

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lima, 30 de diciembre del 2014

DEMANDANTE:

CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA

En adelante el DEMANDANTE o el Contratista

DEMANDADO:

MUNICIPALIDAD PROVINCIA DE SULLANA

En adelante la DEMANDADA o la Entidad

ÁRBITRO ÚNICO:

DR. CÉSAR WALTER OLIVA SANTILLÁN

SECRETARIO ARBITRAL:

CÉSAR JHOEL OLIVA MANRIQUE

ANTECEDENTES

Que, con fecha 27 de febrero del 2013, se celebró el Contrato de Obra N° 020-2013/MPS – GAJ, suscrito entre la Municipalidad Provincial de Sullana (demandada) y el Consorcio Santa Teresa – Sullana (demandante), para la Contratación de la Ejecución por Concurso Oferta del PIP: “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. N° 15029 Santa Teresa de Jesús en AA.HH, Santa Teresita – Distrito de Sullana, Provincia de Sullana, Piura”; por un monto de S/. 4 041,708.00 (Cuatro Millones Cuarenta y un Mil Setecientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles).

Que, en la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Ejecución de Obra se establecía lo siguiente:

“Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184°, 199°, 201°,



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Que, como consecuencia de la controversia inicial suscitada en la ejecución del Contrato, relacionado esto, según petición del inicio del proceso arbitral por parte del Contratista, sobre el incumplimiento de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Sullana aprobó el Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita –Sullana- Piura”, Código SNIP N° 182166, por el monto de S/. 5 345, 496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles). Según manifiesta el Contratista dicha Resolución de Gerencia Municipal, si bien ha sido aprobado por la demandada, no se ha cumplido hasta el momento; circunstancia frente a la cual el Consorcio Santa Teresa - Sullana procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula décimo octava del contrato.

DESARROLLO DEL PROCESO

Actuación Preliminar del Árbitro Único

1. El 22 de agosto del 2014, a las 12:30 horas en la ciudad de Sullana, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, donde se reunieron en calidad de Árbitro Único, el Dr. César Walter Oliva Santillán; conjuntamente con los representantes legales del Consorcio Santa Teresa - Sullana, Señor Carlos Alfredo Mas Ramírez y la Señora Carmen Efigenia Renjifo Bueno y, en representación de la Municipalidad Provincial de Sullana estuvo presente su Procuradora Pública Municipal doctora Helaine Elizabeth Arellano Gomez,

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

con el propósito de instalar el proceso arbitral y elaborar el Acta de Instalación con las reglas que regirán el proceso de la presente controversia. Asimismo, el Secretario Arbitral, César Jhoel Oliva Manrique, del presente proceso, procedió a redactar el Acta de instalación con lo decidido por la partes y dejar constancia en el Acta de Instalación todo lo sucedido en la Audiencia.

2. Con fecha 29 de agosto del 2014, se pone en conocimiento al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE del presente proceso arbitral y la controversia surgida entre el Consorcio Santa Teresa – Sullana y la Municipalidad Provincial de Sullana, cumpliéndose así con lo dispuesto en la Directiva N°003-2005-CONSUCODE/PRE concordante la misma con el punto IX de la Disposición Transitoria de la Directiva N° 002-2014-OSCE/CD.
3. Con fecha 05 de septiembre del 2014, el Consorcio Santa Teresa – Sullana presenta su Escrito N° 01, relacionado con su Demanda Arbitral y con fecha 01 de octubre del 2014, el Consorcio Santa Teresa –Sullana cumple con hacer efectivo el pago de los anticipos de honorarios profesionales del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral a su cargo, en virtud de lo establecido en el Acta de Instalación. Sin embargo, la Entidad no cumplió con efectuar dicho pago.
4. La demanda presentada por el Consorcio Santa Teresa – Sullana fue admitida a trámite mediante la Resolución N° 01 de fecha 2 de octubre del 2014, la cual fue debidamente notificada a las partes conforme a los cargos que obran en autos.
5. Con fecha 24 de octubre de 2014, la Procuradora Pública Municipal de la Municipalidad Provincial de Sullana presenta su escrito de CONTESTACIÓN DEMANDA.
6. El día 17 de noviembre del 2014, el Consorcio Santa Teresa – Sullana presenta a la Secretaría Arbitral su Escrito N°02 con la sumilla: ACUMULACIÓN PRETENSIONES DEMANDA ARBITRAL, solicitando una



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

acumulación de pretensiones, haciéndolo lo mismo la Entidad el día 19 de noviembre del 2014.

7. Con fecha 20 de noviembre del 2014, se emite la Resolución N° 02, en la cual se corre traslado a las partes de los escritos de acumulación de pretensiones, presentado por sus contrapartes, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles pueda manifestar lo conveniente a su derecho.
8. El 01 de diciembre del 2014, se emite la Resolución N° 03, por la cual se resuelve: Admitir a trámite la acumulación de pretensiones solicitadas por ambas partes y se les OTORGAR a ellas (demandante y demandada) el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presenten las respectivas acumulaciones de pretensiones a su demanda arbitral, ofreciendo los fundamentos y medios probatorios que respalden las mismas.
9. Con fecha 04 de diciembre del 2014, el Consorcio Santa Teresa - Sullana cumple con presentar su Escrito N° 03, relacionado a su Acumulación Pretensiones; haciendo lo mismo la Entidad con fecha 05 de diciembre de 2014, lo cual es Admitido a través de la dación de la Resolución N° 04 de fecha 9 de diciembre de 2014 y se corre traslado para que ambas partes contesten lo soslayado por su contraparte, lo cual es cumplido por ambas partes, dentro del plazo previsto.
10. Con fecha 15 de diciembre del 2014, se emite la Resolución N° 05, en la cual se fija fecha para la realización de la Audiencia de Conciliación, Saneamiento y Fijación de Puntos Controvertidos. También, en la misma Resolución citada se cambia la Sede Arbitral al Jr. Joaquín Bernal N° 215, Oficina 904 del Distrito de Lince, Provincia y Departamento de Lima; y, se requiere a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA para que cumpla con cancelar los anticipos de honorarios profesionales del Árbitro Único y del Secretario Arbitral, dejando expedito el derecho del CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA para que se subrogue en dicha pago, lo cual lo hizo este último. La Audiencia de Conciliación, Saneamiento y Fijación de Puntos Controvertidos, se llevó a cabo el día 19 de diciembre del 2014, con presencia de los representantes legales de ambas partes, manifestando

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ambas partes su conformidad con la siguiente determinación de puntos controvertidos:

- I. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que dé cumplimiento irrestricto a la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, a través del cual se APROBO el Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura”, Código SNIP N° 182166 por el monto ascendente a S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles).
- II. Determinar si corresponde o no otorgar al Consorcio Santa Teresa - Sullana la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días Calendario con sus respectivos Mayores Gastos Generales y se le Reconozca los Mayores Gastos Generales de las diversas AMPLIACIONES DE PLAZO N° 01 y 04, otorgadas por la Municipalidad Provincial de Sullana al Contratista con su respectivo Reconocimiento de Intereses Legales y se declaré la INVALIDEZ E INEFICACIA LEGAL, PARCIALMENTE, de las Resoluciones Alcaldía que aprobaron dichas Ampliaciones de Plazo, solo en la parte que no le reconocen los Mayores Gastos Generales. Ascendiendo dicho monto a la suma de S/. 303,252.97 (Trescientos y Tres Mil Doscientos Cincuenta y Dos con 97/100 nuevos soles).
- III. Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa - Sullana el reintegro por ajustes de precios, producto la aplicación de la polinómica, por todo el periodo de la ejecución de la obra. Por el monto de S/. 83,622.47 (Ochenta y Tres Mil Seiscientos Veinte y Dos con 47/100 Nuevos Soles).
- IV. Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa - Sullana las Valorizaciones Contractuales No Pagadas, se tiene pendiente el pago de la Valorización N° 10, correspondiente al mes de setiembre del 2014, del cual no se ha tenido ninguna comunicación

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ni de la Entidad, ni de la Supervisión a la fecha de pago 30 de setiembre del 2014, por el monto de S/. 77,217.44 (Setenta y Siete Mil Doscientos Diecisiete con 44/100 Nuevos Soles).

- V. *Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa – Sullana los Mayores Metrados Ejecutados, consecuencia de que se han tenido que ejecutar mayores metrados que NO están contemplados en el Expediente Técnico. Por el monto de S/. 193,728.29 (Ciento Noventa y Tres Mil Setecientos Veinte y Ocho con 29/100 Nuevos Soles).*
- VI. *Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa – Sullana los reintegros de compensación vacacional, reintegro compensación tiempo de servicio, material dejando en almacén de la obra, producto por todo el periodo de la ejecución de la obra. Por el monto de S/. 63,105.73 (Sesenta y Tres Mil Ciento Cinco con 73/100 Nuevos Soles).*
- VII. *Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa – Sullana la pérdida de utilidad por la Resolución del Contrato de Obra por causa no atribuible al Contratista, por todo el periodo de la ejecución de Obra, del contrato principal 50% de utilidad prevista del saldo de obra. Por el monto de S/. 79,523.69 (Setenta y Nueve Mil Quinientos Veinte y Tres con 69/100 Nuevos Soles).*
- VIII. *Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa – Sullana el reintegro de reajuste de precios por Resolución de Contrato no atribuible al contratista, producto por todo el periodo de la ejecución de Obra, del contrato principal 50% de utilidad prevista del saldo de obra. Por el monto de S/. 4,725.91 (Cuatro Mil Setecientos Veinte y Cinco con 91/100 Nuevos Soles).*
- IX. *Determinar si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa – Sullana los DAÑOS EMERGENTES generados por el incumplimiento de sus resoluciones generadas para este contrato y las*



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ampliaciones de plazo otorgadas; por la CONSULTORÍA Y ASESORAMIENTO EN LA GESTIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO que se ha tenido que utilizar dado que el Consorcio es una personería jurídica especializada en construcción y no en temas legales, y ha sido necesario contratar una empresa especializada en estos temas; y por el COSTO DE OPORTUNIDAD generado a partir de la inmovilización de recursos humanos y financieros se han tenido que destinar por todo lo antes expuesto a partir del incumplimiento de la Entidad perjudicando al Consorcio, generando más gastos para otros actividades y perdiendo otras oportunidades que no se han tenido que perder por la misma situación antes mencionada; y por el INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA VALORIZACION N° 10 CORRESPONDIENTE AL MES DE SETIEMBRE DEL 2014. Por el monto de:

- Por Daños Emergentes, la suma de S/. 24,673.74 (Veinte y Cuatro Mil Seiscientos Setenta y Tres con 74/100 Nuevos Soles).
- Que, se les reconozca con respecto a la consultoría y asesoramiento en la gestión de la resolución del contrato, por el monto de S/. 315,384.28 (Trescientos Quince Mil Trescientos Ochenta y Cuatro con 28/100 Nuevos Soles).
- Que, se le reconozca con relación al costo de oportunidad, por el monto de S/. 747,455.13 (Setecientos Cuarenta y Siete Mil Cuatrocientos Cincuenta y Cinco con 13/100 Nuevos Soles).

- X. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que sí del Laudo Arbitral que se emita, se reflejara algún monto dinerario a favor del Contratista éstos sean considerados en COMPENSACIÓN a los Adelantos otorgados por la Entidad; así también, se ordene a la Entidad a la devolución de las tres (3) Cartas Fianzas: 1) Carta Fianza N° 000612402827 (emitido por el Banco Financiero), relacionado al Adelanto Directo, 2) Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el Banco Financiero), relacionado al Adelanto de Materiales y, 3) Carta Fianza N° 010451377-001(emitido por el Banco Scotiabank), relacionado al Adelanto de Materiales. Esto último si en caso el monto



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

dinerario a su favor que se emitiera, en el Laudo, sea superior a los montos de las Cartas Fianzas otorgadas a la Entidad para la entrega de los adelantos citados.

- XI. *Determinar si corresponde o no ordenar se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución de Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, para la Contratación de la Ejecución por Concurso Oferta del PIP: "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH Santa Teresita – Distrito de Sullana – Provincia de Sullana, Piura", promovida por el CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA a través de su Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014.*
- XII. *Determinar si corresponde o no ordenar se declare que el CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA debe indemnizar a la comuna de Sullana por la prestación faltante a título de indemnización por sustitución del faltante de la prestación debida, daño emergente y costo de oportunidad de los beneficios de la obra, generados por la indebida Resolución del Contrato de Obra.*
- XIII. *Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.*
11. En la mencionada Audiencia, se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por el Consorcio Santa Teresa - Sullana en su escrito de Demanda presentado con fecha 05 de setiembre del 2014, y su escrito de Acumulación de Pretensiones presentada el día 04 de diciembre del 2014; documentos que se adjuntaron a dichos escritos, cuya descripción se hace en el acápite “*MEDIOS PROBATORIOS*”; asimismo, se admiten los documentos ofrecidos como medios probatorios por parte de la Procuraduría Pública Municipal de la Municipalidad Provincial de Sullana en su escrito de Contestación de Demanda presentado con fecha 24 de octubre del 2014 y su escrito de Acumulación de Pretensiones de fecha 05 de diciembre del 2014, documentos que se adjuntaron a dichos escritos, cuya descripción se hace en el acápite “*MEDIOS PROBATORIOS*”. Al concluir esta Audiencia, el Árbitro

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Único se reservó del derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el numeral 1) del artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

12. Concluida la admisión de medios probatorios en esta audiencia, el Árbitro Único, atendiendo a que todos los medios probatorios ofrecidos por las partes tenían naturaleza documental, decidió prescindir de la realización de una audiencia de pruebas, dando por concluida además la etapa probatoria; en este sentido, se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que procedan a la presentación de sus alegatos escritos.
13. Con fecha 22 de diciembre del 2014, el Consorcio Santa Teresa - Sullana presenta un escrito expresando alegatos, y con fecha 23 de diciembre del 2014, la Procuraduría Pública Municipal de la Municipalidad Provincial de Sullana presenta un escrito expresando alegatos; por lo que mediante Resolución N° 6 de fecha 26 de diciembre del 2014, el Árbitro Único resuelve tener presente los alegatos escritos presentados por ambas partes y prescindir de la audiencia de informes orales debido a que ninguna de las partes lo solicitó expresamente; asimismo, declara que el proceso se encontraba en estado para laudar, fijando un plazo para laudar conforme al procedimiento y plazos establecidos en la Regla 7.21 del Acta de Instalación del Árbitro Único.

CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

JM.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

- (ii) Que, en ningún momento del proceso arbitral se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos, así como presentó su Acumulación de Pretensiones y contestó la Acumulación de Pretensiones presentada por la Entidad.
- (iv) Que, la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda, así como presentó su Acumulación Pretensiones y contestó la petición de Acumulación de Pretensiones del Contratista.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único.
- (vi) Que, de conformidad con la Regla 10.1 del Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción a la Constitución Política del 93, vigente, de una Regla contenida en el Acta de Instalación, de un artículo prevista en la Ley de Contrataciones del Estado, de su Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo prevé las normas glosadas.
- (vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a Laudar, dentro de los plazos aceptados por las partes.

MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia de fecha 19 de diciembre del 2014, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

J.M.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó”¹

PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Antes de analizar los puntos controvertidos, el Árbitro Único considera pertinente precisar algunos conceptos e instituciones jurídicas, por cuanto son recurrentes tanto para la empresa demandante como la Entidad demandada. Las Instituciones Jurídicas a tratar son las siguientes:

A. Principio de Legalidad:

El principio de legalidad posee una significación distinta a la de otros ordenamientos de naturaleza privada, en el sentido de sujetar la actuación de la administración pública a lo expresamente reconocido en las normas correspondientes, se tiene que las Entidades Públicas deben cumplir, con el procedimiento legal aplicable para la formación de voluntad de adquirir o

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. *“Medios Probatorios en el Proceso Civil”*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

contratar, a efectos de tener como válida la adquisición o contratación resultante.

Sobre este extremo, el régimen general en materia de contrataciones públicas, ha previsto técnicas administrativas particulares para la formación y manifestación de voluntad de la administración, que corresponden a los procesos de selección de Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cantidad, según el monto y objeto comprometido.

Sobre la base de lo expuesto, se puede concluir que a una Entidad Pública, sólo la vinculan válidamente los contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos legalmente. En caso contrario, no resulta pertinente hablar de prestaciones o cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la administración pública no observa los procedimientos señalados.

Que, para el presente caso se aplica el contrato, suscrito entre las partes, y la Ley de contrataciones con el Estado, así como su Reglamento.

B. El Contrato Administrativo:

El Código Civil Peruano define el contrato en su artículo 1351° como "... el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". En otras palabras, Alterini define el contrato, como el acto jurídico "mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"².

Así mismo, el Código Civil Peruano recoge el principio de *pacta sunt servanda* u obligatoriedad de los contratos en el artículo 1361° antes referido. Sobre este aspecto, Manuel de la Puente señala que "Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el cumplimiento de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la fuerza que obliga a tal cumplimiento"³.

En la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que no solo rigen para la parte privada o contratista, sino también que rige a la parte estatal. Manuel de la Puente y Lavalle⁴ expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de Derecho Privado o Público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: "un acuerdo de

² Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos. Teoría General*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. 652 Págs. Pág. 9.

³ DE LA PUENTE, Manuel. Op. Cit. P. 312-313.

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Vol. XI. Primera parte, Tomo I, Lima 1991, pag. 360.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derecho (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”.

En ese sentido, decimos que el Contrato Administrativo se encuentra inmerso en la Doctrina General del Contrato, constituyendo una especie dentro del género de los contratos. El factor relevante, con el cual se hace distinción de un mero contrato con un *Contrato de la Administración Pública*, es el hecho de que por lo menos una de las partes es un organismo de la Administración Pública, en ejercicio de una función pública.

C. Resolución de Contrato:

El normal cumplimiento de las obligaciones de las partes, consignadas en el Contrato; conlleva al pago luego de cumplida la obligación y previa conformidad de la prestación.

Sin embargo, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas cualquiera de las partes puede proceder a la Resolución del Contrato.

Por un lado, el Contratista tiene derecho al pago por la prestación realizada, y la Entidad la obligación esencial de efectuar el mismo. El precio “debe ser pagado en el lugar, en el tiempo, en la forma y en las condiciones que hayan sido fijados por las partes en el contrato o por acuerdo posterior”, pudiendo “ser incrementado por pagos suplementarios, lo que no constituye una alteración del precio del contrato por cuanto se materializa cuando el Contratista ha realizado “prestaciones no previstas, pero necesarias o útiles para el cumplimiento del contrato, y que deben serle reconocidas, o cuando han existido prestaciones suplementarias ordenadas expresamente por la Administración Pública”⁵.

Por otra parte, las Obligaciones del Contratista se encuentran relacionadas con los derechos de la Administración en las contrataciones estatales, estando entre estos el que el Contratista cumpla con la prestación debida en forma satisfactoria y en el plazo establecido, siendo que en caso de retraso serán de aplicación las penalidades⁶.

En cuanto a la Resolución de Contrato tenemos que esta tiene como objetivo dejar sin efecto un Contrato válido “por causal sobreviniente a su celebración”⁷. Siendo esta institución una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte.

⁵ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ibid. Pág. 546.

⁶ La penalidad se constituye en un medio a través del cual las partes convienen, de manera anticipada, el monto de la indemnización por incumplimiento (o retraso injustificado) de alguna de las partes respecto del cumplimiento de las prestaciones pactadas, por lo que tiene una función coercitiva, además de resarcitoria.

⁷ Artículo 1371º del Código Civil

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

El procedimiento de Resolución de Contrato en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado es de índole formal, siendo el que se describe a continuación:

- *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 (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras.*
- *Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.*
- *La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad.*
- *y se procede a la Liquidación Final de la Obra.*

El procedimiento señalado líneas arriba, es la forma correcta de efectuarse una resolución de contrato, de acuerdo a lo incoado, en forma sintetizada, por los artículos 169° y 209° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

D. Daños y Perjuicios.

El fundamento normativo del Daño se encuentra regulado en el artículo 1960° del Código Civil:

“Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (...)”

Y el artículo 1985° del Código Civil el que señala lo siguiente:

“... La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño...”

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Es necesario precisar que para la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios, deben concurrir los siguientes elementos: Antijuricidad atípica, daño, relación de causalidad, factor de atribución de imputabilidad.

Al respecto, Juan Espinoza⁸ señala lo siguiente:

Daño Patrimonial: consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en:

Daño emergente: Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito.

Lucro Cesante: Se manifiesta por no incrementarse en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito) la ganancia que se deja de percibir. (...)

Daño extrapatrimonial: Es la que se lesion a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico e inmaterial. Dentro de este se encuentra el daño moral, definido como el "ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima. En mi opinión, el daño a la persona debe ser entendido como aquel que lesion a los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas"

El daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento en relación a su situación precedente, es decir "... de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir...".⁹

E. Enriquecimiento sin causa

Respecto al enriquecimiento sin causa, Von Tuhr¹⁰ señala que: "el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...]»"

Asimismo, Enneccerus¹¹ señala como primer requisito para la existencia de un enriquecimiento sin causa, el enriquecimiento a expensas de otro,

⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudios de derechos de las Personas. Segunda Edicion. Editorial Huallaga. Lima 1996. P.273-274.

⁹ SALVI, Cesare. El Daño En "Estudios sobre la Responsabilidad Civil". Traducción y edición al cuidado de Leysser L. Leon. ARA Editores. Lima. Perú. 2001.Pag. 286.

¹⁰ VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 299.

¹¹ Enneccerus, Ludwig. Op. cit., p. 586.

JM

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

precisando que la obligación de entregar el enriquecimiento injusto presupone, en primer término, que el obligado haya «obtenido algo», es decir se tiene que verificar que su situación patrimonial haya mejorado, considerando todos los valores gastados y las cargas que tiene su patrimonio.

Ahora con respecto a la procedencia de la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa o *actio de in rem verso son*, a criterio de Llambias¹², se requieren para su procedencia la configuración de los siguientes requisitos:

- Enriquecimiento del demandado.
- Empobrecimiento del demandante.
- Relación causal entre esos hechos.
- Ausencia de causa justificante del enriquecimiento.
- Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

“La Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro... ”¹³.

Que, según lo señalado por el Árbitro Único, en el Acta de Audiencia de Determinación de Puntos en Controversia, los puntos controvertidos constituyen un marco referencial al análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo realizar un análisis conjunto de los mismos o en el orden que se considere necesario.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que dé cumplimiento irrestricto a la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, a través del cual se APROBO el Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana - Piura”, Código SNIP N° 182166 por el monto ascendente a S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles).

Posición del Demandante:

¹² Llambias, Jorge Joaquin. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B,p.380.

¹³ FRANZONI, Massimo. “Fatti Illeciti”. Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro cuarto: Obbligazioni art. 2043°-2059°; Zanichelli Editore-Bologna e Il Foro Italiano – Roma. Italia. 1993. Pag.823.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, el Contratista manifiesta que la Entidad a través de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, APROBO el Expediente Técnico del Proyecto "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura", Código SNIP N° 182166 por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles. Dicha Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, le fue notificada al Contratista a través del Oficio N° 0319-2013/MPS-GM de fecha 22 de noviembre del 2013, suscrito por el Gerente Municipal de la comuna edil y por el cual la Entidad incorpora un nuevo monto complementario del presupuesto a la obra de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles).

Que, este nuevo monto incrementado al Presupuesto inicial en que obtuvieron la Buena Pro fue de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles), el cual fue avalado inclusive para su aprobación por la Gerencia Planeamiento y Presupuesto a través de su Informe N° 2654-2013/MPS-GPYP de fecha 20 de noviembre del 2013, tal y como se puede apreciar del considerando tercero de la propia Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM. En el cual se establece que esa Oficina de Presupuesto habría programado para el año 2014, la afectación y disponibilidad presupuestaria atendiendo a las prioridades del Pliego y además recomienda aprobar el EXPEDIENTE INTEGRAL y ajustar su ejecución al monto contratado, adjuntando a su Informe N° 2654-2013/MPS-GPYP el reporte por el financiamiento aprobado en dicho ejercicio presupuestario.

Que, en razón de lo esgrimido en los párrafos precedentes, le remitieron a la Entidad con fecha 14 de febrero del 2014, la Carta N° 010-2014-CST-S recepcionada por esta el día 17 de febrero del 2014, en donde le comunicaron a la Entidad el avance de obra y que ya resulta necesario que el nuevo monto aprobado este a disposición del área de Tesorería pues, la obra ya iba a requerir de que se utilice este presupuesto. Lo cual fue respondido por la Entidad a través del Oficio s/n de fecha 28 de febrero del 2014, en la cual les manifestaron abiertamente que NO cuentan con este nuevo presupuesto y que solo se limitaran a ejecutar la obra, en los montos que obtuvieron Buena Pro que era de S/. 4 041,708.00 (Cuatro Millones Cuarenta y Un Mil Setecientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles); es decir, la Entidad les comunica que va a desconocer los alcances de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM. Entonces, siendo que la propia Entidad está queriendo desconocer parcialmente la aprobación del Expediente Técnico de obra reformulado y debidamente completo ha generado que a la fecha de notificación de la cuestionada Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, ellos se encontraban con un avance de obra que obligatoriamente necesita saber de qué se va a contar con el presupuesto requerido para su ejecución total e íntegro, lo cual estaba ya siendo rechazado por las áreas técnicas de la Entidad.

