

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre la empresa Macro Post S.A.C. con el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, dicta el Árbitro Único doctor Augusto Millones Santa Gadea.

ÁRBITRO ÚNICO
DR. AUGUSTO MILLONES SANTA GADEA

EL DEMANDANTE

MACRO POST S.A.C. en lo sucesivo, el Contratista o el Demandante.

EL DEMANDADO

MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, en lo sucesivo, la Entidad o la Demandada.

SECRETARIA ARBITRAL

Abogada Mónica López Casimiro
ARBITRE SOLUCIONES ARBITRALES S.R.L.

Resolución Nº 18

En Lima, a los veintiocho días del mes de marzo del 2014, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Demandante y de la Demandada, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

El 23 de febrero del 2012, las partes celebraron el Contrato Nº 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001 denominado "Contratación del Servicio de Mensajería Local y Nacional para el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento", por un plazo de ejecución de 12 meses, por la suma total de S/. 252,366.00 a todo costo, incluido el IGV. En adelante, nos referiremos a este contrato como "el Contrato o el Contrato de Servicio".

La cláusula décimo sexta del Contrato de Servicio dispone que "Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley. 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 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

El 7 de mayo de 2013, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Árbitro Único doctor Augusto Millones Santa Gadea, el Contratista, la Entidad y la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, ratificándose el mismo en su aceptación y señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñarse con imparcialidad y probidad la labor encomendada; y expresando a las partes asistentes su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tiene conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Árbitro Único fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de Derecho.

Así también, en esta Audiencia el Árbitro Único encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L., quien a su vez designó a la abogada Mónica López Casimiro, estableciendo como sede del arbitraje la

oficina ubicada en Calle Virrey Toledo N° 330, Oficina 501, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. Mediante el escrito N° 1 de fecha 3 de mayo de 2013, la Procuradora Pública del Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción se apersonó ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado a fin de manifestar su oposición al mecanismo arbitral planteado por Macro Post S.A.C. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 1 de fecha 24 de mayo de 2013, que declaró infundada la oposición formulada por la Procuradora Pública del Ministerio de Vivienda, Saneamiento y Construcción.
- 2.2. Con carta N° 114-2013-GG-MACRO POST de fecha 17 de mayo de 2013, Macro Post S.A.C. adjuntó los cheques no negociables que acreditaron el pago de los honorarios arbitrales del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, asimismo se adjuntó el comprobante de depósito por el pago de la detracción.
- 2.3. El 3 de mayo de 2013, el Contratista presentó su demanda arbitral, pretendiendo **1)** dejar sin efecto ni eficacia legal alguna la Resolución del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, a que se contrae la CARTA NOTARIAL N°1470-2012/VIVIENDA-DGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, al no haber cumplido el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento con las formalidades y requisitos estipulados en las normas legales pertinentes, **2)** que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cumpla con el pago de los servicios prestados, correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45 y **3)** que se le pague como indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral ascendente a S/.19,500.00, más los intereses y tributos aplicables, gastos, costos y costas relativos al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.
- 2.4. Mediante Resolución N° 2 de fecha 24 de mayo de 2013, se tuvo por pagados por parte de Macro Post S.A.C. los anticipos de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral y se admitió a trámite la demanda interpuesta por Macro Post S.A.C. mediante escrito N° 1 de fecha 21 de mayo de 2013, se corrió traslado de la misma a la Entidad para que dentro de quince días hábiles la conteste y de considerarlo conveniente, formule reconvención, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden su posición.
- 2.5. Con fecha 14 de junio de 2013, la Entidad contestó la demanda arbitral, la misma que fue proveída mediante Resolución N° 3 de fecha

21 de junio de 2013, que tuvo por contestada la demanda por parte del Procurador Público del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; requirió a la Entidad demandada para que dentro del plazo de tres (3) días hábiles cumpla con remitir el archivo digital de su contestación de demanda o remitirlo a la cuenta de la Secretaría Arbitral; y tuvo por pagados por parte de la Entidad los anticipos de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral.

- 2.6. Con fecha 3 de julio de 2013, la Entidad demandada informó al Árbitro Único que con fecha 26 de junio cumplió con remitir el archivo electrónico de su contestación de demanda a la cuenta de la Secretaría Arbitral. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 4 de fecha 10 de julio de 2013, que tuvo por cumplido el requerimiento efectuado a la Entidad mediante Resolución N° 3, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día jueves 18 de julio de 2013 a horas 10:00 a.m en la oficina ubicada en Calle 31 N° 242, Urb. Mariscal Castilla – San Borja y se otorgó a las partes un plazo de tres (3) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos, si lo estiman conveniente, las mismas que podrán ser recogidas o no por el Árbitro Único, a su discreción.
- 2.7. Mediante escrito de fecha 16 de julio de 2013, la Entidad solicitó se tenga por apersonado como apoyo técnico para la audiencia programada al Sr. Jason Ray Richard Castro Belleza y se tenga por delegada la representación a favor de la abogada Vilma Noreña Jara.
- 2.8. A las 10:30 a.m. horas del día jueves 18 de julio del 2013, con la participación del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, del Demandante y de la Entidad se dio inicio a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, conforme a lo establecido mediante Resolución N° 4 de fecha 10 de julio de 2013.

El Árbitro Único emitió la Resolución N° 5 de fecha 18 de julio de 2013, mediante la cual tuvo presente el escrito de fecha 16 de julio de 2013, presentado por la Entidad.

Seguidamente, el Árbitro Único dio inicio a la audiencia citada, invitando a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, quienes expresaron que por el momento no era posible arribar a una conciliación, dejándose abierta la posibilidad de que las partes logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del proceso arbitral.

Posteriormente, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos en función a las pretensiones presentadas por la partes

en el proceso. Asimismo, el Árbitro Único admitió los medios probatorios presentados por ambas partes y se reservó el derecho de disponer la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente.

Finalmente, el Árbitro Único consideró pertinente otorgar a las partes un plazo de diez días hábiles para que presenten los documentos probatorios adicionales que consideren conveniente.

- 2.9. Mediante Resolución N° 6 de fecha 19 de agosto de 2013, el Árbitro Único dispuso de oficio que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles la Entidad debía cumplir con presentar copia certificada de las Bases Administrativas de la Adjudicación Directa Pública N° 006-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001.
- 2.10. Con fecha 21 de agosto de 2013, la Entidad solicitó se le conceda una ampliación de plazo a efectos de poder cumplir con el mandato arbitral. Asimismo, mediante escrito de fecha 22 de agosto de 2013, la Entidad fundamentó su pedido de ampliación de plazo. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 7 de fecha 22 de agosto de 2013, que tuvo presente los escritos presentados por la Entidad y le otorgó a la misma el plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con presentar las copias certificadas de las Bases Administrativas del proceso.
- 2.11. Mediante escrito de fecha 29 de agosto de 2013, la Entidad cumplió con presentar las copias certificadas de las Bases Administrativas del proceso. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 8 de fecha 2 de setiembre de 2013, que admitió como predio probatorio de oficio las Bases Administrativas de la Adjudicación Directa Pública N° 006-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 y puso dicho documento en conocimiento del demandante para que manifieste lo conveniente a su derecho. Asimismo, en dicha resolución se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado a la Entidad mediante Resolución N° 6.
- 2.12. Mediante Resolución N° 9 de fecha 26 de setiembre de 2013, el Árbitro Único prescindió de la audiencia de pruebas, declaró cerrada la etapa probatoria, concedió a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales a llevarse a cabo el día viernes 4 de octubre de 2013 a las 11:00 a.m. en la oficina ubicada en Calle 31 N° 242, Urbanización Mariscal Castilla, San Borja (Alt. Cuadra 14 de San Borja Norte, frente al Pentagonito).
- 2.13. Mediante escrito de fecha 1 de octubre de 2013, la Entidad solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 10 de fecha 2 de octubre de 2013, que tuvo presente el escrito presentado por la Entidad y reprogramó la

Audiencia de Informes Orales para el día jueves 17 de octubre de 2013 a las 04:00 p.m. en la oficina ubicada en Calle 31 N° 242, Urbanización Mariscal Castilla, San Borja (Alt. Cuadra 14 de San Borja Norte, frente al Pentagonito).

- 2.14. Con fecha 4 de octubre de 2013, ambas partes presentaron sus alegatos escritos. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 11 de fecha 4 de octubre de 2013, que tuvo presente los alegatos presentados por las partes.
- 2.15. A las 4:20 p.m. horas del día jueves 17 de octubre del 2013, con la participación del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral, del demandante y del representante de la Entidad se dio inicio a la Audiencia de Informes Orales, conforme a lo establecido mediante Resolución N° 9 de fecha 26 de septiembre de 2013 y Resolución N° 10 de fecha 2 de octubre de 2013.

En ese acto, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 12, mediante la cual tuvo presente el escrito s/n de fecha 17 de octubre de 2013, presentado por la Procuradora Pública del Ministerio de Vivienda y las diapositivas de la exposición oral que presentó la entidad, poniendo la misma en conocimiento de la demandante para que manifieste lo conveniente a su derecho.

Posteriormente, el Árbitro Único dio inicio a la Audiencia de Informes Orales en la que las partes sustentaron los fundamentos fácticos y jurídicos de sus posiciones, ejercieron sus derechos de réplica y dúplica, absolviendo las preguntas formuladas por el Árbitro Único.

Finalmente, el Árbitro Único le otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten un resumen de sus posiciones y los documentos adicionales que consideren pertinentes.

- 2.16. Dentro del plazo otorgado en la Audiencia de Informes Orales, Macro Post S.A.C. presentó el escrito N° 3 de fecha 23 de octubre de 2013 y la Procuraduría Pública del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento presentó su escrito s/n de fecha 24 de octubre de 2013, los mismos que fueron proveídos mediante Resolución N° 13 de fecha 29 de octubre de 2013, que tuvo presente dichos escritos y se puso los mismos en conocimiento de su contraparte para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles manifiesten lo conveniente a su derecho.
- 2.17. El 5 de noviembre de 2013, Macro Post S.A.C. presentó el escrito N° 4 absolviendo el traslado de la Resolución N° 13. De igual manera, mediante el escrito s/n de fecha 8 de noviembre de 2013, la entidad cumplió con absolver el traslado de dicha resolución. Ambos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 14 de fecha 21 de noviembre de 2013, que tuvo presente ambos escritos e incorporó al

proceso en calidad de medios probatorios adicionales los documentos presentados por las partes en sus escritos de fechas 23 y 24 de octubre de 2013.

