato acarrea una serie de consecuencias, así, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, señala lo siguiente:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.
25. Al hilo de lo expuesto, toda vez que conforme el artículo 3° de la misma norma, constituye uno de los requisitos de validez del acto administrativo el procedimiento regular, y que el mismo no se ha seguido conforme se ha fundamentado líneas arriba, la resolución del contrato realizada por la Entidad deviene en nula de pleno derecho.
26. En consecuencia, respecto de la primera pretensión planteada por el Contratista, corresponde que la misma sea declarada **FUNDADA**.

SEGUNDO: Determinar si corresponde o no ordenar a la MUNICIPALIDAD el pago de una indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados y que ascienden a S/. 550,000.00 (Quinientos cincuenta y mil y 00/100 Nuevos Soles) por haber procedido a otorgar la obra a un tercero, a mayor precio, no pudiendo reingresar al nexo contractual originario.

- Jur.*
27. Que respecto de la figura de la indemnización de daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.
28. En ese sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

"Artículo 238.- Disposiciones Generales

238.1 Los administrados tendrán derecho a ser indemnizados por las entidades de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en casos de fuerza mayor, siempre que el perjuicio sea consecuencia del funcionamiento de la administración.

238.2 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

238.3 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos

238.4. Solo será indemnizable el perjuicio producido al administrado proveniente de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

27. Y respecto a la indemnización de daños y perjuicios, el Código Civil Peruano señala lo siguiente:

"Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

28. En ese sentido, cabe considerar que el daño para ser indemnizado, requiere ser cierto y probado, correspondiendo a la persona perjudicada demostrarlo. Sin embargo, de los actuados, no se aprecia que LA CONTRATISTA haya expuesto, de manera justificada, los hechos o fundamentos que ampararían esta pretensión, más aún no obra en autos documentos que acrediten los daños que originen el pago de una indemnización.

29. En ese sentido, el profesor Pareja Sebedo señala al respecto lo siguiente: "En el presente precepto normativo tenemos que la víctima, en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y no patrimoniales³".

30. Por lo expuesto, este Tribunal manifiesta que no habiéndose acreditado de manera fehaciente el perjuicio que se le habría causado a LA CONTRATISTA, ni tampoco haber cuantificado su pretensión indemnizatoria por lucro cesante y daño

³ PAREJA SEBEDO, Charles Richard, <http://juristexsocietas.com/portal/node/40>, 14 de julio de 2010.



emergente; no es posible otorgar el mismo, debiendo declararse **INFUNDADA** esta pretensión.

TERCERA: Determinar si corresponde o no se restituya a la **DEMANDANTE** la carta fianza si al momento de la interposición de la demanda hubiese sido ejecutada.

31. Que respecto a la entrega de la Carta de Fiel Cumplimiento, la misma es solicitada para asegurar que el Contratista cumpla con sus obligaciones, así el Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

"Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

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

32. En ese sentido, la presentación de una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, se realiza para garantizar el cumplimiento de la propuesta, así fue reiterado por el OSCE en la Opinión N° 061-2012/DTN, que señala lo siguiente:

"Las garantías requeridas al contratista por la normativa de contrataciones del Estado buscan asegurar la correcta ejecución y cumplimiento del contrato, por lo que su ejecución debe darse solo en aquellos supuestos que impliquen un incumplimiento del contrato por causa imputable al contratista.

Bajo esa premisa, el artículo 164° del Reglamento establece los supuestos en los cuales se ejecutarán las garantías. Así, el numeral 2 del referido artículo establece que "La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado." (El resaltado es agregado).

Cabe precisar que la finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento es asegurar el cumplimiento del íntegro de las obligaciones que son parte del contrato. En ese sentido, el incumplimiento del contratista de alguna de estas obligaciones, faculta a la Entidad a resolver el contrato y, en consecuencia, a ejecutar la referida garantía, luego de cumplirse con las condiciones detalladas en el párrafo anterior.

De acuerdo con lo expuesto, luego de consentida la resolución del contrato, la garantía de fiel cumplimiento debe ejecutarse en su totalidad, sin tener en cuenta la naturaleza o monto de la prestación incumplida que motivó dicha resolución, por lo que su monto corresponderá íntegramente a la Entidad".

33. Contrario sensu con lo expuesto, toda vez que conforme hemos desarrollado líneas arriba, la resolución del Contrato realizada por la Entidad no siguió el procedimiento debido y por ende no puede quedar consentida, corresponde que la Entidad restituya al Contratista el monto ejecutado por la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, si es que esta al momento de laudarse hubiese sucedido tal situación.

III. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

Que, en cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 69, 70 y 73 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.

Que los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

Que, en este sentido, el árbitro ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.

Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir el 50% de todas las costas y costos del presente proceso.

Por lo que el Árbitro Único, en derecho;

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión 1) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos y por ende Nula la Resolución de Contrato realizada por la Entidad.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDANDA la pretensión 2) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos y por ende no otorgar la indemnización por los gastos, daños y perjuicios ocasionados a favor del Contratista.



TERCERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión 3) establecida en el Acta de Puntos Controvertidos y por ende ordenar a la Entidad la devolución del monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento a favor del Contratista, en caso la misma haya sido ejecutada.

CUARTO: ORDENAR que cada parte asuma las costas y costos del presente proceso en partes iguales, en atención a lo expuesto en el apartado III del análisis. La MUNICIPALIDAD deberá reembolsar a la DEMANDANTE los montos pagados por concepto del segundo anticipo de honorarios del Árbitro Único y la secretaria arbitral asumidos en este proceso y que eran de cargo de la MUNICIPALIDAD."

QUINTO: Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

SEXTO: DISPÓNGASE a la Secretaría Arbitral Ad Hoc remitir una copia del presente Laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes.


JUAN VALDIVIESO CERNA
Árbitro Único


GRICEL MARTINEZ CISNEROS
Secretaría Ad-hoc