Que, también manifiesta el Contratista de que el hecho de que la Entidad al momento de expedir la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, ha debido tener en cuenta lo incoado en el artículo 153º del Reglamento que señala

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

que: “*La Entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos*”... Entonces, siendo que la propia la Entidad ha dispuesto la aprobación de un expediente reformulado, sin tener en cuenta que el nuevo monto del mismo, no cuenta con el respectivo presupuesto, la reformulación aprobada es de su exclusiva responsabilidad frente a la recurrente, queda en evidencia la transgresión a lo señalado en el artículo 153º del Reglamento.

Posición de la Demandada:

Que, la Entidad manifiesta que el Contratista reconoce la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre de 2013, la que supuestamente aprueba el nuevo Expediente Técnico, Código SNIP N° 182166, con un monto complementario del presupuesto de la obra ascendiente a S/ 1'223,775.20 (Un Millón Doscientos Veintitrés Setecientos Setenta y Cinco con 20/100 Nuevos Soles). Pero establecen que dicha aprobación fue realizada por un Gerente Municipal que ahora ya no labora en la Entidad, el cual no tomó en cuenta que con esa aprobación perjudicaba las arcas de la corporación edil, pues, si bien la obra de repente necesitaba este incremento crematístico pero ellos no contaban con la disponibilidad presupuestaria para cubrir dicha eventualidad. Debiendo haber sido rechazado dicho pedido en su oportunidad, ya que como bien sabemos la obra tenía un valor referencial para ser licitada, como Concurso Oferta, y dentro de esos márgenes pecuniarios debía ser ejecutada ya sea elaborando primeramente el Expediente Técnico como el mismo proceso de ejecución real de obra.

Que, sin embargo, después de la elaboración del Expediente Técnico el Contratista incremento desmesuradamente el costo real de la obra hasta por más de un millón de soles, lo cual generó la aprobación de este nuevo monto por un funcionario que ya no labora en la Entidad, pero que los ha dejado este terrible problema legal, solicitando que este punto controvertido sea rechazado y que se obligue al Contratista a ejecutar la obra al 100% con el monto inicial de S/. 4 041,708.00 (Cuatro Millones Cuarenta y Un Mil Setecientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles).



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, también argumenta que, ellos como no cuenta con disponibilidad presupuestal que cubra el monto objeto de controversia, además que el funcionario que aprobó dicha Resolución de Gerencia Municipal ya no labora en la corporación edil.

Posición del Árbitro Único:

De la revisión de lo actuado a lo largo del presente proceso arbitral, en resumen se aprecia por un lado que, el demandante alega que la Municipalidad Provincial de Sullana a través de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, aprobó el Expediente Técnico del Proyecto, ahora de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura”, Código SNIP N° 182166 por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles). En esta Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM la Entidad incorpora un nuevo monto complementario del presupuesto a la obra de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles), el cual de la lectura de los medios probatorios presentado por las partes se aprecia que para esta aprobación se contó con el Informe N° 2654-2013/MPS-GPYP de fecha 20 de noviembre del 2013, emitido por la Gerencia Planeamiento y Presupuesto de la Entidad, el cual inclusive es recogido y citado en el tercer considerando de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM.

Que, de la lectura del Informe N° 2654-2013/MPS-GPYP concordante con los considerandos de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM y los medios probatorios aportados por las partes se puede estimar que la Gerencia de Planeamiento y Presupuesto de la Entidad habría programado para el año 2014, la afectación y disponibilidad presupuestaria; y además, recomienda aprobar el expediente integral, adjuntando a su Informe N° 2654-2013/MPS-GPYP el reporte por el financiamiento aprobado en dicho ejercicio presupuestario como son: 1) La Hoja del Marco Presupuestal Vs. Certificado – 2013 del mes de enero a diciembre (documento que obra en los medios probatorios del escrito de Demanda y en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas), 2) El Formato SNIP 16 – Código SNIP N° 182166 - Ficha de Registro de Variaciones en la Fase de Inversión – OPI/DGPM con fecha de Registro del 18 de noviembre del 2013 (documento que obra en los medios probatorios del escrito de Demanda y en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas) y, 3) El Aplicativo Informático del SOSEM (documento que obra en los medios probatorios del escrito de Demanda y en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas). En todos estos documentos citados, la Entidad a través de su Gerencia de Planeamiento y Presupuesto habría modificado el nuevo presupuesto de la obra a la suma de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100).

Que, el Contratista previo al inicio del proceso arbitral, trató de llegar a una solución con la Entidad y para tal fin le remitió la Carta N° 010-2014-CST-S de fecha 14 de febrero del 2014, en donde le comunicaron a la Entidad el avance de obra y que ya

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

resultaba necesario que el nuevo monto aprobado este a disposición del área de Tesorería pues, la obra ya iba a requerir de que se utilice este presupuesto. Lo cual fue respondido por la Entidad a través del Oficio s/n de fecha 28 de febrero del 2014, en la cual les manifestaron que no cuentan con este nuevo presupuesto y que solo se limitaran a ejecutar la obra, en los montos que obtuvieron Buena Pro que era de S/. 4 041.708.00 (Cuatro Millones Cuarenta y Un Mil Setecientos Ocho con 00/100 Nuevos Soles); siendo así el Contratista entiende que la Entidad les estaría comunicando que va a desconocer los alcances de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM. Más aún si la propia Entidad en su escrito de contestación de demanda establece que dicha aprobación fue realizada por un Gerente Municipal que ahora ya no labora en la Entidad, el cual no tomó en cuenta que con esa aprobación perjudicaba las arcas de la corporación edil, pues, si bien la obra de repente necesitaba este incremento pecuniario pero ellos no contaban con la disponibilidad presupuestaria para cubrir dicha eventualidad.

Que, resulta pertinente además, resaltar que la demandada en el numeral sexto de su escrito de Alegatos de fecha **22 de diciembre del 2014** (después del cierre de la etapa probatoria, efectuada en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 19 de diciembre del 2014), ha sostenido (sin adjuntar documentos que de fe de su veracidad) que con fecha 27 de noviembre del 2014, se le ha remitido a su despacho de Procuraduría Pública de la Entidad la Resolución de Alcaldía N° 1821-2014/MPS de fecha 19 de noviembre del 2014; la cual, entre otras cosas, resuelve declarar Nula de Oficio la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, que aprobó el Expediente Técnico de la obra "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura", Código SNIP N° 182166 por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), correspondiente al Contrato de Ejecución de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, derivado de la Licitación Pública N°014-2012/MPS-CE.

Que, a fin de un mejor resolver es necesario citar el artículo 1351° del Código Civil peruano de 1984, vigente, que señala en relación al contrato lo siguiente:

"Noción de contrato

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

Asimismo, el artículo 1402° del mismo cuerpo normativo señala:

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

"Objeto del contrato"

Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones".

Las normas jurídicas invocadas, permiten a este Árbitro Único concluir que el contrato, consiste en un acuerdo arribado entre dos partes, con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.

La doctrina se ha pronunciado respecto del contrato señalando que: "Se puede definir como un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelirse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelirse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos."¹⁴

Valpuesta Fernández señala que: "el contrato es el instrumento que confiere el ordenamiento jurídico a los particulares para que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada y mediante la concordancia entre dos o más voluntades, regulen sus derechos creando, regulando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales, es lógico que produzca sus efectos entre los otorgantes. Es decir, la eficacia del contrato, en cuanto creador de normas jurídicas entre particulares (privados), queda limitada a las partes que han intervenido en su celebración y los herederos de éstas por ser quienes las suceden en todos sus derechos y obligaciones; los terceros no se pueden perjudicar ni beneficiar con un contrato en el cual no son parte."¹⁵

Los Tribunales de Justicia de la Nación también se han pronunciado en relación al contrato sosteniendo que: "El artículo 1351º del Código Civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica

¹⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1^a edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977. Pág. 212.

¹⁵ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mario Rosario: "Derecho obligaciones y contratos", Tercer Edición, Tirante Lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 431.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

patrimonial y se forma por la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación que es lo que se denomina consentimiento.”¹⁶

Por otro lado, los artículos 1352° y 1359° señalan textualmente:

“Perfección de contratos

Artículo 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

“Conformidad de voluntad de partes

Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

Las normas citadas, hacen referencia al principio de consensualidad, que es entendido como “el resultado del consenso entre las partes respecto a las formas y condiciones de un negocio, de un acuerdo o compromiso.

Como es obvio, sólo existe consenso cuando todas las partes integrantes de un negocio aceptan, expresan su voluntad respecto a las condiciones pactadas en él.”¹⁷

El Estado Peruano a través de los órganos estatales encargados de administrar justicia ha señalado que: “la voluntad constitutiva del contrato puede manifestarse por los medios que se quiera (contratos consensuales), pero hay ciertos casos en que la ley prescribe un determinado medio de manifestación, una forma, la que persigue poner en claro la voluntad, dar mayor margen a la reflexión, dificultar la manifestación de la voluntad, o asegurar la prueba del contrato, según el caso. Que en las formas del contrato se distinguen las de solemnidad de las probatorias, en que la ausencia de las primeras determinan la existencia del contrato mientras que las segundas pueden ser llenadas con posterioridad.”¹⁸. Igualmente se ha señalado que: “Nuestra legislación sustantiva en materia contractual recoge el principio del consensualismo, mediante el cual los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes. En el proceso de

¹⁶ Cas. 1345-98. Lima. Sala Civil de la Corte Suprema. El PERUANO, 20-01-1999.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y Gullón Ballesteros. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Teoría general del contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular. 1^a Edición. Editorial Tecno. Madrid, 1977.Pág.312.

¹⁸ Exp. 451.93. Callao, Normas Legales n. 232, p. J-17.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

formación del contrato deben distinguirse dos hechos distintos, la conclusión del contrato y su perfeccionamiento. La conclusión del contrato es consecuencia de las declaraciones de voluntad común o sea el consentimiento desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido, produciendo efectos.”¹⁹

En observancia de lo expuesto, fluye de autos que con fecha 27 de febrero del 2013, se suscribió el Contrato N° 020-2013/MPS-GAJ para la Contratación de la Ejecución por Concurso Oferta del PIP, “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura”, Código SNIP N° 182166, derivado de la Licitación Pública N°014-2012/MPS-CE; entre el Consorcio Santa Teresa – Sullana y la Municipalidad Provincial de Sullana, a través del cual se advierte que se encuentra cabalmente comprendido dentro de la noción de contrato que este Árbitro Único ha desarrollado, quedando claro, que a través del mismo las partes han tenido a bien y de común acuerdo, crear una obligación²⁰ consistente en la elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura”, obligación que se encontraba a cargo del Consorcio Santa Teresa – Sullana, mientras que para la Municipalidad Provincial de Sullana surgía la obligación de pago de la suma de S/. 69,578.00 (Sesenta y Nueve Mil Quinientos Setenta y Ocho con 00/100 Nuevos Soles) con relación a la elaboración del Expediente Técnico y S/. 3'972,130.00 (Tres Millones Novecientos Setenta y Dos Mil Ciento Treinta con 00/100 Nuevos Soles) con relación a la Ejecución de la Obra.

En este estado del análisis, este Árbitro Único advierte que la presente controversia se circunscribe a determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que dé cumplimiento a la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, a través de la cual se aprobó el Expediente Técnico (elaborado por el Contratista) de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura”, Código SNIP N° 182166, por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones

¹⁹ Exp. 451-93-Callao, Normas Legales. Tomo 232, Pág. J-17.

²⁰ Véase al efecto la cláusula cuarta del Contrato de Obra.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), el cual incorpora un nuevo monto complementario del presupuesto a la obra en la suma de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles).

Así también, para este Árbitro Único, resulta necesario pronunciarse con respecto a lo manifestado por la Procuraduría Pública de la Entidad, en el numeral sexto de su escrito de Alegatos de fecha 22 de diciembre del 2014 (después del cierre de la etapa probatoria), efectuada el cierre de dicha etapa probatoria en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 19 de diciembre del 2014; la cual ha sostenido (sin adjuntar documentos que de fe de su veracidad) que con fecha 27 de noviembre del 2014, se le ha remitido a su despacho de Procuraduría Pública de la Entidad la Resolución de Alcaldía N° 1821-2014/MPS de fecha 19 de noviembre del 2014; la cual, entre otras cosas, resuelve declarar Nula de Oficio la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, que aprobó el Expediente Técnico de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana - Piura”, Código SNIP N° 182166 por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), correspondiente al Contrato de Ejecución de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, derivado de la Licitación Pública N° 014-2012/MPS-CE.

Previamente a ello, cabe indicar que la doctrina ha señalado que “*El acto jurídico es calificado de ineficaz cuando no produce ninguno de sus efectos o produce algunos, pero no todos.*”²¹, siendo que “*Si el acto jurídico no produce sus efectos formales o deja de producir los efectos que se han venido produciendo es calificado de ineficaz. El acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos perseguidos como cuando se hacen cesar o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas.*”²²

Como ya lo había precisado este Árbitro Único, existen dos tipos de ineficacia, la primera de ellas es la conocida como ineficacia estructural, la segunda es la conocida como ineficacia funcional; al efecto, la doctrina señala que “*Las causas de*

²¹ BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Traducción de Martín PEREZ. Madrid. Editorial Revista de Derecho privado. Pág. 200.

²² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto jurídico. 2000-Tercera edición. Lima-Perú. Pág. 741.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ineficacia del acto jurídico por invalidez (ineficacia estructural) son la nulidad y la anulabilidad; y las causas de ineficacia por falta de requisito de eficacia (ineficacia funcional) son, la rescisión, resolución revocación, retractación, la pendencia de la condición o plazo suspensivos, la caducidad.”²³

El profesor Aníbal Torres Vásquez respecto de la ineficacia funcional refiere que: “el acto no obstante ser válido no produce efectos validos que le son propios por una causal extraña a su estructura, como puede ser la falta de verificación de la condición suspensiva o verificación de la resolutoria.”²⁴, mientras que “La ineficacia estructural no produce efectos algunos porque al momento de su concertación falta un elemento referido a su estructura o existe algún vicio.”²⁵

En el caso que nos ocupa analizar, - a criterio de la Municipalidad demandada - estaríamos ante un supuesto de ineficacia funcional, toda vez que, a entender de la Municipalidad Provincial de Sullana, la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, a través de la cual se aprobó el Expediente Técnico (elaborado por el Contratista) de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura” por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), el cual incorpora un nuevo monto complementario del presupuesto a la obra en la suma de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles); habría sido inicialmente expedida por un funcionario como es el Gerente Municipal y con facultades suficientes para tal acto, siendo que posteriormente, debido a lo que a su entender deviene en irregular – emisión de la Resolución de Alcaldía N° 1821-2014/MPS de fecha 19 de noviembre del 2014 - se declara la nulidad de la resolución cuestionada, lo que implicaría que quien emitió el acto administrativo pase a convertirse en una persona sin facultades para tal fin.

²³ DIEZ PICAZO, Luis. Eficacia e ineficacia del negocio jurídico. Madrid. Editorial Revista de Derecho privado Pag.284.

²⁴ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto jurídico. 2000-Tercera edición. Lima-Perú. Pág. 748.

²⁵ BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Traducción de Martín PEREZ. Madrid. Editorial Revista de Derecho privado. Pág. 140.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Sin embargo, como resulta evidente, la restricción de facultades – mediante la declaración de nulidad de la resolución de alcaldía - se produce con mucha posterioridad a emisión de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013; por lo que teniendo en consideración que al momento de emitir la cuestionada Resolución, el Gerente Municipal, de ese entonces, si tenía facultades para emitir actos administrativos a nombre de la Municipalidad Provincial de Sullana, no podría hablarse entonces de una ineeficacia estructural – según lo explicaremos en líneas siguientes -, ya que el acto jurídico de emitir la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, si revestiría los elementos esenciales para la celebración de un acto jurídico.

Es de señalar que la declaración de nulidad del acto administrativo, en este caso la declaración de nulidad de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, constituye “*una manifestación unilateral y externa de la voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública.*”²⁶

Señala el profesor Bacacorzo que “*Si el acto administrativo adolece de vicios que diluyen su perfección, estos originan su nulidad. Empero no constituirá vicio o defecto que atente contra la perfección del acto, si fue dictado en armonía con el derecho aun cuando posteriormente se produzca un cambio en el ordenamiento jurídico.*”²⁷

Al efecto, debe precisarse que son causales de nulidad:²⁸

- a. La contravención a la constitución, a las leyes y a las normas reglamentarias.
- b. Defecto u omisión en los requisitos de validez:
 - i) Vicios de competencia (por razón de materia, territorio, tiempo, grado).
 - ii) Vicios en el objeto o contenido.
 - iii) Vicios en la finalidad perseguida por el acto.
 - iv) Vicios en la regularidad del procedimiento.

²⁶ Miguel Acosta Romero, Citado por José Bartra Cavero: Procedimiento Administrativo, Huallaga, Lima 1997. Pág. 42.

²⁷ BACACORZO, Gustavo. "Tratado De Derecho Administrativo". Gaceta Jurídica. Lima 2001.pàg. 201.

²⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios A La Ley General De Procedimientos Administrativos". Gaceta Jurídica. Lima 2001.Pàg. 116.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

- c. Actos (expresos o presuntos) por lo que se adquiere facultades o derechos cuando se carezca de requisitos para ello.
- d. La ilicitud penal.

Que, como ya lo he señalado líneas anteriores, es la Procuraduría Pública de la Entidad, quien en el numeral sexto de su escrito de Alegatos de fecha 22 de diciembre del 2014 (después del cierre de la etapa probatoria), que como ya mencione el cierre de dicha etapa probatoria se realizó en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 19 de diciembre del 2014; ha sostenido (sin adjuntar documentos que de fe de su veracidad) que con fecha 27 de noviembre del 2014, se le ha remitido a su despacho de Procuraduría Pública de la Entidad la Resolución de Alcaldía N° 1821-2014/MPS de fecha 19 de noviembre del 2014; la cual, entre otras cosas, resuelve declarar Nula de Oficio la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013. Sin adjuntar dicha Resolución y, en tal virtud se desconoce los alcances de la misma y los motivos que llevaron a la Entidad a tomar dicha decisión. Pero para que esta Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, pueda ser declarada nula, se necesitaría probar legalmente la aparente irregularidad en la emisión de la misma; puesto que de las pruebas ofrecidas por las partes, se nota que esta fue emitida por un funcionario competente y dentro de sus facultades, habiendo inclusive merecido para su expedición los vistos de las áreas competentes con sus respectivos Informe Técnicos y Legales tal es así que tenemos que la propia Gerencia de Planeamiento y Presupuesto de la Entidad habría programado para el año 2014, la afectación y disponibilidad presupuestaria; y además, recomendó aprobar el expediente integral, emitiendo así el Informe N° 2654-2013/MPS-GPYP, con documentos que se necesitaban para su aprobación como son: 1) La Hoja del Marco Presupuestal Vs. Certificado - 2013 del mes de enero a diciembre (documento que obra en los medios probatorios del escrito de Demanda y en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas), 2) El Formato SNIP 16 - Código SNIP N° 182166 - Ficha de Registro de Variaciones en la Fase de Inversión - OPI/DGPM con fecha de Registro del 18 de noviembre del 2013 (documento que obra en los medios probatorios del escrito de Demanda y en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas) y, 3) El Aplicativo Informático del SOSEM (documento que obra en los medios probatorios del escrito de Demanda y en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas). En todos estos documentos citados, la Entidad a través de su Gerencia de Planeamiento y Presupuesto habría modificado el nuevo presupuesto de la obra a la suma de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100).

Pues bien, haciendo un análisis de las causas de dan origen a la nulidad del acto administrativo o que se desconozca el mismo por haber sido dictado por un funcionario incompetente o sin facultades, se tiene que la Municipalidad Provincial de Sullana no ha acreditado en modo alguno que la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM se encuentre inmersa en alguna de las causales de nulidad estructural descritas, pues el hecho alegado como causal de nulidad,

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

constituye un mero acto de desconfianza y suspicacia que no es amparable por el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que no basta pensar mal de algo o sostener que resulta sospechoso para asumir que se trata de un acto administrativo nulo o que el funcionario que lo expidió ya no labore en la Entidad.

Máxime si se tiene en cuenta que “*Un acto administrativo es legítimo cuando ha sido proferido por el órgano competente. La competencia es la cantidad de potestad que tiene un órgano del Estado para proferir un acto.*”²⁹. En el caso que nos ocupa analizar, tenemos que la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM fue expedida por el propio Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Sullana.

Si bien el argumento expresado por la Municipalidad Provincial de Sullana contiene un razonamiento lógico atendible, se hace necesario invocar a la doctrina que señala que “*Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus actos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.*”³⁰

Ello responde al hecho que “*La nulidad es la forma más grave de invalidez negocial e importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos, la misma que puede ser total o parcial.*”³¹

En efecto, esta intención de conservación del acto, responde a la gravedad que supone declarar la nulidad del mismo, toda vez que: “*El negocio nulo a manera de un nacido muerto es como si jamás hubiese sido realizado: en calidad de negocio jurídico. Bien se lo puede calificar de inexistente; inexistencia y nulidad son perfectamente sinónimos, a la verdadera nulidad se le denomina inexistencia.*”³²

Esto responde a lo señalado por el principio de conservación del negocio, que conduce a atribuirle un carácter positivo y no negativo, pues es lo natural que se quiera que el acto produzca determinada consecuencia. Esta regla favor contractus se fundamenta así en que la producción de un acto normalmente debe responder a

²⁹ DIEZ, Manuel María. "El Acto Administrativo". Editorial Astrea. Buenos Aires 1961. Pág. 113.

³⁰ BACACORZO, Gustavo. "Tratado De Derecho Administrativo". Gaceta Jurídica. Lima 2001. pág. 136.

³¹ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric; LA NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO – PRINCIPIOS GENERALES Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA, Jurista Editores, Lima, 2002, p.108.

³² BARBERO, DOMENICO. SISTEMA DE DERECHO PRIVADO. TRADUCCION SANTIAGO SENTIS MELENDI, BUENOS AIRES 1967. PAG.490.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

una voluntad creadora de algún resultado, siendo tal acto como la causa instrumental a tal respecto, salvo naturalmente cuando de la misma declaración se perciba que ella es informal y, por ende, no idónea para tener eficacia alguna.³³

Así, en lugar de considerarse inválido el acto jurídico, debe considerársele eficaz, entendido este concepto como: “*la actitud que poseen los actos jurídicos para producir las consecuencias de toda clase que conforme su naturaleza deben producir; dando un nacimiento, modificando, extinguendo, interpretando o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados.*”³⁴

Por otro lado, “*Tenemos que la eficacia del acto administrativo, como el acto del poder público es general incluyendo a las autoridades administrativas, a los administrados comparecientes y no comparecientes en el procedimiento, sin que pueda excusarse su cumplimiento por desconocimiento, error, unidad etc., en tanto no sea retirado del mundo jurídico mediante algún mecanismo idóneo previsto en la ley.*”³⁵

Un aspecto a tener en cuenta es que la eficacia del Acto Administrativo “*se circumscribe al lugar en el cual se extiende la competencia territorial del órgano del cual emana, aun cuando este no se precise en el mismo acto*”³⁶ y por ello la viabilidad de conservar su validez, máxime si como ya lo he mencionado anteriormente este Árbitro Único, la causal alegada por la Municipalidad Provincial de Sullana, no se encuentra prevista como tal por el ordenamiento jurídico vigente.

Resulta relevante para el análisis de las controversias del presente proceso, señalar que, algunos de los defectos pueden consistir en irregularidades irrelevantes que no impiden la finalidad del acto y por lo tanto no afectan su validez, ni la del contrato. Los vicios pueden multiplicarse infinitamente, y la validez o anulación del contrato depende de una graduación en la transgresión de la norma.

³³ LEON BARANDARIAN, JOSE. CURSO DE ACTO JURÍDICO.1RA EDICION 1983. PAG. 19.

³⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios A La Ley General De Procedimientos Administrativos". Gaceta Jurídica. Lima 2001.PÀG. 102.

³⁵ CASTEJON P., Benito y RODRIGUEZ R. "Derecho Administrativo Y Ciencia De La Administración". 3ra. Edición- España. 1956. Pág. 332.

³⁶ NUÑEZ BORJA, Humberto. "Ciencia De La Administración Y Derecho Administrativo". 2da. Edición. Arequipa 1959.Pág. 234.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

En el mismo sentido, Dromi precisa que: “los vicios que pueden determinar la invalidez del contrato o de los actos que le son conexos, se deben apreciar no sólo en relación a las normas legales y reglamentarias aplicables, sino también con referencia a la normativa particular emergente del pliego de condiciones y del contrato mismo, conformando un plexo normativo específico, que impone que deba ser considerado en conjunto a la hora de apreciar la existencia de las causales de nulidad”.

De esta forma, la jurisprudencia internacional establece que:

“No debe declararse ninguna nulidad por la nulidad misma, es decir por puro purito formalista, sino cuando ello responda a una finalidad que excede del mero riguroso cumplimiento de la norma del rito”³⁷

Este criterio no es más que una directa consecuencia del principio de conservación de los actos jurídicos.

Por esta razón, carece de sentido la nulidad por la nulidad misma, por cuanto su declaración debe corresponder a un concreto perjuicio para alguna de las partes, no correspondiendo adoptarla por el mero interés formal del cumplimiento de la ley – cuando tal actitud implique un excesivo ritual manifiesto y porque se acomode mejor a algún interés particular– siendo por lo tanto, de interpretación restrictiva.