- 2.18. Con el escrito s/n de fecha 27 de noviembre de 2013, la Entidad absolvio el traslado de la Resolucion N° 14. Dicho escrito fue proveido mediante Resolucion N° 15 de fecha 29 de noviembre de 2013, que tuvo presente el mismo con conocimiento de su contraparte.
- 2.19. Posteriormente, el Árbitro Único emitió la Resolución N° 16 de fecha 31 de enero de 2014, mediante la cual varió la sede arbitral a la oficina ubicada en calle Río de la Plata N° 171-175, oficina 102, distrito de San Isidro, y estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir de notificada dicha resolución y que podría ser prorrogado, a entera discreción del Árbitro Único, hasta por treinta (30) días hábiles adicionales. Asimismo, se señaló que luego de su expedición, la Secretaría Arbitral contará con cinco (05) días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes.
- 2.20. Mediante la Resolución N° 17 dictada el 12 de marzo del 2014, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en 30 días hábiles adicionales, computados a partir de finalizado el primer plazo, es decir, a partir del 17 de marzo de 2014.

De conformidad con lo previsto en el numeral 38 del Acta de Instalación, luego de emitido el laudo, la Secretaría Arbitral contará con un plazo de cinco (5) días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes.

- 2.21. En lo referente al anticipo de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, conforme consta en el numeral 47 del Acta de Instalación, fueron fijados en la suma neta de S/.5,500.00 para el Árbitro Único; y en S/.3,500.00 netos más IGV para la Secretaría Arbitral, estableciéndose que cada parte debía pagar el 50% de dichos montos.

Mediante Resolución N° 2 de fecha 24 de mayo de 2013, se tuvo por pagados los honorarios arbitrales en la parte que le corresponde al demandante y mediante Resolución N° 3 del 21 de junio de 2013, se tuvo por pagados los honorarios arbitrales en la parte que le corresponde a la entidad.

III. DECLARACIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) En ningún momento se ha recusado al Árbitro Único o se han impugnado las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación.
- (iii) El Contratista interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iv) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.
- (v) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han contado con el derecho a presentar alegatos y a informar oralmente.
- (vi) Todas las resoluciones dictadas en el proceso, previas a la emisión de este Laudo de Derecho, han sido consentidas por las partes.
- (vii) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todos los medios probatorios actuados en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellos en este Laudo.
- (viii) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

IV. PRETENSIONES DEMANDADAS

- 4.1. Las pretensiones contenidas en la demanda han sido formuladas en los siguientes términos:

«Primera Pretensión:

Dejar sin efecto ni eficacia legal alguna la Resolución del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, a que se contrae la CARTA NOTARIAL N°1470-2012/VIVIENDA-DGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, al no haber cumplido el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento con las formalidades y requisitos estipulados en las normas legales pertinentes;

Segunda Pretensión:

Que, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cumpla con el pago de los servicios prestados,

correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45;

Tercera Pretensión:

Que, se nos pague como Indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral ascendente a S/.19,500.00, más los intereses y tributos aplicables, gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados»¹.

V. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

3- «FUNDAMENTOS DE HECHO:

- a. Que, con fecha 23 de Febrero de 2012, mi representada y el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, celebraron el **CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001** para la Contratación del Servicio de Mensajería, Local y Nacional, por el monto de S/. 252,366.00 y un plazo de ejecución de doce (12) meses. El mismo que se derivó del proceso de selección **ADJUDICACION DIRECTA PUBLICA N°006-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001**;
- b. Que, a través de la CARTA N°0338-2012/VIVIENDA-OGA-UA de fecha 05 de Noviembre de 2012, recibida notarialmente mediante CARTA NOTARIAL N°009386-12 el 07 de Noviembre de 2012, el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, manifiesta a mi representada que se viene registrando retrasos en la entrega de las facturas, situación que vulneraría lo establecidos en el numeral 8.1 de los Términos de Referencia, que además se ha tomado conocimiento de sobre la demora en la entrega de los correspondientes "cargos", lo que ha generado la aplicación de penalidades.
En ese sentido, se requirió que en un plazo máximo de quince (15) días hábiles, regularice la entrega de las facturas pendientes, así como la entrega de los "cargos" pendientes, bajo apercibimiento de resolverse el contrato;
- c. Que, mi representada mediante CARTA N°475-2012-MACROPOST SAC/GG de fecha 27 de Noviembre de 2012, hace llegar sus descargos respectivos, precisando que la demora en la emisión de facturas se deben a que están sujetas a la conformidad de prestación y ello no significa transgredir los Términos de Referencia, igualmente se informó a la Unidad de Trámite Documentario (CARTA N°478-2012-MACROPOST SAC/GG) la devolución de

¹ Cita textual de las pretensiones de la demanda, página 1 del escrito de demanda presentado el 21 de mayo del 2013.

los cargos observados. Asimismo, se le recordó a la Entidad la situación del retraso en el pago de las facturas;

- d. Que, mediante CARTA N°1470-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, recibida notarialmente mediante CARTA NOTARIAL N°010542-12 del 13 de Diciembre de 2012, el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO comunica la RESOLUCIÓN CONTRACTUAL del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, por cuanto manifiesta el incumplimiento de obligaciones por parte de mi representada, señalando que con fecha 26 de Setiembre de 2012 se entregó la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA, la misma que fue devuelta el día 04 de Diciembre de 2012, es decir a los dos (02) meses y medio, siendo el plazo máximo para entregar un documento quince (15) días calendarios, por lo que se evidencia el incumplimiento de obligaciones;
- e. Que con fecha 28 de Diciembre de 2012, mi representada para resolver la controversia suscitada respecto a la RESOLUCIÓN CONTRACTUAL del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, Solicita Conciliación al MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO,
- f. Que mediante Acta de Conciliación N°045-2013-FA de fecha 29 de Enero de 2013 emitido por el Centro de Conciliación y Arbitraje "Familia & Empresa", se da por finalizada la Audiencia y el Procedimiento de Conciliación con el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, al no llegar a un acuerdo respecto a la RESOLUCIÓN CONTRACTUAL del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001;
- g. Que, mediante Escrito S/N. de fecha 08 de Febrero de 2013, mi representada solicita al MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO el inicio del procedimiento arbitral;
- h. Que, mediante OFICIO N°107-2013-VIVIENDA-PP de fecha 26 de Febrero de 2013, la Procuraduría Pública del MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, absuelve la Solicitud de Arbitraje, designando su Árbitro que integrará el Tribunal Arbitral.
- i. Que el 07 de Mayo de 2013, se instala el Arbitro Único encargado de resolver el presente arbitraje.

Respecto a la Primera Pretensión

- a) Que conforme a lo señalado precedentemente, mi representada y el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, suscribieron el CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, con la finalidad de contratar EL SERVICIO DE MENSAJERÍA, LOCAL Y NACIONAL;
- b) Qué asimismo, conforme a lo señalado en la CLAUSULA QUINTA, la prestación materia del presente contrato, era de doce (12) meses, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato;
- c) Ahora bien, la CARTA N°1470-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, recibida notarialmente mediante CARTA NOTARIAL N°010542-12 del 13 de Diciembre de 2012, que resuelve el CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001 celebrado con el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, se fundamentó en el hecho que "(...)" remito copia simple del memorando M°2437-2012/VIVIENDA-OGA de fecha

06 de Diciembre de 2012, a través del cual esta Dirección general manifiesta el incumplimiento de obligaciones por parte de la empresa de su representación: con fecha 26 de setiembre de 2012 se les entregó la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA, la misma que fue devuelta el día 04 de diciembre de 2012, es decir, casi a los dos (02) meses y medio, siendo el plazo máximo para entregar un documento quince (15) días calendarios, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 de los Términos de Referencia del contrato antes referido; lo que evidencia que persiste el incumplimiento de obligaciones, no obstante lo requerido mediante Carta N°338-2012/VIVIENDA-OGA-UA, recibida notarialmente el día 07 de noviembre de 2012."

- d) Que antes de efectuar un análisis de los fundamentos que motivaron la Resolución del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, es necesario analizar el procedimiento seguido por la Entidad para la Resolución del Contrato, cuya inobservancia no solo acarrea la nulidad del acto administrativo, sino también la exención de responsabilidad del contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables;

En ese sentido, conviene señalar lo dispuesto en la ley vigente respecto a la Resolución de Contrato:

➤ El Artículo 40º de la Ley, que regula las Cláusulas obligatorias en los contratos, prevé en el literal c), la Cláusula de Resolución de contrato por incumplimiento, estableciéndose que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.(el subrayado es nuestro);
En el Reglamento, la regulación de la resolución del contrato tiene los siguientes parámetros:

- En el Artículo 167º, que regula la Resolución de Contrato, complementando lo dispuesto en el artículo 44º de la Ley, se establece que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley;
- El Artículo 168º, referido a las Causales de resolución por incumplimiento, cuando se refiere a las causas imputables al contratista, establece que la Entidad podrá resolver el contrato, de

conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que el contratista: 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación;

- Por su parte, el Artículo 169º, que regula el Procedimiento de Resolución de Contrato, dispone que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla, mediante carta notarial, para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

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

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento, 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;

Que siendo así y conforme se colige de lo dispuesto en el Artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado, que respecto a la Resolución del Contrato por incumplimiento por parte del Contratista de alguna de sus obligaciones, podrá resolverse el contrato en forma total o parcial, **mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella, que haya**

suscrito el contrato.

En ese sentido, se evidencia que la CARTA N°1470-2012/VIVIENDA-OGA, recibida notarialmente mediante CARTA NOTARIAL N°010542-12 del 13 de Diciembre de 2012 que resuelve el CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, emitida por la MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO con fecha 11 de Diciembre de 2012 y que fuera recepcionada por mi representada el 13 de Diciembre de 2012, **NO CONTIENE EL DOCUMENTO QUE MANIFIESTE ESTA DECISION (vale decir resolución u otro documento análogo) Y EL MOTIVO QUE LA JUSTIFICA, APROBADO POR AUTORIDAD DEL MISMO NIVEL;** por lo que en este extremo, al no cumplir con las formas y requisitos establecidos por la normativa para que produzca efecto la resolución del contrato, así como el debido procedimiento establecido en ella, **CORRESPONDE DECLARAR NULO Y SIN EFECTO LEGAL LA CARTA N°1470-2012/VIVIENDA-OGA** de fecha 11 de Diciembre de 2012, recibida notarialmente mediante **CARTA NOTARIAL N°010542-12** el 13 de Diciembre de 2012 **EN LA QUE SE RESUELVE EL CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001 Y POR ENDE FUNDADA EN ESTE EXTREMO NUESTRA DEMANDA ARBITRAL.**

De igual manera ha concluido el OSCE respecto al punto controvertido en la OPINION N°115-2009/DTN y ACUERDO N°006/2012, al señalar lo siguiente:

OPINION N°115-2009/DTN

"2. CONSULTA Y ANALISIS

2.2 Conforme a los artículos citados, para resolver el contrato la Entidad debe remitir al contratista, mediante carta notarial, un documento aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato, en el que manifieste la decisión de resolver la relación contractual y el motivo que justifica tal decisión.

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado prevé la forma en que la Entidad debe manifestar su voluntad de resolver una relación contractual, esto es, a través de un documento debidamente motivado, que será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato.

3 CONCLUSIÓN

- 3.1 El procedimiento a seguir a fin de que una Entidad resuelva un contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales se encuentra previsto en el artículo 40º de la Ley y el artículo 169º del Reglamento.
- 3.2 Las Entidades podrían resolver el contrato mediante una resolución o cualquier otro documento a través del cual la administración pública manifiesta su voluntad por escrito, lo contrario implicaría establecer restricciones que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto." (el subrayado es nuestro);

ACUERDO N°006/2012

12.1 Al respecto, la resolución del contrato tiene la siguiente regulación en la Ley:

12.1.1 En el Artículo 40 de la Ley, que regula las Cláusulas obligatorias en los contratos, se prevé en el literal c), la Cláusula de Resolución de contrato por incumplimiento, estableciéndose que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

(el subrayado es nuestro);

e) Que respecto a la fundamentación señalada por la Entidad para resolver el contrato, al determinar que se evidencia que persiste el incumplimiento contractual, en razón a la no entrega de la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA de fecha 26 de Setiembre de 2012, en el plazo máximo previsto en el numeral 6.2 de los Términos de Referencia del Contrato N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001; Debemos en principio determinar cuáles fueron esas situaciones de incumplimiento, así como si la prestación del servicio efectuada por mi representada se efectuó dentro de los requisitos exigidos;

Al respecto tenemos que las Bases Administrativas de la Adjudicación de Directa Pública N°006-2011-VIVIENDA-OGA-UE.001 señalaron lo siguiente:

NUMERAL 3.6 DEL CAPITULO III – SUSCRIPCION DEL CONTRATO – SECCIÓN GENERAL

3.6. DE LAS PENALIDADES E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

La aplicación de penalidades por retraso injustificado en la atención del servicio requerido y las causales para la resolución del contrato, serán aplicadas de conformidad con los Artículos 165º y 168º del Reglamento, respectivamente.

De acuerdo con los artículos 48º de la Ley y 166º del Reglamento, en las Bases o el contrato podrán establecerse penalidades distintas a la mencionada en el artículo 165º del Reglamento, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

NUMERAL 4.3 DEL CAPITULO III – TÉRMINOS DE REFERENCIA – SECCIÓN ESPECIFICA

4. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

- 4.3 Se responsabiliza totalmente de la documentación entregada asumiendo las sanciones civiles y penales que se fijen por su deterioro, robo, pérdida y demora en la entrega de la correspondencia de acuerdo a la normatividad vigente.
- 4.4 No se aceptará la devolución de correspondencias con los motivos Zona Alejada o Inaccesible, por lo que se deberá asegurar la entrega de correspondencia cuyos destinatarios se encuentren fuera del radio urbano de las ciudades, en caseríos, comunidades, asentamientos humanos, etc.

(el subrayado es nuestro);

NUMERAL 9.5 DEL CAPITULO III – TÉRMINOS DE REFERENCIA – SECCIÓN ESPECIFICA

- 9.5 Se debe tener en cuenta el siguiente procedimiento, cuando la correspondencia no pueda ser entregada:

a) De no concretarse la entrega efectiva luego de DOS INTENTOS (obligatorio), dentro del plazo de entrega respectivo, se devolverá el documento a la Unidad de Tramite Documentario del Ministerio.

b) Los documentos que no puedan ser entregados a sus destinatarios por causas imputables a éstos, serán devueltos dentro del plazo de entrega respectivo con una carta firmada y sellada por el Gerente General o funcionario responsable con la competencia para suscribirlo del Contratista, adjuntando los comprobantes de visita, en los cuales se deberá indicar en forma expresa y detallada los siguientes datos:

- Número de los inmuebles ubicados a la derecha, izquierda y frente del inmueble de la dirección de destino.
- Motivo (Dirección no existe, no permiten el acceso, destinatario errado, negativa de recepción, cambio de



- domicilio, destinatario desconocido, etc.)
- Fecha y hora de la visita(s) efectuada(s)
 - Nombres, apellidos del mensajero y número de código en caso tenerlo.
 - Número de documento de Identidad del mensajero; y
 - Firma del mensajero.

- 9.6 Se indica que, en el supuesto caso que el Contratista no realice la entrega de la correspondencia en los tiempos máximos señalados, así como en los tiempos máximos de devolución de los cargos, se aplicarán las penalidades indicadas en la Tabla de Penalidades.
- 9.7 De conformidad con lo estipulado en el Art. 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. Nº 184-2008-EF y sus modificatorias, se aplicará la siguiente Tabla de penalidades, sin perjuicio de la aplicación de penalidades que estipula el Art. 165º del citado instrumento legal

DE PENALIDADES Y MULTAS

Nº	CONCEPTO	PENALIDAD
01	No se notifican los documentos normales y/o urgentes dentro del plazo previsto	2k
02	No se devuelven los cargos de los documentos normales y/o urgentes dentro del plazo previsto	1k
03	<u>Pérdida de los documentos y/o cargos a notificar.</u>	5k

Nota:

- K equivale al 100% del costo del envío.
- Las penalidades se aplicarán en casos de incumplimiento injustificado de los plazos solicitados.

Que asimismo el Contrato preciso respecto a las penalidades lo siguiente:

CLAUSULA DUODÉCIMA PRIMERA:

CLAUSULA DUODECIMA PRIMERA: PENALIDADES

Si EL **CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de la prestación objeto del contrato. VIVIENDA le aplicara al contratista una



penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta días o;

Asimismo, se aplicará las penalidades previstas en los Términos de Referencia del Anexo adjunto al presente contrato.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad VIVIENDA podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuere necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía por el monto diferencial de la propuesta.

La justificación por el retraso se sujetará a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas concordantes;

(el subrayado es nuestro);

Que siendo así y conforme a los hechos se colige lo siguiente:

- 1) Que, la Dirección General de Administración del MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, resuelve el CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, por cuanto manifiesta el incumplimiento de obligaciones por parte de mi representada, señalando que con fecha 26 de Setiembre de 2012 se entregó la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA, la misma que fue devuelta el día 04 de Diciembre de 2012, es decir casi a los dos (02) meses y medio, siendo el plazo máximo para entregar un documento quince (15) días calendario, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 de los Términos de Referencia del contrato antes referido, evidenciándose que persiste el incumplimiento de obligaciones, no obstante lo requerido mediante Carta N°338-202/VIVIENDA-OGA-UA;
- 2) Que si bien es cierto existió retraso en la devolución de la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA, no es menos cierto que la devolución del documento se efectuó el 28 de Noviembre de 2012 y no el 04 de

Diciembre de 2012 como lo señala la CARTA N°1470-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, recibida notarialmente mediante CARTA NOTARIAL N°010542-12 del 13 de Diciembre de 2012, **por lo que el argumento esgrimido de que persiste el incumplimiento de obligaciones** – debe entenderse a la fecha en que se decide resolver el contrato-, **no es cierto, puesto que a la fecha de resuelto el contrato ya se había efectuado la devolución del documento;**

- 3) Bajo los hechos anteriormente expuesto se determina lo siguiente:

- Que mi representada dentro del plazo otorgado por la CARTA N°0338-2012/VIVIENDA-OGA-UA de fecha 05 de Noviembre de 2012, recibida notarialmente mediante CARTA NOTARIAL N°009386-12 el 07 de Noviembre de 2012, es decir dentro de los 15 (quince) días hábiles subsanó la observación advertida efectuando la devolución de cargo de la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA a través de la DEVOLUCIÓN DE CARGOS A CLIENTE 000000147968 recepcionado el 28.NOV.2012 por la Oficina de Trámite Documentario del MINISTERIO DE VIVIENDA; CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO ; POR LO QUE EN ESTE EXTREMO QUEDA EVIDENCIADO QUE MI REPRESENTADA CUMPLIO CON SUSBSANAR LA DEVOLUCION DEL CARGO DE LA CARTA N°914-2012-VIVIENDA-OGA DENTRO DEL PLAZO OTORGADO POR EL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO; SIENDO POR ENDE IMPROCEDENTE LA RESOLUCION DEL CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001;
 - Que debe anotarse que conforme a lo dispuesto en el Artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Siendo así y en el supuesto negado de que mi representada haya efectuado la devolución del cargo el 04 de diciembre de 2012, a la fecha en que se determina resolver el contrato, el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, ya se había efectuado la subsanación de la observación formulada, esto es la devolución del cargo de la Carta N°914-2012-VIVIENDA-OGA; **POR LO QUE AL ENCONTRARSE SUSBSANADA LA DEVOLUCION DEL CARGO DE LA CARTA N°914-2012-VIVIENDA-OGA, ERA IMPROCEDENTE LA RESOLUCION DEL CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001.**
- f) Por otro lado y si bien es cierto, es Obligación del Contratista La entrega de la correspondencia, no es menos cierto que los Términos de Referencia de las Bases Administrativas, las misma que forman parte del contrato, señalaron las condiciones específicas en que se prestará el



servicio, conforme se observar en los numerales 9.5 b), 9.6 y 9.7, disponiéndose lo siguiente:

"b) Los documentos que no puedan ser entregados a sus destinatarios por causas imputables a estos, serán devueltos dentro del plazo de entrega respectivo con una carta firmada y sellada por el Gerente General o funcionario responsable con la competencia para suscribirlo del Contratista, adjuntando los comprobantes, en los cuales se deberá indicar en forma expresa y detallada los siguientes datos:

- Número de los inmuebles ubicados a la derecha, izquierda y frente del inmueble de la dirección de destino.
- Motivo (Dirección no existe, no permiten el acceso, destinatario errado, negativa de recepción, cambio de domicilio, destinatario desconocido, etc.)
- Fecha y hora de la visita(s) efectuada(s)
- Nombres, apellidos del mensajero y número de código en caso tenerlo.
- Número de documento de Identidad del mensajero; y
- Firma del mensajero.