En este sentido todo acto administrativo debe cumplir con ciertos requisitos para su validez, tales como ser emitido a través de un procedimiento regular, por un órgano competente, motivando su objeto y contenido y que éste se adecue a las finalidades de interés público; pero hay determinadas circunstancias en que a pesar de que se incumplen alguno de estos elementos de validez, el ordenamiento jurídico apuesta por la aplicación del principio de conservación del acto antes que declarar su nulidad, así lo ha recogido el artículo 14º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General que prescribe:

“Artículo 14º.- Conservación del Acto

Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

³⁷ Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Dictámenes 71:128; 76:339; 96:23; 127:15; 130:265, entre otros).

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

1. *El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.*
2. *El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.*
3. *El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.*
4. *Cuando se concluya indudablemente de que cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.*
5. *Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.*

No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución".

En este entender los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes; según la ley de procedimientos administrativos; son los siguientes:

- a. El Acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones producidas en la motivación.
- b. El Acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
- c. El Acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando aquellos cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento ni afectare el debido proceso del administrado.
- d. Cuando se concluya indubitablemente de cualquier otro modo en el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
- e. Aquellos emitidos con emisión de documentación no esencial que pueda influenciar en el acto administrativo.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

De la verificación de la causal invocada por la Municipalidad Provincial de Sullana, este Árbitro Único, estima apropiado inclinarse por otorgar presunción de validez a la Resolución de Gerencia Municipal, cuya nulidad supuestamente fue declarada o que no quiere ser reconocida por la Entidad, siendo que en la duda sobre el negocio o sobre cualquiera de sus cláusulas, debe hacerse la interpretación de modo que pueda tener algún efecto adecuado y no de modo que no lo tenga.

La institución de la conservación del acto surge en el desarrollo de la teoría de la invalidez del acto administrativo. La invalidez se manifiesta a partir de la existencia de vicios en el acto administrativo; vicios que, dependiendo de su intensidad y/o gravedad, podrán tener las siguientes consecuencias: i) que el acto administrativo pueda ser expulsado del ordenamiento – declarado “nulo” – si contiene vicios insubsanables; o, ii) que el acto administrativo pueda subsistir en el ordenamiento, si los vicios que contiene pueden ser subsanados por la Administración Pública.

En el primer caso, el acto administrativo debe ser retirado del ordenamiento debido a que los vicios son insubsanables. Nos encontramos pues, ante la nulidad del acto administrativo, cuando se ha incurrido en alguna de las causales para su declaración, causales que se encuentran plasmadas en la norma vigente. Esta nulidad deberá ser declarada por el órgano administrativo competente o el órgano jurisdiccional, según corresponda.

Por otro lado, en el segundo caso, si los vicios no son relevantes – es decir, si el grado de intensidad o gravedad de la invalidez del acto es menor que en el anterior supuesto – la Administración Pública podrá subsanar los vicios del acto administrativo, y mantener su permanencia en el ordenamiento.

Así lo explica brevemente Dromi:

“(...) 2. Vicios y nulidades. Vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que éste aparece el mundo del Derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución. La invalidez es la consecuencia del acto viciado, en razón, de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa. Ahora bien, la gravedad de la invalidez de un acto administrativo



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados y en el orden público y jurídico estatal.

(...) El tipo de nulidad no depende únicamente de que al acto le falte algún elemento esencial, sino también de la importancia o magnitud de la trasgresión al orden jurídico...³⁸

En ese sentido, García de Enterría, opina que:

“... cuando esta gravedad (cometida por el acto administrativo viciado) es máxima, de forma que el vicio cometido trasciende del puro ámbito de intereses del destinatario del acto viciado para afectar el interés general, ad orden público, la sanción aplicable tiene que ser la nulidad de pleno derecho, ya que de alguna manera afecta a todos y no puede quedar al arbitrio del eventual consentimiento de uno solo.

Decidir cuándo un vicio o infracción alcanza esta trascendencia general es algo muy difícil de encerrar en fórmulas generales...”

A partir de esta sustentación, podemos afirmar que la conservación del acto es una institución del Derecho Administrativo mediante la cual, en virtud de la presunción de validez de los actos administrativos y de la economía procesal, el acto administrativo podrá ser subsanado en tanto que los vicios que contiene no son de mayor importancia; cuya subsanación no alterará los efectos producidos con su emisión – creación, modificación o extinción de derechos o situaciones jurídicas, por ejemplo. En ese sentido, señala Martín Mateo que:

“... el Derecho administrativo, impregnado de preocupaciones de eficacia y de operatividad, favorece la conservación de actos o de partes de los mismos, que sean susceptibles de producir sus efectos pese a la calificación de ilegitimidad que en conjunto proceda.... El mismo principio de economía procesal faculta al órgano administrativo que declare la invalidez de las actuaciones para que pueda disponer la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción...³⁹

³⁸ El subrayado es nuestro.
³⁹ El subrayado es nuestro.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

En conclusión, para que la nulidad de un acto administrativo pueda ser declarada como tal, el acto deberá contener vicios de importancia que no puedan ser subsanados; y/o que se haya configurado al menos una de las causales que han sido normadas previamente: por el vicio o vicios trascendentales que contiene el acto administrativo, significará su eliminación del ordenamiento que a partir de su declaración por la Administración Pública. En contraparte, la institución de la conservación del acto, en un grado de menor intensidad de invalidez del acto administrativo, permite la existencia de vicios no tan importantes en su interior, los mismos que podrán ser subsanados: si el vicio no ha sido suficiente relevante para alterar al acto administrativo – y no se encuentra plasmado en la legislación vigente – éste podrá ser subsanado.

Cabe precisar en este estado, que la única razón para no convalidar un acto – supuestamente nulo - sería que con ello se generase algún tipo de perjuicio a la Entidad que lo convalida, por lo que corresponde precisar que en el presente caso no existe ningún perjuicio para la Municipalidad Provincial de Sullana, toda vez que Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, fue expedida por el Gerente Municipal de la comuna edil, dentro de sus facultades irrogadas por la propia Entidad (Municipalidad Provincial de Sullana).

Es evidente que la Municipalidad Provincial de Sullana, verificó la licitud y validez de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, caso contrario, en aquel momento, en lugar de continuar con la ejecución de la obra, se hubiere pronunciado por la nulidad de la citada Resolución; no así aguardar que la obra avance y posteriormente pretender cuestionar las obligaciones contractuales, desconociendo las suyas valiéndose de mecanismos unilaterales legalmente permitidos, pero arbitrarios.

Todo lo expuesto, pone en evidencia que debe restringirse los efectos legales de la Resolución de Alcaldía N° 1821-2014/MPS de fecha 19 de noviembre del 2014, resultando ineficaz la misma entre las partes, con lo que la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM del 20 de noviembre del 2013, mediante la cual la Municipalidad Provincial de Sullana aprobó el Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

AA.HH. Santa Teresita -Sullana- Piura", Código SNIP N° 182166, por el monto de S/. 5 345, 496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles) conservaría su vigencia, para todos sus efectos legales.

En adición al razonamiento hasta aquí esbozado, a efectos de ratificar lo ya expuesto, es de indicarse que el principio de conservación de los contratos o *favor contractus*⁴⁰ es un canon hermenéutico que, enunciado legislativamente para la materia contractual, inspira todo el ordenamiento jurídico.

Por un lado, se habla de un principio de conservación del contrato (*favor contractus*), o de negocio jurídico (*favor negotii*), o más ampliamente del acto jurídico (*favor acti*), mas por otra parte, de un principio de conservación de la sentencia (*favor sententiae*) y de otros actos procesales y, en fin de conservación de la norma jurídica; en otras palabras, se trata de aspectos particulares del más amplio principio de conservación del acto jurídico, que en una formulación concisa podría enunciarse con Grassetti como "*todo acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, entenderse en su máximo significado útil*"⁴¹.

Aplicado este principio al contrato, éste se enuncia así: cuando exista duda si el contrato en su conjunto (o también algunas de sus cláusulas individuales) deba sufrir algún efecto o no producir ninguno, deberá entendérselo en el sentido en que pueda producir algún efecto (y no en sentido distinto, en que no podrá causar efecto alguno).

Como destaca Lavarriega Villanueva, este principio ya se encontraba consagrado en la célebre frase de Juliano: "*res magis valeat quam pereat*". En efecto, el Digesto la recoge de la siguiente manera: "*quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitar magis valeat quam pereat*" (Digesto, libro XXXIV, título V, regla 12); es decir, siempre que resulte ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico

⁴⁰ *Favor*, es una expresión latina que refleja la tendencia de la legislación y la jurisprudencia (en definitiva, del ordenamiento jurídico) para favorecer ciertas instituciones jurídicas.

⁴¹ GRASSETTI, Cesare, *Conservazione (Principio di)*, Giuffre, Milán 1961, página 174.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada en vez de que se frustre⁴².

Afortunadamente, se puede decir sin vacilar que el *favor contractus* es un principio o regla interpretativa aceptada y aplicada no sólo en nuestro país, sino en toda Europa e incluso por los países anglosajones. Así, todos los sistemas jurídicos occidentales modernos, esto es, tanto el *civil law* como el *common law*, aplican dicho principio, deviniendo por tanto un principio jurídico universal y esencial.

En este sentido, señala Lavarriega Villanueva, que el *favor contractus* "contribuye en gran medida facilitar un puente entre el *civil law* y el *common law*, al conciliar su distinta manera de concebir el Derecho, y deviene uno de los elementos centrales en la construcción de un renovado Derecho común europeo"⁴³.

La figura del *favor contractus* como aquella que protege y pone como principal finalidad la supervivencia del contrato celebrado, también se ha manifestado en el campo de la doctrina internacional. El mundo actual no sólo fomenta, sino que exige la interrelación humana más allá de las fronteras geográficas y culturales. Nos hemos acostumbrado a esta realidad en tanto a sus aspectos económicos, a través del fenómeno de la globalización y hemos asimilado los adelantos en la tecnología de la comunicación electrónica, que posibilitan relaciones cuya extensión geográfica y cuya dinámica no eran imaginables anteriormente.

Estas realidades y sus proyecciones, obligan a los juristas desarrollar esquemas y respuestas congruentes que aún están en proceso de formación. Conviene entonces, reconocer los esfuerzos internacionales por lograr esa congruencia mediante la adopción de normas uniformes para la contratación multinacional⁴⁴.

De esta forma –y regresando al punto controvertido bajo análisis– la conservación, tanto del acto administrativo en los contratos de obra pública, como de los contratos de naturaleza civil; es un principio ampliamente aceptado y que sirve de referente tanto para contratos privados como públicos. Es justamente bajo la luz de este principio, que el Árbitro Único considera que la causal por la cual la Municipalidad

⁴² LAVARRIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso; *La Interpretación Objetiva a propósito del artículo 5:106 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, Revista de Ciencias Jurídicas N° 112 (51-86), enero – abril 2007; Página 72.

⁴³ LAVARRIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso; *Op. Cit.* Página 75.

⁴⁴ FIOL MATTA, Liana; *La buena fe como presupuesto para la uniformidad del Derecho de contratos*; Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Volumen 59, Puerto Rico abril – junio 1998, página 118.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Provincial de Sullana declaro nula la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM del 20 de noviembre del 2013, no era causa suficiente y relevante como para declarar la nulidad de éstas y que ello conllevara la inobservancia de las normas legales, lo cual, a criterio de este Árbitro Único resulta abiertamente reprochable, siendo lo correcto preservar el acto jurídico celebrado en aplicación del principio de conservación del contrato.

Lo que hasta aquí se evidencia es que la Municipalidad Provincial de Sullana, a fin de desconocer sus obligaciones contractuales habría elegido un camino arbitrario, como es el de desconocer la validez de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, para así pretender que le sean inexigibles lo resuelto en ella, lo que no es adecuado.

Esto significa que la Municipalidad Provincial de Sullana, de considerarlo pertinente debió solicitar vía arbitraje la declaración de ineeficacia e inexigibilidad de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, fundamentando su pedido en las razones expuestas en este arbitraje; sin embargo, no lo hizo, con lo que este Árbitro Único considera que dicha Entidad se encuentra conforme con tales decisiones emitidas por el entonces Gerente Municipal de la corporación edil.

Asimismo, habiéndose iniciado el presente arbitraje, en el supuesto que la Municipalidad Provincial de Sullana hubiere decidido cuestionar la eficacia y exigibilidad de lo resuelto en la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, en vía arbitral, conforme a lo señalado en la Regla “7.3” del Acta de Instalación del Árbitro Único, tuvo oportunidad de realizar tal cuestionamiento formulando reconvención, cosa que tampoco hizo.

En relación a este último extremo es de señalar que la reconvención es “*un acto procesal, mediante el cual el demandado, al momento de contestar la demanda, presenta contra el actor una acción propia, contra demanda, al demandante, a la vez que se opone a la acción iniciada mediante la contestación. Es un acto que corresponde únicamente al demandado.*”⁴⁵

⁴⁵ ECHANDIA, DEVIS. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. EDITORIAL UNIVERSITARIA. BUENOS AIRES. TOMO II. PÁG. 479-480.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

La reconvención es “*la pretensión que el demandado hace valer durante el curso del proceso contra el demandante, con el propósito de atacarle, diferente en su esencia de la pretensión contenida en la demanda, pero que se ejercita a fin de que se ventile juntamente con ella, aun cuando no se le designe concretamente con el nombre de reconvención.*”⁴⁶

El maestro Cornelutti señala en relación a este tema que la reconvención “*es la situación que se presentaba siempre que el demandado, en lugar de defenderse contra la pretensión del demandante, contraataca proponiendo contra él una nueva pretensión.*”⁴⁷

El instituto de la reconvención, como señala la jurisprudencia nacional:

“*permite al demandado la oportunidad de demandar a quien lo ha emplazado utilizando el mismo proceso, con lo cual se satisface el principio de economía procesal, se evita la multiplicidad de juicios y se facilita la acción de la justicia. Con la reconvención el demandado ejercita un derecho en vía de acción, y busca tener una declaración a favor propio sin más requisitos que su petitorio sea conexo con la relación jurídica invocada en la demanda en la demanda y no afecte la vía procedural.*”⁴⁸

En tal sentido, de haber ocurrido alguno de estos dos supuestos (cuestionar en vía arbitral lo resuelto en la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013 o habiéndose formulado reconvención), como señala José Junco, el Árbitro Único se hubiera pronunciado al respecto, toda vez que: “*habiendo investigado y luego estudiado los hechos, llega a ciertas convicciones respecto de ellos y sus circunstancias; posteriormente, los analizará dentro del ordenamiento jurídico y arribará a conclusiones jurídicas, las que articulará en una decisión final, considerando diversos factores, como los principios en juego, las consecuencias sociales y económicas del fallo (el impacto del fallo en la sociedad), entre otros aspectos. Esta solución de la controversia es heterocompositiva, es decir, se encuentra fuera de la decisión de las partes.*”⁴⁹

⁴⁶ GOLDSCHMIDT James. DERECHO PROCESAL CIVIL. EDITORIAL LABOR, MADRID, 1936, PÀG. 328.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO II. EDITORIAL UTEHA. BUENOS AIRES. 1944. PÀG. 688.

⁴⁸ CAS. N. 705-2003-LIMA, EL PERUANO, 03-05-2005. PAG. 14051-14052.

⁴⁹ JUNCO, José. La conciliación. Aspectos Sustanciales y Procesales. 2da. ed., Ed. Radar, Bogotá, 1994, p. 36.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Siendo precisamente que de todo el análisis hasta aquí formulado, se advierte que la Municipalidad Provincial de Sullana no ha cuestionado lo resuelto en la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, por lo menos no en la vía correspondiente, por lo que ésta conserva su vigencia y exigibilidad entre las partes.

En tal sentido, este Árbitro Único, debe declarar **FUNDADA** la pretensión propuesta en la demanda, reconociendo la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013; **ORDENANDO** a la Entidad que dé cumplimiento a dicha Resolución de Gerencia Municipal, a través de la cual se aprobó el Expediente Técnico de la obra "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura", Código SNIP N° 182166, por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), la cual incorporaba un nuevo monto complementario del presupuesto a la obra en la suma de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles).

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no otorgar al Consorcio Santa Teresa - Sullana la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, con sus respectivos Mayores Gastos Generales y se le Reconozca los Mayores Gastos Generales de las diversas AMPLIACIONES DE PLAZO N° 01 y 04, otorgadas por la Municipalidad Provincial de Sullana al Contratista con su respectivo Reconocimiento de Intereses Legales y se declaré la **INVALIDEZ E INEFICACIA LEGAL, PARCIALMENTE**, de las Resoluciones Alcaldía que aprobaron dichas Ampliaciones de Plazo, solo en la parte que no le reconocen los Mayores Gastos Generales. Ascendiendo dicho monto a la suma de S/. 303,252.97 (Trescientos y Tres Mil Doscientos Cincuenta y Dos con 97/100 nuevos soles).

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Posición del Demandante

Que, el Contratista manifiesta que a través de su Carta N° 04-2014-CST-D de fecha 28 de febrero del 2014, se solicitó a la Entidad la Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, debido a atrasos por causas fortuitas o de fuerza mayor no atribuibles al Contratistas; por su parte la Entidad procedió a amparar parcialmente la solicitud del Contratista emitiendo la Resolución de Alcaldía N° 0480-2014/MPS del 20 de marzo de 2014, otorgando la Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, pero sin reconocimiento de Mayores Gastos Generales.

Que, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, fue presentada según el Contratista dentro del plazo vigente de ejecución. Desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el Residente ha anotado en el Cuaderno de Obra las circunstancias que ameritan ampliación de plazo, cumpliéndose lo señalado en el primer párrafo del artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria aprobado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La solicitud la presentaron ante la Supervisión; es decir dentro de los 15 días calendario de concluido el hecho invocado, cumpliéndose lo estipulado en el artículo 201º del citado cuerpo legal; en este caso la Entidad la aprueba pero sin reconocimiento de Gastos Generales, lo cual es una contradicción a la norma de contrataciones estatales, específicamente el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que en el primer párrafo de su artículo 202, a la letra dice: "*Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación...*" concordante esto con lo incoado en la Opinión N° 090-2011/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE.

Que, el Contratista solicita se declare la invalidez e ineeficacia legal, parcialmente de la Resolución de Alcaldía N° 0480-2014-ED de fecha 20 de marzo del 2014, solo en la parte que no les reconoce gastos generales y deberá ordenar el reconocimiento Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario con el debido reconocimiento de los Mayores Gastos Generales, que en su totalidad suman la cifra de S/. 111,139.15 (Ciento Once Mil Ciento Treinta y Nueve con 15/100 Nuevos Soles). Para lo cual adjunta un Cuadro de cálculo:

A photograph showing two handwritten signatures. One signature is located at the top right, above the text block. Another, larger, more stylized signature is at the bottom left, below the text block.

ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA VS. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CALCULO DE MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACION DE PLAZO N° 01 (57 DIAS)

"MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA IE N°15029 SANTA TERESA DE JESÚS EN EL A.H. SANTA TERESITA, DISTRITO DE SULLANA, PROVINCIA DE SULLANA-PIURA"

CALCULO DE GASTO GENERAL DIARIO= MONTO GASTO VARIABLE x (Ip/Io)
PLAZO CONTRACTUAL (DIAS)

RELACION DE FECHAS DE PARALIZACION:

| | | | |
|----------------|---------------|-----------|------|
| DEL 19/12/2013 | AL 31/12/2013 | 13 | DIAS |
| DEL 01/01/2014 | AL 31/01/2014 | 31 | DIAS |
| DEL 01/02/2014 | AL 13/02/2014 | 13 | DIAS |
| | TOTAL | 57 | DIAS |

| Mes Paralizado | Monto Gasto Variable | Indice mes Paralización Ip | Indice mes Presup. Ref. Ip jun-13 | Plazo Contractual Dias | Gasto General Diario S/. | Dias Paralizados | Mayor Gasto General S/. |
|----------------|----------------------|----------------------------|--------------------------------------|---------------------------|--------------------------|------------------|-------------------------|
| | | | | | | | |
| dic-13 | S/. 341,616.91 | 392.22 | 387.61 | 210 | S/. 1,646.09 | 13 | S/. 21,399.17 |
| ene-14 | S/. 341,616.91 | 393.46 | 387.61 | 210 | S/. 1,651.30 | 31 | S/. 51,190.30 |
| feb-14 | S/. 341,616.91 | 395.83 | 387.61 | 210 | S/. 1,661.25 | 13 | S/. 21,596.25 |
| | | | | Parcial del Gasto General | | 57 | S/. 94,185.72 |
| | | | | I.G.V. 18% | | | S/. 16,953.43 |
| | | | | Total del Gasto General | | | S/. 111,139.15 |

También solicita que dicho monto debe ser cancelado por la Entidad en su totalidad y con sus respectivos intereses legales.

Que, también manifiesta que a través de su Carta N° 92-2014-CST-S de fecha 07 de agosto del 2014, se solicitó a la Entidad la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario debido a atrasos por causas fortuitas o de fuerza mayor no atribuibles al Contratistas; por su parte la Entidad procedió a declarar improcedente la solicitud del Contratista emitiendo la Resolución de Alcaldía N° 1363-2014/MPS del 22 de agosto 2014, dicho documento fue notificada fuera de plazo y quedando consentida el pedido por silencio administrativo positivo, otorgándose así la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, con su respectivo reconocimiento de Gastos Generales.

Que, el Contratista manifiesta que solicito ante la Supervisión la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, el día 08 de agosto del 2014, siendo que el mismo día la Supervisión elevo su Informe ante la Entidad y esta última, de acuerdo a lo incoado en el artículo 201º del Reglamento de la norma de contrataciones estatales tenía 14 días calendario para emitir la Resolución de Alcaldía respectiva, la cual si bien Resolución de Alcaldía N° 1363-2014/MPS tiene fecha 22 de agosto del 2014, ésta nos fue notificada recién el día 25 de agosto del 2014. Es decir, después de 17 días calendario del Informe de la Supervisión, generando así su consentimiento como lo prevé el artículo 201º del Reglamento, con lo cual se les debe reconocer además los mayores gastos generales. Por lo cual solicita se le otorgue la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario con el debido reconocimiento de los mayores gastos generales, que en su totalidad suman la cifra de S/. 47,865.33 (Cuarenta y

ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA Vs. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Siete Mil Ochocientos Sesenta y Cinco con 33/100 Nuevos Soles). Para lo cual adjunta un Cuadro de cálculo:

| CALCULO DE MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACION DE PLAZO Nº 02 (24 DIAS) | | | | | | | |
|--|----------------------|--------------------------------------|----------------------------|------------------------------|--|------------------|-------------------------------|
| "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA IE N° 15029 SANTA TERESA DE JESUS EN EL A.H. SANTA TERESITA, DISTRITO DE SULLANA, PROVINCIA DE SULLANA-PIURA" | | | | | | | |
| CALCULO DE GASTO GENERAL DIARIO= | | | | | MONTO GASTO VARIABLE x (Ip/Io) PLAZO CONTRACTUAL (DIAS) | | |
| RELACION DE FECHAS DE PARALIZACION: | | | | | | | |
| | | | | DEL 01/07/2014 AL 09/07/2014 | 9 | DIAS | |
| | | | | DEL 15/07/2014 AL 29/07/2014 | 15 | DIAS | |
| | | | | TOTAL | 24 | DIAS | |
| Mes Paralizado | Monto Gasto Variable | Indice mes Paralización Ip jun-13 | Indice mes Presup. Ref. Ip | Plazo Contractual Dias | Gasto General Diario S.I. | Días Paralizados | Mayor Gasto General S.I. |
| jul-14 | S/. 341,616.91 | 402.72 | 387.61 | 210 | S/. 1,690.16 | 9 | S/. 15,211.44 |
| jul-14 | S/. 341,616.91 | 402.72 | 387.61 | 210 | S/. 1,690.16 | 15 | S/. 25,352.40 |
| | | | | | Parcial del Gasto General I.G.V. 18% | 24 | S/. 40,563.84 S/. 7,301.49 |
| | | | | | Total del Gasto General | | S/. 47,865.33 |

También solicita que dicho monto debe ser cancelado por la Entidad en su totalidad y con sus respectivos intereses legales.

Que, el Contratista a través de su Carta N° 100-2014-CST-D de fecha 25 de setiembre del 2014, solicitó a la Entidad la Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario, por atraso debido por causas fortuitas o de fuerza mayor no atribuibles al Contratistas; por su parte la Entidad procedió a amparar parcialmente la solicitud del Contratista emitiendo la Resolución de Alcaldía N° 1661-2014/MPS del 16 de octubre de 2014, otorgando la Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario, pero sin reconocimiento de Gastos Generales.

Que, la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario, fue presentada dentro del plazo vigente de ejecución. Desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el Residente ha anotado las circunstancias que ameritan ampliación de plazo, cumpliéndose lo señalado en el primer párrafo del artículo 201º del Reglamento. La solicitud fue presentada dentro de los 15 días calendario de concluido el hecho invocado, cumpliéndose lo estipulado en el artículo 201º del Reglamento; en este caso la Entidad la aprueba pero sin reconocimiento de mayores gastos generales.

Que, el Contratista solicita se declare la invalidez e ineeficacia legal, parcialmente de la Resolución de Alcaldía N° 1661-2014/MPS de fecha 16 de octubre del 2014, solo en la parte que no les reconoce mayores gastos generales, que en su totalidad suman la cifra de S/. 144,248.49 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Doscientos Cuarenta y Ocho con 49/100 Nuevos Soles). Para lo cual adjunta un Cuadro de cálculo:

ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA Vs. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CALCULO DE MAYORES GASTOS GENERALES POR AMPLIACION DE PLAZO N° 03 (72 DIAS)

"MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA IE N°15029 SANTA TERESA DE JESUS EN EL A.H. SANTA TERESITA, DISTRITO DE SULLANA, PROVINCIA DE SULLANA-PIURA"

| CALCULO DE GASTO GENERAL DIARIO= | MONTO GASTO VARIABLE x (Ip/Io) |
|----------------------------------|--------------------------------|
| | PLAZO CONTRACTUAL (DIAS) |

RELACION DE FECHAS DE AMPLIACION:

| | | |
|------------------------------|--------------|-----------|
| DEL 04/10/2014 AL 31/10/2014 | 28 | DIAS |
| DEL 01/11/2014 AL 30/11/2014 | 30 | DIAS |
| DEL 01/12/2014 AL 14/12/2014 | 14 | DIAS |
| | TOTAL | 72 |

| Mes Paralizado | Monto Gasto Variable | Indice mes Paralización Ip | Indice mes Presup. Ref. Ip jun-13 | Plazo Contractual Dias | Gasto General Diario S/. | Dias Paralizados | Mayor Gasto General S/. |
|----------------|----------------------|----------------------------|--------------------------------------|------------------------|---------------------------|------------------|-------------------------|
| | | | | | | | |
| oct-14 | S/. 341,616.91 | 404.55 | 387.61 | 210 | S/. 1,697.84 | 28 | S/. 47,539.52 |
| nov-14 | S/. 341,616.91 | 404.55 | 387.61 | 210 | S/. 1,697.84 | 30 | S/. 50,935.20 |
| dic-14 | S/. 341,616.91 | 404.55 | 387.61 | 210 | S/. 1,697.84 | 14 | S/. 23,769.76 |
| | | | | | Parcial del Gasto General | 72 | S/. 122,244.48 |
| | | | | | I.G.V. 18% | | S/. 22,004.01 |
| | | | | | Total del Gasto General | | S/. 144,248.49 |

También solicita que dicho monto debe ser cancelado por la Entidad en su totalidad y con sus respectivos intereses legales.

Posición de la Demandada

Que, la Entidad por su parte contradice la demanda manifestando lo dicho por su contraparte en el sentido que a través de su Carta N° 04-2014-CST-D de fecha 28 de febrero del 2014, les solicitó a la Entidad la Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, debido a atrasos por causas fortuitas o de fuerza mayor no atribuibles al Contratistas; que ellos por nuestra parte han procedido a amparar parcialmente la solicitud del Contratista emitiendo la Resolución de Alcaldía N° 0480-2014/MPS del 20 de marzo de 2014, otorgando la Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, pero sin reconocimiento de Gastos Generales.

Que, la Entidad precisa que el Contratista reconoce la dación de la Resolución de Alcaldía N° 0480-2014-ED de fecha 20 de marzo del 2014, y en tal virtud, manifiesta que resulta necesario traer a colación lo incoado en el último párrafo del artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece claramente que: ... "Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión".

Que, por lo cual se puede apreciar que el Contratista contaba con quince (15) días hábiles para poder impugnar la decisión de la Entidad, cualquiera que fuese su

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

posición, lo cual no lo hizo y en tal virtud consintió la emisión de la misma. Debiendo declararse infundado su petición por ser extemporáneo su reclamo.

Que, con referencia a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días, la Entidad manifiesta lo mismos, es decir que el Contratista contaba con quince (15) día hábiles para poder impugnar la decisión de la Entidad, cualquiera que fuese su posición, pero no lo hizo y consintió así la emisión de la Resolución de Alcaldía N° 1363-2014/MPS de fecha 22 de agosto del 2014. Debiendo declararse infundado su petición por ser extemporáneo su reclamo.

Que, con relación a la solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días, la Entidad manifiesta lo mismos, es decir que el Contratista contaba con quince (15) día hábiles para poder impugnar la decisión de la Entidad, cualquiera que fuese su posición, pero no lo hizo y consintió así la emisión de la Resolución de Alcaldía 1661-2014/MPS del 16 de octubre de 2014. Debiendo declararse infundado su petición por ser extemporáneo su reclamo.

Posición del Árbitro Único:

Que, de lo expuesto por las partes y en forma de ordenar un poco el pedido del Contratista se puede precisar lo siguiente:

1.- Que, el Contratista reclama el reconocimiento de Tres (3) Solicitudes de Ampliaciones de Plazo con sus respectivos mayores gastos generales y además el pago de intereses legales, a las cuales se han denominado:

- a) Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario.
- b) Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario y,
- c) Solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario.

2.- Que, con relación a su pedido, en el caso de las Solicitudes de Ampliaciones de Plazo N° 01 por 57 días calendario y la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario, solo solicitan se les reconozca los mayores gastos generales y además, el pago de intereses legales.

3.- Que, en relación a su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, solicita se declare su procedencia por haber sido consentida por la Entidad dicho pedido, al no haberse pronunciado dentro del plazo legal y que también se le reconozca los mayores gastos generales y el pago de intereses legales.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

4.- Que, este Árbitro Único, en función a sus atribuciones concedidas por las partes del proceso arbitral, primero resolverá lo referente a la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario; y, después lo relacionado las Solicitudes de Ampliaciones de Plazo N° 01 por 57 días calendario y la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario en forma conjunta, esta última.

Que, es preciso indicar lo esgrimido en el artículo 200º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria aprobado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, referente a que los Contratistas de Obras Públicas podrán solicitar Ampliaciones de Plazos del Contrato de Ejecución de Obra por las siguiente casuales citadas en dicho cuerpo legal: 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; 2) Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad; 3) Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados; y 4) Cuando se apruebe la prestación adicional de obra; precisándose que ello será procedente únicamente cuando tales hechos afecten el calendario de avance de obra vigente. Por su parte, el artículo 201º del Reglamento, detalla el procedimiento a seguir para efectuar la aludida solicitud.

Que, así también, resulta necesario glosar lo referente a lo previsto en el numeral 1) del artículo 5º del Reglamento, sobre que el: "*Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado. En el caso de las empresas del Estado, el Titular de la Entidad es el Gerente General o el que haga su veces.*" Siendo así se puede colegir que el Titular de la Entidad es el funcionario competente para probar, autorizar y supervisar las contrataciones de la Entidad. No obstante, el artículo 5º de la Ley precisa que: "*(...) El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establezcan en el Reglamento (...)*". De la citada norma se desprende que, el Titular de la Entidad

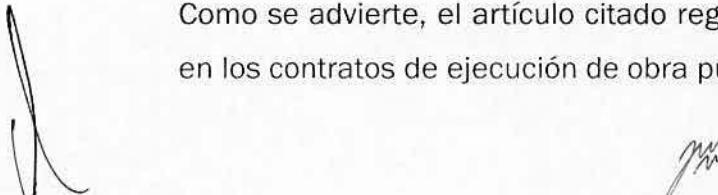
LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

puede delegar las funciones de su competencia, salvo en aquellos supuestos en los que la delegación se encuentra prohibida.

Que, así tenemos que las solicitudes de ampliación de plazo, según el artículo 201° del Reglamento, señala que la Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del informe emitido por el inspector o supervisor, según corresponda, de lo contrario se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad. En esa medida, la denegación de la solicitud de ampliación de plazo debe realizarse expresamente, mediante resolución del titular de la Entidad o del funcionario delegado.

Que, habría también que traer a colación lo referente a que la Administración Pública rige su actuación bajo el Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1.1) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que dispone que: "*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*". En aplicación de este principio, toda actuación de la Administración Pública siempre debe estar enmarcada dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que le está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia. En el caso de los procedimientos de ampliación del plazo de obra, el segundo párrafo del artículo 201° del Reglamento estipula lo siguiente: "*El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe (...)*".

Como se advierte, el artículo citado regula el procedimiento de ampliación del plazo en los contratos de ejecución de obra pública.



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Por otro lado, debe tenerse presente lo previsto en el artículo 52° de la Ley, sobre que: “*Las controversias que surjan entre las partes sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de Conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia (...).*”

Conforme al artículo citado, cualquier controversia que surja entre las partes durante la ejecución del contrato debe ser sometida a conciliación y/o arbitraje, debiendo iniciarse dichos procedimientos antes de que el contrato culmine, que en el caso de ejecución de obras culmina con la liquidación y pago correspondiente, siendo éste un plazo de caducidad general, aplicable en tanto no se haya establecido un plazo especial para someter la materia en controversia a conciliación y/o arbitraje, conforme se desprende de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 214⁵⁰ y primer párrafo del artículo 215⁵¹ del Reglamento, respectivamente.

El literal 1) del artículo 200° del Reglamento estipula que el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. En ese sentido, el artículo 202° del Reglamento establece que “*Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados (...).*”

Así, en caso que se produzca la paralización de una obra por causa no imputable al contratista, se configuraría una de las causales de ampliación de plazo y, por ende, surgiría la obligación de un pago por mayores gastos generales al contratista. En merito a lo expuesto, corresponde indicar que la Entidad debe pagar al contratista los mayores gastos generales que una ampliación de plazo determine. Para ello, a fin de determinar el monto que debe reconocerse por dicho concepto, debe observar el procedimiento del cálculo del gasto general diario, desarrollado en el artículo 203°

⁵⁰ “Artículo 214.- Conciliación

Cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211° y 212°, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52° de la Ley, debiendo iniciarse este procedimiento ante un Centro de Conciliación Público o acreditado por el Ministerio de Justicia.”

⁵¹ “Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211° y 212°, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.2 del artículo 52° de la Ley.”

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

del Reglamento, y, en cuanto a la oportunidad de su pago, debe cumplir con las disposiciones del artículo 204° del mismo cuerpo normativo, el cual prevé que: “*A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil. Para el pago de intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes*”.

Así también, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE se ha pronunciado en sus diversas Opiniones, que emite para interpretar la norma de contrataciones estatales y que es de observancia obligatoria, que para que proceda una renuncia a los mayores gastos generales provenientes de solicitudes de ampliaciones de plazo, esta debe efectuarse después de que la Entidad haya concedido dicha Ampliación de Plazo al Contratista, para tal fin citamos una más cercana y completa como es la Opinión N° 082-2014/DTN de fecha 28 de octubre del 2014.

“OPINIÓN N° 082-2014/DTN

Entidad: SEDAPAL

Asunto: Renuncia al pago de gastos generales

Referencia: a) Comunicación recibida el 5.AGO.2014
b) Comunicación recibida el 7.OCT.2014

I. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia a), el Jefe de Equipo Gestión Proyectos Norte de SEDAPAL consulta si es procedente renunciar al pago de mayores gastos generales antes de aprobar una ampliación de plazo.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal j) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “Ley”), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

La consulta formulada es la siguiente:

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

“¿Es procedente la renuncia al pago de mayores gastos generales antes de aprobar una ampliación de plazo?”

Sobre el particular, corresponde señalar lo siguiente:

- 2.1. En primer lugar, debe señalarse que el numeral 41.6 del artículo 41 de la Ley reconoce el derecho del contratista a solicitar la ampliación del plazo pactado cuando se verifican situaciones ajenas a su voluntad que determinan atrasos y/o paralizaciones, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Por su parte, el artículo 200 del Reglamento precisa las causales específicas⁵² por las cuales el contratista, ante situaciones ajenas a su voluntad que modifiquen la ruta crítica⁵³ del programa de ejecución de obra vigente, puede solicitar la ampliación del plazo de ejecución en los contratos de obra.

Así, la normativa de contrataciones del Estado otorga al contratista el derecho a solicitar la ampliación del plazo de ejecución de obra cuando se produzcan situaciones ajenas a su voluntad –principalmente, atrasos y/o paralizaciones– que afecten la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, con la finalidad de extender el plazo de ejecución de obra y, de esta manera, reparar y equilibrar las condiciones inicialmente pactadas.

- 2.2. Al respecto, debe indicarse que los párrafos primero y segundo del artículo 202 del Reglamento regulan los efectos económicos de la ampliación del plazo en los contratos de obra, conforme a lo siguiente:

“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.”

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de

⁵² “Artículo 200º.- Causales de ampliación de plazo

(...), el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta critica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. (...).” (El subrayado es agregado).

⁵³ El numeral 47 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, señala que la **Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra** “Es la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de la obra.” (El subrayado es agregado).

JM.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso." (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, las disposiciones citadas establecen el pago de mayores gastos generales variables⁵⁴ al contratista como consecuencia económica de la aprobación de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra, con el objeto de reconocer los mayores costos indirectos que debe asumir el contratista, derivados del incremento del plazo de ejecución de la obra.

- 2.3. *De conformidad con lo expuesto, debe señalarse que, cuando se aprueba una ampliación del plazo de ejecución de una obra, surge en la Entidad la obligación de pagar los mayores gastos generales variables al contratista y, en consecuencia, un derecho de crédito en este de cobrarle los mayores gastos generales variables derivados del incremento del plazo de ejecución de la obra.*

Al respecto, debe precisarse que el pago de los mayores gastos generales tiene por objeto reconocer los mayores costos indirectos que asume el contratista como consecuencia del incremento del plazo de ejecución de la obra por causas ajenas a su voluntad, evitándose, de esta manera, la afectación del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, en aplicación de lo dispuesto por el Principio de Equidad⁵⁵, el mismo que establece que "Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)." (El subrayado es agregado).

Sin perjuicio de ello, toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista (y, en consecuencia, de su libre disposición), este podría renunciar⁵⁶ al mismo una vez aprobada la ampliación del plazo⁵⁷; máxime

⁵⁴ De acuerdo con el numeral 29 del Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones, los gastos generales variables "Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por tanto pueden incurrirse a lo largo de todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista." (El subrayado es agregado).

⁵⁵ Definido por el literal I) del artículo 4 de la Ley.

⁵⁶ En este punto, debe señalarse que si bien la renuncia no está regulada expresamente en el Código Civil, la doctrina la define como "... un acto unilateral, ejercitado sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor -sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia- se trataría de una condonación." A su vez, de conformidad con el artículo 1295 del Código Civil, la doctrina también señala que "Condonar es perdonar una deuda o, en expresiones distintas, renunciar a un crédito, con la anuencia del deudor. Así, cuando el acreedor perdoná una deuda y el deudor conviene en ello, se extingue la obligación a cargo de este último." (El subrayado es agregado). OSTERLING PARODÍ, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo IX, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, Segunda Edición, págs. 263 y 245.

JM.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia⁵⁸, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción⁵⁹ o algún vicio al manifestar su voluntad⁶⁰, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables derivados de la aprobación de una ampliación del plazo de ejecución de obra.

En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar al contratista los mayores gastos generales variables al aprobarse una ampliación del plazo de ejecución de una obra, el contratista podría renunciar a este derecho con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, pues constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

- 2.4. *Finalmente, es importante precisar que establecer que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo tiene por finalidad: (i) permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia –pues los mismos solo pueden valorarse una vez aprobada la ampliación del plazo– y (ii) asegurarse que el contratista renuncie a los gastos generales de manera libre y voluntaria, sin la intervención de agentes externos que influyan en su decisión.*

En consecuencia, no es posible que el contratista renuncie a los mayores gastos generales variables con anterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina.

3. CONCLUSIÓN

En tanto constituyen un derecho de crédito de libre disposición, el contratista puede renunciar a los mayores gastos generales variables; no obstante, para que dicha renuncia sea procedente debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina, con la finalidad de asegurar que dicha renuncia sea libre y voluntaria.

Jesús María, 28 de octubre de 2014”

⁵⁷ De conformidad con el criterio establecido en las Opiniones N° 014-2014/DTN y 012-2014/DTN.

⁵⁸ Este criterio se sostiene en lo expresado en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que señala expresamente que “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. (El resaltado es agregado).

⁵⁹ Según el diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, “coerción”, en su primera acepción, significa “*Presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta*”. <http://lema.rae.es/drae/?val=coacci%C3%B3n>.

⁶⁰ De conformidad con los artículos 201 y siguientes del Código Civil.



MM

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Finalmente, debe indicarse que cualquier pacto, acuerdo o convenio que deseen celebrar la Entidad y el contratista, sobre la ejecución contractual, debe encontrarse acorde a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, entre ellas el Principio de Eficiencia⁶¹ y el Principio de Economía; debiendo tenerse presente que dicha normativa es de orden público, es decir, que sus disposiciones no pueden dejar de cumplirse o dejar de observarse por voluntad distinta de las partes.

Que, de todo lo soslayado, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes y efectuando un análisis legal del pedido del Contratista sobre su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, debido a atrasos por causas fortuitas o de fuerza mayor no atribuibles al Contratista y que además se le reconozca los mayores gastos generales variables y sus respectivos intereses legales, tenemos que: El Contratista realmente sí efectuó y presentó, ante la Supervisión de la obra, su Solicitud de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, lo cual lo formalizó mediante Carta N° 92-2014-CST-S de fecha 07 de agosto del 2014, dicho pedido lo hizo debido a atrasos por causas fortuitas o de fuerza mayor no atribuibles al Contratistas. Ante dicho pedido, esgrimido en el párrafo precedente, la Entidad procedió a declararlo improcedente, emitiendo para tal fin la Resolución de Alcaldía N° 1363-2014/MPS del 22 de agosto del 2014.

Que, es materia de análisis, el hecho de saber si realmente la Entidad se pronunció dentro del plazo legal sobre el pedido de Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario del Contratista y tenemos que mediante Carta N° 92-2014-CST-S de fecha 07 de agosto del 2014, el Contratista formalizó su pedido ante la Supervisión siendo recibido por éste último el día 08 de agosto del 2014, conforme a la documentación que obra en autos. La Supervisión por su parte emite la Carta N° 35-2014/CONSORCIOVICUS/SUPERVISOR de fecha 08 de agosto del 2014, en donde recomienda aprobar dicho pedido del Contratista e ingresa esta epistolar ante la Entidad el mismo día, es decir el 08 de agosto del 2014; lo cual se prueba con el Ticket Expediente N° 021179 (08/08/2014 03:39:22 p.m.) emitido por la Mesa de Partes de la Entidad, en donde se aprecia el nombre del Representante Legal de la Supervisión (Consorcio Vicus).

⁶¹ "Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

(...)

f) **Principio de Eficiencia:** Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.

(...)

i) **Principio de Economía:** en toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resolución recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos.

JW

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, hasta ahora y de acuerdo a todo lo esbozado tenemos que se está cumpliendo con lo previsto en la normativa de contrataciones estatales; debiendo recalcar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 201º del Reglamento, la Entidad tiene 14 días calendario para emitir la Resolución de Alcaldía respectiva, venciéndose dicho plazo inexorablemente el día 22 de agosto del 2014, tanto para emitir la Resolución como para notificar al Contratista, como ya lo hemos desarrollado en los párrafos precedente y como lo ordena la norma de contrataciones del Estado. Ahora tenemos que la Resolución de Alcaldía N° 1363-2014/MPS tiene fecha de expedición el día 22 de agosto del 2014, y recién es fededatiada o certificado por el funcionario autorizado de la Entidad el día 25 de agosto del 2014, es decir tres (3) días después de su emisión y según refiere el Contratista dicha Resolución de Alcaldía les fue notificada recién el día 25 de agosto del 2014. Es decir, después de 17 días calendario del Informe de la Supervisión, generando así su consentimiento como lo prevé el artículo 201º del Reglamento ya citado tantas veces. Además, que la Procuraduría Pública de la Entidad no ha contradicho tal afirmación, sino solo se ha limitado a decir que el derecho del Contratista ya caduca por no haberlo impugnado dentro de los plazos flanqueados por la normativa. En tal razón, debe ampararse el pedido del Contratista y declararse CONSENTIDA la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario con el debido reconocimiento de los mayores gastos generales, que ascienden a la suman de S/. 47,865.33 (Cuarenta y Siete Mil Ochocientos Sesenta y Cinco con 33/100 Nuevos Soles), más los intereses legales hasta la fecha real de su cancelación.

Que, con relación a la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, la cual fue resuelta por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 0480-2014/MPS del 20 de marzo de 2014, otorgando dicha Ampliación de Plazo, pero sin reconocimiento de Gastos Generales; y, la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario, la cual fue resuelta por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía 1661-2014/MPS del 16 de octubre de 2014, otorgando dicha Ampliación de Plazo, pero sin reconocimiento de Gastos Generales. Tenemos que no se aprecia en ningún documento que obra en autos, ni el Contratista, ni la Entidad en sus Resoluciones de Alcaldía han manifestado que el Contratista haya renunciado a los mayores gastos generales variables y al tener en cuenta la Opinión del OSCE citada precedentemente en donde concluye que en tanto éstos mayores gastos generales variables constituyen un derecho de crédito de libre disposición, el contratista puede renunciar a los mayores gastos generales variables; no obstante, para que dicha renuncia sea procedente debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina, con la finalidad de asegurar que dicha renuncia sea libre y voluntaria. Situación que no se ha dado ni por asomo, sino muy por el contrario es el Contratista quien reclama el reconocimiento de dichos mayores gastos generales variables a través de este proceso arbitral; debiendo ampararse dichos pedidos.

En tal sentido, este Árbitro Único, declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión propuesta en la demanda, ordenando a la Municipalidad Provincial de Sullana otorgar al Consorcio Santa Teresa – Sullana la Ampliación de Plazo N° 02 por 24 días calendario, con sus respectivos mayores gastos generales variables ascendente a la suma de S/. 47,865.33 (Cuarenta y Siete Mil Ochocientos Sesenta y Cinco con 33/100 Nuevos Soles), la cual fue declarada improcedente por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 1363-2014/MPS del 22 de agosto del 2014,

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

declarándola a esta última invalidad e ineficaz para el Contratista, debiendo reconocérsele al Contratista además los respectivos intereses legales hasta la fecha real de su cancelación, por parte de la Entidad demandada.

Así también, ordena a la Entidad a cancelar al Contratista los mayores gastos generales relacionados con la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 por 57 días calendario, ascendente a la suma de S/. 111,139.15 (Ciento Once Mil Ciento Treinta y Nueve con 15/100 Nuevos Soles), la cual fue declarada procedente por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 0480-2014/MPS del 20 de marzo de 2014, pero sin reconocimiento de los mayores gastos generales variables, declarándola a esta última invalidad e ineficaz para el Contratista, en relación al no reconocimiento de los mayores gastos generales variables, debiendo además reconocérsele los intereses legales previstos en el código civil, hasta la fecha real de su cancelación por parte de la Entidad demandada.

Por último, se ha tenido conocimiento a través de la documentación que corre en autos y que es parte de otro punto controvertido acumulado por la Entidad en el presente arbitraje, el cual se resolverá más adelante, que el Contratista ha resuelto el Contrato de Ejecución de Obra vía Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014 y en dicha misiva sito a la Entidad al levantamiento del Acta de Constatación Física e Inventory de Obra para el día 03 de noviembre del 2014, con presencia de Notario Público Dr. José Alberto Huachillo Cevallos, acto que se efectúo el día propuesto pero que terminó el día 05 de noviembre del 2014, fecha esta postimera en donde el Contratista estuvo en obra por última vez .

Que, como se aprecia el Contratista solicitó y presentó ante la Entidad una Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario, la cual fue declarada procedente por la Entidad mediante Resolución de Alcaldía N° 1616-2014/MPS del 16 de octubre del 2014, la cual empezaba a contabilizarse efectivamente desde el día 04 de octubre hasta el 14 de diciembre del 2014, siempre sin reconocimiento de los mayores gastos generales variables, los cuales ascendían a la suma de S/. 144,248.49 (Ciento Cuarenta y Cuatro Mil Doscientos Cuarenta y Ocho con 49/100 Nuevos Soles).

Que, como ya lo he determinado anteriormente se tiene que amparar este pedido, en tal razón se declara que la Resolución de Alcaldía N° 1616-2014/MPS del 16 de octubre del 2014, es invalidad e ineficaz para el Contratista, en relación al no reconocimiento de los mayores gastos generales variables, debiendo además reconocérsele al Contratista además los intereses legales previstos en el código civil, hasta la fecha real de su cancelación por parte de la Entidad demandada. Pero, necesariamente se tiene que efectuar una nueva liquidación tanto del plazo otorgado como de los mayores gastos generales variables pues, el Contratista solo estuvo en obra hasta el día 05 de noviembre del 2014 y la Ampliación de Plazo N° 04 por 72 días calendario era hasta el 14 de diciembre del 2014; fecha en la que el Contratista ya no se encontraba en obra y este Árbitro Único, no puede reconocer ni avalar un abuso del derecho, que sería reconocerle al Contratista por un período de plazo que no estuvo en obra ni mucho menos reconocerle gastos generales variables en la que no ha incurrido o por lo menos de los documentos que obran en autos no se aprecia tal situación. En tal virtud, se procederá a efectuar una nueva liquidación

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

con los plazos reales y el monto real de gastos generales variables que debe de reconocérsele al Contratista, y tenemos que:

Del 04 de octubre hasta el 31 de octubre del 2014, son: 28 días.

Del 01 de noviembre hasta el 05 de noviembre del 2014, son: 5 días.

Siendo un total de solo 33 días calendario que deben de reconocérsele al Contratista y no 72 días como inicialmente la Entidad la había otorgado y que el Contratista maliciosamente trato de confundir a este árbitro y busca se le cancele. Lo cual multiplicándolo por el gasto diario da la suma de: S/. 56,028.72 + IGV S/. 10,085.17 = S/. 66,113.89 (Sesenta y Seis Mil Ciento Trece con 89/100 Nuevos Soles).

Por tal razón, se ordena a la Entidad a cancelar al Contratista los mayores gastos generales relacionados con la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 04 por 33 días calendario, ascendente a la suma de S/. 66,113.89 (Sesenta y Seis Mil Ciento Trece con 89/100 Nuevos Soles), debiendo además reconocérsele los intereses legales previstos en el código civil, hasta la fecha real de su cancelación por parte de la Entidad demandada.