9.6 Se indica que, en el supuesto caso que el Contratista no realice la entrega de la correspondencia en los tiempos máximos señalados, así como en los tiempos máximos de devolución de los cargos, se aplicarán las penalidades indicadas en la Tabla de Penalidades.

9.7 De conformidad con lo estipulado en el Art. 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF y sus modificatorias, se aplicará la siguiente Tabla de penalidades, sin perjuicio de la aplicación de penalidades que estipula el Art. 165º del citado instrumento legal.

DE PENALIDADES Y MULTAS

Nº	CONCEPTO	PENALIDA
01	No se notifican los documentos normales y/o urgentes dentro del plazo previsto	2k
02	No se devuelven los cargos de los documentos normales y/o urgentes dentro del plazo previsto	1k
03	Pérdida de los documentos y/o cargos a notificar.	5k

Nota:

- K equivale al 100% del costo del envío.

- Las penalidades se aplicarán en casos de incumplimiento injustificado de los plazos solicitados."

(el subrayado es nuestro)

- a) En ese sentido queda claro que la devolución de los documentos no entregados, debían efectuarse dentro del plazo de entrega, es decir dentro de los quince (15) días calendarios;
- b) También queda absolutamente claro, que el incumplimiento de plazos (el Contratista no realice la entrega de la correspondencia en los tiempos máximos señalados) dan lugar a la aplicación de penalidades conforme a la Tabla de Penalidades;
- c) Asimismo, y conforme a lo señalado en la nota 6, "Se considerara un documento perdido cuando el Contratista no dé razón de la ubicación del mismo en un plazo de 05 días", siendo así y conforme al debido procedimiento señalado, queda claro que en el presente caso, lo que se ha producido es una "pérdida de documento", toda vez que mi representada conforme a lo fundamentos expresados, no entregó efectuó la devolución del documento dentro de los plazos por lo que lo correcto era la aplicación de penalidades y no la resolución del contrato;
- d) Asimismo, consideramos excesivo la resolución del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, cuando estaba próxima la culminación de las prestaciones (23-02-2013).

Como se puede apreciar, en la más absoluta contravención del debido procedimiento y legalidad, la Dirección General de Administración resuelve el CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin que mi representada haya incumplido obligaciones contractuales definidas como tal, o en el supuesto negado de incumplir sus obligaciones no haber llegado a acumular el máximo de penalidad por mora u otras penalidades o haya paralizado o reducido injustificadamente la ejecución de la prestación; por lo en ese extremo, debe DECLARARSE NULA LA CARTA N°1470-2012/VIVIENDA-OGA que comunica la RESOLUCIÓN CONTRACTUAL del CONTRATO N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001.

Respecto a la Segunda Pretensión

Al haberse declarado fundado mi primera pretensión, así como quedar probado la prestación del servicio, el Arbitro Único debe disponer que el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO cumpla con el pago de los servicios prestados, correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45 (SETENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TRENTA Y SEIS CON 45/100 NUEVOS SOLES), al haberse presentado los comprobantes de pago en su debida oportunidad conforme al siguiente detalle:

- a) FACTURA N°001-0189150 correspondiente a la prestación del servicio del mes de Noviembre 2012, de fecha 17 de Enero de 2013, por el importe de S/.

Sede Arbitral

Calle Río de la Plata N° 171 – 175, Oficina 102 – San Isidro

Página 20 de 49



29,532.80;

- b) FACTURA N°001-0189308 correspondiente a la prestación del servicio del mes de Octubre 2012, de fecha 19 de Enero de 2013, por el importe de S/. 27,788.05;
 - c) FACTURA N°050-0000325 correspondiente a la prestación del servicio del 03 al 13 de Diciembre 2012, de fecha 20 de Marzo de 2013, por el importe de S/. 11,557.25 y;
 - d) FACTURA N°050-0000326 correspondiente a la prestación del servicio del 14 de Diciembre 2012, de fecha 20 de Marzo de 2013, por el importe de S/. 3,058.35.

Respecto a la Tercera Pretensión

Que, al haberse declarado fundado nuestra primera pretensión, el Arbitro Único ordene el pago de la indemnización por conceptos de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral, ascendentes a S/. 19,500.00, más los intereses y tributos, conforme al siguiente detalle:

Lucro Cesante:

Utilidad dejada de percibir S/. 4,500.00

Daño Emergente:

- Pago de Conciliación Extrajudicial.	S/. 250.00
- Pago Tasas de Arbitraje	S/. 479.25
- Pago Abogado	S/. 6,000.00
- Pago de copias, impresiones, movilidad	S/. 320.75

Daño Moral

- Utilidad dejada de percibir S/. 7,950.00

Estos daños están sustentando por el hecho de la resolución del contrato no ha afectado en recibir una utilidad establecido en la prestación del contrato, de que mi representada se ha visto obligada a incoar el presente proceso arbitral obligado por el abuso de la autoridad llevado por el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, por lo que debe ordenarse, se reconozcan a favor de mi representada y se devuelvan los costos y costas relativas al proceso arbitral, así como los pagos por asistencia legal.

TOTAL INDEMNIZACION S/.19,500.00¹².

VI. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

² Cita textual de los argumentos de la demanda, página 1 a la 16 del escrito de demanda presentado el 21 de mayo del 2013.

II. «CONTESTAMOS DEMANDA»

Habiendo sido notificado con la Resolución N° 2, a través de la que nos corren traslado de la demanda presentada por MACROPOST S.A.C., y dentro del término concedido en la precitada Resolución, absuelvo su traslado en los siguientes términos:

CONTESTA DEMANDA

ANTECEDENTES

a. LA SUSCRIPCION DEL CONTRATO:

Mediante contrato N° 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001 del 23 de febrero de 2012, MACROPOST S.A.C. y el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (debidamente representado por el Director General de la Oficina de Administración) suscribieron el contrato para que el demandante brinde el servicio de mensajería local y nacional, siendo el importe a pagar S/. 252,366.00.

Tal como referimos en el párrafo precedente, el contrato (el mismo que fue adjuntado como anexo c de la demanda) fue firmado por el Director General de Administración del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, funcionario que cuenta con plenas facultades para suscribir contratos, para acreditarlo es preciso hacer de su conocimiento lo siguiente:

- **Decreto Supremo N° 002-2002-VIVIENDA, a través del que se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento:**

En el artículo 23 del capítulo III de la Oficina General de Administración se ha dispuesto lo siguiente:

“Artículo 23: Oficina General de Administración

La Oficina General de Administración es el órgano de apoyo de VIVIENDA, responsable de asegurar la unidad, racionalidad, eficiencia y eficacia de los procesos de administración de sus recursos humanos, materiales, económicos y financieros. Está a cargo de un Director General, dependiente del Secretario General, quien ejerce las siguientes funciones:

(...)

- o) **Planificar los procesos de selección y efectuar las adquisiciones y contrataciones que requiera VIVIENDA, conforme a las disposiciones legales vigentes”.**

- **Resolución Ministerial N° 003-2012-VIVIENDA**

En el artículo 2 de la indicada Resolución Ministerial, el Señor Ministro del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, se han delegado las siguientes facultades:

"Artículo 2: Declarar en el Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, durante el ejercicio fiscal 2012, las siguientes facultades:

2.1 En Materia de Contrataciones del Estado

(...)

f) Celebrar contratos y addendas derivados de procesos de selección convocados en el marco de lo dispuesto en la normativa de contratación pública, así como aquellos derivados de procesos regulados por normas especiales distintas a la normativa de contratación pública".



Cualquiera de las partes podrá elevar el presente contrato a Escritura Pública corriendo con todos los gastos que demande esta formalidad.

CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: VERACIDAD DE DOMICILIOS

Las partes contratantes han declarado sus respectivos domicilios en la parte introductoria del presente contrato.

De acuerdo con las Bases, las propuestas técnico y económica y las disposiciones del presente contrato, las partes lo firman por duplicado en señal de conformidad en la ciudad de Lima a los veintitrés (23) días del mes de febrero de 2012.



SR. ROBERTO MARTÍN SALA REY
ROBERTO SALA REY
Director General de Administración
Ministerio de Vivienda, Construcción
y Saneamiento

MACRO POST S.A.C.
ROBERTO BECERRA CALDERÓN
GERENTE GENERAL

SR. GILBERTO BECERRA CALDERÓN
POR EL CONTRATISTA

b. HISTORIAL DE PENALIDADES E INCUMPLIMIENTOS DE MACROPOST S.A.C.

- Con Informe N°09-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT del 5 de junio de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 29 de febrero de 2012 al 30 de marzo de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	29.02.12 AL 30.03.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2384	
CON PLAZO VENCIDO	586	S/.5741



EN DEVOLUCION		
PERDIDOS	13	S/.381

2. Con conformidad de Servicio N° 00724-2012 del 24 de mayo de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Marzo de 2012. Asimismo, informamos que Macropost ha presentado denuncia policial para justificar pérdida de documentos, no obstante EN AMBOS CASOS HA EXCEDIDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 009-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT"

3. Con Informe N°14-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT del 26 de junio de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2012 al 30 de abril de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	02.04.12 AL 30.04.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2202	
CON PLAZO VENCIDO EN DEVOLUCION	11	S/.318.30
PERDIDOS	589	S/.4873.80

4. Con conformidad de Servicio N° 00945-2012 del 18 de junio de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Abril de 2012, EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 014-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT"

5. Con Informe N°18-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT del 25 de julio de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 2 de mayo de 2012 al 31 de mayo de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	2.05.12 AL 31.05.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2244	
CON PLAZO VENCIDO EN DEVOLUCION	11	S/.5741
PERDIDOS	214	S/.1530.70

6. Con conformidad de Servicio N° 01235-2012 del 25 de julio de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Mayo de 2012, EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 018-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT"

7. Con Informe N°21-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT del 14 de agosto de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2012 al 28 de junio de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	01.06.12 AL 28.06.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2119	
CONTROL DE NOTIFICACIONES DE DOCUMENTOS	77	S/.982.70
CONTROL DEVOLUCION DE CARGOS	242	S/.3349.10