Por lo que el segundo punto controvertido, relacionado al pedido del Contratista que se le reconozca la suma de S/. 303,252.97 (Trescientos y Tres Mil Doscientos Cincuenta y Dos con 97/100 Nuevos Soles), como mayores gastos generales variables por sus tres (3) solicitudes de ampliaciones de plazo, se declara FUNDADO EN PARTE y solo se le reconoce la suma de S/. 225,118.37 (Doscientos Veinte y Cinco Mil Ciento Dieciocho con 37/100 Nuevos Soles) como mayores gastos generales variables por sus tres (3) solicitudes de ampliaciones de plazo, más los intereses legales previstos en el código civil, hasta la fecha real de su cancelación por parte de la Entidad.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA EL REINTEGRO POR AJUSTES DE PRECIOS, PRODUCTO LA APLICACIÓN DE LA POLINÓMICA, POR TODO EL PERÍODO DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA. POR EL MONTO DE S/. 83,622.47 (OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS VEINTE Y DOS CON 47/100 NUEVOS SOLES)

Posición del Demandante

Que, el Contratista solicita se le reconozca el reintegro por ajustes de precios, producto la aplicación de la Formula Polinómica, por todo el periodo de la ejecución de la obra, lo cual al sumarse hace un total de S/. 83,622.47 (Ochenta y Tres Mil Seiscientos Veinte y Dos con 47/100 Nuevos Soles). Además, que se le reconozca los intereses legales. Adjunta un cuadro de Cálculo de reintegro por ajustes de precios, en donde está considerando la aplicación de la Formula Polinómica en la que se toma en cuenta el Contrato Principal.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Posición de la Demandada

Que, la Entidad por su parte manifiesta que el Consorcio solicita que ellos deben de reconocerle el reintegro por ajustes de precios, producto la aplicación de la Formula Polinómica, por todo el periodo de la ejecución de la obra, lo cual al sumarse hace un total de S/. 83,622.47 (Ochenta y Tres Mil Seiscientos Veinte y Dos con 47/100 Nuevos Soles). Monto que además, solicita debe de reconocérsele con sus respectivos intereses legales y para ello describe como prueba solo un cuadro con unos montos de carecen de sustento legal.

Que, como bien se sabe el Consorcio indebidamente nos remitió la Carta Notarial N° 102-2014-CST-S de fecha 09 de octubre del 2014, notificada a nosotros vía conducto notarial el 10 de octubre del 2014, en donde nos apercibe ante nuestro supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales y manifiesta que esto se debe que a pesar de habérsenos requerido a través de otra misiva y estando la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, que aprueba el Expediente Técnico INTEGRAL por la suma de S/. 5'345,496.20. Posteriormente, cumple su amenaza y nos remitió la Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, por la cual nos Resuelve el Contrato de Obra, logrando con su irregular actuar perjudicar a miles de niños en edad escolar que por su culpa no tendrán un lugar donde estudiar el año 2015. Razón por la cual los perjudicados somos nosotros y la población de Sullana, no entendiendo de que reintegro por ajustes de precios, producto la aplicación de la polinómica nos hablan cuando ellos son los que nos tienen que indemnizar por los Daños y Perjuicios que nos han ocasionado debiendo declararse INFUNDADO este extremo de la demanda.

Posición del Árbitro Único:

Que, a fin de poder emitir un pronunciamiento al respecto, resulta necesario a traer a colación lo previsto en la normativa de Contrataciones del Estado, en la cual se establece que las Entidades públicas puedan incluir en las Bases de los procesos de selección fórmulas de reajuste a los pagos que corresponde otorgar al contratista.

Ello como se sabe obedece a la necesidad de mantener vigente el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato, entendiéndose por tal a la “*relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá*”⁶².

Sobre las fórmulas de reajuste, el numeral 2) del artículo 49º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁶³ (en lo sucesivo el Reglamento), establece que, en

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. “**Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos**” En: Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff. CASSAGNE, Juan Carlos (Director), Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998. Pág. 904.

⁶³ Aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

la ejecución de obras pactadas en moneda nacional, las Bases deberán establecer fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán reajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción⁶⁴ que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI⁶⁵, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización. Adviértase que cuando el contrato tiene como objeto la ejecución de una obra pactada en moneda nacional es obligatorio que las Bases incorporen fórmulas polinómicas, de tal forma que los reajustes al contrato sean el resultado de su aplicación.

Ahora bien, se entiende por "fórmula polinómica" a "*la representación matemática de la estructura de costos de un Presupuesto y está constituida por la sumatoria de términos, denominados monomios, que consideran la participación o incidencia de los principales recursos (mano de obra, materiales, equipo, gastos generales) dentro del costo o presupuesto total de la obra*"⁶⁶. En concordancia con lo anterior, el artículo 198º del Reglamento establece que: "*En el caso de obras, dado que los Índices Unificados de Precios de la Construcción son publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI con un mes de atraso, los reajustes se calcularán en base al coeficiente de reajuste "K" conocido a ese momento. Posteriormente, cuando se conozca los Índices Unificados de Precios que se deben aplicar, se calculará el monto definitivo de los reajustes que le corresponden y se pagará con la valorización más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses*".

Se puede apreciar que, según ha quedado establecido en el artículo 198º del Reglamento, que ratifica lo señalado en el numeral 2) del artículo 49º del citado cuerpo legal, las Bases del proceso deben establecer las fórmulas polinómicas, tomando en cuenta para su elaboración y aplicación las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 011-79-VC, sus modificatorias, ampliatorias y complementarias. Ello evidencia que las fórmulas polinómicas que se aplicarán durante la ejecución de un contrato —y, por tanto, en su liquidación— vienen establecidas en las Bases, de tal forma que quienes participan en el proceso conocen los elementos y criterios que se tomarán en cuenta para reactualizar el

⁶⁴ Índice de Precios" es el número abstracto que expresa la variación que existe entre el precio de un elemento, en una fecha determinada, y el que tuvo en otra fecha anterior, fijada como base. **Fórmulas Polinómicas de Reajuste Automático en Obras de Construcción**, Tercera Edición, CAPECO, Lima 1995. Pág. 5.

⁶⁵ El artículo 5º del Decreto Supremo N° 011-79-VC establecía que los índices de precios que se empleaba para aplicar las fórmulas polinómicas para determinar el reajuste de precios era el que fijaba el Consejo de Reajuste de los Precios de la Construcción – CREPCO. Sin embargo, la Undécima Disposición Complementaria de la Ley N.º 25862 transfirió al Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI las funciones de elaboración de los índices unificados de precios para la aplicación de las fórmulas polinómicas de reajuste automático de los elementos que determinan el costo de las obras.

⁶⁶ SALINAS SEMINARIO, Miguel "Costos, Presupuesto, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra", Lima: Fondo Editorial del Instituto de la Construcción y Gerencia, 2003, 2º Edición, Pág. 7

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

contrato. Cabe precisar que las Bases del proceso son elaboradas por el Comité Especial recogiendo la información aprobada en el expediente de contratación, que versa sobre las características técnicas, el valor referencial y la disponibilidad presupuestal. En el caso de obras, el expediente de contratación anexa el Expediente Técnico respectivo y la Declaratoria de Viabilidad conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. De forma complementaria, el numeral 24 del Anexo de Definiciones del Reglamento, define el expediente técnico de obra como "*El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudios de suelo, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios*".

De lo señalado, se colige que la información concerniente a las fórmulas polinómicas es elaborada por la Entidad en el expediente técnico de obra, información que es recogida e incluida en las Bases del proceso de selección. De esta forma podemos concluir que en la ejecución de un contrato de obra pactado en moneda nacional, las fórmulas polinómicas vienen establecidas en las Bases, por lo que compete a la Entidad aplicarlas sin alterar, modificar o reducir su alcance. En ese sentido, para determinar el reajuste a ser incluido en una valorización, no podría aplicarse la fórmula polinómica considerando sólo aquellos elementos que estén siendo valorizados en el periodo. Debe considerarse la variación de índices de todos los elementos componentes de la fórmula polinómica incluida en las Bases. Así es que al aplicar una fórmula polinómica para calcular el coeficiente de reajuste que será usado en el cálculo de la valorización reajustada de un periodo cualquiera de obra, se deberá considerar la variación de índices de todos los elementos componentes de la fórmula polinómica incluida en las Bases y no solo la de aquellos elementos que estén siendo valorizados en dicho periodo.

Que, de la lectura de las Bases, en la Sección General sobre las Disposiciones Comunes del Proceso de Selección, página 12 de las Bases Administrativas, 3.11. REAJUSTES. Habla sobre la formula polinómica y su aplicación lo cual es coincidente con los artículos citados del Reglamento sobre el tema en cuestión, debiendo así este árbitro único emitir opinión al respecto.

Que, el Contratista solicita se le reconozca el Reintegro por Ajustes de Precios, producto la aplicación de la Formula Polinómica, por todo el periodo de la ejecución de la obra, lo cual al sumarse hace un total de S/. 83,622.47 (Ochenta y Tres Mil Seiscientos Veinte y Dos con 47/100 Nuevos Soles). Monto que además, solicita debe de reconocérsele con sus respectivos intereses legales.

Que, lo que se aprecia, por lo glosado por el Contratista, es que este nunca aplicó la Formula Polinómica a sus valorizaciones y la darle termino al Contrato de Ejecución de Obra, por propia decisión del Contratista, lo está solicitando por esta vía arbitral lo cual es permitido, de acuerdo a lo incoado en el artículo 198º del Reglamento, que concuerda con lo señalado en el numeral 2) del artículo 49º del citado cuerpo legal, también lo previsto en las Bases del proceso de selección, haciendo hincapié que los citados cuerpos legales establecen que este pedido se puede hacer. "*Posteriormente, cuando se conozca los Índices Unificados de Precios que se deben aplicar, se calculará el monto definitivo de los reajustes que le corresponden y se pagará con la valorización*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses". Es decir, el Contratista podría haberlo pedido en sus valorizaciones hasta en la liquidación final de obra, pero sin reconocimiento de intereses. Así también, tampoco se aprecia que la Entidad haya contradicho tal afirmación limitándose solo a establecer la forma como el Contratista le resolvió el contrato de ejecución de obra, que no es materia de análisis aun.

En tal sentido, este Árbitro Único, declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión propuesta por el Contratista en su petición de Acumulación de Puntos Controvertidos, ordenando a la Entidad que reconozca al Consorcio Santa Teresa - Sullana el reintegro por ajustes de precios, producto la aplicación de la Formula Polinómica, por todo el periodo de la ejecución de la obra, ascendente a la suma de S/. 83,622.47 (Ochenta y Tres Mil Seiscientos Veinte y Dos con 47/100 Nuevos Soles) e **INFUNDADA** en la parte que solicita el reconocimiento de intereses legales, por encontrarse tal petición en contravención a lo incoado en la parte in fine del artículo 198º del Reglamento.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA LA VALORIZACIÓN CONTRACTUAL NO PAGADA, YA QUE SE TIENE PENDIENTE EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN N° 10, CORRESPONDIENTE AL MES DE SETIEMBRE DEL 2014, DEL CUAL NO SE HA TENIDO NINGUNA COMUNICACIÓN NI DE LA ENTIDAD, NI DE LA SUPERVISIÓN A LA FECHA DE PAGO 30 DE SETIEMBRE DEL 2014, POR EL MONTO DE S/. 77,217.44 (SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS DIECISIETE CON 44/100 NUEVOS SOLES).

Posición del Demandante

Que, el Contratista solicita que la Entidad le cancele el íntegro de la Valorización N° 10, correspondiente al mes de setiembre del 2014, la cual no ha sido pagada por la Entidad hasta la fecha de presentación de su escrito de Acumulación de Pretensiones.

Que, el Contratista manifiesta que la Valorización N° 10, fue presentada ante la Supervisión en el plazo previsto en el Contrato de Ejecución de Obra y la Supervisión cumplió con elevarlo a la Entidad para su cancelación pero la comuna de Sullana hasta la fecha ha incumplido con su cancelación, generando así intereses a su favor, lo cual se cuantificara a su real y efectivo pago. Siendo que el monto de esta Valorización N° 10, ascienden a la suma de S/. 77,217.44 (Setenta y Siete Mil Doscientos Dieciséis con 44/100 Nuevos Soles).

Posición de la Demandada

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, la Entidad manifiesta que según el Contratista ellos no le habrían cancelado a la fecha su Valorización N° 10, correspondiente al mes de setiembre del 2014. Como se sabe nosotros nos encontramos en arbitraje con el Contratista y las Valorizaciones son pagos a cuenta en tal virtud, no se puede efectuar aun la Liquidación Final de Obra, por mandato expreso de la norma de contrataciones gubernamentales. Por lo que la ley nos facultad a cancelar dicha valorización hasta en la Liquidación Final de Obra, demostrándose así que no existe ningún retraso en la cancelación de la misma, por cuanto todavía no se ha elaborado dicha Liquidación Final de Obra.

Posición del Árbitro Único:

Que, antes de pasar a analizar el pedido del Contratista y lo expuesto por su contraparte resulta relevante para este árbitro único, revisar lo previsto en el artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sobre valorizaciones y metrados, el cual citó literalmente, para después pasar a examinar el pedido del Contratista, así tenemos:

“Artículo 197°.- Valorizaciones y Metrados

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

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

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

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

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

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

Asimismo, la Cláusula Octava del Contrato N° 020-2013/MPS-GJ sobre “Valorizaciones y Metrados” establece el procedimiento regular para la aprobación y pago de valorizaciones, el mismo que contempla:

“Las valorizaciones tienen carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas por los precios unitarios de los expedientes técnicos parciales aprobados de conformidad con lo establecido en el artículo 197º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

Las Bases Administrativas Integradas, en la Sección Específica sobre las Condiciones Especiales del Proceso de Selección, páginas 21 y 22 de las Bases, numeral 2.10. VALORIZACIONES, han establecido:

“El periodo de valorización será MENSUAL.

De acuerdo con los párrafos quinto y sexto del artículo 197º del Reglamento, para efectos del pago de las valorizaciones, la Entidad deberá contar con la valorización del período correspondiente, debidamente aprobada por el inspector o supervisor, según corresponda; a la que deberá adjuntarse el comprobante de pago respectivo”.

Que, establecidos los criterios para la aprobación de las Valorizaciones, corresponde analizar si la Contratista demandante, cumplió con el procedimiento establecido.

Que, del análisis de los hechos y los actuados de las partes se deduce que el Contratista presentó ante la Supervisión su Valorización N° 10, mediante Carta N° 102-2014-CST-S de fecha 01 de octubre del 2014, la cual fue observada por la Entidad y devuelta a la Supervisión a través de la Carta N° 039-2014-BGDLL-ING de fecha 10 de octubre del 2014, y el Oficio N° 1124-2014/MPS-GDUEl-SGO de fecha 15 de octubre del 2014.

Que, por Carta N° 109-2014-CST-S de fecha 30 de octubre del 2014, el Contratista presentó ante la Supervisión el levantamiento de las Observaciones efectuadas a su Valorización N° 10; por lo cual la Supervisión le remite a la Entidad la Carta N° 60-2014/CONSORCIOVICUS/SUPERVISOR de fecha 31 de octubre del 2014, en donde le hace llegar el levantamiento de observaciones a la Valorización N° 10, presentada por el Contratista.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, ahora corresponde analizar hasta cuento de plazo tenía la Entidad para cancelar al Contratista dicha Valorización N° 10, sabiendo que tanto las Bases, como el Contrato de Obra se basan a lo incoado en el artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el cual prevé en su quinto y sexto párrafo: *"Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización."*

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

De lo esgrimido en el cuerpo legal citado en el párrafo precedente, se tiene que si bien dicho dispositivo legal no menciona nada con respecto a las observaciones que se puedan efectuar a las valorizaciones presentadas conjuntamente por el contratista con la supervisión, tampoco se aprecia ninguna prohibición. Además, que el Contratista no ha cuestionado dicha observación, muy por el contrario la ha convalidado cuando levanto esas observaciones. Teniendo así solo que analizar desde cuando le correspondía a la Entidad cancelar la misma.

Así tenemos que, cuando las valorizaciones son mensuales, como es el caso que nos atañe, el Supervisor cuenta para su remisión a la Entidad con cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, es decir si la valorización era del mes de setiembre pero recién se subsano el 30 de octubre del 2014, entonces la Supervisión podría ingresarlo a la Entidad hasta el día 07 de noviembre del 2014, pero lo hizo antes sin efecto legal para la partes; ahora la normativa establece que será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día del mes de noviembre del 2014, lo cual no ha sucedido, más aun si el Contratista ha ingresado su acumulación de pretensiones a este proceso arbitral el día 04 de diciembre del 2014, manifestando que la Entidad no le ha cancelado hasta la fecha.

Teniéndose entonces que, el Contratista ha seguido el procedimiento previsto en la Cláusula Octava del Contrato de Obra, lo incoado en el en el artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, también lo advertido en las Bases Administrativas Integradas, por su parte la Entidad no ha cuestionado el monto reclamado por el Contratista en la Valorización N° 10, ni ha contradicho todo lo expuesto, por lo que debe ampararse este pedido.

En tal sentido, este Árbitro Único, declara FUNDADA la pretensión propuesta por el Contratista en su petición de Acumulación de Puntos Controvertidos, ordenando a la Entidad la cancelación al Consorcio Santa Teresa – Sullana de la Valorización N° 10,

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

correspondiente al mes de setiembre del 2014, ascendente a la suma de S/. 77,217.44 (Setenta y Siete Mil Doscientos Diecisiete con 44/100 Nuevos Soles), con el respectivo reconocimiento de intereses legales, hasta la fecha real de su cancelación, conforme lo prevé el último párrafo del artículo 197º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA LOS MAYORES METRADOS EJECUTADOS, COMO CONSECUENCIA DE QUE SE HAN TENIDO QUE EJECUTAR MAYORES METRADOS QUE NO ESTÁN CONTEMPLADOS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO. POR EL MONTO DE S/. 193,728.29 (CIENTO NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTE Y OCHO CON 29/100 NUEVOS SOLES).

Posición del Demandante

Que, el Contratista manifiesta y solicita que la Entidad les reconozca los Mayores Metrados Ejecutados, y argumenta que estos Mayores Metrados se han ejecutado a pesar de que no están incluidos en el Expediente Técnico, para lo cual adjunta el cargo de los sustentos de los mismos que fuera parte de la Solicitud de Ampliación de Plazo N° 4 presentada a la Supervisión "Consortio Vicus", con fecha 29 de setiembre del 2014), que se han generado por los vicios ocultos que existían en el Perfil, ante esta situación estaríamos ante la Figura Legal del Enriquecimiento sin Causa o Indebido previsto en el artículo 1954º de nuestro sustantivo en materia civil vigente.

Posición de la Demandada

Que, la Entidad por su parte manifiesta que, en todo contrato de obra que se encuentre sujeto al sistema a suma alzada, es legalmente inherente a dicho sistema contractual que el precio que rige el referido contrato es un `fijo`; por lo que, en atención a ello, se tiene que los mayores o menores metrados que en obra ejecute el contratista, no genera un incremento o reducción del precio pactado en el contrato, en la medida que el referida precio es uno `fijo integral`, siendo ésta uno de los aspectos legalmente sustanciales que lo diferencia del sistema `a precios unitarios`. Precisamente, en atención a los efectos legales que son técnicamente propios e inherentes del sistema de contratación á suma alzada, es que el precio que rige el presente contrato es uno `fijo integral`, careciendo ambas partes contratantes de atribución legal para desconocer y/o desvincularse del referido efecto sustancial, por cuanto el efecto antes mencionado, constituye un efecto legalmente impuesto para dicho sistema de contratación.

Que, la Procuraduría Pública considera legalmente pertinente y necesario que el Arbitro Único aprecie que el Contratista no puede pretender que eventualmente se le pague los supuestos mayores metrados que ésta declara haber ejecutado, con el

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

único propósito de eludir y desvincularse ilegalmente de los efectos que se derivan y desprenden del `sistema de contratación a suma alzada` que rige el presente contrato, según el cual el precio contractual es uno `fijo integral`; por lo que, si la contratista conocía desde la fecha de suscripción del contrato que a través de dicho sistema de contratación le es legalmente inválido exigir el pago de dichos supuestos mayores metrados, ésta opta irregularmente por invocar un supuesto `enriquecimiento sin causa`, para obtener ilícitamente mediante una vía indirecta lo que está impedido obtener directamente, a través del `sistema de contratación a suma alzada`. El numeral 1) del artículo 40º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que en el sistema a suma alzada "El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución", disposición que resulta razonable si se tiene en consideración que en este sistema las magnitudes, cantidades y calidades se encuentran definidas en los planos y especificaciones técnicas previstos en el expediente técnico, por lo que el postor formula su propuesta sobre la base de información cierta.

Que, además alega que, cuando el sistema de contratación elegido por la Entidad sea el sistema a suma alzada, al presentar su propuesta el postor se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra, conforme a los planos y especificaciones técnicas previstos en el expediente técnico, por el monto o precio ofertado en dicha propuesta. De ello se desprende que, en una obra contratada a suma alzada, el precio pactado solo podría ser modificado si durante la ejecución contractual la Entidad, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, decide modificar los planos o especificaciones técnicas. Por tanto, las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para la ejecución de la obra por el precio ofertado en su propuesta.

Que, asimismo el artículo 207º del Reglamento de Contrataciones del Estado establece que, en obras adicionales menores al quince por ciento (15%) solo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En tal sentido, por lo indicado anteriormente no corresponde a la Entidad reconocer los mayores metrados supuestamente ejecutados por el CONSORCIO, en virtud a la naturaleza del contrato a suma alzada. En consecuencia, esta pretensión del Consorcio no merece ser amparada y deberá declararse INFUNDADO.

Posición del Árbitro Único

Que, para comenzar analizar este pedido de parte del Contratista, se tiene que traer a colación lo señalado por el primer párrafo del numeral 41.2 del artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual otorga a la Entidad la potestad de ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra⁶⁷ hasta por el quince

⁶⁷El numeral 40 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", define a la "Prestación adicional de obra" como "Aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

por ciento (15%) del monto del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que respondan a la finalidad del contrato original. Asimismo, el segundo párrafo del referido numeral establece que en caso resulte indispensable la ejecución de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo anterior, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que su monto no supere el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original, debiendo contar previamente con la autorización de la Contraloría General de la República para su ejecución y pago⁶⁸.

Así, una Entidad puede ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando estas no se encuentran previstas en el expediente técnico ni en el contrato original y siempre que su ejecución resulte indispensable y/o necesaria para alcanzar la finalidad del contrato; debiendo, para ello, respetar los límites y condiciones antes señalados, y los procedimientos establecidos en los artículos 207° y 208° del Reglamento, según corresponda. En este punto, es importante precisar que la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales de obra ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público, respondiendo, así, al ejercicio de una prerrogativa especial del Estado⁶⁹.

Ahora bien, es importante señalar que el artículo 207° del Reglamento, establece el procedimiento para la aprobación de prestaciones adicionales de obra, precisando, entre otras cuestiones, las actuaciones de los sujetos que deben intervenir para tal efecto. Al respecto, el quinto párrafo del referido artículo señala que "La necesidad de tramitar la autorización de la ejecución de prestaciones adicionales de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el inspector o supervisor o por el contratista. El inspector o supervisor debe comunicar a la Entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra. Asimismo, el octavo párrafo del citado artículo indica que "*Concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de catorce (14) días para remitir a la Entidad el informe pronunciándose sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional. Recibido dicho informe, la Entidad cuenta con catorce (14) días*

realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal." (El resaltado es agregado).

⁶⁸ Cabe precisar que, en el caso de prestaciones adicionales con carácter de emergencia que superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, el Titular de la Entidad puede autorizar su ejecución, requiriéndose la autorización de la Contraloría General de la República de manera previa al pago, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 208 del Reglamento.

⁶⁹ En efecto, siguiendo a Manuel de la Puente, esta potestad respondería al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el que subyace a las contrataciones del Estado– en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las Cláusulas Exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontifícia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7.



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. (...)."

De esta manera, cuando surge la necesidad de ejecutar una prestación adicional de obra, esta debe ser anotada en el cuaderno de obra por el inspector o supervisor o por el contratista (a través de su residente de obra) para poner en conocimiento de la otra parte las circunstancias que la originan y, de ser el caso, para que se elabore el expediente técnico de la prestación adicional de obra⁷⁰. Una vez elaborado el expediente técnico, el inspector o supervisor debe remitir a la Entidad un informe sobre la procedencia de la prestación adicional de obra, para que ésta emita y notifique la resolución que corresponda al contratista. Adicionalmente, es importante considerar que las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República, la misma que debe emitir su pronunciamiento a través del procedimiento establecido en el tercer párrafo y siguientes del artículo 208 del Reglamento.

Por último resulta necesario citar el numeral 41.5 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, que prevé taxativamente lo siguiente: "*La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco puede ser sometida a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República*".

Por las consideraciones expuestas, este Árbitro Único considera que el reconocimiento solicitado por el Contratista con respecto a la supuesta ejecución de los mayores metrados ejecutados por él como consecuencia de que se han tenido que ejecutar mayores metrados que no están contemplados en el expediente técnico, ascendente estos a la suma S/. 193,728.29 (Ciento Noventa y Tres Mil Setecientos Veinte y Ocho con 29/100 Nuevos Soles), debe ser declarada INFUNDADA al no haberse demostrado dicha ejecución, ni haberse seguido el procedimiento para su aprobación.

⁷⁰ En este punto, debe considerarse que los párrafos sexto y séptimo del artículo 207 del Reglamento precisan que "*La Entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del contratista ejecutor de la obra principal (...).*

Cuando el expediente técnico es elaborado por la Entidad o por un consultor externo, será necesario verificar con el contratista ejecutor de la obra principal, que la solución técnica de diseño se ajusta a la prestación principal; (...)."



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA LOS REINTEGROS DE COMPENSACIÓN VACACIONAL, REINTEGRO COMPENSACIÓN TIEMPO DE SERVICIO, MATERIAL DEJANDO EN ALMACÉN DE LA OBRA, PRODUCTO POR TODO EL PERÍODO DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA. POR EL MONTO DE S/. 63,105.73 (SESENTA Y TRES MIL CIENTO CINCO CON 73/100 NUEVOS SOLES).

Posición del Demandante

Que, el Contratista solicita que la Entidad le reconozca los reintegros de compensación vacacional, reintegro compensación tiempo de servicio, y material dejando en almacén de la obra, producto por todo el periodo de la ejecución de la obra, lo cual al sumarse hace un total de S/. 63,105.73 (Sesenta y Tres Mil Ciento Cinco con 73/100 Nuevos Soles). Monto que debe ser cancelado por la Entidad en su totalidad y con sus respectivos intereses legales.

CALCULO DEL REINTEGRO POR COMPENSACIONES

| ITEM | DESCRIPCION | AUTORIZADO | PAGADO | SALDOS |
|------|--|------------|--------|-----------|
| | Reintegro compensación vacacional | 721.89 | 0.00 | 721.89 |
| | Reintegro compensación tiempo de servicios | 977.05 | 0.00 | 977.05 |
| | Material dejado en almacén de la obra | 61,406.79 | 0.00 | 61,406.79 |
| | TOTAL VALORIZADO | 63,105.73 | | 63,105.73 |

El presente cálculo de los reintegros por compensaciones, está siendo considerado el Reintegro de compensaciones vacacionales, reintegro compensación tiempo de servicio, material dejado en almacén de la obra.

Argumenta el Contratista que todos estos materiales están registrados en el Acta de Constatación Física e Inventory de Obra, redactado Notarialmente la cual se realizó el 03 y 05 noviembre (por la Notaria Huachillo), y con lo que fue entregada a la Municipalidad la obra (se adjunta copia de la constatación).

Posición de la Demandada

Que, el Contratista solicita que nosotros le reconozcamos supuestamente unos reintegros de compensación vacacional, reintegro compensación tiempo de servicio, y material dejando en almacén de la obra, producto por todo el periodo de la ejecución de la obra y para ello describe como prueba solo un cuadro con unos montos de carecen de sustento legal.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, como bien se sabe el Consorcio indebidamente nos remitió la Carta Notarial N° 102-2014-CST-S de fecha 09 de octubre del 2014, notificada a nosotros vía conducto notarial el 10 de octubre del 2014, en donde nos apercibe ante nuestro supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales y manifiesta que esto se debe que a pesar de habérsenos requerido a través de otra misiva y estando la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, que aprueba el Expediente Técnico INTEGRAL por la suma de S/. 5'345,496.20. Posteriormente, cumple su amenaza y nos remitió la Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, por la cual nos Resuelve el Contrato de Obra, logrando con su irregular actuar perjudicar a miles de niños en edad escolar que por su culpa no tendrán un lugar donde estudiar el año 2015. Razón por la cual los perjudicados somos nosotros y la población de Sullana, no entendiendo de que reintegros de compensación vacacional, reintegro compensación tiempo de servicio y material dejando en almacén de la obra, producto por todo el periodo de la ejecución de la obra; nos hablan, cuando ellos son los que han abandonado la obra y los materiales se valorizan también en cancha lo cual se hará pero cuando efectuemos la Liquidación Final de Obra, la cual no se puede procesar mientras tengamos un arbitraje en trámite, además que el Contratista es quien tiene que indemnizarnos por los Daños y Perjuicios que nos han ocasionado debiendo declararse INFUNDADO este extremo de la demanda.

Posición del Árbitro Único

Que, como ya se mencionó al resolver otro punto controvertido, se ha tenido conocimiento a través de la documentación que corre en autos y que es parte de otro punto controvertido acumulado por la Entidad en el presente arbitraje, el cual se resolverá más adelante, que el Contratista ha resuelto el Contrato de Ejecución de Obra vía Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014 y en dicha misiva sito a la Entidad al levantamiento del Acta de Constatación Física e Inventario de Obra para el día 03 de noviembre del 2014, con presencia de Notario Público Dr. José Alberto Huachillo Cevallos, acto que se efectuó el día propuesto pero que terminó el día 05 de noviembre del 2014, fecha esta postimera en donde el Contratista estuvo en obra por última vez .

Que, en esta Acta de Constatación Física e Inventario de Obra que contó con la presencia del Notario Público Dr. José Alberto Huachillo Cevallos, se menciona una serie de materiales que el Contratista afirma se han dejado en el Almacén de la Obra. Afirmación que la Entidad no ha contradicho, limitándose solo está a establecer la forma como el Contratista le resolvió el contrato de ejecución de obra, que no es materia de análisis aun. Además, de los documentos citados y que fluyen de en autos se aprecia copia del Acta de Constatación Física e Inventario de Obra que fue redactado por el Notario Público Dr. José Alberto Huachillo Cevallos y este hace constar todos los materiales del almacén de obra que ahora reclama el Contratista les sean reconocido. Debiendo aceptarse dicha petición pero con la atingencia de que la Entidad verifique que éstos materiales no hayan sido ya valorizados por el Contratista en algunas de las valorizaciones presentadas a la Entidad, ya sea en forma normal o como valorización proyectada o material en cancha, que se acostumbra a valorizar con el apoyo de la Supervisión. Sino este

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

monto reconocido deberá ser descontado en la Liquidación Final del Contrato de Obra, que se practique para los efectos.

En tal sentido, este Árbitro Único, declara FUNDADA la pretensión propuesta por el Contratista en su petición de Acumulación de Puntos Controvertidos, ordenando a la Entidad que reconozca al Consorcio Santa Teresa - Sullana los reintegros de compensación vacacional, reintegro compensación tiempo de servicio, material dejando en almacén de la obra, producto por todo el periodo de la ejecución de la obra; por la suma ascendente a S/. 63,105.73 (Sesenta y Tres Mil Ciento Cinco con 73/100 Nuevos Soles). Debiendo tomarse en consideración lo soslayado en el párrafo precedente.

SÉPTIMO, OCTAVO, DÉCIMO PRIMERO Y DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA LA PÉRDIDA DE UTILIDAD POR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA POR CAUSA NO ATRIBUIBLE AL CONTRATISTA, POR TODO EL PERIODO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA, DEL CONTRATO PRINCIPAL 50% DE UTILIDAD PREVISTA DEL SALDO DE OBRA. POR EL MONTO DE S/. 79,523.69 (SETENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE Y TRES CON 69/100 NUEVOS SOLES).

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA EL REINTEGRO DE REAJUSTE DE PRECIOS POR RESOLUCIÓN DE CONTRATO NO ATRIBUIBLE AL CONTRATISTA, PRODUCTO POR TODO EL PERIODO DE LA EJECUCIÓN DE OBRA, DEL CONTRATO PRINCIPAL 50% DE UTILIDAD PREVISTA DEL SALDO DE OBRA. POR EL MONTO DE S/. 4,725.91 (CUATRO MIL SETECIENTOS VEINTE Y CINCO CON 91/100 NUEVOS SOLES).

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE DECLARE LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE OBRA N° 020-2013/MPS-GAJ, PARA LA CONTRATACIÓN DE LA EJECUCIÓN POR CONCURSO OFERTA DEL PIP: "MEJORAMIENTO DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA I.E. 15029 SANTA TERESA DE JESÚS EN EL AA.HH SANTA TERESITA - DISTRITO DE SULLANA - PROVINCIA DE SULLANA, PIURA", PROMOVIDA POR EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA A TRAVÉS DE SU CARTA NOTARIAL N° 107-2014-CST-S DE FECHA 29 DE OCTUBRE DEL 2014.

JM.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE DECLARE QUE EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA DEBE INDEMNIZAR A LA COMUNA DE SULLANA POR LA PRESTACIÓN FALTANTE A TÍTULO DE INDEMNIZACIÓN POR SUSTITUCIÓN DEL FALTANTE DE LA PRESTACIÓN DEBIDA, DAÑO EMERGENTE Y COSTO DE OPORTUNIDAD DE LOS BENEFICIOS DE LA OBRA, GENERADOS POR LA INDEBIDA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA.

Que, este Árbitro Único, antes de resolver estos puntos controvertidos en conjunto, caso sometido a decisión arbitral, deberá efectuar una labor interpretativa orientada a explicar o declarar el sentido de una cosa, en concreto, explicar el sentido de un contrato dudoso, ambiguo, contradictorio o con vacíos, teniendo como referentes las pautas señaladas por SCOGNAMIGLIO, en el sentido que:

*"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses (de las partes) (agregado nuestro). ... Así las cosas ... la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto, dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."*⁷¹

Considerando el marco legal aplicable y utilizando los mecanismos de interpretación anteriormente señalado, el Árbitro Único para el análisis de éstos puntos controvertidos ha visto por conveniente agruparlos en un rubro, cuatro puntos controvertidos, las cuales se vinculan entre sí, siendo estas controversias referidas a la Resolución de Contrato de Obra, por parte del Contratista, y sus consecuencias; y, el resto de pretensiones se tratarán según su orden.

Posición del Demandante (en este caso la Entidad)

Que, la Entidad manifiesta que el Contratista mediante Carta Notarial N° 102-2014-CST-S de fecha 09 de octubre del 2014, notificada a ellos vía conducto notarial el 10 de octubre del 2014, los apercibe ante su supuesto incumplimiento de obligaciones

⁷¹ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Teoría General del Contrato**. Traducción de HINESTROZA, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

contractuales y manifiesta que esto se debe que a pesar de habérsenos requerido a través de otra misiva y estando la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, que aprueba el Expediente Técnico INTEGRAL por la suma de S/. 5'345,496.20, de los cuales S/. 4'879,657.20, corresponden al costo de la Obra, la cual al 31 de agosto tiene un avance del 57.63%, porcentaje calculado sobre el monto de Obra INTEGRAL, y que se han cancelado, todas y cada una de las valorizaciones emitidas a la fecha. Sin embargo, ellos por Oficio s/n -2014/MPS-GM del 28 de febrero de 2014, le han expresado que no se cancelarán valorizaciones ni ningún otro gasto, por no contar con presupuesto para este egreso ni ningún otro.

Que, manifiesta la Entidad que, el Contratista en la misma epistolar notarial establece que para ellos esto constituye no solo un perjuicio ya que desde un principio se ha venido ejecutando la obra en forma INTEGRAL, y que esta decisión teóricamente traerá como consecuencia aplazamientos y/o no pago de sus valorizaciones futuras de avance de Obra; además de constituir otros perjuicios; y, que ellos consideran esta situación como un incumplimiento de una obligación esencial como es la de no contar con los fondos necesarios para cumplir con nuestras obligaciones de pago y que por tal razón les otorgan el plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de resolución de contrato.

Que, el Contratista, a pesar de saber que su razonamiento, esgrimido en el párrafo precedente, no distaba de estar muy lejos de la verdad y que solo eran ofuscaciones abstractas de su mente y de sus profesionales, les remitió la Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, notificada a ellos el mismo día, por la cual les Resuelve el Contrato de Obra. Manifestando así que el mencionar que por el eso hecho de haberse emitido Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre de 2013, que aprueba el Expediente Técnico, Código SNIP N° 182166, obligatoriamente se debería tener por aprobado un nuevo monto complementario del presupuesto de la obra ascendente a la suma de S/ 1'223,775.20 (Un Millón Doscientos Veintitrés Setecientos Setenta y Cinco con 20/100 Nuevos Soles). Sin tener en cuenta lo incoado en su Oficio S/N-2014/MPS-GM de fecha 28 de febrero de 2014, emitido por la nueva Gerencia Municipal, en donde le detallamos los por menores de porque no podemos

ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA Vs. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

reconocer la existencia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre de 2013.

Que, la Entidad manifiesta que debe quedar en claro que, no obstante la Resolución del Contrato promovida por el Contratista ésta no se encuentra legalmente CONSENTIDA puesto que con fecha 19 de noviembre del 2014, mediante Escrito N° 02, esa Procuraduría Pública acumuló ante el Árbitro Único la pretensión de que se declare la invalidez e ineficacia de la Resolución del Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, para la Contratación de la Ejecución por Concurso Oferta del PIP: "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesus en el AA.HH Santa Teresita – Distrito de Sullana – Provincia de Sullana, Piura". Por lo que se puede concluir que la Resolución del Contrato formulada por el Consorcio no se encuentra plenamente consentida.

Que, la Entidad establece que el actuar del Contratista, de resolver ilegalmente el Contrato de Ejecución Obra ha ocasionado Daños y Perjuicios a la comuna de Sullana. Como se sabe dependiendo del interés que afecta, el Daño puede ser calificado como patrimonial y como no patrimonial, entendido esta última acepción como afectación a la integridad de todo sujeto de derechos, como eran los beneficiarios de la Obra y la propia Entidad.

Que, la Entidad arguye que el CONSORCIO ha estado incumpliendo el Contrato de Obra, así se evidencia que hubo poca movilización del equipo, maquinaria y personal a la zona de trabajo, que se encuentra actualmente paralizada. Siendo que su actuar ha logrado que la Entidad haya perdido la oportunidad de poder realizar trabajos que le hubieran podido terminar la obra en momentos oportunos y así beneficiar a miles de niños en edad escolar, representando dicho Daños y Perjuicios en contra de la Entidad, en un monto austeramente aproximado de hasta S/. 220,000.00 (Doscientos Veinte Mil con 00/100 Nuevos Soles); siendo que dicho monto deberá ser cubierto por la demandada, a fin de que compense los ingresos dejados de percibir que constituyen daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de obra y que por Ley, constituyen un derecho adquirido conforme se establece en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Posición de la Demandada

Que, el Contratista manifiesta que ellos decidieron Resolver Íntegramente el Contrato de Ejecución de Obra suscrito con la Entidad, en razón de que a pesar de haberlos requerido la Entidad nunca levanto las observaciones efectuadas por su representada y que derivaban del incumplimiento de sus obligaciones esenciales, contraviniendo así lo soslayado por la norma de contrataciones del Estado; siendo necesario resultar que ellos ha cumplido con lo esgrimo en la norma de contrataciones, ya que primero han tomado la decisión de apercibir a la entidad bajo sanción de resolver el contrato de obra, y le otorgamos el plazo de quince (15) para que satisfaga sus obligaciones esenciales, pero esta no levantó dichas observaciones, obligándonos a resolver el contrato de obra, dentro de los alcances previstos en el inciso c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 concordante éste con el artículo 169° de su Reglamento, procedieron a comunicar a la Entidad la decisión de resolver de pleno derecho el contrato de obra. Citándoles en la misma epistolar notarial al acto de Constatación Física e Inventory de Obra, la cual se llevó a cabo con presencia de Notario Público de la zona y los representantes de la Entidad, aunque éstos últimos se fueron antes de suscribir el Acta.

Que, como consecuencia de la Resolución del Contrato, la Entidad se hizo merecedora a otras penalidades ya previstas en los párrafos quinto y sexto del artículo 209° del Reglamento, que a la letra dicen:

"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 cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato".

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

Que, como bien puede apreciarse el cálculo del monto señalado en el quinto párrafo del artículo 209° del Reglamento, considerado en el código sustantivo civil peruano como lucro cesante, está relacionado con el 50% de las utilidades dejadas de percibir por el Contratista en la ejecución de la obra ascienden a la suma de S/. 79,523.69 (Setenta y Nueve Mil Quinientos Veinte y Tres con 69/100 Nuevos Soles).

Que, el Contratista también solicita se le reconozca el reintegro de reajustes de precios de la Perdida de la Utilidad por resolución de contrato por causas no atribuible al contratista, producto por todo el periodo de la ejecución de Obra del contrato principal el 50% de utilidad prevista del saldo de obra, lo cual al sumarse hace un total de S/. 4,725.91 (Cuatro Mil Setecientos Veinte y Cinco con 91/100 Nuevos Soles). Monto que debe ser cancelado por la Entidad en su totalidad y con sus respectivos intereses legales.

Posición del Árbitro Único

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, antes de empezar a analizar los puntos controvertidos en conjunto y presentados por las partes, resulta conveniente establecer los supuestos normativos que configuran la resolución de contrato, cabe acotar que cuando se celebra un contrato, el contratista se compromete a ejecutar la prestación a su cargo, sea cual fuere ésta, y la Entidad se obliga, a su vez, a ejecutar su contraprestación que, esencialmente, consiste en retribuir económicamente al contratista por su prestación. En virtud de ello, el contrato se entiende cumplido cuando ambas partes satisfacen oportuna y debidamente sus recíprocas prestaciones. Sin embargo, este supuesto no es la única forma que puede darse para la culminación de la relación contractual. En efecto, una de las causas anormales de terminación de la relación contractual es la resolución del contrato⁷².

Ahora bien, en el ámbito de las contrataciones gubernamentales, el artículo 44º de la Ley establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ellas, solo en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato. Así también, cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, deberá resarcirse los daños y perjuicios ocasionados. Así también, en el ámbito de la contratación pública no resulta adecuado que las partes, con un simple acuerdo y sin la expresión de alguna causa justificada, resuelvan el contrato, puesto que si bien dicho acuerdo podría suponer la inexistencia de un incumplimiento de obligaciones imputable a alguna de las partes, también, de otro modo, podría encubrirse una infracción contractual que, en el ámbito de las compras públicas, acarrearía, incluso, responsabilidades administrativas⁷³.

Adicionalmente, con relación a la resolución del contrato, la normativa en materia de contratación estatal ha previsto un procedimiento especial cuando se configure el incumplimiento de la prestación de alguna de las partes, toda vez que en este incumplimiento sí interviene la voluntad de las partes. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40º de la Ley, en los contratos deberá incluirse, entre otros, la cláusula de resolución de contrato por incumplimiento. Para tal efecto, deberá seguirse un procedimiento en el que: (i) la parte perjudicada debe requerir el cumplimiento, mediante carta notarial, a la parte incumplida en un determinado plazo; (ii) si vencido el plazo, continúa el incumplimiento, la parte perjudicada notificará a la parte incumplida la resolución total o parcial del contrato mediante carta notarial.

Al respecto, cabe precisar que los participantes del proceso de selección tienen

⁷² Así, mediante la resolución del contrato se busca “dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones”. *Manuel de la Puente y Lavalle. El Contrato en General. Tomo I. Palestra Editores, Lima – 2001.* Pág. 455

⁷³ Sobre el particular, cabe precisar que conforme con lo establecido en el numeral 2) del artículo 237º del Reglamento, el Tribunal de Contrataciones del Estado puede imponer sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

JW.
m

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

conocimiento de las condiciones de resolución de contrato, ya que se encuentran incluidas en la proforma de contrato que forma parte de las Bases, de acuerdo a lo establecido en el artículo 26º de la Ley. En efecto, en el proyecto de contrato deberán incluirse las cláusulas obligatorias, entre ellas la de resolución de contrato, así como las disposiciones a las cuales estarán obligadas ambas partes, las que concordarán con aquellas estipuladas en la normativa sobre contratación pública. Por ello, no podrá establecerse condiciones o supuestos de resolución de contrato que sean contrarias a las mencionadas en el presente documento, pues al estar contempladas en la normativa en materia de contratación estatal, constituye en una prerrogativa del Estado. De otro lado, con relación a los requisitos de admisibilidad de la propuesta, cabe precisar que el artículo 61º del Reglamento establece que las propuestas serán admitidas por el Comité Especial si incluyen, cumplen y, en su caso, acreditan la documentación de presentación obligatoria y los requerimientos técnicos mínimos que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación.

Por su parte, el artículo 42º del Reglamento establece que el postor debe declarar en su propuesta que conoce, acepta y se somete a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección. En ese sentido, cuando se plasma dicho compromiso en una declaración jurada está reconociéndose tener pleno conocimiento de las condiciones de la prestación consignadas en la proforma de contrato contenida en las Bases, así como cualquier otra condición que regule la normativa en materia de contratación estatal respecto del proceso de contratación.

La Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 020-2013/MPS-GAJ establece lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40º, inciso c), y 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167º y 168º de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en los artículos 169º y 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en sus Artículos 169º y 209º sobre procedimiento de resolución de contratos y efectos de la Resolución de Contrato de Obras respectivamente, señala lo siguiente:

“Artículo 169º.- 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 el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial (...).”

MM.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Artículo 209º.- Resolución del contrato de obras

“(...) La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64º del Reglamento, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra (...).”

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211º. (...).”

Que, a fin de emitir un pronunciamiento al respecto, para este árbitro único, resulta necesario e imprescindible colegir el cumplimiento del procedimiento establecido en la norma de contrataciones del Estado para efectuar una Resolución de Contrato, en casos de obras públicas, debiendo analizar cada una de las pruebas aportadas por las partes y así llegar a una determinación legal, enmarcada en el espíritu de ellas.

Así tenemos que el Contratista mediante Carta Notarial N° 102-2014-CST-S de fecha 09 de octubre del 2014, notificada a la Entidad vía conducto notarial el 10 de octubre del 2014, les apercibe ante un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales y glosa dicho incumplimiento en que la Entidad no quiere dar acatamiento a la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, la cual aprobó el Expediente Técnico del Proyecto “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana – Piura”, Código SNIP N° 182166 por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles).

Que, como esta misiva no es respondida por la Entidad, dentro del plazo concedido y previsto en la norma de contrataciones estatales, entonces el Contratista le remite la Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, por la cual le resuelve en forma integral el Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, citándole a la Entidad al acto de Constatación Física e Inventario de Obra, que se llevó a cabo el día 03 de noviembre del 2014, en presencia del Notario Público de la ciudad de Sullana Dr. José Alberto Huachillo Cevallos, y se dio por cerrada el Acta el día 05 de noviembre del 2014.

Que, de lo que se puede colegir entonces, es que el Contratista sí dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 169º y 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria aprobado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, ya que primeramente apercibió a la Entidad por 15 días calendario y después como no obtuvo una respuesta a su apercibimiento procedió a resolver el Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ a través de la Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, notificada a la Entidad el mismo día (como la propia Entidad lo afirma en su escrito de acumulación de pretensiones que obra en autos). Así también, está demostrado que sito a la Entidad al acto de Constatación Física e Inventario de Obra, con los dos (2) días de anticipación que señala la norma de contrataciones gubernamentales, ya que la resolución de contrato fue notificada a la

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Entidad el día 29 de octubre del 2014 y el acto de Constatación Física e Inventario de Obra, que se llevó a cabo el día 03 de noviembre del 2014, en presencia del Notario Público de la ciudad de Sullana Dr. José Alberto Huachillo Cevallos, y se dio por cerrada dicha Acta el día 05 de noviembre del 2014.

Por las consideraciones expuestas, este Árbitro Único, considera que con respecto al pedido de la Entidad de ordenar se declare la invalidez e ineeficacia de la resolución del Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, para la contratación de la ejecución por Concurso Oferta del PIP: "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH Santa Teresita – Distrito de Sullana – Provincia de Sullana, Piura", promovida por el Consorcio Santa Teresa – Sullana a través de su Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, debe ser declarado **INFUNDADO** al no haberse demostrado la transgresión a la norma de contrataciones del Estado.

Ahora, con respecto al pedido de la Entidad de determinar si corresponde o no ordenar se declare que el Consorcio Santa Teresa – Sullana debe indemnizar a la comuna de Sullana por la prestación faltante a título de indemnización por sustitución del faltante de la prestación debida, daño emergente y costo de oportunidad de los beneficios de la obra, generados por la indebida resolución del contrato de obra. Este pedido al depender del anterior también se declara **INFUNDADO** al no haberse demostrado la transgresión a la norma de contrataciones del Estado.

Así también, está el punto controvertido relacionado sobre que deba de determinarse si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa – Sullana, la pérdida de utilidad por la resolución del contrato de obra por causa no atribuible al contratista, por todo el periodo de la ejecución de obra del contrato principal, en un 50% de utilidad prevista del saldo de obra, por la suma de S/. 79,523.69 (Setenta y Nueve Mil Quinientos Veinte y Tres con 69/100 Nuevos Soles). Que, en relación a esta solicitud y en vista que la resolución del Contrato de Obra efectuada por el Contratista se encuentra arreglada a Ley, por los fundamentos ya expuestos líneas arriba; y, la Entidad no se ha opuesto al monto crematístico peticionado por el Contratista, corresponde amparar dicho pedido y en tal virtud declarar **FUNDADO** el mismo, ordenando a la Entidad a que cancele al Contratista la suma de S/. 79,523.69 (Setenta y Nueve Mil Quinientos Veinte y Tres con 69/100

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Nuevos Soles). Correspondiente al 50% de su utilidad dejado de percibir como consecuencia de la Resolución de Contrato de Obra efectuada por ella.