CARGOS PENDIENTES DE DEVOLUCION	16	S/.423.85
---------------------------------	----	-----------

8. Con conformidad de Servicio N° 01389-2012 del 16 de agosto de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Junio de 2012. EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 021-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT"

9. Con Informe N°013-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA del 27 de setiembre de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 02 de julio de 2012 al 31 de julio de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	02.07.12 AL 31.07.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2127	
CONTROL DE NOTIFICACIONES DE DOCUMENTOS	64	S/.817.70
CONTROL DEVOLUCION DE CARGOS	152	S/.1959.55
CARGOS PENDIENTES DE DEVOLUCION	10	S/.188.60

10. Con conformidad de Servicio N° 01767-2012 del 27 de setiembre de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Julio de 2012. EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 021-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA"



11. Con Informe N°019-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA del 5 de noviembre de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2012 al 29 de agosto de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	01.08.12 AL 29.08.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2650	
CONTROL DE NOTIFICACIONES DE DOCUMENTOS	453	S/.4825.30
CONTROL DEVOLUCION DE CARGOS	129	S/.1121.55
CARGOS PENDIENTES DE DEVOLUCION	68	S/.1564.45

12. Con conformidad de Servicio N° 02151-2012 del 08 de noviembre de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Agosto de 2012. EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APPLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 019-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA"

13. Con Informe N°23-2012/VIVIENDA-SG-UTD-CDQT del 26 de noviembre de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 03 de setiembre de 2012 al 28 de setiembre de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	03.09.12 AL 28.09.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
TOTAL DE ENVIOS	2637	
1.- NO SE NOTIFICAN LOS DOCUMENTOS NORMALES Y/O	366	S/.2965.70

	URGENTES DENTRO DEL PLAZO PREVISTO		
2.- NO SE DEVUELVEN LOS CARGOS DE LOS DOCUMENTOS NORMALES Y/O URGENTES DENTRO DEL PLAZO PREVISTO	134	S/.1110.75	
PERDIDA DE LOS DOCUMENTOS Y/O CARGOS A NOTIFICAR	18	S/.208.70	

14. Con conformidad de Servicio N° 02366-2012 del 27 de noviembre de 2012, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución correspondientes al mes de Setiembre de 2012. EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 023-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA"

15. Con Informe N°26-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA del 26 de diciembre de 2012, se dio cuenta del desarrollo del servicio de Macropost S.A.C. en el periodo comprendido entre el 03 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2012, determinándose lo siguiente:

DOCUMENTOS	03.10.12 AL 31.10.12	COSTO DE PENALIDAD EN NUEVOS SOLES
NO SE NOTIFICAN LOS DOCUMENTOS NORMALES Y/O URGENTES DENTRO DEL PLAZO PREVISTO	625	S/.4598.35
NO SE DEVUELVEN LOS CARGOS DE LOS DOCUMENTOS NORMALES Y/O URGENTES DENTRO DEL PLAZO PREVISTO	268	S/.1826.75



PLAZO PREVISTO			
PERDIDA DE LOS DOCUMENTOS Y/O CARGOS A NOTIFICAR		43	S/.449.65
TOTAL A DESCONTAR EN SOLES		936	S/. 6874.75

16. Con conformidad de Servicio N° 00099-2013 del 31 de enero de 2013, se dejó constancia de lo siguiente:

"A la fecha la empresa que brinda el servicio de mensajería (Macropost S.A.C.) mantiene cargos pendientes de devolución, así como notificaciones, EXCEDIENDO LOS PLAZOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO Y SUS TERMINOS DE REFERENCIA, MOTIVO POR EL CUAL SOLICITAMOS LA APLICACION DE LAS PENALIDADES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LO SEÑALADO CON MAYOR SUSTENTO EN EL INFORME TECNICO N° 026-2012/VIVIENDA-SG-UTD-JGA"

17. Tal como se colige de la documentación que adjuntamos al presente, durante la vigencia contractual, el demandante de forma continua y sin justificación alguna incumplió el contrato, razón por la que se le impusieron el máximo de penalidades.

ANALISIS DE PRETENSIONES

Solicitamos al Tribunal Arbitral que desestime todas las pretensiones formuladas por el demandante en base a los siguientes fundamentos:

1. Primera Pretensión:

Dejar sin efecto ni eficacia legal alguna la Resolución del Contrato N° 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, a que se contrae la Carta Notarial N° 1470-2012/VIVIENDA-DGA, de fecha 11 de diciembre de 2012, al no haber cumplido el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento con las formalidades y requisitos en las normas legales pertinentes.

Solicitamos al Señor Árbitro Único que desestime esta pretensión, pues la misma carece de todo sustento válido, pues enfatizamos la resolución de contrato se realizó en estricta observancia de los lineamientos contractuales y de la Ley de Contrataciones del Estado.

SOBRE PROCEDIMIENTO DE RESOLUCION DE CONTRATO

El demandante, afirma que nuestra representada no cumplió con observar el procedimiento de resolución de contrato y que derivado de ello, la resolución de contrato realizada a través de la Carta Notarial N° 1470-2012/VIVIENDA-DGA no debe surtir efectos legales.



Sobre el particular, enfatizamos que el demandante se vale de argumentos incongruentes que evidencian un desconocimiento no sólo de la normativa, sino que no ha evaluado sus propios hechos, los mismos que fueron los generadores de la resolución de contrato.

El demandante aduce que nuestra representada habría incumplido los artículos 167º y 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, siendo el tenor de los mismos el siguiente:

"Artículo 167.- Resolución de Contrato

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

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

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; (...)”

Tal como se desprende del articulado glosado en caso que exista un incumplimiento de parte del consultor, la entidad estaría plenamente facultada de resolver el contrato. Lo indicado es lo que ha ocurrido en el presente caso, pues el demandante, a pesar de estar claramente detalladas sus obligaciones dentro de los lineamientos contractuales, de forma injustificada ha incumplido con sus obligaciones y no ha desarrollado su labor de forma eficiente, sino que por el contrario, no ha provisto un buen servicio.

Asimismo, el demandante hace referencia a fojas 6 de su escrito de demanda que:

“podrá resolverse el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será

aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella, que haya suscrito el contrato.

(...) no contiene el documento que manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, aprobado por autoridad del mismo nivel"

Es preciso negar enfáticamente lo alegado por el demandante, pues el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento observó el procedimiento para resolver el contrato, y además la decisión de resolver fue tomada por el funcionario competente.

La carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA, recibida notarialmente con fecha 13 de diciembre de 2012, a través de la que se resolvió el contrato, fue suscrita por el Director General de Administración, y se fundamentó en que a pesar que con Carta N° 338-2012/VIVIENDA-OGA-UA se requirió al demandante que cumpla con sus obligaciones contractuales, dentro de las que se encontraba la oportuna devolución de los cargos y/o documentos que se les hacía entrega; éste sin causa alguna que lo justifique recién el **6 de diciembre de 2012, luego de vencido el plazo señalado en la Carta N° 338-2012/VIVIENDA-OGA-UA, entregó la Carta N° 914-2012-VIVIENDA-OGA, por lo que correspondía resolver el contrato.**

Asimismo, es preciso acotar que tal como se verifica en la Carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA se adjuntó la copia simple del Memorando N° 2437-2012-VIVIENDA-OGA, a través del que la Oficina General de Administración dejó constancia de los incumplimientos de Macropost S.A.C.

De otro lado, el propio demandante ha glosado la Opinión N° 115-2009/DTN, la misma que concluye:

"(.)3.2. Las entidades podrían resolver el contrato mediante una resolución o cualquier otro documento a través del cual la administración pública manifiesta su voluntad por escrito, lo contrario implicaría establecer restricciones que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto".

Tal como se desprende de dicha Opinión, la resolución de contrato debe ser a través de un documento en el que de manera irrefutable se deje expresa constancia que se resuelve el contrato, en el presente caso, la Resolución de Contrato, se dio con la carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA., la misma que con claridad explicó que se resolvía el contrato por los incumplimientos contractuales del demandante.

SOBRE SUSCRIPCION POR PERSONA AUTORIZADA

Es preciso, dejar en claro que la Resolución de contrato, fue realizada en observancia del procedimiento establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto la Carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA, recibida notarialmente con fecha 13 de diciembre de 2012, fue emitida en razón a incumplimiento de obligaciones

por parte de la demandante, requeridas obviamente mediante la Carta N° 338-2012-VIVIENDA-OGA-UA.

El documento de resolución contractual fue suscrito por el Director General de Administración, dado que de acuerdo con la **Resolución Ministerial N° 003-2012-VIVIENDA, es el funcionario que cuenta con dicha atribución.**

En el artículo 2 de la indicada Resolución Ministerial, el Señor Ministro del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, ha delegado las siguientes facultades:

"Artículo 2: Delegar en el Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, durante el ejercicio fiscal 2012, las siguientes facultades:

2.1 En Materia de Contrataciones del Estado

(...)

j) Resolver contratos relativos a la contratación de bienes, servicios y/u obras".

SOBRE LOS RETRASOS QUE DIERON LUGAR A LA RESOLUCION DE CONTRATO

Mediante Memorando N° 2437-2012-VIVIENDA-OGA, de fecha 6 de diciembre de 2012, la Dirección General de Administración manifestó el incumplimiento de obligaciones por parte de la demandante, pues a pesar que con fecha 26 de setiembre de 2012, se les entregó la carta N° 914-2012-VIVIENDA-OGA, la misma fue devuelta el día 4 de diciembre de 2012, es decir, casi a los 2 meses y medio, siendo el plazo máximo para entregar un documento 15 días calendario. Lo indicado, lo acreditamos de forma indubitable con el Informe presentado en la Dirección General de Administración el 4 de diciembre de 2012, en el que se devuelve el original de la referida carta señalando que no se encuentra la dirección.

¿Cómo es posible que una empresa seria, se demore MÁS DE DOS MESES PARA INFORMAR QUE NO ENCUENTRA LA DIRECCION PARA DILIGENCIAR LA CARTA?

Este último hecho desencadenó la resolución contractual, pues el Ministerio ante los reiterados incumplimientos del demandante, decidió resolver el contrato.

Por tanto, evidenciamos la falsedad de los argumentos de la demandante, pues no se ajusta a la verdad que ante la recepción de la Carta N° 338-2012-VIVIENDA-OGA-UA, cumplieron con entregar el cargo de la carta N° 914-2012-VIVIENDA-OGA dentro del plazo de los 15 días otorgados, pues conforme acreditamos documentalmente **NO ENTREGÓ EL CARGO DE LA CARTA N° 914-2012-VIVIENDA-OGA, SINO EL ORIGINAL DEL CITADO DOCUMENTO, y ello fue el 4 DE DICIEMBRE DE 2012,** adjuntando un "informe

de documentos rezagados" en el que se indicaba: "no hay esa dirección".