Por último está el punto controvertido relacionado sobre que deba de determinarse si corresponde o no ordenar se le reconozca al Consorcio Santa Teresa - Sullana, el reintegro de reajuste de precios por resolución de contrato no atribuible al contratista, producto por todo el periodo de la ejecución de obra, del contrato principal 50% de utilidad prevista del saldo de obra, por el monto de S/. 4,725.91 (Cuatro Mil Setecientos Veinte y Cinco con 91/100 Nuevos Soles). En vista de que este pedido del Contratista no encuentra asidero legal que lo ampare, ni tampoco se ha citado que artículo de la norma de contrataciones del Estado lo tipifica, este Árbitro Único ha tomado la decisión de desestimarla y declararlo **INFUNDADO**, por lo cual la Entidad no debe reconocer dicho monto peticionado por el Contratista.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR SE LE RECONOZCA AL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA LOS DAÑOS EMERGENTES GENERADOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE SUS RESOLUCIONES GENERADAS PARA ESTE CONTRATO Y LAS AMPLIACIONES DE PLAZO OTORGADAS; POR LA CONSULTORÍA Y ASESORAMIENTO EN LA GESTIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO QUE SE HA TENIDO QUE UTILIZAR DADO QUE EL CONSORCIO ES UNA PERSONERÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA EN CONSTRUCCIÓN Y NO EN TEMAS LEGALES, Y HA SIDO NECESARIO CONTRATAR UNA EMPRESA ESPECIALIZADA EN ESTOS TEMAS; Y POR EL COSTO DE OPORTUNIDAD GENERADO A PARTIR DE LA INMOVILIZACIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y FINANCIEROS SE HAN TENIDO QUE DESTINAR POR TODO LO ANTES EXPUESTO A PARTIR DEL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD PERJUDICANDO AL CONSORCIO, GENERANDO MÁS GASTOS PARA OTROS ACTIVIDADES Y PERDIENDO OTRAS OPORTUNIDADES QUE NO SE HAN TENIDO QUE PERDER POR LA MISMA SITUACIÓN ANTES MENCIONADA; Y POR EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA VALORIZACION N° 10 CORRESPONDIENTE AL MES DE SETIEMBRE DEL 2014. POR EL MONTO DE:



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

- POR DAÑOS EMERGENTES, LA SUMA DE S/. 24,673.74 (VEINTE Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES CON 74/100 NUEVOS SOLES).
- QUE, SE LES RECONOZCA CON RESPECTO A LA CONSULTORÍA Y ASESORAMIENTO EN LA GESTIÓN DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, POR EL MONTO DE S/. 315,384.28 (TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON 28/100 NUEVOS SOLES).
- QUE, SE LE RECONOZCA CON RELACIÓN AL COSTO DE OPORTUNIDAD, POR EL MONTO DE S/. 747,455.13 (SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO CON 13/100 NUEVOS SOLES).

Posición del Demandante

Que, el Contratista manifiesta que, para determinar el Daño causado por la Entidad debemos establecer la responsabilidad del deudor por violación de su deber de cumplimiento de la obligación. Tal violación puede consistir en la inejecución o en la mala ejecución de la obligación o también en el retardo con que se produce el cumplimiento. Pero en todos estos casos, la responsabilidad del deudor solo existe si su conducta u otro acontecimiento del cual resulta la violación, le son imputables, es así que de conformidad con el artículo 1317º del Código Civil, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial tardío o defectuoso, por causa no imputables a su parte. Como se ha podido demostrar la Entidad en forma deliberada no cumplió con las obligaciones derivadas del Contrato de Obra por lo que ha actuado con DOLÓ.

Así establece que es fácilmente inferirse, los daños causados a el Contratista provienen entre otros en forma directa e inmediata de la inejecución por parte de la Entidad de las obligaciones emanadas del contrato (Responsabilidad Civil Contractual) y de las derivadas de los dispositivos legales generadoras de Responsabilidad Civil Extracontractual. En consecuencia, la Entidad debe asumir todos los Daños y Perjuicios ocasionados por su incumplimiento y que se señalan claramente en la parte correspondiente a valorización de los daños y perjuicios ocasionados. Hemos acreditado, conforme se desprende de todo lo anterior, que es la Entidad la que sistemáticamente ha venido incumpliendo el contrato, que como bien se sabe es uno de prestaciones recíprocas en los que cada parte tienen prestaciones a su cargo, siendo las de la Entidad abonar en forma oportuna los montos que corresponden al Contratista, en este caso las valorizaciones, reintegros y gastos generales. Queda claro que, no puede pretenderse que se plantee una relación de desequilibrio en el Contrato, en el contexto en el cual solo una parte, es decir el Contratista, debe seguir asumiendo el riesgo y costo de la obra, sin que la otra parte cumpla oportunamente con las prestaciones a su cargo o - lo que es peor - amenace con reducir sustancialmente y de modo unilateral las que le corresponden. De su contraparte. Ambas partes tienen el deber de comportarse de manera tal que permita satisfacer el interés de la otra al contratar. La relación obligatoria surgida a propósito de la celebración del Contrato contiene, además de las prestaciones

ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE EL CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA Vs. MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

centrales de ejecutar la obra (a cargo del Contratista) y de pagar la retribución correspondiente (a cargo de la Entidad).

El contratista infiere que ellos son parte acreedora de los gastos generales generados por las Ampliaciones de Plazos otorgados por la Entidad pero sin reconocimiento de Mayores Gastos Generales, pero también tiene el derecho de exigir el cumplimiento y respeto de los demás deberes jurídicos consustanciales a la relación obligatoria y ser resarcidos por el daño generado por la Entidad. La Entidad no sólo no cumplió con este deber de colaboración y buena fe, sino que además intentó INCREIBLEMENTE por los hechos a ella imputables desconocer la dación de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, con lo cual estaría incumpliendo con otorgar la ampliación del presupuesto dado a través de la Resolución de Gerencia Municipal ya citada, con lo cual generó que no se diese la culminación del proyecto. Por tal razón ahora el Consorcio Santa Teresa Sullana tiene que intervenir en proceso administrativos y legales para protegerse antes esta situación, y por ello se ve en la necesidad de contratar a una empresa especializada en estos temas, para su orientación legal, lo generara gastos y más daños al Consorcio que deben necesariamente ser asumidos por la Entidad.

Que, los recursos humanos que han sufrido perjuicio, son los que han sido destinados para enfrentar las actividades que se han generado a partir de lo mencionado en el párrafo anterior, son los tiempos empleados y los costos en los cuales se incurrieron por estas misma actividades, de la Sub Gerencia General de la empresa Benass Contratistas Generales SAC (miembro del Consorcio Santa Teresa SAC), que es quien ha tenido que gestionar como representante legal del Consorcio Santa Teresa Sullana, del Jefe de Estudios y Proyectos de la empresa Benass Contratistas Generales SAC; lo cual debe ser ordenado por su judicatura al haberse dado la figura legal típica incoado en la norma estatal de obligatorio cumplimiento para las partes, en tal virtud se nos debe reconocer los daños emergentes debido a los incumplimientos por parte de la Entidad, por el no otorgar la ampliación de presupuesto para la culminación de la obra y por las ampliaciones de plazo otorgadas por la Entidad, sin el debido reconocimiento de estos Gastos, los cuales ascienden a la suma de S/. 24,673.74 (Veinticuatro Mil Seis Cientos Setenta y Tres y 74/100 Nuevos Soles) y los detalla en el siguiente cuadro:

| | Fecha | Días | Sub Gerencia General | | | Jefatura de Estudios y Proyectos | | | Sub Total |
|-----------|-----------|------|----------------------|----------|-----------------------|----------------------------------|----------|-----------------------|-----------|
| | | | Pasaje Aereos | Viaticos | Proporción del Sueldo | Pasaje Aereos | Viaticos | Proporción del Sueldo | |
| Viaje 1 | 20-may-14 | 3 | | | | 546.71 | 800.00 | 300.00 | 1,646.71 |
| Viaje 2 | 14-feb-14 | 2 | | | | 1,556.18 | 600.00 | 200.00 | 2,356.18 |
| Viaje 3 | 15-ene-14 | 4 | 682.81 | 1,500.00 | 666.67 | | | | 2,849.47 |
| Viaje 4 | 07-may-14 | 4 | 603.51 | 1,800.00 | 666.67 | 491.30 | 700.00 | 400.00 | 4,661.48 |
| Viaje 5 | 08-jun-14 | 4 | 544.75 | 1,400.00 | 666.67 | | | | 2,611.41 |
| Viaje 6 | 23-sep-14 | 4 | 690.69 | 1,700.00 | 666.67 | 491.30 | 700.00 | 400.00 | 4,643.66 |
| Viaje 7 | 21-oct-14 | 5 | 628.49 | 2,200.00 | 833.33 | | | | 3,661.82 |
| Viaje 8 | 13-nov-14 | 2 | 904.67 | 1,000.00 | 333.33 | | | | 2,238.00 |
| Total >>> | | | | | | | | 24,673.74 | |

Que, el Consorcio Santa Teresa Sullana, ha sido creado con la actividad principal de construir el proyecto licitado en el proceso LP-014-2012/MPS-CE, y al momento que la Entidad incumple con el otorgar la ampliación del presupuesto a través de su

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, para la culminación del proyecto, el Consorcio Santa Teresa Sullana tiene que intervenir en proceso administrativos y legales para protegerse antes esta situación, y por ello se ve en la necesidad de contratar a una empresa especializada en estos temas, a la empresa GBG CORP SAC.

Que, la empresa GBG CORP SAC ha desarrollado el servicio de evaluar, proponer y desarrollar todos los procedimientos administrativos y legales para la obtención de la Resolución del Contrato N° 020-2013/MPS-GAJ y con ello obtener la resolución del contrato y entrega de la obra a la Entidad, por ello esta empresa ha facturado al Consorcio Santa Teresa un Total de S/. 315,384.28 (Trescientos Quince Mil Trescientos Ochenta y Cuatro con 28/100 Nuevos Soles); lo cual debe ser ordenado por su judicatura al haberse dado la figura legal típica incoado en la norma estatal de obligatorio cumplimiento para las partes, en tal virtud se nos debe reconocer los costos incurrido por la consultoría y asesoramiento en la gestión de la resolución del contrato, con el debido reconocimiento de estos Gastos, los cuales ascienden a la suma de S/. 315,384.28 (Trescientos Quince Mil Trescientos Ochenta y Cuatro con 28/100 Nuevos Soles).

Que, por la situación generada debido al incumplimiento de la Entidad para cumplir con la Ampliación del Presupuesto, y el no poder contar con la liberación de las Fianzas y de no poder incorporar la experiencia que generaría la culminación de esta obra en el currículum de la empresa y que sea reportado a la OSCE, no está perjudicando en no poder presentarnos a otros procesos actualmente. Esta situación mencionada en el párrafo anterior nos está perjudicando en que la empresa Benass Contratistas Generales SAC (que forma parte del Consorcio Santa Teresa Sullana), no se pueda presentar por lo antes mencionado a las siguientes licitaciones, donde nos encontramos inscritos: Licitación 001-2014-MDC (Municipalidad Distrital de Circa)

Que, el costo de oportunidad se define como como la utilidad que se ha sacrificado por que la Entidad incumplido con lo mencionado anteriormente, y como consecuencia de nuestras Cartas Fianzas tienen que ser mantenidas durante el proceso que dure el arbitraje, y es por este motivo que las entidades financieras nos han denegado otorgarnos la carta fianza para presentarnos a la Licitación 001-2014-MDC/CE de la Municipalidad Distrital de Circa, adjuntamos la inscripción como postores, y consiguientemente con la perdida de la Utilidad y Beneficios de Adicionales que se generan en los proyectos por la gestión constructiva del mismo (es nuestro promedio un 3% del costo directo); lo cual debe ser ordenado por su judicatura al haberse dado la figura legal típica incoado en la norma estatal de obligatorio cumplimiento para las partes, en tal virtud se nos debe reconocer costo de oportunidad que se pierde debido a los incumplimientos por parte de la Entidad por el no otorgar la ampliación de presupuesto para la culminación de la obra, con el debido reconocimiento de estos Gastos, los cuales ascienden a la suma de 747,455.13 (Setecientos Cuarenta y Siete Mil Cuatrocientos Cincuenta y Cinco con 13/100 Nuevos Soles).

Posición de la Demandada

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

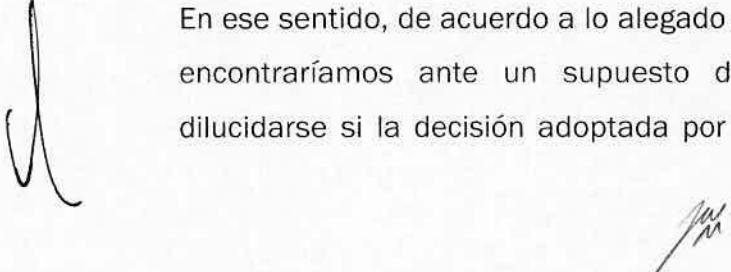
Que, la Entidad arguye que, como el mismo Contratista lo ha señalado para determinar el Daño causado debemos establecer la responsabilidad del deudor por violación de su deber de cumplimiento de la obligación. Tal violación puede consistir en la inejecución o en la mala ejecución de la obligación o también en el retardo con que se produce el cumplimiento. Pero en todos estos casos, la responsabilidad del deudor solo existe si su conducta u otro acontecimiento del cual resulta la violación, le son imputables, es así que de conformidad con el artículo 1317º del Código Civil, el deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación o de su cumplimiento parcial tardío o defectuoso, por causa no imputables a su parte. Como se puede apreciar nosotros siempre hemos cumplido con nuestras obligaciones ante el Contratista, tal es así que nosotros hemos otorgado los adelantos solicitados por el Contratista como son el Adelanto Directo y el de Materiales, también hemos cancelado todas las valorizaciones presentadas por el Contratista y hemos resuelto sus pedidos de Ampliaciones de Plazo, entonces de dónde saca el Contratista que la Entidad en forma deliberada no cumplió con las obligaciones derivadas del Contrato de Obra por lo que supuestamente hemos actuado con DOLO y en tal virtud se le debe de indemnizar.

Que, la Entidad asegura que, el Contratista solo tratan de confundirlo y lograr un reconocimiento económico que no merecen en perjuicio del Estado, lo cual debe desestimarse pues, durante el presente proceso arbitral siempre hemos demostrado que los perjudicados somos nosotros y los beneficiarios de la obra que son niños en edad escolar, pues al no haberse terminado la ejecución del colegio Santa Teresa los obliga a tener que recurrir a un lugar más lejos de su domicilio para poder acceder a la educación pública, exponiéndose innecesariamente a la ola delincuencial que actualmente atraviesa nuestro país.

Posición del Árbitro Único

Que, en lo que respecta a este punto controvertido, el Consorcio Santa Teresa - Sullana solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por daños y perjuicios, referidos al lucro cesante (calificado por el contratista este último como costo de oportunidad) y daño emergente, dicho pedido se encuentra amparando en el segundo párrafo del artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que literalmente establece: “*(...) Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (...).*”

En ese sentido, de acuerdo a lo alegado por el Consorcio Santa Teresa - Sullana nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad civil, en donde debe dilucidarse si la decisión adoptada por la Municipalidad Provincial de Sullana han



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

causado algún tipo de menoscabo a la esfera patrimonial y si dicho daño debe ser resarcido.

De otro lado, tomando en cuenta que el pedido se centra en el lucro cesante y el daño emergente es preciso hacer un análisis de estos conceptos a fin de establecer con claridad los requisitos para su procedencia o improcedencia.

Dentro de este marco, debe tenerse presente, en primer lugar, que todo análisis de responsabilidad supone la verificación de dos momentos o etapas que implican un análisis "ex post facto": uno primero de análisis material, en donde corresponde evaluar el daño mismo a fin de verificar si éste cumple con los requisitos o presupuestos para calificar como daño resarcible, debiendo luego identificarse el hecho generador que lo provocó, para posteriormente analizar si existe relación de causalidad entre ambos eventos. Como resultado de esta actividad se logra individualizar al causante material del daño.

Un segundo momento del análisis de responsabilidad se identifica con el denominado "juicio de responsabilidad" que no es otra cosa que un análisis de imputabilidad y en donde se individualiza al sujeto que deberá asumir el coste del daño y, por lo tanto, asumir la calidad de responsable del mismo. En esta segunda etapa debe decidirse sobre el criterio de imputación a utilizarse, el cual puede ser subjetivo u objetivo, debiéndose tener presente que en sede extracontractual existe la aplicación indistinta de un criterio de imputación subjetivo (culpa) y un criterio de imputación objetivo (riesgo), estando ambos criterios regulados en los artículos 1969° y 1970° del Código Civil, los cuales constituyen dos cláusulas generales interpretativas, en tanto que su real contenido debe ser completado por el juzgador .

En vista que la noción de causante se identifica con aquel que materialmente provocó daño a la víctima, y la figura del responsable alude a la persona que debe soportar el peso económico del mismo, puede darse el caso que ambos sujetos coincidan en una misma persona. En efecto, de producirse tal coincidencia, es decir, cuando causante y responsable confluyen en un mismo sujeto, estamos ante un supuesto de responsabilidad directa. De otro lado, en caso tal coincidencia no se produzca, esto es, cuando causante y responsable se identifican con personas

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

distintas, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad indirecta, dentro de los cuales uno de sus supuestos de aplicación es el de la responsabilidad vicaria. Lo anterior nos sirve como punto de partida para concluir que los daños invocados por Consorcio Santa Teresa – Sullana son de naturaleza patrimonial constituida por el lucro cesante y el daño emergente que le habría ocasionado la Municipalidad Provincial de Sullana.

Que, respecto al daño, cabe manifestar que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento en relación a su situación precedente, es decir, luego “...de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir...” (74).

Al respecto, cabe manifestar que el daño, dependiendo del interés que afecta, puede ser calificado como patrimonial y como no patrimonial, entendido este último como una afectación a la integridad de todo sujeto de derechos.

Tal y como ha sido aceptado en la doctrina, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento. Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido, el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto; de ser subsistente, es decir, de no haber sido reparado; contar con una “especialidad”, esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.

Que, de otro lado, en cuanto al requisito de la certeza del daño, debemos indicar que este requisito requiere la demostración del daño como suceso, entendido éste de manera fáctica como lógica.

De ahí que, el Árbitro Único considera necesario que se realice la distinción entre daño emergente y lucro cesante con relación a este requisito, al ser diferente el tipo

(74) **SALVI, Cesare.** “El Daño” En: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil”. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. ARA Editores. Lima. Perú. 2001. Pág. 286.



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

de certeza requerida para la demostración sobre los alcances del daño, aun cuando estos dos aspectos del daño resarcible están más bien referidos al contenido del resarcimiento y, por ende, vinculados al principio de la reparación integral.

En efecto, en lo que respecta al concepto de daño emergente, en cuanto a su diferenciación con el concepto de lucro cesante, debe tenerse presente que es específico en la doctrina reconocer que el daño al patrimonio abarca, en principio, esos dos grandes conceptos. Por daño emergente, debe entenderse el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño; esto es, que dicho evento "...sustrae una cantidad que ya tenía el damnificado..."⁽⁷⁵⁾ o, lo que es lo mismo decir, "...al momento del siniestro, el damnificado sufre una pérdida de valores que ya tenía y que bien está representada en los gastos afrontados..."⁽⁷⁶⁾. En cambio, por lucro cesante debe entenderse "...todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino..."⁽⁷⁷⁾; esto es, que dicho evento "...impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado..." o, lo que es lo mismo decir "...lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado..."⁽⁷⁸⁾.

Resulta entonces claro que, el daño emergente representa siempre la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño, mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso.

En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.

⁽⁷⁵⁾ **FRANZONI, Massimo.** "Il Danno al Patrimonio". Giuffré Editore S.p.A.. Milano. Italia. 1996. Pág. 179.

⁽⁷⁶⁾ Ibidem. Pág. 181.

⁽⁷⁷⁾ **DE TRAZEGNIES, Fernando.** "La Responsabilidad Extracontractual". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988. Pág. 37.

⁽⁷⁸⁾ **FRANZONI, Massimo.** Ob. Cit. Pág. 181.



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Lo anteriormente señalado, significa entonces que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño (el "quid") y no a su monto o cuantía; problemática ésta (la del "quantum") vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:

- Acaecer fáctico; esto es, "como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico"(79); y como
- Acaecer lógico; esto es, que el daño -como hecho consecuencia- sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo - hecho causal.

En este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el Juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño, comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal. En palabras de ZANNONI, la "...certidumbre del daño (...) constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria..."(80).

Por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado "daño eventual" o "hipotético", entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado(81).

(79) ZANNONI, Eduardo. "El Daño en la Responsabilidad Civil". Editorial Astrea. 2^a. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1987. Pág. 51.

(80) Ob. Cit. Pág. 52.

(81) Lo que diferencia, por ejemplo, el resarcimiento de la pérdida de una chance, como variante singular del "daño emergente", del resarcimiento de la pérdida del resultado que se "esperó" obtener, el cual, al constituir un resultado incierto, representa un "daño eventual" no resarcible. Constituye típico ejemplo de esto, los daños originados al propietario de un caballo de carrera que, por causa imputable a su transportista, no llega a tiempo al hipódromo para correr en un gran premio. No hay duda, que al no correr en la carrera, pierde la posibilidad de ganarla (y, en este sentido, la pérdida de esta oportunidad es resarcible, pues el coste de la posibilidad constituye un daño cierto); empero, aún de haber corrido la carrera, nada aseguraría que la ganara (lo que significa que el resarcimiento del resultado - pérdida del premio - no es posible de ser demandado, al constituir un daño incierto).



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Por lo dicho, resulta evidente que, tratándose del resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño, sin olvidarse que dicha prueba no guarda la misma proporcionalidad en uno y en otro. La certeza del daño emergente, toda vez que éste se trata de un evento que sustrae una cantidad o utilidad que ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, apunta justamente a la necesidad de probanza de la existencia de dicha utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida. En cambio, la probanza de la certeza del lucro cesante, no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado FRANZONI, “...en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin que el mismo se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro...”⁽⁸²⁾.

En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que éste se delimite por un *juicio de probabilidad*. A estos efectos, el profesor SANTOS BRIZ ha señalado que “...a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden

⁽⁸²⁾ FRANZONI, Massimo. “Fatti Illeciti”. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043º-2059º. Zanichelli Editore-Bologna e Il Foro Italiano - Roma.Italia. 1993. Pág. 823.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de 'ganancia frustrada' (83).

De conformidad a lo antes indicado, resulta entonces evidente que el objeto de la prueba a que queda sometida la víctima en materia de responsabilidad es diversa, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Como indica FRANZONI, se puede decir que "...en la hipótesis de pérdidas sufridas ya producidas al momento del juicio, la prueba del damnificado asumirá normalmente las formas de la prueba directa e histórica. Esto es, tenderá a demostrar exactamente el quantum del empobrecimiento (...). Cuando el daño se presente bajo la forma de falta de ganancia y permanezca por el tiempo sucesivo al juicio, la prueba es indirecta y de naturaleza tal que le suministre los elementos necesarios al Juez que le permita sacar sus propias conclusiones..."(84). Bien ha escrito GRAZIANI al respecto, refiriéndose al lucro cesante, indicando que "...el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino, son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor; al demandado, cuando intenta sustraerse a la obligación del resarcimiento, incumbe la prueba de los hechos impeditivos..." (85).

Queda claro, entonces, que el requisito de la certeza del daño presenta diferencias, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Tratándose de la prueba del daño emergente, se aporta una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. Por ello, normalmente (aunque no siempre), con esta prueba se acredita no sólo el "quid", sino el "quantum" del daño. En cambio, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste queda circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro; esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.

(83) **SANTOS BRIZ, Jaime.** "La Responsabilidad Civil". Editorial Montecorvo S.A. Madrid. España. 1986.
Pág. 267

(84) **FRANZONI, Massimo.** "Il Danno al Patrimonio". Ob. Cit. Págs. 426 y 427.

(85) **GRAZIANI, Alessandro.** "Appunti sul Lucro Cessante". En: Annali Istituto Giurídico Università di Perugia. Tipografia Guerra. Perugia. Italia. Años 1923-1924. VII, VIII. Pág. 179.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, en el presente caso y con relación al daño emergente y lucro cesante, que forma parte de los daños y perjuicio alegados por el Consorcio Santa Teresa - Sullana, este Árbitro Único debe realizar el siguiente análisis:

- 1.- Que, según se ha determinado a lo largo de la presente decisión y los otros puntos controvertidos ya resueltos por este árbitro, el Consorcio Santa Teresa - Sullana resolvió el Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ a la Entidad invocando una causal valida y prevista en la norma de contrataciones del Estado.
- 2.- Que, debe establecerse que la causal para que el Consorcio Santa Teresa - Sullana haya resuelto el Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, es porque la Entidad se negó a reconocer la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013. Sin embargo, es evidente, que la decisión adoptada por la Municipalidad Provincial de Sullana ha ocasionado que el CONTRATO quede resuelto, por causas que le son imputables a LA ENTIDAD.
- 3.- Que, así, de conformidad con lo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: “[...]*Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad[...]*”.

En el presente caso, la Municipalidad Provincial de Sullana, erróneamente se negó a reconocer la validez y eficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, lo cual generó que el Contratista resuelva el Contrato por causas imputables a la Entidad, como ha quedado verificado a lo largo de la presente decisión.

Este hecho ocasionó que el CONTRATO no pudiera ejecutarse según las condiciones pactadas y que por tanto, el mismo queda resuelto por causas imputables a la Municipalidad Provincial de Sullana.

De ahí que, la decisión adoptada por la Municipalidad Provincial de Sullana ha ocasionado una lesión en las expectativas económicas del Consorcio Santa Teresa -

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Sullana cuya responsabilidad le es imputable a la Municipalidad Provincial de Sullana.

Siendo ello así, el Árbitro Único considera que este daño a la expectativa constituye un daño resarcible y por tanto, debe ampararse el pedido en este extremo.

Nótese que a lo largo del proceso, el Consorcio Santa Teresa – Sullana si bien ha alegado que la indemnización por daños y perjuicios invocados, corresponden al lucro cesante y daño emergente, es decir, al daño causado cuando estaban ejecutando la obra y la privación futura de diversos negocios jurídicos, acompañando para tal fin documentos relacionados a acreditar que se había inscrito a un proceso de selección en la ciudad de Abancay, lugar en donde actualmente está ejecutando otra obra y que por tales razones le convenía económicamente ejecutar dicha obra y ahorraría personal y logística; pero que no puedo presentar sus propuestas técnica y económica debido a que la Entidad le tiene retenidas sus fianzas y el banco no quiere otorgarle un mayor crédito financiero, perdiendo así una expectativa de ganancia económica superior a los setecientos mil nuevos soles, lo cual pretende que se le sea reconocido. Así también, adjunta un Contrato de Servicios con una empresa particular para el asesoramiento de todo lo relacionado a la resolución del contrato con la Entidad y el presente arbitraje, por un monto superior a los trescientos mil nuevos soles; y, presenta un cuadro de gastos de pasajes aéreos y otros relacionados al daño emergente por una suma superior a los veinte y cuatro mil nuevos soles. Teniendo como expectativa que se le reconozca más de un millón de nuevos soles. Pero para este Árbitro Único no son documentos suficientes para amparar en su totalidad su pedido.

Sin embargo, tomando en cuenta que de acuerdo con el artículo 1332º del Código Civil, cuando el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa, este Árbitro Único estima pertinente tomar como referencia dicha facultad y por tanto establecer un porcentaje del monto del Contrato de Ejecución de Obra, como reconocimiento de Daños y Perjuicios, el que no podrá ser mayor al reconocimiento de daños solicitado por el Contratista estimando este reconocimiento de Daños y Perjuicios en un once (11) por ciento (11%).

JM.

d

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, en ese sentido, siendo que el monto del CONTRATO, asciende a la suma de S/. S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), corresponde otorgar al Consorcio Santa Teresa - Sullana como indemnización por daños y perjuicios, la suma de S/. 588,004.88 (Quinientos Ochenta y Ocho Mil Cuatro con 88/100 Nuevos Soles), suma que representa un once por ciento (11%) del monto total del contrato de ejecución de obra; monto que debe indemnizar la Entidad al Contratista por haber permitido que le resuelvan el contrato de obra, por causas imputables a la Entidad.

Por las razones expuestas, este Árbitro Único, debe declarar FUNDADA EN PARTE la pretensión propuesta en la Acumulación de Pretensiones por parte del Contratista y en tal virtud ordena a la Municipalidad Provincial de Sullana que cancele la suma de S/. 588,004.88 (Quinientos Ochenta y Ocho Mil Cuatro con 88/100 Nuevos Soles), como indemnización por daños y perjuicios, a favor del Consorcio Santa Teresa - Sullana.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD QUE SÍ DEL LAUDO ARBITRAL QUE SE EMITA, SE REFLEJARA ALGÚN MONTO DINERARIO A FAVOR DEL CONTRATISTA ÉSTOS SEAN CONSIDERADOS EN COMPENSACIÓN A LOS ADELANTOS OTORGADOS POR LA ENTIDAD; ASÍ TAMBIÉN, SE ORDENE A LA ENTIDAD A LA DEVOLUCIÓN DE LAS TRES (3) CARTAS FIANZAS: 1) CARTA FIANZA N° 000612402827 (EMITIDO POR EL BANCO FINANCIERO), RELACIONADO AL ADELANTO DIRECTO, 2) CARTA FIANZA N° 000612413829 (EMITIDO POR EL BANCO FINANCIERO), RELACIONADO AL ADELANTO DE MATERIALES Y, 3) CARTA FIANZA N° 010451377-001(EMITIDO POR EL BANCO SCOTIABANK), RELACIONADO AL ADELANTO DE MATERIALES. ESTO ÚLTIMO SI EN CASO EL MONTO DINERARIO A SU FAVOR QUE SE EMITIERA, EN EL LAUDO, SEA SUPERIOR A LOS MONTOS DE LAS CARTAS FIANZAS OTORGADAS A LA ENTIDAD PARA LA ENTREGA DE LOS ADELANTOS CITADOS.

Posición del Demandante

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, el Contratista manifiesta que después de elaborar el Expediente Técnico y esta fuera debidamente aprobado por la Entidad, mediante Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013, procedieron a solicitar los Adelantos respectivos, para la ejecución de la obra, como son: Adelanto Directo y Adelanto de Materiales, para lo cual adjuntaron las pertinentes Cartas Fianzas bancarias: 1) Carta Fianza N° 000612402827 (emitido por el banco financiero), relacionado al Adelanto Directo, 2) Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el banco financiero), relacionado al adelanto de materiales y, 3) Carta Fianza N° 010451377-001 (emitido por el banco scotiabank), relacionado al adelanto de materiales. Estos adelantos entregados por la Entidad a mi representada, como es de conocimiento han sido debidamente amortizados en el transcurso de la ejecución de la obra a través de nuestras Valorizaciones; y, también dichas Cartas Fianzas citadas han sido Renovados en su oportunidad con montos menores.

Que, el Contratista menciona que, sus pretensiones están reflejadas en sumas de dinero que deben ser atendidas y que ellos están renovando indebidamente las Cartas Fianzas a pesar de que la Entidad les debe sumas de dinero. Por lo que solicitan se ordene a la entidad que los montos que salgan a su favor en el laudo, sean considerados en compensación a las amortizaciones de los adelanto que les ha entregado la Entidad como son los adelantos directos y de materiales; y si éstos montos superan las amortizaciones faltantes entonces se proceda a la devolución inmediata de sus tres (3) cartas fianzas bancarias.

Posición del Demandante

Que, la Entidad por su lado manifiesta que, el Contratista utiliza argumentos quimeros para lograr un reconocimiento económico que no merecen en perjuicio del Estado, lo cual debe desestimarse y que ellos siempre han demostrado que los perjudicamos son ellos y los beneficiarios de la obra; que son niños en edad escolar pues, al no haberse terminado la ejecución del colegio Santa Teresa los obliga a tener que recurrir a un lugar más lejos de su domicilio para poder acceder a la educación pública, exponiéndose innecesariamente a la ola delincuencial que actualmente atraviesa nuestra país.

Posición del Árbitro Único

Que, resulta necesario primeramente, pasar analizar lo que establece la norma de contrataciones del Estado con relación a lo peticionado por el Consorcio Santa Teresa – Sullana y tenemos que conforme a lo establecido en el artículo 38° de la Ley, *"A solicitud del contratista, y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad podrá entregar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento."*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Como se aprecia, la Entidad podía entregar adelantos al Contratista; para estos efectos, tal posibilidad estaba contemplada en las Bases y, además, el Contratista presentó su solicitud dentro del plazo previsto en dichas Bases. Esta posibilidad se encontraba enmarcada en el numeral 3.9 de las Bases, en la Sección General Disposiciones Comunes del Proceso de Selección concordante con los numerales 2.9 ADELANTOS y los acápite 2.9.1 ADELANTO DIRECTO Y 2.92. ADELANTO PARA MATERIALES O INSUMOS de las Bases Administrativas Integradas. Al respecto, debe indicarse que la finalidad que se persigue con tales adelantos es otorgar financiamiento y/o liquidez al Contratista para facilitar la ejecución de sus prestaciones, en las condiciones y oportunidad pactadas en el Contrato; evitándose, de esta manera, que deba recurrir a fuentes externas de financiamiento, lo que determinaría el incremento del costo de la ejecución de la obra.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 186° del Reglamento, en los Contratos de Obra la Entidad puede otorgar dos tipos de adelantos al Contratista: (i) adelantos directos, que en conjunto no pueden ser superiores al veinte por ciento (20%) del monto del contrato original; y (ii) para materiales o insumos a ser utilizados en la ejecución del objeto del contrato, los que solo podrán ser otorgados hasta por un cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original. De otro lado, debe indicarse que, conforme al artículo 189° del Reglamento, los adelantos directos se amortizan mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de obra; y, por su parte, los adelantos para materiales e insumos se amortizan de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus normas modificatorias, ampliatorias y complementarias.

De otro lado, debe indicarse que, conforme al artículo 39° de la Ley, las garantías que deben otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta. Estas garantías deben ser "(...) incondicionales, solidarias, irrevocables y

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten (...)"⁸⁶.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 38° de la Ley precisa que "*Para que proceda el otorgamiento del adelanto, el contratista garantizará el monto total de éste.*"

En esa misma línea, el artículo 162° del Reglamento señala que "*La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto (...)"*.

De las disposiciones citadas, se aprecia que entre las garantías que debe otorgar el Contratista a la Entidad se encuentra la garantía por los adelantos que esta le haya entregado, la misma que tiene por finalidad salvaguardar la amortización total del adelanto otorgado por la Entidad al contratista. En este sentido, para que la Entidad entregue adelantos al contratista en el marco de un contrato de obra, no solo bastará con que este haya presentado su solicitud de acuerdo a las condiciones y plazo estipulados en las Bases, sino que, además, haya otorgado la garantía correspondiente.

Por otra parte, debe señalarse que, conforme al artículo 162° del Reglamento, la garantía por los adelantos debe tener un plazo de vigencia mínimo de tres (3) meses, salvo que el plazo de ejecución contractual sea menor, renovables por períodos iguales por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. Tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales e insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional, de acuerdo al desarrollo respectivo.

De esta manera, es obligación del contratista mantener vigente la garantía por adelantos hasta la amortización total de los adelantos otorgados por la Entidad, o hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, según

⁸⁶ Estas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y 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.



gma

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

corresponda al adelanto directo o al adelanto para materiales o insumos, respectivamente. En consecuencia, la amortización de los adelantos tiene un impacto directo en la garantía otorgada por el contratista para estos efectos, pues, como se señaló anteriormente, dicha garantía se emite con la finalidad de salvaguardar la amortización total de los adelantos.

De otro lado, el artículo 164° del Reglamento establece los supuestos en los que la Entidad puede solicitar la ejecución de las garantías otorgadas a su favor. Así, el primer párrafo del numeral 1) del referido artículo señala que una Entidad puede solicitar la ejecución de una garantía "*Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno*"; precisando en su segundo párrafo que, en el caso de la garantía por adelantos, con la ejecución se entenderá amortizado el adelanto. Como se advierte, la ejecución de la garantía por adelantos por falta de renovación tiene por objeto reponer a la Entidad los fondos públicos otorgados al contratista. Asimismo, el último párrafo del artículo 155° del Reglamento establece que "*Las garantías sólo se harán efectivas por el motivo garantizado.*"; por lo que, en el caso de la garantía por adelantos, esta solo puede ejecutarse por causas relacionados con la finalidad que esta cumple, es decir, asegurar la amortización del adelanto otorgado.

De las disposiciones citadas, se advierte que, además de la ejecución por falta de renovación, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto expresamente otro supuesto en el que proceda la ejecución de la garantía por adelantos. Precisado lo anterior, cabe mencionar que, una vez perfeccionado el contrato, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada.

Que, como se aprecia de todo lo esgrimido líneas arriba y lo previsto en la norma de contrataciones estatales el fin de las Garantías es salvaguardar la amortización total del adelanto otorgado por la Entidad al contratista. Así también, perfecciona la norma estatal que estas Garantías deben ser renovables hasta la amortización total del adelanto otorgado. De esta manera, es obligación del contratista mantener vigente la garantía por adelantos hasta la amortización total de los adelantos

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

otorgados por la Entidad. En consecuencia, la amortización de los adelantos tiene un impacto directo en la garantía otorgada por el contratista para estos efectos, pues, dicha garantía se emite con la finalidad de salvaguardar la amortización total de los adelantos.

También debemos entender que significa la palabra COMPENSACIÓN, para la doctrina, siendo legalmente entendida como: “*La Compensación es un modo de extinguir obligaciones que tiene lugar cuando dos personas son deudoras la una de la otra, con el efecto, por ministerio de la ley, de extinguir las dos deudas hasta el importe menor*”.

Son Requisitos para efectuar una COMPENSACIÓN:

- Que, las dos obligaciones consistan en entregar dinero o cosas fungibles de la misma especie y calidad.
- Que, el objeto de las dos obligaciones esté determinado, o que su determinación dependa sólo de una operación aritmética.
- Que, las dos obligaciones sean líquidas.
- Que, ambas obligaciones sean exigibles, y que sobre ninguna de ellas haya retención judicial o controversia promovida por un tercero.
- Opera por el ministerio de la ley y aun sin consentimiento de los deudores.

Lo que quiere decir, analizando ya a fondo el pedido del Contratista con respecto a que se ordenar a la Entidad que sí del laudo arbitral que se emita, se reflejara algún monto dinerario a favor del contratista éstos sean considerados en compensación a los adelantos otorgados por la Entidad; así también, se ordene a la Entidad a la devolución de las tres (3) cartas fianzas: 1) Carta Fianza N° 000612402827 (emitido por el banco financiero), relacionado al adelanto directo, 2) Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el banco financiero), relacionado al adelanto de materiales y, 3) Carta Fianza N° 010451377-001(emitido por el banco scotiabank), relacionado al adelanto de materiales. Estableciendo que éste último pedido de devolución de las Cartas Fianzas tenga como condición que si en caso el monto dinerario a su favor que se emitiera, en el laudo, sea superior a los montos de las cartas fianzas otorgadas a la Entidad para la entrega de los adelantos citados.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Que, como quiera que dentro de lo solicitado por el Contratista existen dos petitorios relacionados entre sí, que lo tenemos que dilucidar a fin de poder emitir un pronunciamiento al respecto, los cuales son:

- 1) Que, el Contratista desea que se le ordene a la Entidad, que considere como COMPENSACIÓN los montos dinerarios que salgan a su favor en el Laudo, relacionado todo esto con los adelantos que ha recibido de la Entidad.
- 2) Que, si dichos montos dinerarios que salgan a su favor en el Laudo, superen los montos reflejados en las Cartas Fianzas siguientes: 1) Carta Fianza N° 000612402827 (emitido por el banco financiero), relacionado al adelanto directo; 2) Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el banco financiero), relacionado al adelanto de materiales; y, 3) Carta Fianza N° 010451377-001 (emitido por el banco scotiabank), relacionado al adelanto de materiales. Entonces, se ordene a la Entidad a que le devuelva éstas tres las Cartas Fianzas ya mencionadas.

Que, en relación a lo expuesto en el punto 1) sobre que el Contratista quiere que se le ordene a la Entidad, que considere como COMPENSACIÓN los montos dinerarios que salgan a su favor en el Laudo, relacionado con los adelantos que la Entidad le ha otorgado, este Árbitro Único, estima declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión pues, existe una prohibición expresa señalada en el numeral 4) del artículo 1290° del Código Civil. Sin perjuicio de exhortar a la Municipalidad Provincial de Sullana que cumpla cancelar al Consorcio Santa Teresa - Sullana los montos a favor de éste ascendente a la suma de S/. 1 116,592.58 (Un Millón Ciento Dieciséis Mil Quinientos Noventa y Dos con 58 Nuevos Soles).

Que, en relación a lo expuesto en el punto 2) sobre que el Contratista quiere que se le ordene a la Entidad, que le devuelva las Cartas Fianzas siguientes: 1) Carta Fianza N° 000612402827 (emitido por el banco Financiero), relacionado al adelanto directo; 2) Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el banco Financiero), relacionado al adelanto de materiales; y, 3) Carta Fianza N° 010451377-001 (emitido por el banco Scotiabank). Siempre y cuando dichos montos dinerarios que salgan a su favor en el Laudo, superen los montos reflejados en la suma de todas las Cartas Fianzas, entregadas para el Adelanto Directo y de Materiales a la Entidad.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Haciendo un análisis al respecto y después de efectuar la suma de las tres (3) Cartas Fianzas Bancarias, tenemos que las tres suman el monto de S/. 1 065,185.00 (Un Millón Sesenta y Cinco Mil Ciento Ochenta y Cinco con 00/100 Nuevos Soles), y cuando se ha resuelto los otros puntos controvertidos del Contratista se aprecia que existe un monto a favor del Contratista ascendente a la suma de S/. 1 116,592.58 (Un Millón Ciento Dieciséis Mil Quinientos Noventa y Dos con 58 Nuevos Soles), monto superior al de las tres (3) Cartas Fianzas, quedando todavía un saldo a favor del Contratistas. Por lo que tenemos de todo lo glosado y previsto en las normas sotrayadas de contrataciones gubernamentales que el fin de las Garantías o Cartas Fianzas es salvaguardar la amortización total del adelanto otorgado por la Entidad al Contratista.

Que, en razón de estar cubierto el total de los adelantos entregados al Contratista, este Árbitro Único, estima declarar **FUNDADA** la pretensión y ordenar a la Entidad que proceda a la devolución de las Cartas Fianzas siguientes: 1) Carta Fianza N° 000612402827 (emitido por el banco Financiero), relacionado al adelanto directo; 2) Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el banco Financiero), relacionado al adelanto de materiales; y, 3) Carta Fianza N° 010451377-001 (emitido por el banco Scotiabank).

DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS GASTOS ARBITRALES, COSTAS Y COSTOS RESULTANTES DEL ARBITRAJE.

Que, de acuerdo a las reglas contenidas en el Acta de Instalación, para efectos del proceso arbitral será de aplicación – de manera supletoria – lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Así, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2) del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Árbitro Único deba pronunciarse en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del referido cuerpo legal.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

De igual manera, el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. *Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. *Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. *Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. *Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. *Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".*

Por su parte, el inciso 1) del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, señala lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

En ese sentido, el Árbitro Único 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 convencidas de sus posiciones ante la controversia.

En atención a ello, el Árbitro Único, independientemente del resultado y de la decisión que adopta en función a la resolución del contrato efectuada por el Contratista en contra de la Entidad 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 monto de las costas y costos del presente proceso que ya hayan sufragado o que se hubiere comprometido a sufragar en el futuro.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por el Consorcio Santa Teresa - Sullana, se fijó como honorarios arbitrales netos para el Árbitro Único, la suma de S/.16,000.00 Nuevos Soles, y como honorarios netos del Secretario Ad Hoc, la suma de S/. 9,000.00 Nuevos Soles. Ello implica que los gastos arbitrales totales del arbitraje hicieron un total de S/. 25,000.00 Nuevos Soles.

Al efecto, cabe señalar que la parte correspondiente a los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral que se encontraba a cargo de la Municipalidad Provincial de Sullana, fue cubierta en su totalidad por el demandante, es decir que el Consorcio Santa Teresa - Sullana, canceló la totalidad de los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral.

Tenemos así que, la Municipalidad Provincial de Sullana deberá pagar a favor del Consorcio Santa Teresa - Sullana, la suma de S/. 12,500.00 (Doce Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles) NETOS, que es el monto que el demandante canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso, adicionalmente a los que le correspondía asumir en virtud de la Regla 11.6 del Acta de Instalación del Árbitro Único, monto cuyo pago se encontraba a cargo de la Municipalidad Provincial de Sullana.

CUESTIONES FINALES

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 22 de agosto del 2014.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

En atención a ello y siendo que el Árbitro Único no representa a los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Árbitro Único **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA y en consecuencia reconocer la validez y eficacia legal de la Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM de fecha 20 de noviembre del 2013; **ORDENANDO** a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que dé cumplimiento a dicha Resolución de Gerencia Municipal N° 1404-2013/MPS-GM, a través de la cual se aprobó el Expediente Técnico de la obra “Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH. Santa Teresita - Sullana - Piura”, Código SNIP N° 182166, por el monto de S/. 5 345,496.20 (Cinco Millones Trescientos Cuarenta y Cinco Mil Cuatrocientos Noventa y Seis con 20/100 Nuevos Soles), la cual incorporaba un nuevo monto complementario del presupuesto a la obra en la suma de S/. 1 223,776.00 (Un Millón Doscientos Veinte y Tres Mil Setecientos Setenta y Seis con 00/100 Nuevos Soles).

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión formulada por CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA, de acuerdo al razonamiento plasmado en los considerandos del presente Laudo **ORDENANDO** a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que reconozca a favor del CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA la suma de S/. 225,118.37 (Doscientos Veinte y Cinco Mil Ciento Dieciocho con 37/100 Nuevos Soles), como mayores gastos generales variables por sus tres (3) solicitudes de ampliaciones de plazo, más los intereses legales previstos en la Ley, hasta la fecha real de su cancelación por parte de la Entidad.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA **ORDENANDO** a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que reconozca a favor del CONSORCIO SANTA TERESA -

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

SULLANA el reintegro por ajustes de precios, producto la aplicación de la Formula Polinómica, por todo el periodo de la ejecución de la obra, ascendente a la suma de S/. 83,622.47 (Ochenta y Tres Mil Seiscientos Veinte y Dos con 47/100 Nuevos Soles) e **INFUNDADA** en la parte que solicita el reconocimiento de intereses legales, por encontrarse tal petición en contravención a lo incoado en la parte in fine del artículo 198º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión formulada por CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA, ORDENANDO a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que proceda a la cancelación de la Valorización Nº 10, correspondiente al mes de setiembre del 2014, ascendente a la suma de S/. 77,217.44 (Setenta y Siete Mil Doscientos Diecisiete con 44/100 Nuevos Soles), presentada por el CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA, con el respectivo reconocimiento de intereses legales, hasta la fecha real de su cancelación, conforme lo prevé el último párrafo del artículo 197º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión formulada por CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA, por las consideraciones expuestas en el presente Laudo, en tal virtud la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA NO debe reconocer al CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA la supuesta ejecución de los mayores metrados, ascendente estos a la suma S/. 193,728.29 (Ciento Noventa y Tres Mil Setecientos Veinte y Ocho con 29/100 Nuevos Soles).

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA, ORDENANDO a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que reconozca a favor del CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA los reintegros de compensación vacacional, reintegro compensación tiempo de servicio, material dejando en almacén de la obra, producto por todo el periodo de la ejecución de la obra; por la suma ascendente a S/. 63,105.73 (Sesenta y Tres Mil Ciento Cinco con 73/100 Nuevos Soles).

SÉPTIMO: DECLARAR FUNDADA la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA, ORDENANDO a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que reconozca a favor del CONSORCIO SANTA TERESA – SULLANA la suma de S/. 79,523.69 (Setenta y Nueve Mil Quinientos Veinte y Tres con 69/100 Nuevos Soles),

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

correspondiente al 50% de su utilidad dejada de percibir como consecuencia de la resolución del Contrato de Obra.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión formulada por CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA, por las consideraciones expuestas en el presente Laudo, en tal virtud la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA NO debe reconocer al CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA el reintegro de reajuste de precios por resolución de contrato principal, 50% de utilidad prevista del saldo de obra, por el monto de S/. 4,725.91 (Cuatro Mil Setecientos Veinte y Cinco con 91/100 Nuevos Soles).

NOVENO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA, ORDENANDO a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que reconozca a favor del CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA la suma de S/. 588,004.88 (Quinientos Ochenta y Ocho Mil Cuatro con 88/100 Nuevos Soles), como indemnización por daños y perjuicios, de acuerdo a los fundamentos expuesto en el presente Laudo.

DÉCIMO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA. Ya que con relación a que se le ordene a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA, que considere como COMPENSACIÓN los montos dinerarios que salgan a favor del CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA en el Laudo, se DECLARA IMPROCEDENTE la pretensión pues, existe una prohibición expresa señalada en el numeral 4) del artículo 1290° del Código Civil. **FUNDADA** la parte de la pretensión formulada por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA relacionado a que se ordene a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que proceda a la devolución de las Cartas Fianzas N° 000612402827 (emitido por el banco Financiero), Carta Fianza N° 000612413829 (emitido por el banco Financiero) y Carta Fianza N° 010451377-001 (emitido por el banco Scotiabank) y se ORDENA a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA que proceda a dicha devolución por los considerandos expuestos en el presente LAUDO.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión formulada por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA con respecto a que se declare la invalidez e ineeficacia legal de la resolución del Contrato de Obra N° 020-2013/MPS-GAJ, para

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

la contratación de la ejecución por Concurso Oferta del PIP: "Mejoramiento del Servicio Educativo en la I.E. 15029 Santa Teresa de Jesús en el AA.HH Santa Teresita - Distrito de Sullana - Provincia de Sullana, Piura", efectuada por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA a través de su Carta Notarial N° 107-2014-CST-S de fecha 29 de octubre del 2014, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión formulada por la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA con respecto a que se ordene al CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA que indemnice a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA por la prestación faltante a título de indemnización por sustitución del faltante de la prestación debida, daño emergente y costo de oportunidad de los beneficios de la obra, generados por la resolución del contrato de obra; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

DÉCIMO TERCERO: ORDENAR que cada una de las partes asuma las costas y costos que ha invertido en el presente proceso arbitral.

DÉCIMO CUARTO.- ORDÉNESE a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA a pagar a favor del CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA, la suma de S/. 12,500.00 (Doce Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles), más impuestos de Ley, por concepto de honorarios arbitrales y secretaría arbitral, producto de los honorarios arbitrales establecidos en la Regla 11.6 del Acta de Instalación del Árbitro Único, que fueron cancelados por el CONSORCIO SANTA TERESA - SULLANA, y que cuyo pago correspondía originariamente a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SULLANA.

DÉCIMO QUINTO.- REMÍTASE copia del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Notifíquese a las partes.


CÉSAR WALTER OLIVA SANTILLÁN
Árbitro Único


CESAR JHOEL OLIVA MANRIQUE
Secretario Arbitral Ad Hoc