Lo indicado generó la emisión del Memorando N° 2347-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 6 de diciembre de 2012, emitido por la Dirección General de Administración, en el que se dio cuenta del nuevo incumplimiento del demandante, y que conllevó a que se le resuelva el contrato, lo que fue de conocimiento de la demandante ya que se adjuntó a la Carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA.

Al respecto, dispone el artículo 169º antes referido:

"(...) 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.

(...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato

En ese sentido, considerando los retrasos en la entrega de las facturas, lo que vulneró lo establecido en el numeral 8.1 de los Términos de Referencia que originaron la emisión del Contrato N° 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001 y la demora en la entrega de los cargos con la consecuente aplicación de sendas penalidades, se requirió a la demandante, mediante la Carta N° 338-2012-VIVIENDA-OGA-UA, a fin que en un plazo máximo de 15 días hábiles regularicen la entrega de las facturas pendientes, así como la entrega de los cargos pendientes, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

En ese sentido y tal como hemos referido, el demandante lejos de subsanar sus incumplimientos dentro del término señalado en la carta N° 338-2012-VIVIENDA-OGA-UA, **fuerza de plazo remitió una carta sin diligenciar, lo que conllevó a que en estricto cumplimiento de las cláusulas contractuales y la normatividad aplicable a la materia, se resolviera el contrato; POR TANTO LA RESOLUCION DEL CONTRATO ES PLENAMENTE VALIDA Y EFICAZ Y HA PRODUCIDO TODOS SUS EFECTOS DESDE LA RECEPCION DE LA MISMA.**

ADEMÁS ENFATIZAMOS QUE LA RESOLUCION DEL CONTRATO SE DIO EN APLICACIÓN DE LA CLAUSULA NOVENA, LA MISMA QUE SEÑALA LO SIGUIENTE:

"Cláusula Novena: Conformidad de recepción de la prestación:

La conformidad de recepción de la prestación será otorgada por la Jefa de la Unidad de Trámite Documentario de **VIVIENDA**, y se regula por lo dispuesto en el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose a **EL CONTRATISTA** un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. **SI PESE AL PLAZO OTORGADO, EL CONTRATISTA NO CUMPLIESE A CABALIDAD CON LA SUBSANACIÓN, VIVIENDA PODRÁ RESOLVER EL CONTRATO, SIN PERJUICIO DE APLICAR LAS PENALIDADES QUE CORRESPONDAN.**

ESTE PROCEDIMIENTO NO SERÁ APLICABLE CUANDO EL BIEN MANIFIESTAMENTE NO CUMPLA CON LAS CARACTERÍSTICAS Y CONDICIONES OFRECIDAS, EN CUYO CASO VIVIENDA NO EFECTUARA LA RECEPCIÓN, DEBIENDO CONSIDERARSE COMO NO EJECUTADA LA PRESTACIÓN, APLICANDOSE LAS PENALIDADES QUE CORRESPONDAN."

2. Segunda Pretensión:

Que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cumpla con el pago de los servicios prestados, correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45.

Solicitamos al árbitro único, que esta pretensión también sea desestimada, pues derivado de los numerosos incumplimientos del demandante, no está probado que haya dado el servicio a conformidad, ni que mucho menos le corresponda el pago del importe requerido, pues dados sus retrasos y su falta de devolución de cargos y de diligenciamiento de documentos, está sujeto a que se le impongan penalidades.

Por lo tanto, el monto cuyo pago pretende no válido, dado que NO HA QUEDADO PROBADA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO POR EL MONTO DE S/. 71,936.45. Además de conformidad con la Cláusula Cuarta sobre la Forma de pago del Contrato N° 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, las partes acordaron lo siguiente:

"VIVIENDA se obliga a pagar la contraprestación a **EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, en forma mensual, en el plazo de 10 días calendarios **LUEGO DE LA RECEPCIÓN FORMAL Y COMPLETA DE LA DOCUMENTACIÓN CORRESPONDIENTE, SEGÚN LO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 181º DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO,** para tal efecto, la jefa de la unidad de trámite documentario de **VIVIENDA** responsable de dar la conformidad de la prestación, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días **de ser esta recibida.****

A efectos del pago, EL CONTRATISTA deberá cumplir las condiciones establecidas en los Términos de Referencia establecidos en el Anexo adjunto.

Considerando que el demandante no ha cumplido con los lineamientos de la presente cláusula no corresponde el pago del importe señalado, mas sí la imposición de penalidades.

3. Tercera Pretensión:

Que se nos pague como indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral ascendente a S/. 19,500.00 más los intereses y tributos aplicables, gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.

Solicitamos al árbitro único, que esta pretensión también sea desestimada, en tanto el demandante no ha sustentado de forma alguna cuál es el supuesto daño que se le ha ocasionado ni cómo se genera la pretensión indemnizatoria, por lo que también consideramos que es una pretensión temeraria.

Tal como ha quedado acreditado documentalmente con los medios probatorios adjuntos al presente, durante la ejecución contractual, **EL DEMANDANTE INCUMPLIO CONTINUAMENTE Y SIN CAUSA QUE LO JUSTIFIQUE SUS OBLIGACIONES.**

DERIVADO DE SUS INCUMPLIMIENTOS SE GENERARON GRAVES PERJUICIOS A LA ENTIDAD, PUES NO SE NOS DEVOLVIAN LOS DOCUMENTOS A TIEMPO NI SE DILIGENCIABAN EN FORMA OPORTUNA LOS DOCUMENTOS QUE ERAN ENTREGADOS A MACROPOST S.A.C, POR LO QUE NO SE HA CONFIGURADO DAÑO ALGUNO AL DEMANDANTE QUE SEA PASIBLE DE RECONOCIMIENTO E INDENMIZACION, SINO QUE POR EL CONTRARIO, EL UNICO PERJUDICADO CON EL MAL SERVICIO BRINDADO HA SIDO EL MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO.

Además el demandante, solicita una indemnización sin haber acreditado la configuración del daño, ni el cumplimiento de los elementos que configuran el daño.

Por tanto, no corresponde el pago de una indemnización por concepto de daños y perjuicios incluido el lucro cesante daño emergente y daño moral, ascendente a S/. 19,500.00, pues está plenamente acreditado que la resolución del contrato, se dio en estricto cumplimiento de los lineamientos contractuales como consecuencia de los reiterados incumplimientos del demandante; ya que ha quedado probado que la resolución de contrato cumplió con los requisitos legales establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento»³.

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

³ Cita textual de los argumentos de la contestación de demanda, página 1 a la 19 del escrito de contestación de demanda presentado el 14 de junio del 2013.

- 7.1. En función a las pretensiones demandadas y a los argumentos de defensa de la Entidad, en la audiencia llevada a cabo el 18 de julio del 2013, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:
- i) Determinar si corresponde o no dejar sin efecto ni eficacia legal alguna la resolución del Contrato N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, a que se contrae la Carta Notarial N°1470-2012/VIVIENDA-DGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, al no haber cumplido el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento con las formalidades y requisitos estipulados en las normas legales pertinentes.
 - ii) Determinar si corresponde o no que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cumpla con el pago de los servicios prestados, correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45.
 - iii) Determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor del demandante una indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral ascendente a S/.19,500.00, más los intereses y tributos aplicables, gastos, costos y costas relativos al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.
- 7.2. En consecuencia, el análisis y resolución de estos puntos controvertidos permitirá emitir un adecuado pronunciamiento sobre las pretensiones demandadas y reconvenidas.

VIII. ASPECTOS CONTROVERTIDOS

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto ni eficacia legal alguna la resolución del Contrato N°006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, a que se contrae la Carta Notarial N°1470-2012/VIVIENDA-DGA de fecha 11 de Diciembre de 2012, al no haber cumplido el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento con las formalidades y requisitos estipulados en las normas legales pertinentes.

- 8.1. A fin de dar respuesta al primer punto controvertido, es preciso remitirnos a los siguientes artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los mismos que establecen lo siguiente:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
- El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169º."

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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

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

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. (...)

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de



dos (2) ni mayor de diez (10) días calendarios. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan. (...)" (El énfasis es nuestro)

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho a pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo. (...)" (El énfasis es nuestro)

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos. En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse." (El énfasis es nuestro)

- 8.2. A su vez, el inciso c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado refiere que:

"Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento." (El énfasis es nuestro)

- 8.3. En ese contexto, este Árbitro Único considera pertinente analizar en primer lugar si la Entidad al resolver el Contrato de Servicio ha cumplido el aspecto formal respecto al procedimiento para resolver el contrato y en segundo lugar analizar si es válido el sustento fáctico y legal de dicha decisión.

- 8.4. Con relación al aspecto de forma, el Árbitro Único advierte que efectivamente la entidad cumplió con realizar el requerimiento previo conforme los prevé el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, apercibiendo al Contratista con resolver el Contrato de Servicio, ello a través de la Carta N° 338-2012/VIVIENDA-OGA-UA. Asimismo, advierte que dentro del plazo otorgado, el contratista presentó la Carta N° 475-2012-MACROPOST SAC/GG de fecha 27 de noviembre de 2012, recibida por la entidad el 28 de noviembre de 2012, a través de la cual contestó el requerimiento de la entidad. Y advierte también que fue mediante Carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 11 de diciembre de 2012, reciba por el contratista, por conducto notarial el 13 de diciembre de 2013, que la entidad comunicó su decisión de resolver el contrato debido, a que su entender, persistía el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.
- 8.5. Sobre el particular, el Árbitro Único observa que la Entidad además de cumplir con el requerimiento previo bajo apercibimiento de resolución, también cumplió con comunicar su decisión de resolver el Contrato de Servicio mediante Carta 1470-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 11 de diciembre de 2012, conforme lo estipulado en el artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues fue **este documento a través del cual comunicó que su decisión de resolver el contrato se sustenta en el incumplimiento de obligaciones de parte del contratista**; ello aunado al hecho de que dicho documento fue suscrito por la misma persona que firmó el contrato el señor Roberto Sala Rey, Director General de Administración de la entidad, quien tenía facultades para tomar dicha decisión. En ese sentido, este Árbitro Único advierte que los cuestionamientos formulados por el contratista al procedimiento de resolución no son veraces pues sí existe documento firmado por persona competente que exprese claramente la decisión de la entidad de resolver el Contrato de Servicio.
- 8.6. Asimismo, el contratista también ha alegado que la nulidad formal de la resolución del contrato se debe también a que no se le ha comunicado el motivo que justifica la decisión de resolver el contrato, sin embargo, este Árbitro Único también advierte que junto a la Carta N° 1470-2012/VIVIENDA, la Entidad ha adjuntado el Memorando N° 2347-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 6 de diciembre de 2012 en el que se detalla el incumplimiento incurrido por el contratista, con lo que se confirma que la Entidad sí ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al haber manifestado su decisión mediante la Carta N° 1470-2012/VIVIENDA aprobado por la misma autoridad que firmó el

contrato y habiendo justificado dicha decisión mediante Memorando N° 2347-2012/VIVIENDA-OGA que fue adjunto a la mencionada Carta notarial.

- 8.7. Así las cosas, este Árbitro Único concluye que el procedimiento de resolución de contrato efectuado por la Entidad sí ha cumplido con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado por lo que respecto a dicho extremo no corresponde amparar la pretensión del demandante. Sin perjuicio de la conclusión arribada, y habiendo el demandante alegado también que cumplió dentro del plazo otorgado por la Entidad con subsanar el incumplimiento que sustentó la decisión de resolver el contrato, corresponde analizar si en el fondo fue debidamente resuelto el Contrato de Servicio.
- 8.8. Respecto del tema de fondo, corresponde analizar con mayor detenimiento los medios probatorios adjuntados por las partes a fin de verificar si la resolución del contrato fue válidamente sustentada. Sobre el particular, el Árbitro Único observa que la entidad emitió la Carta N° 338-2012/VIVIENDA-OGA-UA de fecha 5 de noviembre de 2012, recibida por Macro Post S.A.C. el 7 de noviembre de 2012, mediante la cual señaló que "... remito adjunto copia del Memorando N° 324-2012/VIVIENDA-SG-UTD de fecha 11 de octubre de 2012, mediante la cual la Unidad de Trámite Documentario, viene registrando retrasos en la entrega de las facturas, situación que vulneraría lo establecido en el numeral 8.1 de los Términos de Referencia del Contrato N° 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001, en razón a que éstas deben presentarse dentro de los primeros quince (15) días del mes siguiente al servicio prestado. Es de señalar, que el suscripto también ha tomado conocimiento sobre la demora en la entrega de los correspondientes "cargos", lo que ha generado la aplicación de penalidades en contra de su representada". Asimismo, en dicha comunicación la entidad requirió al contratista para que dentro de un plazo de quince (15) días hábiles cumpla con regularizar la entrega de las facturas pendientes así como la entrega de los cargos pendientes.
- 8.9. Dentro del plazo otorgado por la entidad, el contratista presentó la Carta N° 475-2012-MACROPOST SAC/GG de fecha 27 de noviembre de 2012, recibida por la entidad el 28 de noviembre de 2012, mediante la cual señaló que "En el caso de retraso en la entrega de facturas, según se desprende del contenido del Memorándum N° 324-2012/VIVIENDA-SG-UTD. Se aprecia que está referida al retraso en la entrega de las facturas; sin embargo, es de significar que la emisión de las mismas están sujetas a la conformidad de la prestación, las mismas que la solicitamos al mes siguiente del servicio, siendo allí donde ocurre la demora debido a observaciones que

necesariamente deben ser subsanados, conforme lo menciona el numeral 8.3 de los términos de referencia, sin que ello signifique infringir dicho dispositivo que estipula: Toda subsanación de los cargos devueltos serán considerados en la facturación. En lo que respecta al retraso en la entrega de los cargos, igualmente se está informando a la Unidad de trámite documentario sobre la devolución de las mismas indicando fecha y N° de devolución de cargo."

- 8.10. Posteriormente, mediante Carta N° 1470-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 11 de diciembre de 2012, recibida por el contratista el 13 de diciembre de 2012, la entidad decide resolver el contrato, señalando lo siguiente: "remito copia simple del Memorando N° 2347-2012/VIVIENDA-OGA de fecha 6 de diciembre de 2012, a través de la cual esta Dirección General manifiesta el incumplimiento de obligaciones por parte de la empresa de su representación: con fecha 26 de setiembre de 2012 se les entregó la Carta N° 914-2012-VIVIENDA-OGA, la misma que fue devuelta el día 4 de diciembre de 2012, es decir, casi a los dos (02)meses y medio, siendo el plazo máximo para entregar un documento quince (15) días calendario, conforme a lo establecido en el numeral 6.2 de los Términos de Referencia del contrato antes referido, lo que evidencia que persiste el incumplimiento de obligaciones, no obstante lo requerido mediante Carta N° 338-2012/VIVIENDA-OGA-UA, recibida notarialmente el día 07 de noviembre de 2012."
- 8.11. Conforme se desprende de los documentos citados, la entidad requirió al contratista para que dentro del plazo de quince (15) días hábiles cumpla con "regularizar la entrega de las facturas pendientes así como los cargos pendientes", bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dentro del plazo otorgado, el contratista remitió la Carta N° 475-2012-MACROPOSTSAC/GG recibida por la entidad el 28 de noviembre de 2012, mediante la cual justifica la demora en la entrega de las facturas debido a que están sujetas a la conformidad de la prestación. Asimismo, respecto del retraso en la entrega de los cargos, señala que se está informando a la unidad de trámite documentario sobre la devolución de los mismos.
- 8.12. Asimismo, mediante Carta N° 478-2012-MACROPOSTSAC/GG de fecha 27 de noviembre de 2012, recibida por la entidad el 28 de noviembre de 2012, se adjuntó la relación de los cargos pendientes de devolución de los meses de junio a octubre de 2012, en el que el contratista señaló que a dicha fecha existían sólo 68 cargos pendientes de devolución.
- 8.13. Así las cosas, este Árbitro Único considera pertinente remitirse a lo dispuesto en los Términos de Referencia del Contrato N° 006-2012-

VIVIENDA/OGA-UE.001 de fecha 23 de febrero de 2012, según los cuales el contratista contaba con un plazo para efectuar la devolución de los cargos, siendo el plazo de 1 día para documentos urgentes, 2 días para documentos normales, 3 días para documentos dirigidos a lugares de fácil acceso, 4 días para documentos dirigidos a lugares de mediano acceso, 6 días para documentos dirigidos a lugares de difícil acceso y 15 días para documentos dirigidos a lugares de muy difícil acceso. Asimismo, se estableció la aplicación de penalidades para los casos en que 1) no se notificaban los documentos normales y/o urgentes dentro del plazo previsto, 2) no se devolvían los cargos de los documentos normales y/o urgentes dentro del plazo previsto y 3) la pérdida de los documentos y/o cargos a notificar, siendo que si no se daba razón de la ubicación del documento dentro del plazo de 5 días se consideraba dicho documento como perdido.

- 8.14. De los informes Nº 09-2012, 14-2012, 18-2012, 21-2012, 13-2012, 19-2012, 23-2012, 26-2012, 04-2013, 11-2013 y las conformidades de servicio Nº 724-2012, 945-2012, 1235-2012, 1389-2012, 1767-2012, 2151-2012, 2366-2012, 99-2013, 101-2013, 647-2013, adjuntados por la entidad en su escrito de fecha 24 de octubre de 2013, se desprende que todos los meses el contratista incurrió en observaciones por diferentes motivos, entre los cuales se advierte lo siguiente: 1) retrasos en la devolución de los cargos, 2) cargos pendientes de devolución, 3) cargos perdidos y 4) retrasos en la devolución de los documentos, lo cual originó que todos los meses la entidad aplique penalidades al contratista; sin embargo, de las notas de abono adjuntadas por el contratista en su escrito de fecha 23 de octubre de 2013, se observa que la entidad ejecutó 3 penalidades.
- 8.15. En efecto, de los documentos referidos, se observa que el contratista siempre incurrió en incumplimientos; no obstante, corresponde verificar si llegó a subsanar las observaciones advertidas por la entidad en la Carta Nº 338-2012/VIVIENDA-OGA-UA de fecha 5 de noviembre de 2012.
- 8.16. Con relación a la regularización de la entrega de las facturas, es preciso remitirnos al artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que establece que “*Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho a pago del contratista.*”
- 8.17. De otro lado, en el numeral 8.3 de los Términos de Referencia que se anexaron al Contrato se señaló que “*La conformidad del servicio tiene como condición para el pago la devolución de los cargos (documentos originales) debidamente recibidos. De acuerdo al punto 11) de los Términos de Referencia (condiciones de pago), la*

empresa adjudicada deberá presentar a la Unidad de Trámite Documentario, mensualmente y dentro de los primero quince (15) días del mes siguiente al servicio prestado, la factura correspondiente adjuntando un cuadro resumen con el total de envíos realizados, es decir, los cargos devueltos. La Unidad de Trámite Documentario es la encargada de verificar la devolución de los cargos, posterior a ello, elaborará y presentará la conformidad de servicio al área competente, dentro de los 10 días de presentados los documentos correspondientes (factura y según cuadro resumen).

La Unidad de Trámite Documentario emite el Formato de Conformidad del Servicio debidamente suscrito, a la Unidad de Contabilidad, una vez finalizado o atendido el servicio (verificación de los cargos devueltos indicados en la factura y según cuadro resumen)." (En énfasis es nuestro).

- 8.18. Por otro lado, el numeral 8.3 de los Términos de Referencia contenido en las Bases estableció que "Toda subsanación de los cargos devueltos será considerada en la facturación."
- 8.19. Atendiendo a ello, el Árbitro Único observa que los términos de referencia del contrato estipularon claramente que el contratista debía remitir dentro de los quince (15) días siguientes al mes de servicio prestado, la factura y el cuadro resumen con los envíos realizados, y que la Unidad de Trámite Documentario presentará la conformidad a los diez (10) días siguientes de remitida la factura y el cuadro resumen, careciendo de sustento lo señalado por el contratista en su Carta N° 475-2012-MACROPOSTSAC/GG de fecha 27 de noviembre de 2011, en el que indicó que la emisión de las facturas están sujetas a la conformidad de la prestación.
- 8.20. Si bien el contratista señala que la subsanación de las observaciones ha retrasado la emisión de las facturas, debe tenerse presente que conforme se ha señalado en el párrafo precedente, dichas facturas debieron ser remitidas en el plazo previsto en los Términos de Referencia de manera muy independiente a la subsanación que el contratista pueda realizar en la devolución de los cargos.
- 8.21. Ahora bien, el otro aspecto requerido por la entidad fue la regularización de la entrega de los cargos pendientes, dentro de los cuales se encontraba la devolución del cargo de la Carta N° 914-2012-VIVIENDA-OGA de fecha 11 de diciembre de 2012.
- 8.22. Según lo que señala el contratista, el cargo de la Carta N° 914-2012-VIVIENDA-OGA fue remitida mediante el reporte de devolución de clientes de fecha 28 de noviembre de 2012; sin embargo, de los medios probatorios también se desprende que en el informe de documentos rezagados de fecha 4 de diciembre de 2012, el contratista señaló que "adjunto al presente cumple con devolver a

origen el envío admitido con G.C. N° 202980 por los motivos siguientes; 4. Dirección Inexacta. Oficio N° 914-2012-VIVIENDA-OGA a Juan Apaza Castillo (...) No hay esa dirección".

- 8.23. Al respecto, el Árbitro Único advierte que mediante el reporte de devolución de clientes recepcionado por la entidad con fecha 28 de noviembre de 2012, el contratista informó que la notificación de la Oficio N° 914-2012-VIVIENDA-OGA contenía una dirección errada; no obstante, dicho documento recién fue devuelto mediante el informe de documentos rezagados de fecha 4 de diciembre de 2012, pues en el mismo se señala expresamente que se adjunta la Oficio N° 914-2012-VIVIENDA-OGA. Es decir, si bien el día 28 de noviembre de 2012, venció el plazo para que el contratista cumpla con subsanar el requerimiento efectuado por la entidad mediante la Carta N° 338-2012-VIVIENDA-OGA-UA de fecha 5 de noviembre de 2012, el Árbitro Único observa que ello no fue cumplido pues fue recién el 4 de diciembre, es decir fuera del plazo para subsanar el incumplimiento, que el contratista devolvió el original del Oficio N° 914-2012-VVIENDA/OGA, con lo que lo alegado por la entidad sí tenía sustento pues el contratista estaba incurriendo en incumplimiento a sus obligaciones contractuales.
- 8.24. Además de esto, con la misma fecha 28 de noviembre de 2012, el contratista presentó a la Entidad la Carta N° 478-2012-MACROPOSTSAC/GG de fecha 27 de noviembre de 2012 a la que adjuntó la relación de los cargos pendientes de devolución de los meses de junio a octubre de 2012, en el que el contratista señaló que a dicha fecha existían sólo 68 cargos pendientes de devolución, lo que a entender de este Árbitro Único, es un hecho más que evidencia que no se habría cumplido con subsanar en su integridad el requerimiento efectuado por la entidad mediante la Carta N° 338-2012-VIVIENDA-OGA-UA de fecha 5 de noviembre de 2012, más aún si en la fecha en que se resuelve el contrato, no se advierte que el contratista haya acreditado haber cumplido con subsanar de manera absoluta las observaciones de la entidad, por lo que este Árbitro Único considera que el aspecto de fondo contenido en la resolución del contrato ha sido válido.
- 8.25. En ese sentido, en base a los argumentos expuestos, este Árbitro Único considera que la primera pretensión de la demanda debe ser declarada infundada.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cumpla con el pago de los servicios prestados, correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45.

- 8.26. Con relación al segundo punto controvertido referido a determinar si corresponde o no ordenar que la entidad cumpla con pagar al contratista los servicios prestados correspondiente a los meses de Octubre, Noviembre, Diciembre de 2012 y hasta la resolución del contrato inclusive, el mismo que asciende a S/. 71,936.45, se debe analizar previamente si existen conformidades otorgadas que corresponden a dichos periodos.
- 8.27. Al respecto, el Árbitro Único advierte que efectivamente existen conformidades de los meses de octubre, noviembre y diciembre; sin embargo, las mismas cuentan con anotaciones referidas a la aplicación de penalidades por notificaciones fuera de plazo, cargos no devueltos, cargos remitidos fuera de plazo y pérdida de documentos.
- 8.28. Asimismo, el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que "La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. (...)" Al respecto, la cláusula cuarta del contrato señala que "VIVIENDA se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, en forma mensual, en el plazo de 10 días calendarios luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, la Jefa de la Unidad de Trámite Documentario de VIVIENDA, es responsable de dar la conformidad de la prestación, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser ésta recibida. (...)"
- 8.29. De otro lado, las Bases y los Términos de Referencia señalan que "el pago de los servicios prestados que cuentan con la debida conformidad se efectuará mensualmente, en un plazo máximo de quince (15) días calendario. (...)" Asimismo, debe tenerse presente que el artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece "Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho a pago del contratista."
- 8.30. En ese sentido, habiéndose otorgado las conformidad del servicio prestado en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, al amparo de lo establecido el artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde que la entidad cumpla con efectuar el pago al contratista por los servicios prestados en dichos meses; sin perjuicio, de descontar las penalidades que considere pertinente, en virtud de la facultad

contenida en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 8.31. Asimismo, atendiendo que en virtud del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado, el contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la fecha de recepción por el contratista de la comunicación de resolución, el pago que corresponde al mes de diciembre debe liquidarse hasta el día 13 de diciembre de 2012, fecha en que el contratista fue notificado con la resolución del contrato. En efecto, conforme se advierte de la Conformidad del Servicio N° 647-2013 de fecha 20 de marzo de 2013, el periodo que corresponde a diciembre ha sido liquidado hasta el 13 de diciembre de 2012.
- 8.32. Por los argumentos expuestos, la segunda pretensión debe ser declarada fundada en parte, pues corresponde que la entidad cumpla con efectuar el pago de los servicios prestados en los meses de octubre, noviembre y diciembre, dejando a salvo el derecho de la entidad de aplicar las penalidades que considere pertinentes, conforme al artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no ordenar que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento pague a favor del demandante una indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral ascendente a S/.19,500.00, más los intereses y tributos aplicables, gastos, costos y costas relativos al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.

- 8.33. Con relación al tercer punto controvertido, el contratista solicita que se le pague como Indemnización por concepto de daños y perjuicios, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daño moral la suma de S/.19,500.00, más los intereses y tributos aplicables, gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.
- 8.34. En lo que respecta a este punto controvertido, el **DEMANDANTE** sostiene que "Estos daños están sustentados en el hecho de la resolución del contrato, que nos ha afectado en recibir una utilidad establecida en la prestación del mismo, por lo que mi representada se ha visto obligada a incoar el presente proceso arbitral por el abuso de la autoridad llevado por el MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO, por lo que debe ordenarse, se reconozca a favor de mi representada y se devuelva los costos y costas relativas al proceso arbitral, así como los pagos por asistencia legal."

- 8.35. La Indemnización por Daños y Perjuicios tiene como objeto resarcir los daños producidos a la víctima, los mismos que para cumplir dicha finalidad deben ser debidamente acreditados. El artículo 1331º del Código Civil establece que "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"; comentando dicho artículo Beltrán Pacheco indica que "En el presente precepto normativo tenemos que el sujeto acreedor en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que el afectado calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y co patrimoniales. La prueba o demostración del contenido del daño dependerá del tipo de afectación del interés objeto de tutela jurídica."⁴ (El énfasis es nuestro)
- 8.36. Conforme a lo antes citado, quien alega daños y perjuicios tiene que acreditar la afectación del interés jurídico y probar el monto o valoración del daño, sustentándose en medios probatorios fehacientes que acrediten la existencia del daño o perjuicio que pretende ser indemnizado.
- 8.37. En el caso de autos, el contratista señala que el daño causado se ha producido por la resolución del contrato al no haber podido recibir la utilidades que correspondían por la prestación del servicio, por lo que solicita un monto de S/.19,500.00 más intereses, tributos aplicables, gastos, costos y costas relativas al proceso arbitral y los honorarios de los profesionales contratados.
- 8.38. El demandante debió acreditar en qué medida se ha generado el daño que alega y probar fehacientemente el perjuicio sufrido, lo cual no ha sido efectuado, más aún si al resolver el primer punto controvertido ha quedado sentado que la decisión de resolver el contrato por parte de la entidad se debe a incumplimientos incurridos por el contratista.
- 8.39. Por estas consideraciones, este Árbitro Único declara infundada la tercera pretensión referida a la indemnización de daños y perjuicios, al no haber sido probado el daño que alega el contratista y no haberse acreditado el mismo.

⁴ **BELTRAN PACHECO, Jorge.** Comentarios al artículo 1331 del Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima 2007. Pág. 736.

IX. LOS COSTOS ARBITRALES

- 9.1. En lo que respecta al tercer punto controvertido, sobre a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos arbitrales resultantes del arbitraje, es preciso mencionar que el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje dispone que "*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 prorrtear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*"
- 9.2. Ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre este aspecto, este Árbitro Único considera que los costos arbitrales se deben distribuir entre las partes de manera proporcional, en la medida que ambas han tenido razones justificadas para ejercer su defensa en el presente proceso arbitral.
- 9.3. En ese sentido, el Árbitro Único dispone que cada parte deberá asumir sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios de la Secretaría Arbitral y del Árbitro Único, que deben ser asumidos en partes iguales.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, el Árbitro Único resolviendo en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión del demandante; y en consecuencia, declarar la validez de la resolución del contrato N° 006-2012-VIVIENDA-OGA-UE.001 efectuada mediante la Carta Notarial N° 1470-2012/VIVIENDA.DGA de fecha 11 de diciembre de 2012.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión del demandante; y en consecuencia, ordenar que el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento cumpla con pagar a Macro Post S.A.C. la contraprestación que corresponde por los servicios brindados los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2012, debiendo liquidarse hasta el 13 de diciembre de 2012, dejando a salvo el derecho de la entidad de aplicar las penalidades que correspondan.

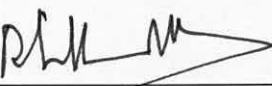
TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión del demandante, consistente en una indemnización de daños y perjuicios, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.



CUARTO: Establecer los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados, por concepto de anticipo de honorarios.

QUINTO: Ordenar que cada una de las partes asuma los costos arbitrales en los que hubieran incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral,

SEXTO: Autorizar a la Secretaria Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente Laudo.


AUGUSTO MILLONES SANTA GADEA
Árbitro Único


MÓNICA LÓPEZ CASIMIRO
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales