

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 27

Lima, 16 de marzo de 2015

I. INTRODUCCIÓN

LAS PARTES	:	CONSORCIO EL SOL (En adelante EL DEMANDANTE)
		MINISTERIO DE DEFENSA MARINA DE GUERRA DEL PERU (En adelante EL DEMANDADO o LA ENTIDAD)
ARBITRO ÚNICO	:	JOSE TALAVERA HERRERA
SECRETARÍA ARBITRAL	:	RONY SALAZAR MARTINEZ

VISTOS:

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 03 de diciembre de 2012 el MINISTERIO DE DEFENSA - MARINA DE GUERRA DEL PERU y el CONSORCIO EL SOL suscribieron el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A, referido a la "ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO Y CONSTRUCCION DE LA COMANDANCIA Y ESTACION NAVAL (CUARTEL) DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PIURA", en adelante el CONTRATO.

De acuerdo con la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 179°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en el CONTRATO.

III. CONFORMACION DEL ÁRBITRO ÚNICO

Con fecha 08 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Arbitro Único Ad Hoc con la presencia del representante de LA ENTIDAD y EL DEMANDANTE.

En la Audiencia de Instalación el Arbitro Único Ad Hoc se ratificó con su aceptación al cargo para el que fue nombrado.

Por otro lado, en el Acta de Instalación se estableció que conforme a lo acordado por la partes, el arbitraje sería nacional y de derecho.

Asimismo, se estableció que el arbitraje se regiría de acuerdo previstos por las partes en convenio arbitral, las reglas contenidas en el Acta de Instalación, lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado (D.L. N° 1017, su Reglamento (D.S. N° 184-2008-EF); y por el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje, en todo lo que respecta a reglas procesales.

De igual manera, se estableció que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Arbitro único queda facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad, resguardando el derecho constitucional a al debido proceso y derecho de defensa.

Finalmente, el Arbitro Único declaró abierto el proceso y otorgó a EL DEMANDANTE un plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de su demanda.

IV. PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL DEMANDANTE, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LAS SUSTENTAN.

Mediante escrito presentado con fecha 29 de agosto de 2013, EL DEMANDANTE presentó su escrito de demanda formulando las siguientes pretensiones:

4.1. Pretensiones formuladas EL CONSORCIO

Las pretensiones planteadas se transcriben a continuación:

Primera Pretensión: Que se declare que el CONSORCIO EL SOL no trasgredió el principio de presunción de veracidad.

Segunda Pretensión: Que se declare ineficaz y/o nula la resolución del Contrato realizada por la Comandancia General de la Marina y que por tanto el Contrato sigue vigente.

Tercera Pretensión: Que se declare que la Marina incumplió el Contrato al declarar la nulidad sin que medie una causal que la legitime y al no ejecutar las prestaciones a su cargo.

Cuarta Pretensión: Que se declare resuelto el Contrato por incumplimiento imputable a la Marina.

Quinta Pretensión: Que se ordene a la Marina indemnizar al Consorcio por los daños generados por concepto de daño emergente y lucro cesante, incluyendo intereses e impuestos cuando sea aplicable.

Pretensión Accesoría a la Quinta Pretensión: Que se ordene a la Marina indemnizar al Consorcio por los daños generados por concepto de pérdida de la chance.

Sexta Pretensión: Que se condene expresamente a la Marina al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

4.2. Fundamentos de hecho de la demanda

EL CONSORCIO sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

El 14 de setiembre de 2012, mediante Resolución Jefatural No. 066-2012-SUE 05 D, se aprobaron las bases administrativas para el proceso de selección de la licitación pública No. 004-2012 MGP/DIMATER para la "Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Comandancia y Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval - Piura".

En esta licitación participaron el Consorcio San Miguel, el Demandante y Consorcio Piura.

El 31 de octubre de 2012, el Comité Especial encargado de la Licitación Pública adjudicó la buena pro de la Licitación Pública al Consorcio, integrado por MB INGENIEROS S.A.C., MARSEBAL S.A.C., CORPORACIÓN INGENIERÍA Y DESARROLLO S.A.C. - COINDESAC, MOISES BRAVO HINOSTROZA, INMOBILIARIA PAZOS S.A.C. e INGENIEROS CONSULTORES CONTRATISTAS ASOCIADOS S.R.L. - ICCASOC S.R.L.

El 16 de noviembre de 2012, la Dirección de Infraestructura Terrestre de la Marina comunicó al Consorcio que el 31 de octubre había obtenido la Buena Pro del proceso de licitación y que esta ha quedado consentida el día 14 de octubre de 2012. Asimismo, requirió al Consorcio para que su representante acerque a la Oficina de la Dirección de Infraestructura Terrestre el 23 de noviembre de 2012 portando la documentación señalada en las Bases Administrativas. Ello para proceder a firmarlo antes del 30 de noviembre de 2012.

El 23 de noviembre de 2012, el Consorcio presentó los documentos detallados en las bases, dejando constancia de que quedaba pendiente de entregar los siguientes documentos:

- Carta fianza de fiel cumplimiento emitida por FOGAPI.
- Constancia de no estar inhabilitado de contratar con el Estado de Inmobiliaria Pazos.
- Constancia de libre contratación de Inmobiliaria Pazos.
- Carta de Designación del Ingeniero Residente de Obra.
- Copia del RUC de MARSEBAL.

Esto último era conocido por la Marina, toda vez que cuando se remitieron los documentos se detalló lo siguiente:

05260

CONSORCIO OSCE

San Isidro, 23 de Noviembre del 2012

Señores
MARINA DE GUERRA DEL PERU
Ciudad.-

At.: OFICINA DE ADQUISICIONES

Asunto: Entrega de documentos para Firma del Contrato

REF.: ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO Y CONTRUCCION DE LACOMANDANCIA Y LA ESTACION NAVAL DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PIURA

Estimados Señores:

A través de la presente les hacemos llegar nuestros más cordiales saludos y aprovechamos la oportunidad para entregar la documentación necesaria para la Firma del Contrato de la obra en Referencia.

1. Copia de DNI del Representante Legal del Consorcio.

28. Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida Por FOGAPI. *Del folio*

29. Contrato de Consorcio.

Sin otro particular.

Atentamente,

Faltan los estos documentos

Carta fianza de Fiel Cumplimiento emitida por FOGAPI

Const. de No estar inhabilitado de Contratador INMOBILIARIAS

Const. Libre Contratación INMOBILIARIA PAZOS

Carta Designación Jefe de Oficina

Copia de REC. MARSEBAL

Recepción Parcial de Documentos.

29/11/12 18:50hrs

MARINA DE GUERRA DEL PERU
Oficina de Adquisiciones y Contratación
RECIBIDO
Fecha: 23 NOV 2012
Hora: 18:50
Firma:

S.A. - Rivera Navarrete N° 487 Ofc. "E" - Tercer Piso - San Isidro
Teléfono N° 422-3487

El 29 de noviembre de 2012, el Consorcio comunicó que aceptaba suscribir el contrato pero por razones de fuerza mayor no podrá asistir hasta el jueves 6 de diciembre de 2012. Sin embargo, el impasse que impedía al representante del Consorcio firmar el Contrato fue oportunamente superado.

El 30 de noviembre de 2012, el Consorcio comunicó a la DIRECCIÓN DE INFRAESTRUCTURA TERRESTRE de la Marina, lo siguiente:

- a) Que el Consorcio había ganado la Licitación Pública;
- b) Que el Consorcio está conformado por las siguientes personas: MB INGENIEROS S.A.C., MARSEBAL S.A.C., CORPORACIÓN INGENIERÍA Y DESARROLLO S.A.C. – COINDESAC, MOISES BRAVO HINOSTROZA, INMOBILIARIA PAZOS S.A.C. e INGENIEROS CONSULTORES CONTRATISTAS ASOCIADOS S.R.L. – ICCASOC S.R.L.; y,
- c) Que a la fecha han presentado la documentación requerida a excepción de las constancias para contratar con el Estado y de Libre Capacidad de Contratación de la INMOBILIARIA PAZOS S.A.C. integrante del Consorcio.

El Consorcio puso en conocimiento que lo último se debía a que el OSCE aún no había emitido la constancia, pese a haberla solicitado oportunamente. A criterio de El Consorcio, este retraso sería imputable al OSCE, quien no habría emitido la Constancia antes del 30 de noviembre de 2012 debido a que tardó en revisar las observaciones subsanadas, no obstante se le solicitó tener especial consideración con el caso. Así, la mencionada comunicación señalaba:

"3. La falta de constancia respectiva se debe a que el Organismo Superior de Contrataciones del Estado, no ha cumplido hasta la fecha con emitirlo a pesar de que el día 22 de octubre se solicitó la inscripción

 **INMOBILIARIA PAZOS SAC**

Lima, 10 de Noviembre de 2012

Señores
ORGANISMO SUPERIOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE
Presente.

Asunto : Comunicación de CONSENTIMIENTO de Buena Pro
Referencia : Trámite N° 2177369-2012

De nuestra consideración:

Por intermedio de la presente les hacemos llegar nuestros más cordiales saludos y a la vez informamos que con fecha 07 de Noviembre del presente año, ingresamos por mesa de partes una carta donde comunicásemos que habíamos obtenido la Buena Pro por un consentimiento denominado LICITACIÓN PÚBLICA N° 004-2012 "MOP/DIMATEMAR (PRIMERA CONVOCATORIA) "ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO Y CONSTRUCCION DE LA COMANDANCIA Y LA ESTACION NAVAL DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PURA", como consorcio en el CONSORCIO EL SOL.

En dicha carta soliciábamos se nos pudiera considerar como un caso especial que el tiempo para la emisión de la CONSTANCIA COMO EJECUTOR DE OBRA, pudiera ser mucho menor, ya que existía un tiempo límite para la presentación de los documentos para la firma del Contrato. En tal sentido para formalizar finalmente dicho proceso adjuntamos el CONSENTIMIENTO DE LA BUENA PRO otorgado al CONSORCIO EL SOL, del cual somos consorciados.

Quedando a la espera de vuestra atención nos suscribimos de usted.

Atentamente,


INMOBILIARIA PAZOS SAC
Mónica Bravo Ministrosa
Gerente General

 **INMOBILIARIA PAZOS SAC**

Lima, 28 de Noviembre del 2012

Señores
ORGANISMO SUPERIOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE
Registro Nacional de Proveedores -RNP.
Presente.

Asunto: Aprobación urgente de tramite iniciado EL 07 de Noviembre del presente.

Referencia: Trámite N° 2177369 - 2012- LIMA

De nuestra consideración:

Por medio de la presente nos dirigimos a ustedes a fin de informarlo que mediante tramite de la referencia, hemos subsanado las observaciones formuladas como Ejecutor de Obras. Es el caso que nuestra empresa forma parte del consorcio "EL SOL", que ha obtenido la buena pro de la LP 004-20012-MGP/DIMATEMAR en la MARINA DE GUERRA DEL PERU, y el plazo para la firma del contrato respectivo vence el día 29 del presente mes motivo por el cual solicitamos la expedición de nuestra constancia de ejecutor de obras con la finalidad de obtener la constancia de no encontrarnos inhabilitados para contratar con el estado y la capacidad de libre contratación.

Por tal motivo solicitamos que en forma extraordinaria tengan la amabilidad de agilizar este trámite y poder proceder con la firma de contrato el día 29 del presente.

Sin otro particular quedamos de ustedes.

Atentamente,


INMOBILIARIA PAZOS SAC
Mónica Bravo Ministrosa
Gerente General

[Handwritten marks and signatures on the left margin]

Así, el Consorcio habría informado a la Marina oportunamente que no podría firmar el contrato dentro del plazo previsto porque la OSCE, pese a la insistencia del Consorcio y la rápida subsanación de las observaciones, no emitió la Constancia antes del 30 de noviembre de 2012.

Un día hábil después de la fecha límite establecida, es decir, el 3 de diciembre de 2012, se emite la Constancia de No Estar Inhabilitado para Contratar con el Estado de Inmobiliaria Pazos S.A.C., la cual fue presentada a los representantes de la Marina. Sólo luego de ello, se suscribió el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A entre el Consorcio y la Marina.

El 8 de enero de 2013, el Consorcio solicitó a la DIRECCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE LA MARINA que les sirva hacer llegar la copia de la Partida Registral del terreno para que realice el trámite de Habilitación Urbana.

El 23 de enero de 2013, el Consorcio presentó el Anteproyecto del Predio a fin que sea revisado y aprobado, de acuerdo a lo establecido en la cláusula décimo del Contrato.

Con fecha 25 de enero de 2013, la Marina dio los detalles del predio que sería materia del contrato, así como los documentos necesarios para continuar con la ejecución del contrato

El 13 de febrero de 2013, el Consorcio comunicó a la Marina que no había recibido la aprobación del Anteproyecto a pesar que el Consorcio ya había cumplido con entregarlo. El 27 de febrero de 2013, el Consorcio requirió una vez más la aprobación del anteproyecto. Esta era una obligación que correspondía cumplir a la Marina, de acuerdo a los términos del Contrato.

El 1 de marzo de 2013, el Consorcio comunicó a la Marina que de conformidad con lo estipulado en el Contrato había llevado el mismo a la Notaría a fin de elevarlo a escritura pública y que requería la toma de la firma.

El 8 de marzo de 2013, es decir, casi tres meses luego del inicio de la ejecución del Contrato, mediante carta V.200-0380 el Director de Contrataciones del Material adjuntó la Resolución de la Comandancia General de la Marina 011-2013-CCGM en virtud de la cual se había decidido declarar la nulidad del Contrato suscrito con el Consorcio por los siguientes fundamentos:

"corresponde declarar la nulidad del Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A, de fecha 3 de diciembre del 2012, al haber sido firmado fuera del plazo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; habiendo el Consorcio adjudicatario sorprendido e inducido a error a la Entidad, al haber argumentado que las Constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de Libre Capacidad de Contratación del consorciado Inmobiliaria PAZOS S.A. no fueron obtenidas en su oportunidad por causas atribuibles al OSCE; sin embargo, estas no fueron obtenidas a tiempo en razón a que en el plazo legal para la firma del contrato el referido consorciado no tenía RNP vigente para contratar con el Estado como ejecutor de obras; vulnerando de esta manera el principio de presunción de veracidad.

Que, por otro lado, al haber presentado el Consorcio "El Sol" un documento con contenido inexacto y no haber suscrito el contrato respectivo en plazo establecido en las normas de contrataciones, corresponde poner el hecho en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado (...) al haberse presuntamente configurado las infracciones"

El 13 de marzo de 2013, el Consorcio mediante carta notarial contestó la carta de fecha 8 de marzo en virtud de la cual la Marina había resuelto declarar la nulidad del Contrato, en los siguientes términos:

- i) Están en desacuerdo con la Resolución ya que ésta se basa en una incorrecta aplicación de los hechos y la normativa legal aplicable;
- ii) Es falso que no se habría comunicado a la entidad que la demora de la obtención de las constancias se debía a que INMOBILIARIA PAZOS S.A.C. no tenía el RNP vigente, ni sus razones, y que por ello se haya vulnerado el principio de presunción de veracidad porque;
- iii) En ningún momento, el Consorcio afirmó que INMOBILIARIA PAZOS S.A.C. haya tenido una calidad o situación que no tenía. Por el contrario, la Marina siempre tuvo conocimiento que INMOBILIARIA PAZOS S.A.C. aún no se encontraba inscrita en el RNP como contratista y que inició los trámites oportunamente frente al OSCE. No sólo ello, sino que el Consorcio comunicó a la Marina de las dificultades que tenía frente a OSCE respecto al otorgamiento de las constancias en el plazo previsto; y,
- iv) Que la Marina ha realizado una interpretación sesgada y malintencionada de las comunicaciones con el deliberado propósito de construir una causal inexistente para declarar nulo el Contrato.

En atención a ello, solicitó a la entidad que reconsidere su decisión, expresando su disposición a sostener una reunión para superar el impase por vía del trato directo. Sin perjuicio de ello, el Consorcio se reservó el derecho de iniciar los procedimientos de solución de controversias contemplados en la Cláusula Décimo Octava del Contrato, así como las acciones correspondientes.

El 1 de abril de 2013, El Consorcio presentó su solicitud de arbitraje ad-hoc de conformidad con el Convenio Arbitral contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato frente a la Marina, dentro del plazo de quince (15) días hábiles establecido en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017) y el artículo 144 del Reglamento de la Ley (aprobado mediante Decreto Supremo No. 184-2008-EF)

Mediante carta del 15 de abril de 2013, la Marina señaló que "quien es competente para tomar conocimiento de su petición [de arbitraje] y actuar a las atribuciones que le confiere el Decreto Legislativo N° 1068 – Ley del Sistema de Defensa Jurídica del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2008-JUS es el Procurador Público [sic] de la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ"

El 16 de abril de 2013, el Consorcio respondió la carta del 15 de abril de 2013, señalando lo siguiente:

- (i) La carta del 1 de abril de 2013 fue enviada correctamente a la Marina quien es la parte del Contrato y al domicilio que se señala en la Cláusula Vigésima del Contrato; y,
- (ii) Las atribuciones del Procurador Público son irrelevantes para la comunicación de nuestra petición de arbitraje porque que la decisión que dicho funcionario tome conocimiento de la carta del 1 de abril es de competencia interna de la Marina, que no afecta al Consorcio.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consorcio manifestó que el 15 de abril de 2013 había vencido el plazo de diez (10) días hábiles con los que las partes cuentan para llegar a un acuerdo para designar al árbitro único sin que ello haya sucedido. Por consiguiente, le informó que comunicaría al OSCE para que éste se encargue de nombrar al árbitro único de conformidad con lo establecido en el artículo 22º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El 18 de abril de 2013, el Consorcio solicitó al OSCE la designación del árbitro único en el marco de la controversia surgida con la Marina respecto a la nulidad del Contrato.

 El 24 de abril de 2013, el Consorcio puso en conocimiento de la Procuraduría Pública que habría surgido una controversia respecto el Contrato. El Consorcio reiteró que mediante carta de fecha 1 de abril de 2013 se solicitó el inicio de un proceso arbitral ad-hoc dentro de lo establecido en el Contrato y que al no haber llegado a un acuerdo respecto a la designación del árbitro único, habíamos solicitado al OSCE que nombre al árbitro único.

Mediante carta de fecha 6 de mayo de 2013, la Procuraduría de la Marina contestó la comunicación indicando que recién a esa fecha había tomado conocimiento de la carta de fecha 1 de abril de 2013. Por ello, señaló que en virtud del Decreto Legislativo 1068 es a la Procuraduría Pública a quien debe dirigirse la petición de arbitraje y no a la Comandancia General de la Marina. Por consiguiente, como la petición de arbitraje no fue realizada ante la Procuraduría se entiende que al haber transcurrido el plazo la declaración de nulidad del contrato ha quedado consentida. En ese sentido, el continuar con el proceso de designar al árbitro ante el OSCE no es procedente porque no se ha cumplido

El 7 de mayo de 2013, el Consorcio dio respuesta a la carta de la Procuraduría de la Marina, en los siguientes términos:

- (i) El Consorcio ha ejercido válidamente su derecho de contradicción frente a la decisión de la entidad de declarar nulo el Contrato en tanto se le comunicó oportunamente su decisión de someter la controversia a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles establecidos por la norma.
- (ii) La procuraduría comete un error de no diferenciar el carácter contractual del reclamo (que compete a las partes) del carácter procesal del arbitraje. Por consiguiente, el derecho del Consorcio no ha caducado.
- (iii) No se ha vulnerado el debido proceso ni el derecho de defensa. La entidad es quien debe internamente comunicar al Procurador. A pesar de ello, el Consorcio fue quien puso en conocimiento del hecho a la Procuraduría.

- (iv) En un acto de buena fe, el Consorcio solicitará la suspensión temporal el procedimiento de designación del árbitro, otorgándole a la Procuraduría un plazo de 10 días hábiles para que puedan realizar los comentarios y propuestas para designar al árbitro único que resolverá la controversia. En caso ello no suceda, se requerirá al OSCE que reanude el procedimiento de nombramiento del árbitro único.

El 7 de mayo de 2013, el Consorcio solicitó al OSCE suspender temporalmente el procedimiento de designación del árbitro pues se consideró que la Contraparte habría mostrado su intención de participar en una negociación para la designación del árbitro único.

El 27 de mayo de 2013, el Consorcio puso en conocimiento de la Procuraduría de la Marina que habiendo transcurrido el plazo de diez días hábiles para llegar a un acuerdo sobre la designación del árbitro único, sin haber conseguido el mismo, se procedería a solicitar al OSCE que designen al Árbitro Único.

ASUNTO 1 EL CONSORCIO EL SOL HA RESPETADO EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. EL CONTRATO NO ES NULO Y SIGUE VIGENTE

La Marina declaró la nulidad del Contrato amparándose en dos causales: (i) que el Contrato habría sido firmado fuera del plazo legal, y (ii) que el Contrato habría sido firmado vulnerándose el principio de presunción de veracidad. Ello se evidencia en la Resolución de la Comandancia General de la Marina 011-2013-CCGM:

Que, en el presente caso, corresponde declarar la nulidad del Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A, de fecha 3 de diciembre del 2012, al haber sido firmado fuera del plazo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; habiendo el Consorcio adjudicatario sorprendido e inducido a error a la Entidad, al haber argumentado que las Constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de libre Capacidad de Contratación del consorciado Inmobiliaria PAZOS S.A. no fueron obtenidos en su oportunidad por causas atribuibles al OSCE; sin embargo, estas no fueron obtenidas a tiempo en razón a que en el plazo legal para la firma del contrato el referido consorciado no tenía RNP vigente para contratar con el Estado como ejecutor de obras; vulnerando de esta manera el principio de presunción de veracidad;

A continuación expondremos las razones por las cuales ninguna de las dos causales invocadas por la Marina tiene fundamento fáctico y jurídico.

(I) Marco conceptual sobre la declaración de nulidad de oficio

La declaratoria de nulidad de oficio de un contrato administrativo posterior a su firma es una de las facultades que tiene la administración para dar por terminado un contrato bajo el razonamiento que el Contrato nunca debió celebrarse. Sin embargo, esa facultad tiene un límite establecido por la propia Ley: las causales de nulidad han sido expresamente establecidas; no es posible invocar la nulidad de un contrato en base a razones que la ley no permite.

Las únicas causales de nulidad de oficio se encuentran reguladas en el Artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1017, modificado por la Ley 29873. Este artículo establece los cinco (5) únicos supuestos de nulidad¹:

¹ Artículo 56. Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación
(...) Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:
a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.

- (i) Que el Contrato se haya suscrito a pesar de contravenir el artículo 10 del Decreto Legislativo 1071, esto es, tener impedimento para contratar con el Estado;
- (ii) Que se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o suscripción del Contrato;
- (iii) Que el Contrato se haya suscrito cuando se encuentra en trámite el recurso de apelación;
- (iv) Que el Contrato se haya firmado sin que se cumplan las condiciones o requisitos para que se configure una causal de exoneración; y,
- (v) Que no se hayan utilizado los procedimientos previstos en la ley, como puede ser el caso que no se haya realizado la licitación a pesar que se debía realizar.

La declaratoria de nulidad del Contrato es realizada por el funcionario de más alto grado de la entidad. Asimismo, la declaratoria de nulidad implica dar por terminado el Contrato y hacer como si este nunca se hubiera producido. Ello implica desbaratar todo el proceso de selección que culminó con la elección del Contratista, el otorgamiento de la buena pro y la firma del Contrato.

Es tan grave la sanción de nulidad de un contrato que por eso la Ley ha querido ser muy restrictiva respecto a las razones que pueden derivar en la misma. Solo una razón expresamente establecida en la Ley, justificada y esencial puede dar pie a la declaración la nulidad de un Contrato. Y es que en efecto, como bien se señala en la opinión 018-2008/DOP:

"En este marco, si bien es cierto que en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrearía su nulidad, cabe reconocer que, por circunstancias excepcionales, dicho proceder, paradójicamente, podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación.

Incluso, en algunos casos, declarar la nulidad del contrato podría carecer de objeto, constituyéndose en un mero trámite formal, dado que la prestación del contratista podría haber concluido." (el subrayado es nuestro)

En ese mismo sentido en la Opinión 021-10/DTN, se indicó lo siguiente:

b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.

c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.

e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional."

"No obstante, deberá tenerse en cuenta que aun cuando en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación. En virtud de lo expuesto, compete exclusivamente a cada Entidad evaluar cada situación concreta y tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que cada supuesto podría acarrear." (subrayado agregado)

Como se puede apreciar, no sólo basta con que exista una causal para declarar la nulidad del Contrato administrativo sino además será necesario que la razón por la que se declara la nulidad del mismo sea esencial y se encuentre justificada. Ya que de lo contrario, se firaría por la borda un proceso de selección que ha generado tiempo y costos a la administración. En buena cuenta implica que la Administración haga un análisis de proporcionalidad. En ese sentido, declarar la nulidad del Contrato por una cuestión intrascendente no sólo sería desproporcionado sino que sería arbitrario.

(II) Sobre la causal para declarar la nulidad por firmar el Contrato fuera del plazo

La primera causal de nulidad invocada por la Marina no tiene sustento en la ley y, por tanto, debe ser desestimada. No existe una causal que establezca que los contratos firmados fuera del plazo legal puedan ser declarados nulos. Por consiguiente, la causal invocada por la Marina para declarar de oficio nulo un contrato es inválida e ineficaz, no surtiendo efectos jurídicos en el Contrato.

Como hemos adelantado, la declaratoria de nulidad de un contrato administrativo es una sanción sumamente gravosa que solo es permitida en muy contados casos. Ello, ya que busca tutelar el interés público. En efecto, todas las causales establecidas en la ley buscan lograr cautelar un interés general.

Por ejemplo, por transparencia y para evitar la corrupción y el tráfico de influencias, se prohíbe que las entidades públicas contraten con empresas de funcionarios públicos. Y si es que contrataran a pesar de esta prohibición, se puede realizar una declaratoria de oficio de nulidad del contrato administrativo. Lo mismo ocurre cuando se Contrata sin seguir un proceso de selección.

El firmar un contrato un día fuera del plazo no sólo no es una causal de nulidad del contrato administrativo, sino que no tutela un interés público. El hecho de firmar un contrato fuera del plazo solo podría proteger el interés privado del segundo postor. Sin embargo, el contratar con el primer postor a pesar de que ha transcurrido un día más del plazo le sigue conviniendo a la entidad.

No olvidemos que el primer postor es, al fin y al cabo, quien ha presentado una mejor oferta técnica y una mejor oferta económica. Por consiguiente, es aquel sujeto que más le conviene a la entidad pública. En ese sentido, más allá que por demoras, el primer postor o la entidad no puedan suscribir el contrato a tiempo, existen razones de interés público para seguir con la firma del mismo. El firmar fuera del plazo, le conviene a la entidad y logra el interés público.

Asimismo, no se puede perder de vista que la forzada interpretación de la entidad de considerar la firma fuera del plazo como una causal de nulidad de oficio, implica

añadir una causal más de nulidad. No olvidemos que es un principio general del derecho que aquellas normas que restrinjan derechos no pueden ser aplicadas ni de manera extensiva ni por analogía². Una interpretación como la que propone la Marina no sólo es ilegal sino que implicaría violar los principios generales del derecho. Amparar esa pretensión atentaría contra los derechos fundamentales del demandante.

La ley no declara como nulo el contrato administrativo firmado fuera del plazo. En efecto, si uno revisa el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF y modificado por el Artículo 1° del Decreto Supremo 138-2012-EF)³, respecto a la firma fuera de plazo, se dará cuenta que la firma fuera del plazo no acarrea la nulidad del Contrato.

En base a que la Ley de Contrataciones del Estado no establece como causal de nulidad de oficio que el contrato administrativo haya sido firmado fuera del plazo; y que, por el contrario, establecer como causal de nulidad la firma fuera de plazo implica realizar una aplicación extensiva de la norma, cuestión que está prohibida; la causal invocada por la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ es ineficaz y no es razón suficiente para declarar la nulidad del contrato suscrito con el Consorcio.

² Al respecto, por ejemplo en el Título preliminar del Código Civil se establece que "Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía". Asimismo, el Tribunal Constitucional reafirma este principio en la sentencia recaída en el Expediente 2235-2004-AA: "En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos.

Los alcances del principio en referencia han sido desarrollados en diversas normas del ordenamiento jurídico; por ejemplo, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil –verdadera norma materialmente constitucional–, según el cual "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía"; también por el ordinal "a" del artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona (...), limitarlos (los derechos y libertades reconocidos en la Convención) en mayor medida que la prevista en ella". (el subrayado es nuestro).

³ Artículo 148.- Plazos y procedimiento para suscribir el Contrato
Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

1. Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna, el postor ganador deberá presentar a la Entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases. Asimismo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación, deberá concurrir ante la Entidad para suscribir el contrato.

2. En los casos que el contrato se perfeccione mediante orden de compra o de servicios, el postor deberá presentar la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna. Asimismo, la Entidad deberá notificarle la orden de compra o de servicios en un plazo no mayor de cuatro (4) días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación.

3. Cuando el postor ganador no presente la documentación y/o no concorra a suscribir el contrato, según corresponda, en los plazos antes indicados, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones citará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación a fin que presente la documentación para la suscripción del contrato en el plazo previsto en el numeral 1, y posteriormente, concorra a suscribir el contrato en el plazo previsto en dicho numeral. En el caso que el contrato se perfeccione con la notificación de la orden de compra o de servicios, la Entidad citará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación a fin que presente la documentación para la suscripción del contrato en el plazo previsto en el numeral 2, debiendo notificarle dicha orden en el plazo previsto en el mismo numeral. Si este postor no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.

4. Cuando la Entidad no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1, el postor ganador de la Buena Pro podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. Vencido el plazo otorgado, sin que la Entidad haya suscrito el contrato, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro.

5. Cuando la Entidad no cumpla con notificar la orden de compra o de servicios al contratista en el plazo establecido en el numeral 2, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido dicho plazo, el contratista podrá requerirla para que cumpla con efectuar la notificación en el plazo de tres (3) días hábiles; vencido este plazo, el contratista podrá solicitar a la Entidad que deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro.

(iii) Sobre la causal para declarar la nulidad por una supuesta violación del principio de presunción de veracidad

Como hemos visto, la violación al principio de presunción de veracidad sí está contemplada como una causal para declarar la nulidad de oficio del Contrato Administrativo. Sin embargo, en este caso no se ha violado el principio de presunción de veracidad. Veamos por qué.

Cuando la Marina decide resolver el Contrato, señala lo siguiente:

"corresponde declarar la nulidad del Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A, de fecha 3 de diciembre del 2012, (...) habiendo el Consorcio adjudicatario sorprendido e inducido a error a la Entidad, al haber argumentado que las Constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de Libre Capacidad de Contratación del consorciado Inmobiliaria PAZOS S.A. no fueron obtenidas en su oportunidad por causas atribuibles al OSCE; sin embargo, estas no fueron obtenidas a tiempo en razón a que en el plazo legal para la firma del contrato el referido consorciado no tenía RNP vigente para contratar con el Estado como ejecutor de obras; vulnerando de esta manera el principio de presunción de veracidad.

Al respecto, cabe destacar que la Marina funda su decisión en que el retraso en la obtención de las constancias no sería imputable al OSCE, con lo cual se trataría supuestamente de un dato falso, lo que indujo a error al representante de la Marina.

Al respecto, cabe citar al profesor Juan Carlos MORON, quien señala lo siguiente respecto a la presunción de veracidad:

"La presunción de veracidad es un principio informador de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, consistente en suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan de modo que se invierte la carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la Administración, en vía posterior"⁴ (el subrayado es nuestro)

En ese mismo sentido, CÓRDOVA SCHAFFER señala que:

"(...) cuando existía una falta al principio de presunción de veracidad, el cual se configura en los casos en los que el postor presente documentación falsa o inexacta a la Entidad, o al RNP en el momento de su inscripción."⁵ (el subrayado es nuestro)

El OSCE coincide con esta postura, siendo que en reiteradas ocasiones ha señalado que el principio de presunción de veracidad implica proporcionar documentación

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima. Editorial: Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2008. pp. 74 y 75.

⁵ CÓRDOVA SCHAFFER, Jesús. La nueva Ley de Contrataciones del Estado Estudio Sistemático. Lima. Editorial: Ediciones Caallero Bustamante. 2009. pp. 211 y 212.

falsa o inexacta. Así por ejemplo, en la opinión 07-13/DTN el OSCE señaló lo siguiente:

"Así, el Titular de la Entidad sólo podrá declarar la nulidad de oficio de un contrato cuando se verifique alguna de las causales previstas en el tercer párrafo del artículo 56 de la Ley; es decir, cuando exista en el contrato un vicio que determine su ilegalidad, como la presentación de documentación falsa o inexacta durante el proceso de selección, como parte de la propuesta técnica; o para la celebración del contrato. (...)

El Titular de la Entidad puede declarar la nulidad de oficio de un contrato cuando se verifique la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad, al haberse presentado documentación falsa o inexacta para la suscripción del contrato" (subrayado agregado).

En ese mismo sentido, en su opinión 031-08-DOP, el OSCE afirmó que:

"En tal sentido, los documentos y declaraciones que se presenten durante la tramitación de un proceso de selección podrán ser sujetos de fiscalización posterior a fin de corroborar su veracidad y autenticidad.

En esa medida, tratándose de un procedimiento de selección sujeto a la normativa de contratación pública, sólo si existe prueba de que la información contenida en los documentos y/o declaraciones presentadas no corresponde a la verdad de los hechos, se desvirtuaría la presunción de veracidad, dando lugar a las acciones previstas en la Ley y en el Reglamento" (subrayado agregado).

Esta postura también ha sido ratificada en múltiples ocasiones por Tribunales Arbitrales. En el Laudo Arbitral entre Servicios Generales de Telecomunicaciones EIRL contra Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, el Tribunal Arbitral determinó que:

"El artículo 32 de la Ley N 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General establece que mediante la fiscalización posterior LA ENTIDAD ante la cual se ha desarrollado procedimiento administrativo queda obligada a verificar la autenticidad de las declaraciones documentación e información presentada mediante el sistema de muestreo.

En tal sentido los documentos y declaraciones que se presenten durante la tramitación de un proceso de selección podrán ser sujetos de fiscalización posterior a fin de corroborar su veracidad y autenticidad.

De lo señalado en los párrafos precedentes se desprende que en virtud del régimen administrativo general los documentos y declaraciones presentadas en un proceso de selección gozan de la presunción de veracidad por lo que se presume la certeza de su contenido salvo que exista prueba en contrario.

Ahora bien la antes referida Ley aplicable supletoriamente en los procesos de selección en su artículo 42 regula el principio de presunción de veracidad de documentos presentados por los particulares durante un procedimiento administrativo el cual implica que en cualquier procedimiento administrativo se presume que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados están

de acuerdo con lo prescrito por ley y responden a la verdad de los hechos que afirman. Sin embargo la presunción de veracidad ya sea como principio o como norma no tiene un carácter absoluto pues la sola existencia de una prueba en contra del contenido en los documentos limita la operatividad plena de dicho instrumento obligando a las autoridades administrativas a abandonar la referida presunción

En la normativa de Contratación Pública se ha previsto la presentación de determinados documentos como parte del contenido de las propuestas técnicas que los proveedores interesados presentan en el curso de una adquisición o contratación dentro de estos resulta imprescindible la documentación a la que se refiere el artículo 62 del Reglamento según la cual el postor será responsable de su exactitud y veracidad de dichos documentos que presenta para efectos del proceso"⁶ (subrayado agregado)

En el Laudo Arbitral entre CONSORCIO C&C contra el GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS el Tribunal Arbitral expresó lo siguiente:

P

"conforme se ha expresado el principio de veracidad es uno de tipo ético cuya infracción se comete cuando se han formulado hechos que no corresponde a la realidad o se ha presentado documentación falsa principio que se encuentra legalmente recogido que vulnera dicho principio está circunscrita a la presentación de documentos que no corresponden a la verdad o que se encuentren adulterados produciendo un error en la Entidad en el presente caso el documento que sustenta la nulidad del contrato materia del presente proceso no es falso es uno verdadero y por tanto la supuesta infracción del principio mencionado por la entidad no se ha configurado teniendo en cuenta que a la fecha del otorgamiento de la Buena Pro el consorciado IVOTEC se encontraba habilitado para contratar no pudiendo remitirse en fecha posterior a ella por parte del OSCE un nuevo certificado conforme a lo dispuesto por el artículo 282 del Reglamento.

A

Este principio además se encuentra recogido por el artículo IV Principios del Procedimiento en el numeral 17 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que está referido a la presentación de documentos en la norma prescrita por la Ley responden a la verdad de los hechos que en ellos se afirma aplicándose ello también a las declaraciones que prestan los administrados, en el presente caso el documento que sirve como sustento de infracción del principio de veracidad y que justifica la nulidad del contrato en mérito al artículo 56 no es tal pues reiteramos que el certificado o la constancia de habilidad para contratar con el Estado de la empresa IVOTEC no es falso. Tampoco se puede asimilar que su presentación constituye un presupuesto de declaración falsa pues no ha habido conforme se aprecia en la carta de fecha 25 de agosto de 2011 presentada por el Consorcio CyC una declaración que pueda haberse demostrado resultaba no ajustada a la verdad en suma no ha habido una infracción al principio de veracidad o de presunción de veracidad que contempla

⁶ LAUDO ARBITRAL entre Servicios Generales de Telecomunicaciones EIRL contra Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera. P. 17 Disponible en: <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2011/130/N%C2%B0%20130.pdf>

la Ley por ello el Tribunal Arbitral está persuadido que la causal invocada por el Gobierno Regional de Amazonas para declarar la nulidad del contrato no existe."⁷ (subrayado agregado)

En consecuencia, el principio de presunción de veracidad supone que todos los documentos y declaraciones presentadas son consecuentes con los hechos. Sin embargo, la administración en un momento de fiscalización posterior puede desvirtuar la veracidad de los documentos presentados durante la ejecución del Contrato.

En caso ello ocurra, es decir, que los documentos y las declaraciones presentadas en un primer momento no sean verdaderos sino que sean falsos, la Administración puede declarar nulo el contrato administrativo.

Sin embargo, ello no ha ocurrido en este caso. De los hechos queda acreditado exactamente lo contrario. El Consorcio nunca presentó documentación falsa. Por el contrario, (i) en aplicación el principio de buena fe, el Consorcio informó por escrito a la Marina que uno de sus consorciados, INMOBILIARIA PAZOS tenía problemas con obtener el RNP por un problema del OSCE; (ii) adjunto las comunicaciones que se cursaron a OSCE para su evaluación por parte de la Marina, (iii) únicamente se firmó el contrato luego de presentada la Constancia.

En ningún momento se engañó a la Marina. Ellos siempre fueron oportunamente informados respecto al problema y sus razones. El Consorcio nunca presentó una documentación que no se encontrara a la luz de los hechos. Al momento de postular presentó la documentación técnica con los requisitos que se establecían. El Consorcio nunca entregó una carta fianza falsa, o un RNP falso de ninguno de sus consorciados. Además, la Marina revisó la documentación entregada.

La evidencia de que la Marina tenía pleno conocimiento de los hechos queda evidenciado en los documentos que el propio Consorcio presentó en tres oportunidades. En todas ellas fue antes de que se suscribiera el Contrato. Y es que la evidencia no miente:

- **Primera vez:** el 23 de noviembre de 2012

⁷

Laudo Arbitral. CONSORCIO C&C vs. GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS p. 29-30. Disponible en: <http://www.osce.gob.pe/download/arbitraje/laudos/EXTERNO/2011/076/N%C2%B0%2076.pdf>

C0260

CONSORCIO EL SOL

San Isidro, 23 de Noviembre del 2012

Señores
MARINA DE GUERRA DEL PERU
Ciudad.-

Att.: OFICINA DE ADQUISICIONES

Asunto: Entrega de documentos para Firma del Contrato

REF.: ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO Y CONTRUCCION DE LACOMANDANCIA Y LA ESTACION NAVAL DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PIURA

Estimados Señores:

A través de la presente les hacemos llegar nuestros más cordiales saludos y aprovechamos la oportunidad para entregar la documentación necesaria para la Firma del Contrato de la obra en Referencia.

1. Copia de DNI del Representante Legal del Consorcio.

28. Carta Fianza de Fiel Cumplimiento emitida Por FOGAPI. *faltó*

29. Contrato de Consorcio.

Sin otro particular,

Atentamente,

Faltan los sigtes documentos

- Carta fianza de Fiel Cumplimiento emitida por FOGAPI
- Const. de No estar inhabilitado de Contratar INMOBILIARIA PAZOS
- Const. Libre Contratación INMOBILIARIA PAZOS
- Carta Designación Ingeniero Residente de la Obra
- Copia de Rec. MARSEAL

Recepcion Parcial de documentos

23/11/12 18:30hrs

OSCE - Dirección de Infraestructura Terrestre
Oficina de Adquisiciones y Contrataciones

RECIBIDO
Fecha 23 NOV 2012
Hora: _____ Firma: _____
Estado: _____

OSCE - Dirección de Infraestructura Terrestre
Oficina de Adquisiciones y Contrataciones
C/AV. Rivera Navarrete N° 422 Ofc. "B" - Tercer Piso - San Isidro
Teléfono N° 422-5487

- **Segunda vez:** 30 de noviembre de 2012, el Consorcio comunicó a la DIRECCIÓN DE INFRAESTRUCTURA TERRESTRE DE LA Marina respecto a la imposibilidad de suscribir el contrato en el plazo previsto debido a la falta de la Constancia de INMOBILIARIA PAZOS. Lejos de firmar el Contrato sin contar con los documentos, el Consorcio actuó correctamente y anunció del tema a la Marina:

"3. La falta de constancia respectiva se debe a que el Organismo Superior de Contrataciones del Estado, no ha cumplido hasta la fecha con emitirlo a pesar de que el día 22 de octubre se solicitó la inscripción respectiva, tal como se puede observar en la copia del cargo que se adjunta.

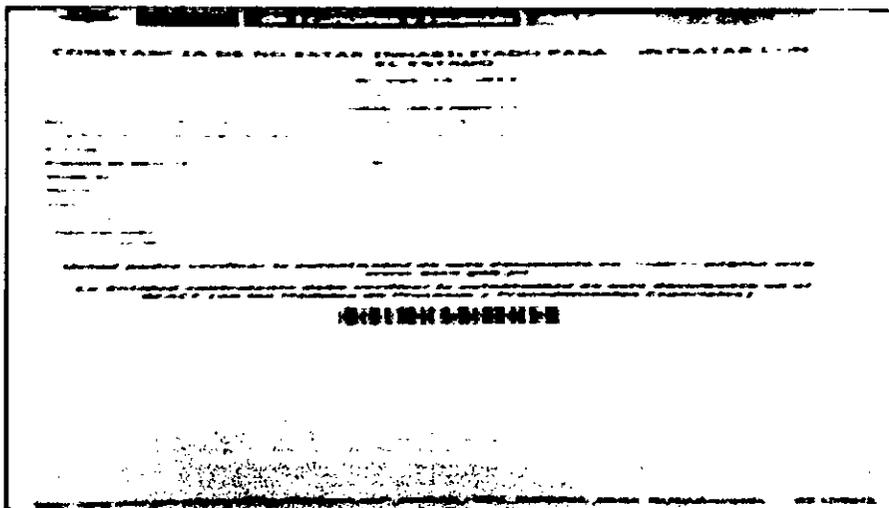
4. Con fecha 19 de noviembre del presenta año, INMOBILIARIA PAZOS comunicó al OSCE el consentimiento de la Buena Pro; así mismo reiteramos la solicitud de para la emisión de la respectiva constancia para la firma del contrato (Se adjunta el cargo).

5. Con fecha 28 de noviembre del presente año, volvimos a reiterar haciéndoles notar la necesidad urgente de la expedición de la constancia. (Adjunto cargo)

Por todo lo expuesto, se evidencia que la falta de emisión de la documentación referida es imputable al OSCE, no siendo de responsabilidad de Inmobiliaria Pazos S.A.C., motivo por el cual solicitamos la ampliación del plazo hasta el día martes 4 de Diciembre,

	INMOBILIARIA PAZOS SAC
Lima, 16 de Noviembre de 2012.	
Señores ORGANISMO SUPERIOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE Presente.-	
Asunto : Comunicación de CONSENTIMIENTO de Buena Pro Referencia : Trámite N° 2177369-2012	
De nuestra consideración:	
<p>Por intermedio de la presente les hacemos llegar nuestros más cordiales saludos y a la vez informamos que con fecha 07 de Noviembre del presente año, ingresamos por mesa de partes una carta donde comunicáramos que habíamos obtenido la Buena Pro por un convocatoria denominada LICITACIÓN PÚBLICA N° 004-2012 MGP/DMATEMAR (PRIMERA CONVOCATORIA) "ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO Y CONSTRUCCION DE LA COMANDANCIA Y LA ESTACION NAVAL DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PIURA", como consorcio en el CONSORCIO EL SOL.</p>	
<p>En dicha carta soliciáramos se nos pudiera considerar como un caso especial que el tiempo para la emisión de la CONSTANCIA COMO EJECUTOR DE OBRA, pudiera ser mucho menor, ya que existía un tiempo límite para la presentación de los documentos para la firma del Contrato. En tal sentido para formalizar finalmente dicho proceso adjuntamos el CONSENTIMIENTO DE LA BUENA PRO otorgado al CONSORCIO EL SOL, del cual somos consorciados.</p>	
Quedando a la espera de vuestra atención nos suscribimos de usted	
Atentamente,  INMOBILIARIA PAZOS SAC Melva Brillo Ministra Gerente General	

- Tercera vez: 3 de diciembre de 2012, antes de firmar el Contrato, el Consorcio entregó a la Marina la Constancia de INMOBILIARIA PAZOS, con lo cual quedaba habilitada para la firma. Sólo luego de ello es que la Marina toma la decisión de suscribir el Contrato.



La evidencia es clara en demostrar que el Consorcio informó a la Marina desde un primer momento, y hasta antes de la firma del Contrato, la historia detrás de los problemas que uno de sus consorciados, INMOBILIARIA PAZOS, tuvo para obtener el RNP.

D. Sin embargo, aun conociendo los mencionados hechos y una vez que INMOBILIARIA PAZOS obtuvo el RNP vigente, la Marina decidió celebrar el Contrato el 3 de diciembre de 2013. Por ello, nos llama la atención que la Marina ahora nos impute que lo hayamos "sorprendido e inducido a error". Y en que en vista de ello, declare la nulidad del Contrato alegando una inexistente violación al principio de presunción de veracidad.

Lo más grave es que la Marina aplica de manera equivocada el principio de presunción de veracidad, ya que este solo se aplica cuando se presenta una documentación falsificada o declaraciones falsas. El principio de presunción de veracidad no es aplicable a juicios de valor, como aquél emitido por el Consorcio respecto a las razones por las cuales el OSCE demoró más de la cuenta en entregar la Constancia de INMOBILIARIA PAZOS. Es menos aplicable aun, cuando ese juicio de valor viene acompañado de los documentos que acreditan el hecho, más allá de la opinión del Consorcio.

P. La opinión del Consorcio es que pese al requerimiento que se le hizo a OSCE para que tome especial consideración en el caso de INMOBILIARIA PAZOS, la entidad no realizó los trámites de forma celeré, impidiendo a esta empresa suscribir el Contrato en el plazo previsto.

Aquí no existe una declaración falsa. El hecho relevante es uno solo y fue conocido por la Marina: no se tenía la Constancia de INMOBILIARIA PAZOS y por tanto no se podría firmar el Contrato el 30 de noviembre.

Sin embargo, para la Marina lo importante no es el hecho, sino la opinión. La Marina cree que la responsabilidad del retraso no era imputable al OSCE, el Consorcio, en su momento, consideró lo contrario. Sea cual fuere la posición correcta, la Marina no estaba legalmente obligada a aceptar nuestro requerimiento de aplazar la firma del Contrato. El único hecho relevante que el Reglamento de Contrataciones del Estado permite evaluar a la Marina, es si al momento de la firma se tienen o no todos los documentos; todo lo demás es circunstancial.

La pregunta que debe hacerse el Árbitro Único es si una discrepancia sobre determinada situación es motivo suficiente para declarar la nulidad de un Contrato que venía ejecutándose hace tres meses. Creemos que no. No sólo porque ello haría imposible la ejecución de cualquier Contrato y daría una excusa abusiva al Estado para liberarse de responsabilidades con excusas irrisorias, sino también porque ello atenta contra los principios de razonabilidad y eficiencia que rigen la contratación administrativa:

"Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público

(...)

e) Principio de Razonabilidad: En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.

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

l.
El propio Tribunal de Contrataciones del Estado ha sido claro en establecer que no puede declararse la nulidad de un Contrato alegando cualquier excusa. La razón no sólo debe estar taxativamente prevista en el artículo 56° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sino que además sus causales deben interpretarse restrictivamente:

"debe destacarse que las causales de nulidad que se encuentran contempladas taxativamente en el artículo 56 de la Ley deben ser verificadas en forma restrictiva, bajo el entendido que la aplicación de la figura de la nulidad es excepcional, pues la regla es la presunción de regularidad del acto administrativo.

En esa línea, ya sobre los hechos que nos ocupan, resulta válido colegir que a efectos que la Entidad declare la nulidad de oficio, no es suficiente que constate una supuesta evaluación inadecuada por parte del Comité Especial cuando el acto de otorgamiento de la buena pro ya había quedado válidamente consentido, toda vez que dicho tipo de cuestionamiento es propio del recurso de apelación que formulan los postores distintos al favorecido con la buena pro; máxime si dicha declaración de nulidad, antes que de oficio, responde directamente a la solicitud de un tercero, tal como se advierte del propio tenor de la resolución impugnada.

(...)

Al no evidenciarse, por tanto, de un vicio de nulidad manifiestamente incurso en algunos de los supuestos que prevé el artículo 56 de la Ley (como cuando, por citar sólo un ejemplo, se advierte la presentación de documentación falsa), se concluye que la Entidad ha distorsionado la figura y la finalidad de la nulidad de oficio, la cual tiene por objeto

proporcionar a la Administración Pública una herramienta lícita y excepcional para sanear el proceso de selección de cualquier irregularidad evidente, sin que bajo dicho amparo se puedan soslayar pretensiones extemporáneas de terceros ni un ejercicio abusivo del derecho.

Así, pues, advirtiéndose de parte de la Entidad un exceso del poder auto impugnativo que le confiere la nulidad, que no se condice con la naturaleza excepcional de dicha figura jurídica, se considera imperioso revocar la declaración de nulidad dictaminada por la Entidad en la Resolución Directoral N° 377-2011-HMA-DG.”⁸ (el subrayado es nuestro)

Pero incluso en el supuesto en que la Marina tuviese razón (es decir, que el retraso no era imputable al OSCE como considera el Consorcio) ¿de dónde establece que hubo un engaño si se le presentó la documentación que acreditaba que el retraso se debía a la necesidad de subsanar unas observaciones? ¿Cómo es que tres meses después volvieron a leer los documentos y cambiaron de opinión?

La explicación que da la Marina para sustentar su decisión es, como cuando alguien debe encontrarle “tres pies al gato”, inentendible. En efecto, su resolución señala que “al haber argumentado que las Constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de Libre Capacidad de Contratación del consorciado Inmobiliaria PAZOS S.A. no fueron obtenidas en su oportunidad por causas atribuibles al OSCE; sin embargo, estas no fueron obtenidas a tiempo en razón a que en el plazo legal para la firma del contrato el referido consorciado no tenía RNP vigente para contratar con el Estado como ejecutor de obras”.

No entendemos el razonamiento de la Marina. Según la entidad, la verdadera razón por la cual no teníamos la Constancia era por el RNP no estaba vigente. ¿Y cuándo dijimos lo contrario?

En la Carta del 30 de noviembre, El Consorcio el Sol le dijo expresamente a la Marina que “La falta de constancia respectiva se debe a que el Organismo Superior de Contrataciones del Estado, no ha cumplido hasta la fecha con emitirlo a pesar de que el día 22 de octubre se solicitó la inscripción respectiva” (el subrayado es nuestro). Como se aprecia, la Marina tuvo conocimiento oportuno de que INMOBILIARIA PAZOS aún no tenía la constancia porque su trámite de inscripción se puso en marcha el 22 de octubre, y que aún no se había emitido la misma.

Asimismo, al momento en que se entregó la Constancia, la Marina pudo apreciar su vigencia, con lo cual pudo ratificar la fecha desde la cual INMOBILIARIA PAZOS tenía su RNP vigente para Contratar⁹. No entendemos entonces de qué dato falso estamos hablando (¿?).

⁸ Resolución N° 1715-2011-TC-S1. Recurso de apelación interpuesto por el Consorcio conformado por las empresas Díaz Acarros Generales S.A.C. y Petróleos del Perú – Petroperú S.A., contra la Resolución Directoral N° 377-2011-HMA-DG de fecha 19 de octubre de 2011, emitida en el marco del proceso de selección Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0010-2011-HMA

⁹ Cabe resaltar que Inmobiliaria Pazos estaba habilitado para ser participante y postor. Únicamente quedaba pendiente la solicitud de la Constancia de no estar inhabilitado para contratar.

En ese sentido, ha quedado acreditado que: (i) el Consorcio nunca presentó documentación falsa; (ii) el Consorcio informó a la Marina desde el primer momento que uno de sus consorciados, INMOBILIARIA PAZOS aún no obtenía su RNP; (iii) que la Constancia se obtuvo luego del 30 de noviembre de 2012 y, (iv) que la Marina procedió a firmar el Contrato conociendo de estos hechos. Por consiguiente, la causal invocada por la Marina para declarar la nulidad del Contrato por violación del principio de presunción de veracidad no es correcta.

Hemos demostrado que ambas causales invocadas por la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ para declarar la nulidad de oficio del Contrato celebrado con el Consorcio carecen de sustento jurídico y fáctico. En ese sentido, la declaratoria de nulidad de oficio no ha sido ejercida conforme a ley. Corresponde que este Tribunal Arbitral revoque la decisión de la Administración declarando la ineficacia y la nulidad de la misma. En consecuencia, el Contrato sigue encontrándose válido y vigente.

ASUNTO 2 LA MARINA DE GUERRA DEL PERÚ INCUMPLIÓ EL CONTRATO

De acuerdo a lo señalado por el Contrato, su ejecución comienza a realizarse desde su firma. Ya para el 8 de enero de 2013, el Consorcio solicitaba documentos a la Marina para continuar con el cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, a tal fecha solicitó la copia de la Partida Registral del terreno para que realice el trámite de Habilitación Urbana.

Luego, el 23 de enero de 2013, presentó el Expediente Técnico con el anteproyecto del predio para que la Marina lo revise y lo apruebe. El 13 de febrero de 2013, el Consorcio comunicó a la Marina que no había recibido de la aprobación del Anteproyecto del Expediente y a finales de febrero de 2013, el Consorcio requirió una vez la aprobación del anteproyecto.

A pesar de las múltiples solicitudes, la Marina no cumplió con la aprobación del anteproyecto; requisito indispensable para continuar con las obras. Así, a pesar que el Contrato entró en ejecución, la Marina incumplió su obligación tanto de aprobar los documentos como de abonar los pagos convenidos en el Contrato e incluso de forma temeraria decidió dar por terminado el mismo.

Ello no hace más que revelarnos que la Marina incumplió el Contrato al no abonar los anticipos y no cumplir con sus obligaciones esenciales, lo que supone un incumplimiento contractual que a la fecha se mantiene.

ASUNTO 3 CORRESPONDE DECLARAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Como se ha podido apreciar, la Marina incumplió el Contrato. Hacia la fecha de la presentación de esta demanda, el Contrato ya habría sido ejecutado en su totalidad. El incumplimiento de la aprobación del anteproyecto es esencial y relevante en la vida del Contrato. Lo mismo respecto al pago de la contraprestación dineraria. En vista de ello, corresponde que el Árbitro Único declare resuelto el Contrato en atención al Artículo 1428 del Código Civil:

"Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra

parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación."

Por consiguiente, al haberse producido un incumplimiento esencial al Contrato, el Árbitro Único debe declarar resuelto el Contrato.

ASUNTO 4 EL RECLAMO DEL CONSORCIO EL SOL NO HA CADUCADO

De acuerdo al Artículo 52º.2 de la Ley de Contrataciones del Estado (modificada por la Ley 29873)¹⁰ y al artículo 144º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobado mediante Decreto Supremo 148-2009-EF)¹¹ el arbitraje tiene que iniciarse a los quince (15) días hábiles de suscitada la nulidad.

Ello es lo que ha hecho el Consorcio El Sol. El 8 de marzo de 2013 la Marina comunicó al Consorcio El Sol que había decidido declarar la nulidad del Contrato.

**MINISTERIO DE DEFENSA
MARINA DE GUERRA DEL PERÚ
DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES DEL MATERIAL**

Callao, 08 MAR 2013

V.200- 0380

Señores
Consorcio El Sol
Avenida Rivera Navarrete 757
Oficina E - 3er. Piso
San Isidro.

NOTARIA FLORES ALVAN
Av. La Marina 3129 - San Miguel
Telf. 578-4522 / 578-5078
08 MAR. 2013
CARTA NOTARIAL N° 15342

CUMPLIENDO CON DIRIGIRME A UDS. EN RELACION CON EL CONTRATO N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A MATERIAL, DE FECHA 3 DE DICIEMBRE DE 2012, SUSCRITO CON SU REPRESENTADA, EN EL MARCO DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA N° 004-2012 MGP/DIMATEMAR, PARA LA "ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO Y CONSTRUCCIÓN DE LA COMANDANCIA Y ESTACIÓN NAVAL (CUARTEL) DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PUNO".

Al respecto, por la presente, que les será notificada por conducto Notarial, dentro del marco de lo previsto en el artículo 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cumplo con hacer de su conocimiento la Resolución de la Comandancia General de la Marina R/CGM N° 0117-2013 CGMG de fecha 06 de marzo 2013, mediante la cual se ha resuelto declarar la nulidad del contrato, antes referido, por los fundamentos que se indican en la parte considerativa de la citada Resolución.

Sin otro particular, se suscribe de ustedes.

CARTA NOTARIAL EN CONDUCTO DE SER NOTIFICADA
DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES DEL MATERIAL

LA NOTARIA HA SE
EL CONTRATO DE SE

¹⁰ Artículo 52. Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad.

¹¹ Artículo 144.- Nulidad del Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. **Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.**

Dentro de los quince (15) días hábiles, el 1 de abril de 2013 el Consorcio presentó su solicitud de arbitraje ante la Marina:

CONSORCIO EL SOL	NOTARIA DAVILA Av. San José N° 418 333 Urb. San José - Barrio San José TLF: 2022711 - 2021220 - 2021190 01 ABR. 2013 RECIBIDO HORA: 09:10 PM
CARTA NOTARIAL No. 20217-2013	
Lima, 1 de abril de 2013	
Señores: Ministerio de Defensa – Marina de Guerra del Perú Av. Contralmirante Mora s/n Callao.-	
Atención: Capitán de Navío Avaro REINOSO Rosas Director de Contrataciones del Material Referencia: Petición de Arbitraje Ad Hoc	
De nuestra consideración:	
Por medio de la presente, y dentro del plazo de quince (15) días hábiles previsto en el artículo 62 de la Ley de Contrataciones del Estado – D.L. 1017 (en adelante, la Ley) y 144 del Reglamento de la Ley – D.S. 154-2008-EP (en adelante, el Reglamento), solicitamos el inicio del proceso arbitral ad hoc que será seguido por nuestra parte, contra ustedes, en virtud de lo dispuesto en el Convenio Arbitral contenido en la cláusula Décimo Octava del Contrato No. MGP-DGM/DIT-2012-040-A, de fecha 3 de diciembre de 2012:	

Como se puede apreciar la petición de arbitraje fue presentada dentro del plazo otorgado:

viernes, 08 de marzo de 2013	Comunicación de la Marina
sábado, 09 de marzo de 2013	
domingo, 10 de marzo de 2013	
lunes, 11 de marzo de 2013	1
martes, 12 de marzo de 2013	2
miércoles, 13 de marzo de 2013	3
jueves, 14 de marzo de 2013	4
viernes, 15 de marzo de 2013	5
sábado, 16 de marzo de 2013	
domingo, 17 de marzo de 2013	
lunes, 18 de marzo de 2013	6
martes, 19 de marzo de 2013	7
miércoles, 20 de marzo de 2013	8
jueves, 21 de marzo de 2013	9
viernes, 22 de marzo de 2013	10
sábado, 23 de marzo de 2013	
domingo, 24 de marzo de 2013	
lunes, 25 de marzo de 2013	11
martes, 26 de marzo de 2013	12
miércoles, 27 de marzo de 2013	13
jueves, 28 de marzo de 2013	Jueves Santo
viernes, 29 de marzo de 2013	Viernes Santo
sábado, 30 de marzo de 2013	
domingo, 31 de marzo de 2013	
lunes, 01 de abril de 2013	14 Petición de Arbitraje

Es importante destacar que la petición de arbitraje fue presentada ante la Marina, en el domicilio de la entidad designado en el Contrato y a donde contractualmente se debían enviar todas las comunicaciones:

"Conste por el presente documento, la contratación del Servicio de Consultoría y Ejecución de la obra "ELABORACIÓN DE EXPEDIENTE TÉCNICO Y CONSTRUCCIÓN DE LA COMANDANCIA Y ESTACIÓN NAVAL (CUARTEL) DE LA PRIMERA ZONA NAVAL – PIURA", que en adelante celebran de una parte el MINISTERIO DE DEFENSA – MARINA DE GUERRA DEL PERÚ, en adelante, LA ENTIDAD, con RUC N° 20153408191, con domicilio legal en Av. Contralmirante Mora s/n, Provincia Constitucional del Callao (...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA: VERACIDAD DE DOMICILIOS

Las partes contratantes han declarado sus domicilios en la parte introductoria del presente contrato, siendo responsabilidad plena de EL CONTRATISTA el mantener informada a LA ENTIDAD sobre cualquier variación domiciliaria o de los datos consignados al inicio del presente contrato."

En ese mismo sentido, el artículo 218° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la comunicación debe ser dirigida a la otra parte.

Artículo 218.- Solicitud de Arbitraje

En caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda. La solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía.

Esto también es señalado por el OSCE en su manual informativo:

En el caso del arbitraje *ad hoc*, en la cláusula arbitral se puede establecer formalidades para la solicitud; en caso ello no se haya estipulado, el artículo 218° del RLCE exige que, cuando menos, la solicitud deberá:

- ✓ **Estar dirigida a la otra parte por escrito.**
- ✓ **Indicar el convenio arbitral.**
- ✓ **Designación del árbitro, cuando corresponda.**
- ✓ **Posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía.**

Sin embargo, en una muestra de la mala fe con la que ha actuado la Marina, nos enviaron una comunicación donde señalaban que la notificación de la petición de arbitraje no debe realizarse ante el domicilio señalado en el Contrato y tal como señala la norma específica.

Para el demandado, la notificación tiene que hacerse ante la Procuraduría Pública de la Marina porque es ésta quien ejerce la defensa de la Marina. En ese sentido,

como no se notificó a la Procuraduría Pública del reclamo de la nulidad, el derecho habría caducado.

La posición de la Procuraduría Pública y de la Marina está equivocada. Estas cometen el error de no diferenciar el carácter contractual de nuestro reclamo, que es competencia exclusiva de las partes, del carácter procesal del arbitraje. La caducidad se interrumpe solicitando el arbitraje en el domicilio de la otra parte. Y ello fue lo que hizo el Consorcio. Éste presentó su solicitud dentro del plazo debido en el domicilio de la contraparte contractual. La ley y el Reglamento son claros al respecto y no merecen mayor discusión.

La participación de la Procuraduría es ciertamente importante para que la Marina pueda ejercer su defensa, pero nada tiene que ver con la ejecución del Contrato. La participación de la Procuraduría es necesaria para los actos procesales que competen a la Marina, no para el ejercicio de los derechos sustantivos del Consorcio en el marco del Contrato.

La posición de la Marina y su Procuraduría Pública busca una salida desesperada frente a un evidente acto de mala fe que pensaron que no sería reclamado. Buscan que el Árbitro Único se aleje de lo trascendente. Esto debe ser tomado en cuenta por el Árbitro Único al momento de resolver. Y es que como suele decirse, los desvíos, atajos y recovecos son el camino de quienes no tienen la razón.

El presente caso es muy simple. Es tan simple que la estrategia de nuestra contraparte se limita a complicarlo y hacerlo parecer como un caso complejo, lleno de aristas y hechos que, como luego apreciará el Árbitro Único, no son relevantes y no tienen efecto en el resultado final.

ASUNTO 5 LA MARINA DE GUERRA DEL PERÚ DEBE INDEMNIZAR POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SE LE HA OCASIONADO AL CONSORCIO EL SOL

Los remedios ante el incumplimiento, son bien ilustrados por TRIMARCHI, quien señala que:

"El acreedor de la prestación no cumplida puede, por una parte, haber pagado la contraprestación contractual, haber realizado gastos, asumido obligaciones y desatendido ocasiones alternativas confiando en conseguir la prestación que le es debida: gastos y daños que corresponden a su interés negativo (y representan su daño a la confianza); por otra parte, él ve frustrada la espera de conseguir el valor de la prestación que le era debida y los provechos que se habrían derivado, que corresponden a su interés positivo (y representan su daño por el incumplimiento). (...) En cuanto al deudor, si el incumplimiento implica para él la pérdida del derecho a la contraprestación, él ve frustrada la espera de recibirla y de conseguir los provechos que habría podido obtener, y ve faltar la cobertura que ésta habría podido proporcionarle para los gastos eventualmente afrontados para preparar el cumplimiento"¹².

¹² TRIMARCHI, Pietro. Il Contratto: inadempimento e rimedi. OB. CIT., p. 4.

Cuando el daño sea consecuencia de la inexecución de la obligación, el sujeto que incumplió se encontrará obligado a resarcir los daños ocasionados. Ello se encuentra así recogido en el artículo 1321 del Código Civil.

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

Al respecto, TRIMARCHI señala que:

"el principio fundamental es que el resarcimiento debe colocar al contratante lesionado en una situación económica equivalente a aquella en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido exactamente cumplido: se trata de hacerle obtener el valor del negocio, sobre el cual había confiado. El resarcimiento así concebido tiene por objeto, se dice el interés positivo (o interés al cumplimiento)"¹³.

Asimismo, el Código Civil señala que la indemnización por daños comprenderá tanto el daño emergente como el lucro cesante. El lucro cesante

"Artículo 1321.- (...) El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución."

El resarcimiento del interés positivo comprende el daño emergente y el lucro cesante. La indemnización por lucro cesante corresponde a la expectativa de renta futura dejada de percibir. Este concepto comprende *"aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino"*¹⁴. De esta forma, mientras que en el daño emergente hay un empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo futuro (aquello que puede ganar, pero no obtuve).

En ese sentido, el lucro cesante está constituido por *"la utilidad, beneficio, ganancia o provecho del que se ve privado el acreedor, sea por la inexecución total, o por la inexecución parcial de la obligación, o por retraso o mora en su ejecución, sin comprenderse en el concepto de lucro cesante las ganancias hipotéticas"*¹⁵.

Es decir, el concepto de lucro cesante implica toda ganancia o ingreso que la víctima ha dejado de percibir como consecuencia del daño, es decir *"(...) cuando no tenga lugar el aumento patrimonial que se habría producido de no haber sucedido el hecho generador de la responsabilidad (...)"*¹⁶. lo que incluye también el costo de oportunidad perdido por el evento antijurídico.

(I) Daño emergente

¹³ TRIMARCHI, Pietro. "Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento". En: Rivista di Diritto Civile. Anno XLVIII. No. 5. Settembre – Ottobre. Padova: CEDAM, 2002, p. 637. También en TRIMARCHI, Pietro. Il Contratto: inadempimento e rimedi. OB. CIT., p. 83.

¹⁴ TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IV. Tomo II. Fondo Editorial PUCP. Lima. 1988. Pág. 37.

¹⁵ REZZONICO, Luis María. Estudio De Las Obligaciones, Volumen 1. Novena Edición. Depalma: Buenos Aires, 1961. Pág. 205. EN: Salvador Vásquez Olivera. Derecho Civil. Definiciones. Palestra Editores: Lima, 2002. Pág. 357.

¹⁶ SANTOS BRIZ, Jaime. La Responsabilidad Civil. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. España. 1986. Págs. 265-266.

Pues bien, por concepto de daño emergente, el Consorcio ha sufrido las siguientes pérdidas.

18/09/2012	Elaboración de propuesta técnico económica	S/. 15,000.00
18/10/2012	Registro en el OSCE de Inmobiliaria Pazos para convocatoria	S/. 781.00
23/10/2012	Certificados de habilidad del colegio de ingenieros	S/. 270.00
25/10/2012	Comisión de Fogapi por carta fianza de seriedad de la oferta	S/. 949.00
31/10/2012	Pago por peritaje de los inmuebles	S/. 500.00
21/11/2012	Registro en el OSCE de los consorciados	S/. 1,986.00
22/11/2012	Carta fianza de Fogapi más gastos de Fogapi y renovación	S/. 18,362.00
23/11/2012	Pago de la minuta del Consorcio en la Notaría del Pozo	S/. 500.00
23/11/2012	Pago por seguro de inmueble más carta fianza	S/. 1,606.00
04/12/2012	Gastos de elaboración de ejecución de proyecto a nivel de ejecución	S/. 55,600.00
15/02/2013	Gastos registrales	S/. 110.00
23/02/2013	Contrato de gerenciamiento de obra	S/. 24,480.00
05/03/2013	Contrato de Alquiler y traslado de equipos (volquete, excavadora y bobcat)	S/. 28,000.00
18/03/2013	Acuerdo extrajudicial por anulación de contrato de gerenciamiento	S/. 15,000.00

05/07/2013	Comisión Fogapi por renovación de carta fianza	S/. 949.00
31/12/2012	Gastos de Oficina desde octubre de 2012 a febrero de 2013	S/. 23,145.71
	Gastos financieros	S/. 16,227.49
	Total	S/. 203,466.20

Sin perjuicio de presentar pruebas adicionales en futuros escritos sobre los montos antes referidos, adjuntamos la documentación que acreditan estos conceptos, en el.

De conformidad con el Artículo 1321° del Código Civil la Marina será responsable del daño emergente producido al Consorcio por la inejecución de sus obligaciones, siempre y cuando éste sea "consecuencia inmediata y directa de tal inejecución."

En este caso, es evidente que cuando la Marina decidió declarar la nulidad del Contrato de manera temeraria e incluso cuando no existía una causal imputable generaba como consecuencia directa e inmediata, que todos los gastos en los que incurrió el Consorcio fueran reembolsados.

Por otro lado, de conformidad con el Artículo 1321° del Código Civil, la Marina queda sujeta a la indemnización por daños y perjuicios al no ejecutar sus obligaciones "por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

En este caso, es indiscutible que la Marina al declarar la nulidad del Contrato sin que medie una causal imputable obró con dolo o, por lo menos, con culpa grave. Es claro que la Marina sabía que la causal que le imputaba (violación de la presunción de veracidad) no era —aunque suene paradójico— veraz. Era una deliberada excusa para deshacerse del Consorcio y utilizar el terreno objeto del Contrato para otro fin.

(ii) Lucro cesante

En este caso, el Consorcio tenía previsto tener como utilidades los siguientes conceptos. Es importante destacar que estos montos corresponden a las utilidades proyectadas a recibir según la propia oferta económica presentada al momento de postular:

Utilidad dejada de percibir	Monto
Expediente Técnico	S/. 3,281.52
Cuartel	S/. 82,942.59
Comandancia	S/. 53,186.20
Equipamiento	S/. 1,409.25

Mobiliario	S/. 6,816.95
Gastos administrativos	S/. 2,714.69
Total	S/. 150,351.20

Asimismo, solicitamos al árbitro incluir los impuestos que puedan ser aplicables y los intereses correspondientes al monto indemnizatorio.

De conformidad con el Artículo 1321° del Código Civil, la Marina será responsable del daño emergente producido al Consorcio por la inejecución de sus obligaciones, siempre y cuando éste sea "*consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*"

En este caso, la Marina, al declarar la nulidad del Contrato sin que medie una causal imputable al Consorcio, generó como consecuencia natural y normal que éste último se vea privado de recibir los beneficios o las utilidades que generaría normalmente el Contrato.

Por otro lado, como vimos, de conformidad con el Artículo 1321° del Código Civil, la Marina queda sujeta a la indemnización por daños y perjuicios al no ejecutar sus obligaciones "*por dolo, culpa inexcusable o culpa leve*" y que el Artículo 1319° de dicho Código, refiere que: "*Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.*"

En este caso, la Marina ha obrado por dolo o, por lo menos, con culpa inexcusable. La Marina ha buscado, con mala fe, declarar la nulidad de un contrato utilizando la causal de presunción de veracidad, cuando ésta es evidentemente inaplicable.

ASUNTO 6 LA DEMANDADA DEBE INDEMNIZAR POR LA PÉRDIDA DE LA CHANCE

Adicionalmente al cumplimiento forzoso, el acreedor también está facultado a solicitar indemnización por los daños que el incumplimiento le hubiesen ocasionado, conforme al artículo 1219 del Código Civil:

"Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2." (El subrayado es nuestro)

La pérdida de la chance es un tipo especial de daño emergente, que consiste en la pérdida de una oportunidad de ganancia ocasionada por un acto atribuible a la parte que se demanda. Al respecto, el profesor FERNANDO DE TRAZEGNIES señala lo siguiente:

"Este tipo de indemnización se orienta a reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad -todavía no era una certidumbre- de obtener una cierta ventaja patrimonial o de evitar una pérdida"¹⁷ (subrayado agregado).

Más adelante, el propio DE TRAZEGNIES comenta un ejemplo al respecto:

"Imaginemos ahora que Trusus no sea propietario de un taxi sino de un caballo de carrera, favorito en un clásico, que no llega al hipódromo porque resulta lesionado al sufrir un accidente el vehículo que lo conducía. Trusus pierde no sólo el importe de las curaciones de su caballo sino también la posibilidad de ganar el clásico. Este es un ejemplo frecuentemente citado por la doctrina para ilustrar la pérdida de la chance u oportunidad. Aquí no era seguro que ese caballo ganaría el premio; una carrera siempre es un concurso que, por definición, implica resultados inciertos. El propietario del caballo no ha perdido directamente el premio; ha perdido el chance o la oportunidad de participar en la carrera y ganarla"¹⁸. (El subrayado es nuestro).

Finalmente, señala que:

"existe fundamento suficiente para que la pérdida de chance sea indemnizada. Pero tratándose de un hecho presente y no de un lucro cesante referido a una ganancia eventual, el resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras con causas necesarias para producir la ventaja o ganancia"¹⁹.

La pérdida de la chance o denominada también pérdida de una ocasión favorable, de acuerdo a lo sostenido por ESPINOZA, se refiere a un tipo de daño patrimonial autónomo:

"(...) que contemporáneamente es asimilado a un daño actual, que es resarcible si, y en cuanto si, la ocasión favorable esté funcionalmente vinculada a la cosa o al derecho lesionado. En el mismo sentido se define a este daño como la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible"²⁰.

Al respecto, el Dr. Leysser LEON señala que:

¹⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "Indemnizando sueños: entre el azar y la probabilidad". En: Homenaje a Jorge Avendaño. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2004; p. 872.

¹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV – Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7ª Edición. Segunda reimpresión. Setiembre de 2005, p. 47

¹⁹ Ibid. p. 49.

²⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit. P.238

"La llamada pérdida de la chance constituye una hipótesis de daño patrimonial futuro; como tal, por el principio de la naturaleza integral del resarcimiento, es una pérdida resarcible, a condición de que el damnificado demuestre, aunque fuere de manera presunta, pero siempre sobre la base de circunstancias de hecho ciertas y puntualmente alegadas, la existencia de un nexo causal válido entre el hecho ilícito y la razonable probabilidad de la verificación futura del daño"²¹ (subrayado agregado)

Pues bien, por concepto de pérdida de la chance, el Consorcio ha perdido, por lo menos, la oportunidad de conseguir un Contrato con las mismas condiciones, que le genera beneficios similares al del Contrato materia de discusión.

Como se vio anteriormente, el Artículo 1321° del Código Civil establece que una parte será responsable del daño emergente producido al Consorcio por la inejecución de sus obligaciones, siempre y cuando éste sea "consecuencia inmediata y directa de tal inejecución."

Por otro lado, como vimos de conformidad con el Artículo 1321° del Código Civil, establece que una parte queda sujeta a la indemnización por daños y perjuicios al no ejecutar sus obligaciones "por dolo, culpa inexcusable o culpa leve" y que el Artículo 1319° de dicho Código, refiere que: "Incurrir en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación."

En este caso, es claro que la conducta de la Marina ha generado que el Consorcio pierda un año de actividades que podría haber realizado en otras obras, por lo menos similares a la que es materia de discusión en el presente proceso arbitral. En ese sentido, corresponde que el Árbitro Único ordene a la Marina indemnizar al Consorcio por el mismo monto que se señaló en el Asunto anterior.

SOBRE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

El artículo 56° y 73° de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo No. 1071, señalan lo siguiente:

"Artículo 56.- Contenido del laudo.

(...)

2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73°

(...)

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las

²¹ LEÓN HILARIO, Leysser. "La Responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y nuevas perspectivas". Parte Tercera El Daño resarcible. Jurista Editores. Lima, 2007. Pág. 211.

partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

Teniendo en consideración las disposiciones anteriores, el Árbitro Único podrá apreciar de los medios probatorios ofrecidos en el presente escrito que el incumplimiento que motiva la resolución del Contrato es exclusivamente imputable a la Marina.

El incumplimiento de la Marina derivado de su actuación de mala fe al declarar la nulidad del Contrato sin que medie causa, y al incumplir conscientemente con sus prestaciones. Esto ha hecho que el Consorcio incurra en una serie de gastos y pérdidas derivadas de la inejecución del Contrato. Dentro de estos gastos, se encuentra la contratación principalmente de abogados encargados de defender la posición legal de la empresa. Ello además de otras costas y costos propios del presente proceso arbitral.

En este sentido es que solicitamos al Tribunal ordene a la Marina reembolsar a El Consorcio por los costos y costas incurridos en la defensa del presente proceso arbitral.

Con Adjudicación de Menor Cuantía N° 0267-2011-REGION CALLAO, se adjudicó la buena pro del servicio de ejecución de obra: "CREACION DE ESCALERAS EN LOS PASAJES 3,5 Y 6 DEL AA.HH. SAN JOSE, DISTRITO DE VENTANILLA - PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO - REGION CALLAO", a la empresa M y D Constructores y Promotores S.A.C.

Con Adjudicación de Menor Cuantía N° 066-2011-REGION CALLAO, se adjudicó la buena pro del servicio de ejecución de obra: "MEJORAMIENTO E IMPLEMENTACION DE GRASS ARTIFICIAL EN LA LOSA DEPORTIVA UBICADA EN LA MZA. A LOTE 3 DEL AA.HH. HEROES DEL CENEP- DISTRITO DE VENTANILLA- PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO", a la empresa M y D Constructores y Promotores S.A.C

En virtud de dichos procesos de selección, se suscribió el Contrato N° 031-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, referido a la "CREACION DE ESCALERAS EN LOS PASAJES 3,5 Y 6 DEL AA.HH. SAN JOSE, DISTRITO DE VENTANILLA - PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO - REGION CALLAO" de fecha 19 de marzo de 2012, y el Contrato N° 033-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, referido al "MEJORAMIENTO E IMPLEMENTACION DE GRASS ARTIFICIAL EN LA LOSA DEPORTIVA UBICADA EN LA MZA. A LOTE 3 DEL AA.HH. HEROES DEL CENEP- DISTRITO DE VENTANILLA- PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO", de fecha 19 de marzo de 2012.

Conforme a la CLAUSULA SEGUNDA de ambos contratos, se estableció el monto contractual, ascendente a S/. 168, 121.11 (ciento sesenta y ocho mil ciento veintiuno y 11/100 nuevos soles), a todo costo, en lo referente al Contrato N° 031-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, referido a la "CREACION DE ESCALERAS EN LOS PASAJES 3, 5 Y 6 DEL AA.HH. SAN JOSE, DISTRITO DE VENTANILLA - PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO - REGION CALLAO"; y el monto de S/. 179, 977.43 nuevos soles, a todo costo, en lo referente al Contrato N° 033-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, referido al "MEJORAMIENTO E IMPLEMENTACION DE GRASS ARTIFICIAL EN LA LOSA DEPORTIVA UBICADA EN LA MZA. A LOTE 3 DEL AA.HH. HEROES DEL CENEP- DISTRITO DE VENTANILLA- PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO".

Conforme a la CLAUSULA QUINTA de ambos contratos, se estableció la forma de pago, en donde la ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación en el plazo de diez (10) días calendario, luego de la recepción formal y completa de la documentación indicada en el numeral 2.11 de las Bases, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de recibida la prestación.

Conforme a la CLAUSULA SEXTA de ambos contratos, se estableció el inicio y culminación de la prestación, esto es, desde el día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hasta los 30 días posteriores.

Los contratos antes señalados fueron suscritos el 19 de marzo de 2012 y conforme a su CLAUSULA SEXTA, referido al inicio y culminación de la prestación, "El plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el día siguiente de la fecha de suscripción del contrato hasta el cumplimiento de cinco (05) días calendarios".

En tal sentido, considerando que la entrega del terreno en ambos casos se realizó con fecha 12 de abril de 2012, el plazo contractual de treinta (30) días calendarios vencían el 13 de mayo de 2012, siendo que según las actas de recepción de obras que se adjuntan a la presente demanda la contratista cumplió con dicha entrega el día 12 de mayo de 2012, esto es, la fecha de recepción de obras en ambos casos fue el día 12 de mayo de 2012.

Conforme se estableció en la CLAUSULA QUINTA de los contratos antes referidos, la demandada se encontró en la obligación de pagar la contraprestación en el plazo de diez (10) días calendarios después de la recepción formal de las obras materia de contratación.

Transcurrido dicho plazo, la demandada ha incumplido con el pago respectivo, razón por la cual con fecha 21 de junio de 2012, se cursó CARTA NOTARIAL, requiriendo el pago de los montos demandados, a la Gerencia de Administración del Gobierno Regional del Callao; NO OBTENIENDO RESPUESTA ALGUNA.

De la misma forma se reiteró dicho requerimiento notarial mediante misiva de fecha 04 de julio de 2012, y mediante misiva de fecha 12 de julio de 2012, SIN OBTENER RESPUESTA ALGUNA HASTA LA FECHA.

Como se ha detallado puntualmente, la contratista ha acreditado el cumplimiento del 100% de la prestación a su cargo y dentro del plazo establecido en el contrato, sin ningún tipo de observación al respecto, siendo que en mérito al contrato corresponde la retribución de la contraprestación a su cargo más los interés legales conforme lo dispuesto en el Art. 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Como podrá observar el tribunal, no existe motivo o justificación alguna para que el demandado haya incumplido con la contraprestación del contrato, situación que se deberá tener presente al momento de laudar.

Fundamentación de pretensión accesoria.-

Para ponderar una pretensión indemnización devenida de un contrato, se deber tener presente primordialmente que "Los contratos tienen fuerza de ley entre las

partes contratantes. Obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación.

En la responsabilidad derivada de un contrato, el acreedor de la respectiva prestación no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor.

En la responsabilidad contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuyo resarcimiento se persigue, tiene como origen el incumplimiento del deber de cuidado atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

El artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente:

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

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

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída." (El resaltado es agregado).

Por su parte, los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil precisan en qué consiste el "dolo", la "culpa inexcusable" y la "culpa leve":

"Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."

De acuerdo con las disposiciones del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió, ya sea por "dolo", "culpa inexcusable" o "culpa leve", debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización.

Sobre el particular, habiendo la demandada causado perjuicio a mí representada por la inexecución de su obligación contractual, corresponde se disponga indemnización conforme a los argumentos que se desarrollan a continuación:

A efectos de cumplir con la obligación contraída con el Gobierno Regional del Callao, la contratista contrajo obligaciones con terceros que eran precisamente destinadas a cumplir con el suministro requerido por el Gobierno

Regional, gracias a lo cual se cumplió oportunamente con ejecutar y entregar las obras materia de la convocatoria y expresados en las bases de la adjudicación de menor cuantía en forma oportuna. El daño emergente al que se hace referencia, se refleja en los siguientes instrumentos:

La contratista M & D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES S.A.C. celebró un contrato de mutuo con la personas de Jerónimo Obregon Herrera con fecha 28 de abril de 2012, a efectos de cancelar las obligaciones con los proveedores del proyecto contenido en el Contrato 033-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO. El objeto de dicho contrato de mutuo era indudablemente cancelar las obligaciones que teníamos con los proveedores que asistieron a la contratista en las obra contenida en dicho contrato, la cual se cumplió como se manifestó de manera oportunamente con fecha 12 de mayo de 2012, con sello y firma de los miembros del Comité de Recepción de Obras.

En virtud de dicho contrato de mutuo, mi representada recibió la suma de ciento treinta mil y 00/100 nuevos soles (S/. 130,000.00) con fecha 28 de abril del 2012, comprometiéndose a pagar la deuda en un plazo no mayor a 30 días, es decir el día 28 de mayo del 2012, ello en el entendido que según los compromisos asumidos en la cláusula quinta Contrato 033-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, la contratista debió recibir su contraprestación entre el 14 y el 25 de mayo del 2012.

De similar forma, la contratista M & D CONSTRUCTORES Y PROMOTORES S.A.C. celebró un contrato de mutuo con la persona de Juan Honorato Flores Martínez con fecha 28 de abril de 2012, a efectos de cancelar las obligaciones con los proveedores del proyecto contenido en el Contrato 031-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO. El objeto de dicho contrato de mutuo era indudablemente cancelar las obligaciones que teníamos con los proveedores que asistieron a la contratista en las obra contenida en dicho contrato, la cual se cumplió como se manifestó de manera oportunamente con fecha 12 de mayo de 2012, con sello y firma de los miembros del Comité de Recepción de Obras.

En virtud de dicho contrato de mutuo, mi representada recibió la suma de ciento treinta mil y 00/100 nuevos soles (S/. 130,000.00) con fecha 28 de abril del 2012, comprometiéndose a pagar la deuda en un plazo no mayor a 30 días, es decir el día 28 de mayo del 2012, ello en el entendido que según los compromisos asumidos en la cláusula quinta Contrato 031-2012-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, la contratista debió recibir su contraprestación entre el 14 y el 25 de mayo del 2012.

Este incumplimiento por parte del demandado trajo como consecuencia que mi representada incumpliera con las obligaciones contraídas en los contratos de mutuo y por ende - fuera del monto producto del mutuo que deberemos honrar con el pago de las obligaciones por parte de la demandada-, existen penalidades que por nuestro incumplimiento con el mutuante debemos asumir conforme se aprecia en la cláusula séptima del propio contrato y que al mes de Febrero del 2013, se han cuantificado en la suma de S/. 500, 000.00 (quinientos mil y 00/100 nuevos soles); suma que deberá ser cancelada por la contratista a los mutuantes, a raíz del actuar irresponsable y DOLOSO de la

demandada, toda vez que a sabiendas de nuestro cumplimiento contractual acreditado con las actas de recepción de obras, de fecha 12 de mayo, no ha cumplido con la contraprestación debida y sin motivar causa o justificación alguna, razón a ello calificamos el actuar del demandado como DOLOSO, pues SE VERIFICA LA VOLUNTAD MANIFIESTA DE NO EJECUTAR LA PRESTACIÓN, ES DECIR, LA INTENCIÓN DEL OBLIGADO DE NO REALIZAR LA PRESTACIÓN A LA QUE ESTA OBLIGADO mediante los aludidos contratos, correspondiendo la retribución económica por el daño ocasionado.

El daño emergente está constituido por el menoscabo económico que sufre el perjudicado con ocasión del incumplimiento, es decir, el daño emergente está referido al detrimento de nuestro patrimonio como consecuencia de la inejecución de la obligación del demandado, como es el hecho de falta de contraprestación de los Contrato suscritos por la demandada cuando nuestra obligación ha sido cumplida en su integridad.

En nuestro caso, el daño emergente no ha llevado a la consecuencia de no cumplir con las obligaciones tributarias de Ley, sino el hecho que hemos efectuado pagos de impuestos por importes no ingresados a las cuentas de la contratista, situación financiera que genera perjuicios al haber dispuesto de liquidez a pesar de no haber recibido el pago que justificaría dicha erogación tributaria al cumplir con la obligación de declarar las operaciones a SUNAT.

Existe lucro cesante devengado de la falta de disposición de utilidades frustradas con la falta de pago del Gobierno Regional del Callao, tal como lo acredita el balance de cierre de año 2012, que da como resultado negativo debido a cuentas por cobrar (aquellas relacionadas al contrato y factura materia de la presente demanda), la suma de S/. 304, 557.14 (trescientos cuatro mil quinientos cincuenta y siete y 14/100 nuevos soles), ello según informe de contabilidad suscrito por Contador Público colegiado y que ampara lo expuesto.

El lucro cesante comprende los frutos y productos dejados de percibir debido al incumplimiento de una prestación y para ello debemos indicar que tenemos la plena seguridad que mi representada hubiera podido continuar con sus campañas de ventas y operaciones posteriores en el caso que el Gobierno Regional del Callao hubiera honrado sus obligaciones en su debida oportunidad.

4.3.

Medios Probatorios ofrecidos EL CONSORCIO EL SOL

En calidad de medios probatorios, EL CONSORCIO ofreció las siguientes pruebas:

- a) Poderes del Representante del Consorcio, señor Moisés Bravo Hinostraza.
- b) Copia del DNI del representante del Consorcio.
- c) Resolución Jefatural No. 066-2012-SUE 05 D que aprueba las bases administrativas para el proceso de selección de la licitación pública No. 004-2012 MGP/DIMATER para la "Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Comandancia y Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval - Piura".
- d) Propuesta del Consorcio El Sol.
- e) Adjudicación la buena pro de la Licitación Pública al Consorcio del 31 de octubre de 2012.

- f) Carta del 16 de noviembre de 2012 enviada por Dirección de Infraestructura Terrestre de la Marina al Consorcio.
- g) Carta del 23 de noviembre de 2012 enviada por el Consorcio a la Marina.
- h) Carta del 29 de noviembre de 2012 enviada por el Consorcio a la Marina.
- i) Carta del 30 de noviembre de 2012 enviada por la Consorcio a la Marina.
- j) Constancia de No Estar Inhabilitado para Contratar con el Estado de Inmobiliaria Pazos S.A.C., emitida por OSCE al 3 de diciembre de 2012.
- k) Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A entre el Consorcio y la Marina celebrado el 3 de diciembre de 2012.
- l) Carta del 8 de enero de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- ll) Carta del 23 de enero de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- m) Carta de fecha 25 de enero de 2013, enviada por la Marina al Consorcio.
- n) Carta del 13 de febrero de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- ñ) Carta del 27 de febrero de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- o) Carta del 1 de marzo de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- p) Carta V.200-0380 del 8 de marzo de 2013 enviada por Director de Contrataciones del Material en la que se adjuntó la Resolución de la Comandancia General de la Marina 011-2013-CCGM que declaró la nulidad del Contrato.
- q) Carta del 13 de marzo de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- r) Solicitud de arbitraje presentada mediante de carta del 1 de abril de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- s) Carta del 12 de abril de 2013 enviada por la Marina al Consorcio.
- t) Carta del 16 de abril de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina.
- u) Carta del 18 de abril de 2013 enviada por el Consorcio al OSCE en la que se solicita la designación del árbitro único.
- v) Carta del 24 de abril de 2013 enviada por el Consorcio a la Marina y a su Procuraduría Pública.
- w) Carta del 6 de mayo de 2013 enviada por la Procuraduría Pública de la Marina al Consorcio.}
- x) Carta del 7 de mayo de 2013 enviada por el Consorcio a la Procuraduría Pública de la Marina.
- y) Carta del 7 de mayo de 2013 enviada por el Consorcio al OSCE solicitando suspender temporalmente el procedimiento de designación del árbitro único.
- z) Carta del 27 de mayo de 2013 enviada por el Consorcio al OSCE solicitando Arbitro Único.
- aa) Gastos incurridos por el consorcio.

4.4

Admisión de la demanda presentada por EL CONSORCIO EL SOL

Que, mediante Resolución N° 02 notificada el 06 de Setiembre de 2013, el Arbitro Único, admitió a trámite la demanda y corrió traslado de la misma a la Marina de Guerra del Perú, para que en el plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestar la demanda y de considerarlo pertinente, formule reconvencción.

De igual manera, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios consignados en el escrito de demanda.

PRETENSIONES PLANTEADAS POR LA ENTIDAD, ASÍ COMO LOS ARGUMENTOS Y MEDIOS PROBATORIOS QUE LAS SUSTENTAN.

Con fecha 19 de setiembre de 2013, la ENTIDAD formula tachas y con fecha 27 de setiembre de 2013, la ENTIDAD deduce excepciones y contesta la demanda,

negando y contradiciendo las preces de la incoada, solicitando que en su oportunidad procesal declare infundada y/o improcedente la demanda, en base a los siguientes considerandos:

El Plan Anual de Contrataciones de carácter público de la Marina de Guerra del Perú, aprobado mediante Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0270-2012-CGMG de fecha 13 de marzo de 2012, en el número correlativo 591 se encuentra el proceso de selección que tiene por finalidad la Construcción de la Comandancia y Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval-Piura.

Es por ello que La Marina convocó a una Licitación Pública para cumplir con la finalidad programada en su Plan Anual. Mediante Resolución Jefatural N° 066-2012-SUE 05:"Material", de fecha 14 de Setiembre del 2012, se aprobaron las Bases Administrativas del proceso de selección de la Licitación Pública N° 004-2012 MGP/DIMATEMAR, para la "Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Comandancia y Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval-Piura".

En Acto Público de fecha 31 de Octubre de 2012, según Acta N° 006-2012, el Comité Especial otorgó la Buena Pro del proceso al Consorcio El Sol, por el monto de CUATRO MILLONES OCHENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y UNO CON 86/100 Nuevos Soles (S/. 4'080,531.86), la misma que quedo consentida con fecha 14 de noviembre de 2012, a partir de allí el Contratista tenía el plazo de diez (10) días hábiles para suscribir el contrato.

Mediante Carta V.200-1329 de fecha 15 de noviembre de 2012, recibida por El Consorcio el día 16 de noviembre, el Director de Infraestructura Terrestre solicitó al Consorcio adjudicatario la presentación de la documentación señalados en las Bases, a fin que su representante suscriba el correspondiente contrato a más tardar el día 30 de noviembre de 2012.

Al respecto, cabe señalar que con fecha 23 de noviembre de 2012 a 18.50 horas, el ganador de la Buena Pro, Consorcio El Sol, hizo entrega de una parte de la documentación requerida para la suscripción del contrato, faltando la Garantía de Fiel Cumplimiento, la Constancia de no estar inhabilitado para contratar v la Constancia de Capacidad de Libre Contratación del Consorciado la Inmobiliaria Pazos S.A.C.

Con fecha 27 de noviembre de 2012, Consorcio El Sol hizo entrega de la garantía de fiel cumplimiento, carta de designación de ingeniero residente de obra y copia del RUC de MARSEBAL S.A.C. (uno de los consorciados); FALTANDO entregar la CONSTANCIA NO ESTAR INHABILITADO PARA CONTRATAR CON EL ESTADO y la CONSTANCIA DE CAPACIDAD DE LIBRE CONTRATACIÓN de la INMOBILIARIA PAZOS S.A.C.

Mediante Carta S/N de fecha 28 de noviembre de 2012, El Consorcio comunicó a La Marina que "[...] ha hecho llegar parte de la documentación requerida para la firma del contrato, con excepción de la Constancia de No Estar Inhabilitado para Contratar con el Estado y la Constancia de Libre Contratación de la Inmobiliaria Pazos S.A.C, señalando que se debe a que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) no ha cumplido hasta esa fecha con emitirlos, a pesar de haberlo solicitado con fecha 22 de octubre de 2012", solicitando la ampliación del plazo y adjuntando para ello la documentación probatoria.

En la misma fecha, el 28 de noviembre de 2012, Consorcio El Sol presentó otra Carta mediante la cual manifiesta que "(...) por razones de fuerza mayor no le será posible acercarse a suscribir el contrato hasta el día jueves 06 de diciembre de 2012 (...)."

Por Carta V.200-1386 de fecha 30 de noviembre de 2012, La Marina comunicó a El Consorcio que el plazo para la firma del contrato vence el día 30 de noviembre a 17.30 horas, y que de no cumplir con la entrega de la documentación requerida, perderán automáticamente la Buena Pro y se procederá a llamar al postor que ocupó el segundo lugar en orden de prelación, de conformidad con lo señalado en el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

No obstante, la Marina ASUMIMOS, privilegiando el interés público y en el entendido que por una causa no atribuible al mismo sino al OSCE, no le fue posible contar con la documentación que acreditaba la capacidad de libre contratación (Constancia de Libre Contratación) y de no estar habilitado para contratar con el Estado (Constancia de No estar Inhabilitado con el Estado), accedió a suscribir con fecha 03 de diciembre de 2012, el Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A.

D.

La Marina de Guerra del Perú, producto de una acción de control posterior a cargo de la Insectoría General de la Marina sobre los Contratos Administrativos celebrados por la entidad, advierte que el presente contrato fue celebrado de manera extemporánea. Al investigar la causa, detecta que el Consorcio habría trasgredido el principio de presunción de veracidad, ya que el Consorcio El Sol, ganador de la buena pro declaró que uno de sus consorciados, la Inmobiliaria Pazos SAC no había cumplido con adjuntar la Constancia de No estar Inhabilitado para contratar con el Estado, así como la Constancia de Capacidad de Libre Contratación, porque el OSCE no expidió las citadas constancias, a pesar que habían sido solicitadas desde el 22 octubre 2012. Esta declaración no se ajusta a la verdad, porque lo que había solicitado la referida inmobiliaria era su inscripción en el Registro Nacional de proveedores como proveedor de ejecución de obras, este documento fue emitido por el OSCE el 1 diciembre 2012 y recién se tramitaron las constancias antes indicadas, con lo cual quedaba demostrado que el citado Consorciado sólo podía ser contratista a partir del 1 diciembre 2012, fecha posterior al plazo máximo que tenía Consorcio El Sol, para suscribir el contrato que era el 30 noviembre 2012. Consecuentemente, el contrato estaba viciado por haberse celebrado irregularmente y vulnerado el principio de presunción de veracidad por una falsa declaración.

Con Carta V.200-0380 de fecha 08 de marzo de 2013, La Marina comunicó a El Consorcio la Resolución de la Comandancia General de la Marina R/CGM N° 0117-2013 CGMG de fecha 06 de marzo de 2013, "mediante la cual se ha resuelto declarar la nulidad del contrato (...) por los fundamentos que se indican en la parte considerativa de la citada Resolución". Posteriormente, se recibe la invitación a conciliar y es así como nos encontramos en la presente instancia.

VI. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con relación a la primera pretensión del demandante:

"NO SOLO SE VULNERA EL PRINCIPIO DE PRESUNCION DE VERACIDAD, MEDIANTE LA PRESENTACION DE DOCUMENTO FALSO, SINO TAMBIEN MEDIANTE FALSA DECLARACION"

1. El Consorcio solicita en su primera pretensión: "Que se declare que el *CONSORCIO EL SOL* no transgredió el principio de presunción de veracidad", básicamente porque no presentó documento falso alguno; sin embargo, *NO MENCIONA QUE EFECTUÓ UNA FALSA DECLARACIÓN*, la misma que fue advertida en una acción de control posterior a cargo de la Inspectoría General de la Marina.

El contexto es el siguiente:

2. El proceso de selección para llevar a cabo la obra proviene de un proceso regulado bajo el SISTEMA NACIONAL DE INVERSIÓN PÚBLICA-SNIP. Como es de su conocimiento, el SNIP es un sistema administrativo del Estado que certifica la calidad de los proyectos de inversión pública, a través de un conjunto de principios, métodos, procedimientos y normas técnicas relacionados con las diversas fases de los proyectos de inversión. En el caso de contrataciones relacionadas a la ejecución de Proyectos de Inversión Pública, se deberá contar con la declaratoria de viabilidad en el marco del SNIP y tratándose de obras, se requerirá adicionalmente el Expediente Técnico, como sucede en el presente caso.

3. Una vez otorgada la viabilidad del proyecto, se procede al proceso de contratación y demás actos que conllevarán a la ejecución de la obra pública. No es posible, una vez otorgada la viabilidad del proyecto, modificar el presupuesto ni reasignarlo para otro propósito, por lo que el argumento del demandante carece de toda certeza y realidad.

4. La Marina de Guerra del Perú, producto de una acción de control posterior a cargo de la Inspectoría General de la Marina sobre los Contratos Administrativos celebrados por la entidad, advierte que el presente contrato fue celebrado de manera extemporánea. Al investigar la causa, detecta que el Consorcio habría trasgredido el principio de presunción de veracidad, ya que el Consorcio El Sol, ganador de la buena pro declaró que uno de sus consorciados, la Inmobiliaria Pazos SAC no había cumplido con adjuntar la Constancia de No estar Inhabilitado para contratar con el Estado, así como la Constancia de Capacidad de Libre Contratación, porque el OSCE no expidió las citadas constancias, a pesar que habían sido solicitadas desde el 22 octubre 2012. Esta declaración no se ajusta a la verdad, porque lo que había solicitado la referida inmobiliaria era su inscripción en el Registro Nacional de proveedores como proveedor de ejecución de obras, este documento fue emitido por el OSCE el 1 diciembre 2012 y recién se tramitaron las constancias antes indicadas, con lo cual quedaba demostrado que el citado Consorciado sólo podía ser contratista a partir del 1 diciembre 2012, fecha posterior al plazo máximo que tenía Consorcio El Sol, para suscribir el contrato que era el 30 noviembre 2012. Consecuentemente, el contrato estaba viciado por haberse celebrado irregularmente y vulnerado el principio de presunción de veracidad por una falsa declaración,

5. Es así que, la Marina de Guerra del Perú mediante Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0117-2013 de fecha 6 de marzo del 2013, resolvió declarar la nulidad del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A MATERIAL de fecha 3 de diciembre del 2012, suscrito con el Consorcio El Sol. En efecto, Consorcio El Sol sorprendió e indujo a error a la entidad con una falsa declaración, al referir que las Constancias de no estar inhabilitado para

contratar con el Estado v de Libre Capacidad de Contratación correspondientes a su Consorcio Inmobiliaria PAZOS SA. gestionados oportunamente fueron obtenidos después del 30 noviembre 2012 por causas atribuibles al OSCE: cuando en realidad, el OSCE NO PODIA OTORGAR TALES CONSTANCIAS EN TANTO INMOBILIARIA PAZOS TUVIERA EL REGISTRO DE EJECUTOR DE OBRAS VIGENTE. POR TANTO. LA CAUSA POR LA QUE DICHO CONSORCIO AL 30 NOVIEMBRE 2012 NO PUDO PRESENTAR LAS CITAS COSNTANCIAS. SE DEBIO EXCLUSIVAMENTE A UNA CAUSA ATRIBUIBLE A ESA EMPRESA Y NO A EL OSCE.

6. Al respecto, señor Arbitro, el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, establece que el objeto del referido cuerpo legal es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4º del referido cuerpo legal. Dentro de los principios señalados en el artículo 4º, encontramos el Principio de Moralidad, obligando a los postores y/o contratistas a estar sujetos a las reglas de honradez, veracidad, entre otros, en todos los actos que realicen hasta cumplir con el íntegro de las prestaciones a su cargo.

7. El artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado establece en su inciso b) que una de las causas para declarar la nulidad de oficio es cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección. Este principio implica que durante la tramitación de un procedimiento administrativo, los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados se presumen verdaderos y es transgredido cuando se demuestre que algún documento presentado por un administrado o una declaración realizada durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato no se corresponde con la realidad.

8. En el presente caso Consorcio El Sol ganador de la Buena Pro manifestó que uno de sus consorciados, la empresa Inmobiliaria Pazos S.A.C., no había cumplido con adjuntar la Constancia de No Estar Inhabilitado para Contratar con el Estado, así como la Constancia de Libre Capacidad de Contratación porque el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) , no había cumplido con emitir las citadas Constancias, a pesar que habían sido solicitadas desde el 22 de octubre de 2012, esta declaración no se ajusta a la verdad, porque lo que había solicitado la referida Inmobiliaria era su Constancia como Ejecutor de Obra, recién con este documento, emitido por el OSCE el 01 de diciembre del año 2012, se tramitaron las Constancias arriba señaladas.

9. Por otra parte, el artículo 9º de la Ley de Contrataciones, establece que para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado, asimismo, el artículo 252º del Reglamento de la Ley en su último párrafo, establece que los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente durante la participación en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato, en este caso, de la documentación adjunta se tiene que la Inmobiliaria Pazos S.A.C. solicitó su inscripción en el RNP el 22 de octubre del

2012 y cuenta con Constancia de Inscripción en el citado Registro Nacional para ser participante, postor y contratista en el Registro de Ejecución de Obras, esta constancia rige a partir del 01 de diciembre del 2012, es decir, con fecha posterior a su participación en el proceso de selección y al plazo máximo para suscribir el contrato era el 30 de noviembre del 2012, por lo tanto, ello también constituye una causa para declarar nulo el contrato.

10. ESTO QUIERE DECIR QUE LA CAUSA POR LA QUE DICHO CONSORCIADO NO PUDO OBTENER A TIEMPO LAS CONSTANCIAS CON LAS QUE HABRÍA ESTADO HABILITADO PARA CONTRATAR, NO SE DEBIO A LA DEMORA EN LOS TRAMITES DE EXPEDICION DE TALES DOCUMENTOS A CARGO DEL OSCE, CONFORME FUE LA VERSION QUE EXPUSO (LA MISMA QUE DE BUENA FE ACEPTAMOS COMO VERDADERA). EN CONSECUENCIA CONSORCIO EL SOL CON ENGAÑOS INDUJO A MI REPRESENTADA A FIRMAR UN CONTRATO EN FORMA IREGULAR, VULNERANDO EL PRINCIPIO DE VERACIDAD QUE RIGE A LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN, INCURRIENDO EN LA CAUSAL DE NULIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 56° DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

11. Cabe indicar, que el artículo 252° del Reglamento de la Ley, en su último párrafo, ESTABLECE QUE LOS PROVEEDORES SERÁN RESPONSABLES QUE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CORRESPONDIENTE DEL RNP SE ENCUENTRE VIGENTE DURANTE SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE SELECCIÓN HASTA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO.

12. Se debe tener en cuenta que el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873, dispone que después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio entre otros casos, cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato. La consecuencia de la declaración de nulidad es la invalidez de los actos celebrados con violación o defecto de los requisitos y formalidades impuestos por el ordenamiento jurídico, por lo que los actos nulos son considerados actos inexistentes y, como tal, incapaces de producir efectos.

13. Es necesario precisar, que es como consecuencia de una **ACCIÓN DE CONTROL POSTERIOR** a cargo de la Inspectoría General de la Marina de Guerra del Perú, que se detecta tal **IRREGULARIDAD**, motivo por el cual se genera la necesidad de resolver la nulidad de oficio del contrato.

El Principio de Presunción de Veracidad

14. El artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, el Decreto Legislativo N° 1017, establece:

*"Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección (...)
Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:
(...)*

b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.

El principio de presunción de veracidad en materia administrativa está regulado en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

"Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario". (Es resaltado es agregado)

15. Sobre ello, MORON URBINA nos dice:

"La presunción de veracidad consiste en el deber legal de suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con la verdad en sus actuaciones en el procedimiento que intervengan. La presunción de veracidad es un principio informador de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, consistente en suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan de modo que se invierte las carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la Administración, en vía posterior(...).

En otras palabras, el principio de presunción de veracidad constituye en sí misma una regla del sentido común, de la "buena fe" en cuya virtud, se debe presumir la verdad en todas las actuaciones de los particulares ante la Administración Pública y no desconfiar de sus afirmaciones o documentaciones.

De otro lado, el Dr. Jesús CÓRDOVA Schaefer señala lo siguiente respecto a este supuesto de nulidad de oficio el contrato:

"(...) cuando exista una falta al principio de presunción de veracidad, el cual se configura en los casos en los que el postor presente documentación falsa o inexacta a la Entidad o al RNP en el momento de su inscripción".

16. Por lo expuesto, señor Arbitro Único, solicitamos se sirva DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión solicitada por El Consorcio, al ser inconsistente e irreal, puesto que sí transgredió el principio de presunción de veracidad.

Con relación a la segunda y tercera pretensión del demandante

17. El Consorcio solicita en su segunda pretensión: "Que se declare ineficaz y lo nula la resolución del Contrato realizada por la Comandancia General de la Marina y que por tanto el Contrato sigue vigente", y como tercera pretensión:

"Que se declare que La Marina incumplió al declarar la nulidad sin que medie una causal que la legitime y al no ejecutar las prestaciones a su cargo".

18. Al respecto, debe tenerse presente que la Marina de Guerra del Perú ha procedido en estricto cumplimiento a las disposiciones legales que norman las Contrataciones del Estado. En efecto, tales disposiciones autorizan a mi representada a resolver de oficio la nulidad de los contratos irregularmente celebrados. En el presente caso, conforme a los argumentos expuestos, los mismo que reproduzco como fundamentos para desvirtuar tales pretensiones, queda claramente establecido que se firmó un Contrato Administrativo fuera de plazo y además viciado de nulidad, por cuanto el Consorcio El Sol mediante falsa declaración, indujo a que mi representada de buena fe celebre dicho contrato.

19. Por lo expuesto, señor Arbitro Único, solicitamos DECLARAR INFUNDADAS la segunda y tercera pretensión al ser inconsistentes e irreales con lo establecido en la Bases Administrativas, así como la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.

Con relación a la Cuarta pretensión del demandante

20. El Consorcio solicita en su cuarta pretensión: "Que se declare resuelto el Contrato por Incumplimiento imputable a La Marina".

21. Al respecto, tal pretensión debe ser desestimada por cuanto ha sido planteada como una pretensión autónoma y no alternativa, existiendo contradicción entre una y otra pretensión, vale decir, por un lado se solicita se deje sin efecto la nulidad de oficio y por otro, se resuelva el contrato.

22. Además, no se exponen los fundamentos que sustentan tal pretensión, remitiéndose a cuestionar la caducidad del derecho invocado por La Marina para someter la controversia a conciliación o arbitraje, que corresponde a otro tema distinto y que no guarda relación con esta pretensión.

23. En todo caso, señor Arbitro reproduzco como fundamentos para desvirtuar tal pretensión, los fundamentos expuestos; sírvase por tanto, desestimarla por INFUNDADA.

Con relación a la quinta pretensión del demandante

24. El Consorcio solicita en su quinta pretensión: "Que se ordena a La Marina indemnizar al Consorcio por los daños generados por concepto de daño emergente y lucro cesante, incluyendo intereses e impuestos cuando sea aplicable".

La pretensión del demandante es a todas luces **IMPROCEDENTE**.

Fundamentamos nuestra posición sobre la base de lo siguiente:

Sobre la Indemnización por Daño Emergente.

El Consorcio solicita que se le reconozca como daño emergente la suma de S/. 203,466.20 Nuevos Soles, Los conceptos detallados por el contratista ya

fueron materia de cuestionamiento mediante la Tacha formulada por mi representada mediante escrito de fecha 13 de Setiembre de 2013. Dichos conceptos son IMPROCEDENTES y el supuesto gasto no ha sido acreditado fehacientemente.

Sobre la indemnización por Lucro Cesante.-

El contratista solicita que se le reconozca como concepto de lucro cesante la suma de S/. 150,351.20 Nuevos Soles. Al respecto, el artículo 238.5 de la Ley N° 27444 establece que: "La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral".

Al respecto, existe unanimidad en la doctrina que el lucro cesante son "los beneficios dejados de percibir como consecuencia del hecho dañoso"⁵. Sobre este tipo de daños, se ha establecido que la prueba de las ganancias dejadas de obtener ha de ser rigurosa, sin que tengan valor las que sean dudosas o contingentes. El hecho de demandar un pago indemnizatorio alegando una "utilidad proyectada", implica un concepto que puede suceder o no suceder, es decir, un valor contingente que tampoco debe ser amparado por Ud. Señor Arbitro.

25. Finalmente, debe tenerse presente señor Árbitro que el alcance de los trabajos que se debían realizar por parte del ganador de la Buena Pro eran los siguientes:

- Elaboración del Expediente Técnico de la Comandancia, la Estación Naval (Cuartel) y Viviendas para el Personal Subalterno de la Primera Zona Naval-Piura. Se requiere el Expediente Técnico de la Comandancia, Estación Naval y viviendas, con un plazo de ejecución de SETENTA Y CINCO (75) días calendario para la Elaboración del Expediente Técnico.
- Construcción de la Comandancia y la Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval - Piura. La construcción solo será de la Comandancia y Estación Naval (Cuartel), con un plazo de CIENTO CINCUENTA (150) días calendario para la Ejecución de la Obra.
- Implementación de Equipamiento y mobiliario para la Comandancia y la Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval - Piura.

Como podrá apreciar Ud. Señor Arbitro, no resulta lógico ni legal amparar pretensiones económicas por conceptos que son irreales.

Con relación a la sexta pretensión del demandante

26. El Consorcio solicita en su sexta pretensión: "Que se condene expresamente a La Marina al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral".

27. Al respecto, manifestamos señor Arbitro que quien deberá asumir el pago de los gastos arbitrales deberá ser el contratista, por promover una acción a todas luces **IMPROCEDENTE**.

6.1. Medios Probatorios ofrecidos por la ENTIDAD

En calidad de medios probatorios, la ENTIDAD ofreció las siguientes pruebas:

- a) Resolución Jefatural N° 066-2012-SUE 05: "Material" de fecha 14 de setiembre de 2012.
- b) Bases Administrativas de la Licitación Pública N° 004-2012 MGP/DIMATEMAR, para la "Elaboración del Expediente Técnico y Construcción de la Comandancia y Estación Naval (Cuartel) de la Primera Zona Naval-Piura".
- c) Acta N° 006-2012 de fecha 31 de octubre de 2012.
- d) Carta V.200-1329 de fecha 15 de noviembre de 2012.
- e) Carta de fecha 23 de noviembre de 2012 emitida por Consorcio El Sol.
- f) Carta de fecha 28 de noviembre de 2012 emitida por el Consorcio El Sol. (FALSA DECLARACION)
- g) Carta V.200-1386 de fecha 30 de noviembre de 2012.
- h) Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A.
- i) Carta V.200-0380 de fecha 08 de marzo de 2013 que contiene la Resolución de la Comandancia General de la Marina R/CGM N° 0117-2013 CGMG de fecha 06 de marzo de 2013.
- j) Informe Legal N° 001-2013 de fecha 25 de febrero de 2013 del Asesor Jurídico de la Inspectoría General de la Marina.
- k) Copia simple de la Constancia de Capacidad de Libre Contratación y de la Constancia de Inscripción del Registro Nacional de Proveedores.
- l) Oficio V. 1000-702 de fecha 15 julio 2013, dirigido al Árbitro Ad Hoc.
- m) Informe Consolidado N° 010-2010-CG/COT - Operativo de Control de las Exoneraciones de los Procesos de Selección - Ejercicio 2009.
- n) El Informe que deberá emitir el Registro Nacional de Proveedores respecto a las solicitudes emitidas por la Inmobiliaria Pazos S.A.C. Al respecto, se ha solicitado mediante Oficio V.10000-921 de fecha 03 de setiembre de 2013, un informe técnico.

6.2 Admisión de la contestación de la demanda presentada por LA ENTIDAD.

Que, mediante Resolución N° 03 notificada el 09 de octubre de 2013, el Árbitro Único, resolvió correr traslado al demandante del escrito de fecha 13 de setiembre de 2013 para que en el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la presente resolución, asimismo se tuvo por deducidas las excepciones, por contestada la demanda y por delegada la representación, corriendo traslado al demandante para que exprese lo conveniente de considerarlo necesario.

Mediante Resolución N° 04 de notificada el 08 de noviembre de 2013 se tiene por absuelto el traslado del escrito de fecha 13 de setiembre de 2013, excepciones y contestación de demanda. Cítese a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se llevara a cabo el 19 de noviembre de 2013 a horas 9:00, en la sede arbitral situada en: Av. Arequipa N° 3146 Oficina N° 402 – San Isidro – Lima. Asimismo, otorgar a las partes litigantes, el

plazo de cinco (05) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos, a su vez al demandado el plazo de tres (03) días hábiles para que absuelva el traslado del escrito de fecha 21 de octubre de 2013.

Asimismo, mediante Resolución N° 05 de notificada el 18 de noviembre de 2013 se resuelve ampliar la pretensión indemnizatoria por daño emergente y téngase presente los argumentos del escrito de fecha 13 de noviembre de 2013 presentado por el demandado, al momento de resolver los incidentes pendientes.

Que, mediante Resolución N° 06 de notificada el 18 de noviembre de 2013, téngase presente las propuestas de puntos controvertidos, presentados por ambas partes y reprogramese la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, para el 26 de noviembre 2013 a 9:00 am.

VII. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL UNICO ÁRBITRO

Con fecha 26 de noviembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En dicha oportunidad se reunieron el doctor José Talavera Herrera, en calidad de Árbitro Único y el Abog. Rony Salazar Martínez en calidad de Secretario Arbitral, por el demandante, se hizo presente el Sr. Ricardo Guillermo Florez Corbera, con DNI N° 07726017 y por el demandado el Dr. Julio Cesar Silva Ortiz con Reg. CAL 51895 abogado de la Procuraduría Pública de la Marina de Guerra del Perú.

7.1. De conformidad al numeral 27 del Acta de Instalación de fecha 08 de agosto de 2013 el Arbitro Único, reserva pronunciamiento sobre las excepciones (Incompetencia - Caducidad) y tachas deducidas por el demandado, hasta antes del momento de laudar. Sin perjuicio a la reserva antes indicada, se deja constancia de la concurrencia de las condiciones de la acción y presupuestos procesales para la existencia de una relación jurídica procesal válida.

El Arbitro Único, invito a las partes aún arribo conciliatorio, no pudiéndose efectuar por falta de acuerdo; no obstante se dejó abierta la posibilidad de conciliación en cualquier etapa del proceso, asimismo, procedió con la Audiencia conforme a las reglas establecidas en el Acta de Instalación.

7.2. El Árbitro Único, procedió a fijar como puntos controvertidos del presente proceso arbitral los siguientes: De conformidad con lo establecido en el numeral 29 del Acta de Instalación, el Arbitro Único, se encuentra facultado para determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento en el presente arbitraje, procediendo a establecer los puntos controvertidos en función de las pretensiones planteadas por las partes en el escrito de demanda, contestación y propuestas de puntos controvertidos; manifestando ambas estar de acuerdo con ello, habiendo determinado los siguientes puntos controvertidos:

Primer punto controvertido: Determinar si el CONSORCIO EL SOL transgredió el principio de presunción de veracidad, que tuvo como consecuencia la declaración de nulidad del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar ineficaz y/o nula la resolución Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A por parte de la Comandancia General de la Marina.

Tercer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la Marina de Guerra del Perú.

Cuarto punto controvertido: Determinar si corresponde o no, declarar resuelto el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A por causas imputables a la Marina de Guerra del Perú.

Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no indemnizar al Consorcio el Sol por los daños y perjuicios ocasionados y/o pérdida de la chance, como consecuencia del incumplimiento y/o resolución del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A.

Sexto punto controvertido: Determinar si corresponde o no el pago de las costas y costos del presente proceso a la parte vencida del arbitraje y/o su distribución a los litigantes en proporciones iguales, conforme a lo dispuesto en el Art. 56 de la Ley de Arbitraje.

En este estado, siendo los puntos controvertidos un marco referencial de análisis que deberá efectuar el Arbitro Único para resolver la presente controversia, se deja constancia que, al momento de laudar, podrá efectuarse o hacer referencia a cualquier otro extremo que encuentre controvertido por las partes, proveniente de las posiciones de las partes, pudiendo incluso realizar un análisis conjunto de los puntos controvertidos detallados en la presente acta e incluso, efectuar el análisis no necesariamente en el orden en el que han sido enunciados.

Las partes manifiestan su conformidad con lo establecido por el Arbitro Único en cada uno de los puntos en controversia señalados de manera precedente, así como de las facultades descritas en el párrafo anterior.

7.3. DE LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Seguidamente y de conformidad con lo establecido en el numeral 29 del Acta de Instalación, el Arbitro Único procedió a determinar la pertinencia de los medios probatorios que servirán de instrumento para dilucidar las controversias planteadas, los mismos que han sido ofrecidos por las partes.

- Por el demandante – CONSORCIO EL SOL:
 - Con respecto al medio probatorio contenido en el Anexo 1 y 2 del escrito de demanda, presentado con fecha 28 de agosto de 2013, no se admiten por no ser relevantes en la controversia.
 - Con respecto al medio probatorio contenido en el Anexo 3 al 28 del escrito de demanda, presentado con fecha 28 de agosto de 2013, se admiten por ser relevantes en la controversia.
 - Con respecto al medio probatorio contenido en el Anexo 29 del escrito de demanda, presentado con fecha 28 de agosto de 2013, estese a la reserva de la presente Acta.
 - Con respecto al medio probatorio contenido en el Anexo 1 y 2 del escrito de nuevos hechos, presentado con fecha 21 de octubre de 2013, se admiten por ser relevantes en la controversia.
- Por el demandado – MARINA DE GUERRA DEL PERU:

- Con respecto al medio probatorio contenido en el Anexo 1 al 14 del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 27 de setiembre de 2013, se admiten por ser relevantes en la controversia.

Sin perjuicio de haber admitido los medios probatorios ofrecidos por las partes, el Arbitro Único se reserva la facultad de solicitar a las partes la actuación de los medios probatorios que considere necesario.

VIII. ESCRITOS, ALEGASTOS E INFORME ORAL

Que, mediante Resolución N° 07 notificada el 28 de febrero del 2014, se resuelve DECLARAR IMPROCEDENTE la tacha propuesta en el escrito de fecha 13 de setiembre de 2013 y las excepciones de Incompetencia y Caducidad. Al principal y otrosí decimos del escrito de fecha 27 de noviembre de 2013 téngase presente.

Así, mediante Resolución N° 08 notificada el 28 de febrero del 2014, se resuelve otorgar al demandado, el plazo de tres (03) días hábiles de notificada la presente resolución, para que absuelva el traslado del escrito de fecha 05 de febrero de 2014, bajo apercibimiento de ser resuelto el pedido con o sin absolución en el estadio siguiente.

Mediante Resolución N° 09 notificada el 19 de marzo del 2014, se resolvió teniendo por cumplido el pedido de absolución por parte de la Marina de Guerra del Perú y resuélvase en estadio siguiente. Admítase el recurso de reconsideración presentado por la Marina de Guerra del Perú y córrase traslado al Consorcio EL SOL por el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la presente resolución, para que absuelva lo conveniente a su derecho.

Mediante Resolución N° 10 notificada el 15 de abril del 2014, se resuelve AMPLIAR la pretensión indemnizatoria por daño emergente por la suma de s/. 4,591.00 nuevos soles y como CONSECUENCIA la referida pretensión asciende a la suma total de s/. 212.648.2 nuevos soles. REQUERIR al demandante por el plazo de tres (03) días hábiles la presentación del documento que acredite el gasto asumido por la renovación de la Carta Fianza N° 0616-2004/FG, bajo apercibimiento de rechazar el pedido y al primer y segundo otrosí digo, téngase presente en su oportunidad.

Asimismo, mediante Resolución N° 11, se resuelve DECLARAR INFUNDADO el Recurso de Reconsideración de fecha 14 de marzo de 2014.

Mediante Resolución N° 12 notificada el 29 de abril del 2014, se resuelve OTORGAR el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la presente resolución, a fin que se presente el documento requerido y bajo apercibimiento de rechazar el pedido.

Así, mediante Resolución N° 13 notificada el 05 de mayo del 2014, se resuelve AMPLIAR la pretensión indemnizatoria por daño emergente por la suma de s/. 4,591.00 nuevos soles y como consecuencia la referida pretensión asciende a la suma total de s/. 217.239.2 nuevos soles.

Mediante Resolución N° 14 notificada el 13 de mayo del 2014, se resuelve REQUERIR al demandado para que dentro del plazo de cinco días hábiles de notificado

cumpla con remitir la información correspondiente al medio probatorio N° 14, bajo apercibimiento de rechazarlo por imposibilidad de actuación.

Asimismo, mediante Resolución N° 15 notificada el 27 de mayo del 2014, se resuelve RECHAZAR el medio probatorio N° 14 ofrecido por el demandado, por no tener medio probatorio por actuar. DISPONER la EXCLUSION de la Audiencia de Pruebas, por no tener medio probatorio por actuar. DISPONER a las partes la presentación de Alegatos Escritos dentro del diez (10) días de notificada la presente resolución.

Con Resolución N° 16 notificada el 03 de junio del 2014 se resuelve ADMITIR el recurso de Reconsideración presentado por la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ y córrase traslado al CONSORCIO EL SOL por el plazo de cinco días hábiles de notificada la presente resolución, para que absuelva lo conveniente a su derecho, bajo apercibimiento de ser resuelto el pedido con o sin absolución en el estadio siguiente.

Así, mediante Resolución N° 17 notificada el 07 de julio del 2014, se resuelve tener presente en su oportunidad el escrito N° 12. Por absuelto el traslado del recurso de reconsideración y resuélvase en su oportunidad. Tener por presentado los alegatos escritos del demandante y valórese al momento de resolver. Tener por presentado los alegatos escritos del demandando y valórese al momento de resolver. Al primer y segundo otrosí digo, teniendo relación directa con el recurso de reconsideración, resuélvase en su oportunidad.

Mediante Resolución N° 18 notificada el 07 de julio del 2014, se resuelve Tener presente al momento de resolver y trasladar a la demandada por el termino de tres (03) días hábiles de notificado para que exprese lo conveniente a su derecho de considerarlo necesario.

Mediante Resolución N° 19 notificada el 21 de julio del 2014, se resuelve ampliar la pretensión indemnizatoria por el daño emergente por la suma de S/. 4.591.00 nuevos soles y como consecuencia la referida pretensión asciende a la suma total de S/. 221.830.2 nuevos soles. Declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ contra la Resolución N°15 de fecha 27 de mayo de 2014. Al primer otrosí digo del recurso de reconsideración, primer y segundo otrosí digo del escrito de alegatos de la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ, estese a lo resuelto en la presente resolución. Tener presente al momento de resolver la conducta procesal de la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ. Tener presente el Oficio N° 1673-2013/SG y el Memorando N° 884-2013/SIR quedan respuesta al Oficio V.10000-921 de la Marina de Guerra del Perú. Prográmesse Audiencia de Informes Orales, para el 18 de Agosto del 2014, a horas 11:00 am, en la sede arbitral situada en Av. Arequipa N°3146 Oficina N°402 – San Isidro – Lima.

Mediante Resolución N° 20 notificada el 04 de agosto del 2014, se resuelve poner a conocimiento del demandante el pedido de nulidad y renuncia de arbitraje, para que exprese lo conveniente a su derecho, por el término de cinco (05) días de notificado. Asimismo se dispuso la suspensión del proceso arbitral, hasta que se resuelva la incidencia de recusación del Árbitro Único.

Mediante Resolución N° 21 notificada el 23 de diciembre del 2014, se resuelve levantar la suspensión de las actuaciones arbitrales y se dispone su continuación, en atención a lo resuelto RESOLUCIÓN N° 406-2014-OSCE/PRE de fecha 12 de

diciembre de 2014, en el sentido que declara INFUNDADA la recusación interpuesta por el Ministerio de Defensa – Marina de Guerra del Perú contra el Arbitro Único José Talavera Herrera.

Mediante Resolución N° 22 notificada el 14 de enero del 2015, se resuelve declarar infundada la nulidad, deducida por la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ. Improcedente la renuncia unilateral del arbitraje; y programación de audiencia de informes orales para el 27 de enero del 2015 a horas 10:00 am.

Mediante Resolución N° 23 notificada el 14 de enero del 2015, se resuelve ampliar la pretensión indemnizatoria por el daño emergente por la suma de S/. 9.182.00 nuevos soles y como consecuencia la referida pretensión asciende a la suma total de S/. 231.012.2 nuevos soles.

Con fecha 27 de enero del 2015, se lleva a cabo la Audiencia de Informe Oral con dirección del Árbitro Único José Talavera Herrera, asistencia del Secretario Arbitral Rony Salazar Martínez y participación de partes, por el Consorcio el Sol, el Sr. Ricardo Guillermo Florez Corbeta y Abog. Mario Fernando Drago Alfaro, por parte del Ministerio de Defensa – Marina de Guerra del Perú, el Abog. Agustín Nicolás Arosemena Angulo.

Acto seguido las partes hicieron valer su derecho a la defensa y las réplicas correspondientes, así como la absolución a las interrogantes formuladas por el árbitro único, posteriormente y verificando que no existe medio probatorio por actuar, se dispuso el cierre de la instrucción arbitral, señalando plazo para laudar.

Mediante Resolución N° 24 notificado el 03 de febrero del 2015 se resolvió poner a conocimiento de LA ENTIDAD el escrito N° 22 por el término de cinco días para que exprese lo conveniente a su derecho y con SUSPENSIÓN del plazo para laudar hasta que se absuelva el escrito N° 22.

Mediante Resolución N° 25 notificado el 16 de febrero del 2015 se resolvió disponer el cierre de la instrucción arbitral y se señala plazo para laudar.

Finalmente, mediante Resolución N° 26 notificado el 23 de febrero de 2015 se resolvió declarar fundada la reconsideración formulada por LA ENTIDAD, teniéndose por absuelto el traslado de la Resolución N° 24, teniéndose presente los argumentos expuestos al momento de resolver. Asimismo se dispuso el cierre de la instrucción arbitral y se fijó plazo para laudar por el plazo de treinta días hábiles de notificada la resolución.

IX. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el CONTRATO, así como lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1071; ii) que, EL DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de acción y al debido proceso; iii) que, de igual manera, LA ENTIDAD fue debidamente emplazada, ejerciendo plenamente su derecho a la defensa y; iv) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, pudiendo incluso ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

De igual manera, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Arbitro Único respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada, tomando de igual manera los mismos criterios para resolver la reconvencción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en nuestro país, el Arbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre que la valoración se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "...la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87)²²

Siendo ello así, el Arbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

X. NORMATIVA APLICABLE

En este punto, corresponde analizar al Arbitro Único la normativa aplicable al caso materia de controversia.

Sobre este aspecto, tratando la pretensión sobre incumplimiento de obligaciones contractuales, así como el pago de una indemnización por daños y perjuicios por inejecución y el reembolso de costas y costos, este Arbitro Único deja constancia que la ley aplicable al fondo de la controversia es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al haberse suscrito los contratos bajo el marco normativo antes señalado. En caso de existir un vacío en las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado o en su Reglamento, será de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en el derecho público aplicable y en su defecto las normas del derecho común.

XI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

²² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

DETERMINAR SI EL CONSORCIO EL SOL TRANSGREDIÓ EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE VERACIDAD, QUE TUVO COMO CONSECUENCIA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A

Sobre el particular se pasa analizar puntualmente los hechos y las causas relevantes respecto a la supuesta transgresión del principio de presunción de veracidad, conforme al siguiente detalle:

Con la Resolución de Comandancia General de la Marina N° 011-2013 CCGM, se declara la nulidad del Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A de fecha 03 de diciembre del 2012.

La Entidad expresa que la nulidad se sustenta en el hecho que el contrato se firmó fuera del plazo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por razones en que supuestamente el Consorcio el Sol habría sorprendido e inducido a error a la Entidad, al haber argumentado que las constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de Libre Capacidad de contratación del consorciado INMOBILIARIA PAZOS S.A. no fueron obtenidos en su oportunidad por causas atribuibles al OSCE; sin embargo estas no fueron obtenidos a tiempo en razón a que en el plazo legal para la firma del contrato el referido consorciado no tenía RNP vigente para contratar con el Estado como ejecutor de obras; vulnerando de esta manera el principio de presunción de veracidad.

Por su parte el Consorcio el Sol, señala básicamente que con fecha 23 de noviembre del 2012, presento información a la Entidad dejando constancia de que quedaba pendiente de entregar algunos documentos, entre los cuales se encontraría la "CONSTANCIA DE NO ESTAR INHABILITADO DE CONTRATAR" y la "CONSTANCIA DE LIBRE CONTRATACIÓN" del consorciado INMOBILIARIA PAZOS; el documento obra en autos como ANEXO 7 de la demanda y cuenta con sello de recepción de parte de la Entidad y con la anotación de RECEPCION PARCIAL de documentos.

Asimismo señala que con fecha 30 de noviembre del 2012 se comunicó a la Entidad que el consorcio habría presentado toda la documentación solicitada para suscribir el contrato con excepción de las "CONSTANCIA DE NO ESTAR INHABILITADO DE CONTRATAR" y la "CONSTANCIA DE LIBRE CONTRATACIÓN" del consorciado INMOBILIARIA PAZOS, dejando constancia en el documento que la falta de la constancia se debe a que el Organismo Superior de las Contrataciones del estado - OSCE no ha cumplido con emitirlo a pesar de que el día 22 de octubre se solicitó la inscripción respectiva, tal como se puede observar en la copia del cargo que se adjunta; el documento obra en autos como ANEXO 9 de la demanda y cuenta con sello de recepción de parte de la Entidad.

En el documento de fecha 30 de noviembre del 2012 antes aludido, se expresa que con fecha 19 de noviembre del 2012 el Consorcio el Sol, comunicó al OSCE el consentimiento de la Buena Pro y a la vez reitero la solicitud para la emisión de las constancias. Asimismo con documento de fecha 28 de noviembre del 2012 el Consorcio el Sol volvió a solicitar la aprobación del trámite y la expedición de las constancias; los documentos obran en autos como ANEXO 9 de la demanda.

Finalmente, obra como ANEXO 10 de la demanda, la "CONSTANCIA DE NO ESTAR INHABILITADO DE CONTRATAR CON EL ESTADO" de fecha 03 de diciembre del 2012.

Conforme a los hechos resumidos y verificados por el árbitro único, corresponde desarrollar si las actuaciones de parte del Consorcio el Sol, trasgreden el principio de presunción de veracidad.

En primer lugar, el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar²³ y el artículo 42²⁴ de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante la LPAG, consagran el principio de presunción de veracidad de los documentos y declaraciones juradas presentadas por los particulares durante un procedimiento administrativo. Ello implica que, en todo procedimiento administrativo, debe presumirse que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados se encuentran conforme a lo prescrito por ley y responden a la verdad de los hechos que afirman.

No obstante, la presunción de veracidad no tiene un carácter absoluto, toda vez que conforme a las normas citadas la sola existencia de una prueba en contra de lo afirmado en las declaraciones juradas o de lo indicado en los documentos presentados, obliga a la administración pública a apartarse de la referida presunción.

De otro lado, como contrapeso al principio de presunción de veracidad, el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece la vigencia del principio de controles posteriores²⁵, según el cual, las Entidades deben privilegiar las técnicas de control posterior, en lugar de las técnicas de control preventivo, en los procedimientos que se desarrollan bajo su competencia. En tal sentido, la Administración tiene el derecho de comprobar, más adelante, la veracidad de los documentos presentados por los administrados en los procedimientos.

Asimismo, el artículo 32º de la LPAG establece que mediante la fiscalización posterior la Entidad ante la cual se ha desarrollado el procedimiento administrativo, queda obligada a verificar la autenticidad de las declaraciones, documentación e información presentada mediante el sistema de muestreo.

²³ Numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar: "Principio de presunción de veracidad: En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario".

²⁴ Artículo 42º de la LPAG:
"42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario...".

²⁵ "Principio de privilegio de controles posteriores: La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz" (el resaltado es agregado).

En tal sentido, los documentos y declaraciones que se presenten durante la tramitación de un proceso de selección podrán ser sujetos de fiscalización posterior a fin de corroborar su veracidad y autenticidad.

De lo señalado en los párrafos precedentes se desprende que, en virtud del régimen administrativo general, los documentos y declaraciones presentados en un proceso de selección gozan de la presunción de veracidad, por lo que se presume la certeza de su contenido, salvo que exista prueba en contrario.

En esa medida, tratándose de un procedimiento de selección sujeto a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, sólo si existe prueba de que la información contenida en los documentos y/o declaraciones presentadas no corresponde a la verdad de los hechos, se desvirtuaría la presunción de veracidad, dando lugar a las acciones previstas en la Ley y en el Reglamento²⁶.

Sin embargo conforme a la verificación de documentos aportados al proceso por las partes, no se trataría de documentación falsa o inexacta que transgredan el principio de veracidad, máxime que existe comunicación de parte del Consorcio el Sol en donde comunica a la Entidad sobre la demora en la emisión de las constancias.

Es importante señalar que el principio de presunción de veracidad, reza determinando vicios provenientes de ilegalidad como la presentación y existencia de documentación falsa o inexacta para lograr un determinado fin, como lo sería la suscripción del contrato y en que en el caso particular no ha existido pues la Entidad ha tenido pleno conocimiento que la Inmobiliaria Pazos aún no se encontraba inscrita en el RNP como contratista ejecutor de obras, conforme se puede verificar en el documento de fecha 30 de noviembre del 2012.

De manera determinante se puede verificar que el Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A fue suscrito por ambas partes, el 03 de diciembre del 2012, es decir cuando ya se había constatado la confluencia de los requisitos para su aprobación, como lo es la referida constancia de no estar inhabilitado para contratar con el estado y libre capacidad de contratación, de la misma fecha de la suscripción del Contrato N° MGP/DGM/DIT-2012-040-A, por ello no se puede concluir que el contrato fue suscrito fuera de plazo, cuando existe el asentimiento de parte de la Entidad, máxime que el contrato por su naturaleza tiende a materializar la voluntad de las partes contratantes.

Por otro lado, es de señalar que ante esta pretensión referida a la transgresión del principio de veracidad, la Entidad formulo ante el Tribunal de Contrataciones del OSCE la aplicación de sanción por la supuesta responsabilidad administrativa al haber presentado supuesta documentación con información inexacta; la misma que fue resuelta el Tribunal de Contrataciones, mediante Resolución N° 1424-2014-TC-S2 con las siguientes conclusiones:

²⁶ La presentación de un documento falso o inexacto durante la tramitación del proceso de selección trae como consecuencia la descalificación de la propuesta técnica o la declaratoria de nulidad de la buena pro, en caso dicha documentación haya sido otorgada por el ganador de la buena pro. No obstante, si dicha falsedad o inexactitud no es advertida sino hasta después de la suscripción del contrato o en ejecución de éste, la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad de dicho contrato, conforme al artículo 57° de la Ley, concordado con el artículo 202° del Reglamento.

- "No se verifica que la Carta S/N del 28 de noviembre del 2012 contenga información inexacta, pues esta hace referencia al trámite pendiente de inscripción como ejecutor de obrar de la empresa Inmobiliaria Pazos SAC, lo que tiene como consecuencia la falta de emisión de las constancias de no estar inhabilitado para contratar con el estado y libre de contratación, lo cual se encontraría acreditado con la realidad"
- "NO HA LUGAR A LA IMPOSICION DE SANCION CONTRA LAS EMPRESAS MB INGENIEROS ASOCIADOS SAC, MARSEBAL SAC, CORPORACIÓN INGENIERÍA Y DESARROLLO SAC, INGENIEROS Y CONSULTORES CONTRATISTAS ASOCIADOS SRL – ICCASOC SRL, INMOBILIARIA PAZOS SAC y EL SEÑOR MOISES BRAVO HINOSTROZA, integrantes del CONSORCIO EL SOL, por la supuesta responsabilidad administrativa al haber presentado supuesta documentación con información inexacta, tipificada en el literal J) del numeral 51.1 del artículo 51 de la ley de Contrataciones del estado, aprobada por el decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N° 29873, en marco de la Licitación Publica N° 04-2012-MGP/DIMATER – Primera Convocatoria".

En ese sentido y sin ser concordante con lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones, el Arbitro Único sea creado la convicción que el Consorcio el Sol no ha transgredido el principio de presunción de veracidad y como consecuencia a ello no se debió declarar la nulidad del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR INEFICAZ Y/O NULA LA RESOLUCIÓN CONTRATO N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A POR PARTE DE LA COMANDANCIA GENERAL DE LA MARINA.

A fin desarrollar en punto controvertido, es importante tomar en cuenta lo desarrollado en el análisis del punto anterior, en el sentido que se concluye que el Consorcio el Sol no ha transgredido el principio de presunción de veracidad.

Por otro lado, a fin de verificar respecto a ineficacia y nulidad de la resolución del Contrato, es necesario confrontar si la resolución contractual reúne los presupuestos para su obtención, es decir si existe causal o supuesto en la normativa en contrataciones que ampare la resolución contractual efectuada por la Entidad.

El artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, desarrolla lo siguiente:

Artículo 56. Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación (...)

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración.
- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. Este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

En ese sentido y conforme a lo prescrito por el Art. 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, el árbitro único no encuentra causal aplicable al Consorcio el Sol para que se haya declarado la nulidad del Contrato, máxime que para la aplicación de las causales contenidas en el Art 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, es necesario una aplicación restrictiva e imperativa de la norma, por ello al no evidenciarse y verificarse un vicio de nulidad incurrido en alguna de las causales o supuestos que prevé la norma, el árbitro único se ha creado la convicción que la Entidad ha distorsionado la finalidad de la nulidad de oficio y con ello resulta congruente disponer la ineficacia de la resolución del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A efectuada por la Entidad.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LA MARINA DE GUERRA DEL PERÚ.

Habiéndose verificado y analizado en ambos puntos anteriores respecto al hecho que el Consorcio el Sol no transgredido el principio de presunción de veracidad y por el contrario la Entidad resolvió indebidamente el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A, corresponde analizar el cumplimiento de obligaciones en el tiempo de parte de la Entidad, tomando como base que existió una manifiesta voluntad entre las partes la celebrar el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A para la ELABORACION DE EXPEDIENTE TECNICO Y CONSTRUCCION DE LA COMANDANCIA Y ESTACION NAVAL (CUARTEL DE LA PRIMERA ZONA NAVAL – PIURA”.

El Consorcio el Sol, con fecha 08 de enero de 2013 solicita a la Entidad la copia de la Partida Registral del terreno a fin de realizar el trámite de habilitación urbana; el referido documento obra en autos como ANEXO 12 de la demanda y no cuenta con respuesta de la Entidad.

El Consorcio el Sol, con fecha 23 de enero del 2013 presento a la Entidad el Anteproyecto del predio para construcción de la Comandancia y Estación Naval de la Primera Zona Naval – Piura; el referido documento obra en autos como ANEXO 13 de la demanda y detalla una seria de coordinaciones realizadas con

personal de la Entidad. Asimismo se vuelve a solicitar la copia de la Partida Registral; el referido documento obra en autos como ANEXO 13 de la demanda.

Ante el requerimiento del Consorcio el Sol, la Entidad con fecha 25 de enero del 2013 envía comunicación señalando que el predio materia de ejecución de obra, se encuentra inscrito a favor de la Marina de Guerra del Perú en la ficha N° 025409 del Registro de Predios de Piura y el cual ha sido destinado a la construcción de un complejo de viviendas y oficinas administrativas, en merito a la Resolución Suprema N° 154-79-VC-5600 de fecha 06 de julio de 1979; el referido documento obra en autos como ANEXO 14 de la demanda y adjunta copia literal de propiedad y copia de la Resolución Suprema N° 154-79-VC-5600.

El Consorcio el Sol, con fecha 13 de febrero del 2013, reitera a la Entidad la aprobación del Anteproyecto a efectos de culminar con la elaboración del Expediente Técnico; el referido documento obra en autos como ANEXO 15 de la demanda y no cuenta con respuesta de la Entidad.

El Consorcio el Sol, con fecha 27 de febrero del 2013, vuelve a reiterar a la Entidad la aprobación del Anteproyecto; el referido documento obra en autos como ANEXO 16 de la demanda y no cuenta con respuesta de la Entidad.

La Entidad con fecha 08 de Marzo de 2013, comunica al Consorcio el Sol, la expedición de la Resolución de Comandancia General de la Marina R/CGM N° 0117-2013 CGMG por la cual se resuelve el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A.

En ese sentido, se procede analizar las actuaciones de las partes a fin de verificar el cumplimiento de prestaciones.

En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.

Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver²⁷ el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

Al respecto, como una de las cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que "(...) En caso de **incumplimiento** por parte del contratista de alguna

²⁷ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El resaltado es agregado). En Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

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, (...). 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 resaltado es agregado).

Asimismo, el último párrafo del artículo 168 del Reglamento precisa que "El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, (...), 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." (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato²⁸ o a las prestaciones involucradas.

²⁸ En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

En ese sentido y verificando las pruebas aportadas al procesos por las partes, se concluye que el Consorcio el Sol cumplió con la prestación a su cargo, caso distinto a la Entidad que en vez de asumir su responsabilidad contractual decidió indebidamente con resolver el contrato por supuestos alejados a la norma de contrataciones, máxime que ante el perfeccionamiento del contrato la Entidad se encontró en la obligación de prestar la facilidades, siguiendo con procedimiento pactado previamente y descritos en la bases, como la aprobación del anteproyecto, razón por la cual el árbitro único se ha creado la convicción que el incumplimiento contractual deviene de la Entidad.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO, DECLARAR RESUELTO EL CONTRATO N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A POR CAUSAS IMPUTABLES A LA MARINA DE GUERRA DEL PERÚ.

Para efectos de resolver este punto controvertido, es necesario establecer las causales y el procedimiento establecido para la resolución de contratos de servicios.

Sobre el particular, el artículo 44²⁹ de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que la resolución del contrato procede cuando: (i) ambas partes así lo convengan; (ii) en caso fortuito o fuerza mayor y (iii) ante el incumplimiento de una de las partes.

En el presente caso, la resolución del contrato se produjo, en opinión de la Entidad, por trasgresión al principio de presunción de veracidad, sin embargo y conforme a lo desarrollado en los puntos anterior dicha trasgresión de parte del Consorcio el Sol, no ha existido, por ello se estima pertinente analizar específicamente la resolución contractual por incumplimiento de la Entidad, en el sentido que si la entrega del Anteproyecto constituye una obligación esencial del parte del Entidad.

Una obligación esencial se define como aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, con ello, satisfacer el interés de la contraparte.

De dicha definición se desprende que existen obligaciones esenciales tanto para la Entidad como para el contratista, debido a que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.

²⁹ **Artículo 44.- Resolución de los contratos**

Qualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismo antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo

En ese sentido la resolución del contrato es una forma anticipada de extinción del contrato prevista para situaciones que imposibiliten ejecutar las prestaciones pactadas o como paliativo ante el incumplimiento de estas por alguna de las partes.

En esa medida, un contratista está facultado a resolver el contrato cuando la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, sin embargo en el caso en particular no fue posible que el Consorcio resuelva el contrato, pues conforme a la documentación proporcionada como medio probatorio, el Consorcio estuvo a la espera de la aprobación del anteproyecto, cuando la Entidad le resolvió el contrato, por ello el árbitro único sea creado la convicción que el incumplimiento de obligaciones deviene de parte de la Entidad y al no alcanzar a la fecha la finalidad del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A corresponde resolver el contrato por responsabilidad a la Entidad.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO INDEMNIZAR AL CONSORCIO EL SOL POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS Y/O PERDIDA DE LA CHANCE, COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO Y/O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A.

En lo que respecta a este punto controvertido, el Consorcio el Sol, solicita el pago de una indemnización por DAÑO EMERGENTE, estimada en S/. 213,012.2 nuevos soles; LUCRO CESANTE, estimada en S/. 150, 351.20; y PÉRDIDA DE LA CHANCE, estimada en S/.150,351.20 nuevos soles.

En cuanto al daño emergente, el demandante señala haber sufrido un perjuicio económico derivado del incumplimiento de la obligación contractual por la Entidad, ya que cuando la Entidad decidió declarar la nulidad del contrato de manera temeraria e incluso cuando no existía causal imputable generaba como consecuencia directa e inmediata, que todos los gastos en los que incurrió el Consorcio fueran reembolsados.

Asimismo, expresa que de conformidad con el Art. 1321 del Código Civil, la Entidad queda sujeta a la indemnización por daños y perjuicios al no ejecutar sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Agrega que es indiscutible que la Entidad al declarar la nulidad del Contrato sin que medie un causal imputable obro con dolo o por los menos con culpa grave. Es claro que la Entidad sabía que la causal que imputaba (violación de la presunción de veracidad) no era veraz. Era una deliberada excusa para deshacerse del Consorcio y utilizar el terreno objeto del contrato para otro fin.

Respecto al lucro cesante, el demandante sostiene haber sufrido un perjuicio constituido por la utilidad proyectadas a recibir según la propia oferta económica presentada al momento de postular.

Respecto a la pérdida de chance, el demandante sostiene que por el incumplimiento de obligaciones de la Entidad, el Consorcio ha perdido por lo menos, la oportunidad de conseguir un contrato con las mismas condiciones, así como la pérdida de un año de actividades que podría haber realizado en otras obras.

De lo anterior se puede colegir, que en el presente caso y de acuerdo a lo alegado por el demandante nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad civil, en donde debe dilucidarse si las actuaciones desplegadas por la Entidad (derivados del incumplimiento de sus obligaciones) han causado algún tipo de menoscabo a la esfera patrimonial del demandante, y si dicho daño debe ser resarcido.

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

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

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

Lo anterior nos sirve como punto de partida para concluir que los daños invocados por el demandante, son de un lado, de naturaleza patrimonial constituida por daño emergente y lucro cesante que le habría ocasionado la entidad. En ese sentido, el Arbitro Único a efectos de emitir pronunciamiento al respecto, conviene en desarrollar los alcances de tipos de daño, dentro de lo que se conoce como daño resarcible.

Que, respecto al daño, cabe manifestar que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento en relación a su situación precedente, es decir, luego "...de

la formulación de un juicio de valor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir..."(30).

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

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

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

De ahí que, el Arbitro Único considera necesario que se realice la distinción entre daño emergente y lucro cesante con relación a este requisito, al ser diferente el tipo de certeza requerida para la demostración sobre los alcances del daño, aun cuando estos dos aspectos del daño resarcible están más bien referidos al contenido del resarcimiento y, por ende, vinculados al principio de la reparación integral.

En efecto, en lo que respecta al concepto de daño emergente, en cuanto a su diferenciación con el concepto de lucro cesante, debe tenerse presente que es pacífico en la doctrina reconocer que el daño al patrimonio abarca, en principio, esos dos grandes conceptos. Por daño emergente, debe entenderse el empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño; esto es, que dicho evento "...sustraer una cantidad que ya tenía el damnificado..."(31) o, lo que es lo mismo decir, "...al momento del siniestro, el damnificado sufre una pérdida de valores que ya tenía y que bien está representada en los gastos afrontados..."(32). En cambio, por lucro cesante debe entenderse "...todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino..."(33); esto es, que dicho evento "...impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado..." o, lo que es lo mismo decir "...lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado..."(34).

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

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

(32) Ibidem. Pág. 181.

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

(34) FRANZONI, Massimo. Ob. Cit. Pág. 181.

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

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

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

- Acaecer fáctico; esto es, "como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico"(35); y como
- Acaecer lógico; esto es, que el daño -como hecho consecuencia- sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo - hecho causal.

En este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño, comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal. En palabras de **ZANNONI**, la "...certidumbre del daño (...) constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria..."(36).

Por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado "daño eventual" o "hipotético", entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado(37).

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

(36) Ob. Cit. Pág. 52.

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

Por lo dicho, resulta evidente que, tratándose del resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño, sin olvidarse que dicha prueba no guarda la misma proporcionalidad en uno y en otro. La certeza del daño emergente, toda vez que éste se trata de un evento que sustrae una cantidad o utilidad que ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, apunta justamente a la necesidad de probanza de la existencia de dicha utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida. En cambio, la probanza de la certeza del lucro cesante, no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado **FRANZONI**, "...en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin que el mismo se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro..."(38).

En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que éste se delimite por un **juicio de probabilidad**. A estos efectos, el profesor **SANTOS BRIZ** ha señalado que "...a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el *lucrum cessans* se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de 'ganancia frustrada' (39).

De conformidad a lo antes indicado, resulta entonces evidente que el objeto de la prueba a que queda sometida la víctima en materia de responsabilidad es diversa, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Como indica **FRANZONI**, se puede decir que "...en la hipótesis de pérdidas sufridas ya producidas al momento del juicio, la prueba del damnificado asumirá normalmente las formas de la prueba directa e histórica. Esto es, tenderá a demostrar exactamente el quantum del empobrecimiento (...). Cuando el daño se presente bajo la forma de falta de ganancia y permanezca por el tiempo sucesivo al juicio, la prueba es indirecta y de naturaleza tal que le suministre los elementos

garrera, nada aseguraría que la ganara (lo que significa que el resarcimiento del resultado - pérdida del premio - no es posible de ser demandado, al constituir un daño incierto).

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

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

necesarios al Juez que le permita sacar sus propias conclusiones..."(40). Bien ha escrito **GRAZIANI** al respecto, refiriéndose al lucro cesante, indicando que "...el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino, son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor; al demandado, cuando intenta sustraerse a la obligación del resarcimiento, incumbe la prueba de los hechos impeditivos..." (41).

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

Que, en el presente caso, debemos señalar que en lo que respecta al daño emergente alegado por el demandante, ésta parte adjunta una serie de documentos que acreditan los gastos incurridos por el demandante en atención al cumplimiento de sus obligaciones contractuales; los referidos documentos obran en el ANEXO 29 de la demanda, sin embargo confrontado documentos, se consideran con valor probatorio únicamente los siguientes:

- Elaboración de propuesta técnico económica: S/.15,000.00
- Registro en el OSCE de la inmobiliaria Pazos para convocatoria: S/.781.00
- Certificación de habilidad del Colegio de Ingenieros. S/. 270.00
- Comisión de FOGAPI por carta fianza de seriedad de la oferta: S/. 949.00
- Pago por peritaje de los inmuebles: S/.500.00
- Registro en el OSCE de los consorciados: S/. 1,986.00
- Carta Fianza FOGAPI ,as gastos FOGAPI y renovación: S/.18,362.00
- Pago de Minuta del Consorcio en la Notaria del Pozo: S/.500.00
- Pago por seguro de inmuebles, más carta fianza: S/. 1,606.00
- Gastos de elaboración de ejecución de proyecto a nivel de ejecución: S/.55,600.00
- Gastos registrales: S/. 110.00
- Contrato de Gerenciamiento de Obra: S/.24,480.00
- Contrato de Alquiler y traslado de equipos (volquetes, excavadoras y bobcat): S/. 28,000.00
- Acuerdo extrajudicial por anulación de contrato de gerenciamiento de obra: S/. 15,000.00
- Renovación de Cartas Fianzas: S/. 27,546.00

Asimismo por no encontrarse debidamente sustentado se excluyen los siguientes conceptos:

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

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

- Gastos de oficina desde octubre de 2012 a febrero de 2013 : S/.23,145.71
- Gatos Financieros: S/.13,773.00

Sobre el particular, el Arbitro Único considera pertinente señalar que, la Entidad, no ha negado los gastos alegados por el demandante, ni los monto.

Con relación al lucro cesante, aspecto que forma parte de los daños y perjuicio alegados por el demandante, el Árbitro Único debe realizar el siguiente análisis:

Según se ha determinado a lo largo de la presente decisión, la Entidad incumplió con su obligación contractual, no habiendo aportado prueba idónea que pudiera sustentar las razones de dicho incumplimiento.

Dentro de este orden de ideas, resulta claro que al momento de suscribir el Contrato, el demandante tenía una expectativa de una utilidad, la misma que no ha sido obtenida, no sólo en cuanto al monto de la misma, sino en cuanto a la oportunidad debida, hecho que conlleva a un costo mayor por la pérdida de oportunidad.

En ese sentido y a fin de cuantificar correctamente este concepto, se considera pertinente tomar el valor de utilidad descrito en la PROPUESTA ECONOMICA por la Licitación Publica N° 004-2012-MGP/DIMATEMAR por la "ELABORACION DEL EXPEDIENTE TÉCNICO Y CONSTRUCCIÓN DE LA COMANDANCIA Y ESTACIÓN NAVAL (CUARTEL) DE LA PRIMERA ZONA NAVAL - PIURA" en donde se encuentra debidamente detallado, conforme a lo siguiente:

- Formato 2 Presupuesto Detallado – Expediente Técnico – Utilidad: S/. 3,281.52
- Formato 2 Presupuesto Detallado – Cuartel – Utilidad: S/. 82,942.59
- Formato 2 Presupuesto Detallado – Comandancia – Utilidad: S/. 53,186.20
- Formato 2 Presupuesto Detallado – Equipamiento– Utilidad: S/. 1,409.25
- Formato 2 Presupuesto Detallado – Mobiliario – Utilidad: S/. 6,816.95
- Formato 2 Presupuesto Detallado – Gastos Administrativos – Utilidad: S/. 2,714.69

Con relación a la pérdida de chance, no resulta analizable en razón a que no existe causal probatorio, por lo que el árbitro único desestima esta pretensión, máxime que no se puede determinar las posibilidades o expectativas futuras de empresa.

La decisión adoptada en materia indemnizatoria en general se realizan en función a lo establecido por el artículo 1332 del Código Civil, el cual dispone que:

Artículo 1332.- Valoración equitativa del resarcimiento

"Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"

En consecuencia, el Arbitro Único considera amparable en parte el pedido indemnizatorio formulado por el demandante.

Finalmente, en cuanto al pago de intereses legales, se estima pertinente señalar que el reconocimiento de daños y perjuicios es establecido a partir de la presente

decisión, su obligación es generada por expresa disposición del Árbitro Único. De ahí que, corresponde reconocer intereses legales a partir de la emisión del laudo arbitral.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO A LA PARTE VENCIDA DEL ARBITRAJE Y/O SU DISTRIBUCIÓN A LOS LITIGANTES EN PROPORCIONES IGUALES, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ART. 56 DE LA LEY DE ARBITRAJE.

Que, con relación a este punto controvertido, es pertinente señalar que de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo No 1071, el Arbitro Único se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.

De igual manera, el artículo 70 del Decreto Legislativo No 1071, precisa lo siguiente:

"Artículo 70.- Costos

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

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

Por su parte, el inciso 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo No 1071, señala lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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

Dentro de este marco, el Arbitro Único ha apreciado que durante la prosecución del proceso arbitral, la Entidad no ha cumplido con cancelar los honorarios profesionales del árbitro ni del secretario arbitral, siendo éstos asumidos íntegramente por EL CONSORCIO.

En tal sentido, siendo facultad del Árbitro Único establecer la condena de costas y costos del proceso, el Tribunal Arbitral estima pertinente disponer que la Entidad asuma los gastos en los que han incurrido en soportar la tramitación del presente proceso arbitral y por tanto considera pertinente declarar fundado este punto controvertido, siendo pertinente liquidar este punto a fin de precisar suma líquida.

GASTOS ASUMIDOS POR HONORARIOS ARBITRALES

CONSORCIO EL SOL	MARINA DE GUERRA DEL PERÚ
Honorarios del Árbitro Único: S/.20,000.00	0
Honorarios Secretaría Arbitral: S/.10,000.00	0
TOTAL: S/. 30,000.00	

En cuanto a los costos procesales, se tiene que la parte demandante presento como anexo una propuesta de honorarios suscrito con el abogado Mario Fernando Drago Alfaro, pactándose a favor del abogado el 10% del monto total a pagar del laudo y un honorario de éxito equivalente a S/.12,000.00 nuevos soles; no obstante ello y siendo facultad de Arbitro Único la aceptación o denegatoria de honorarios profesionales en base a las actuaciones procesales y la complejidad del caso, se considera pertinente disponer que la asunción de este concepto le corresponde exclusivamente al CONSORCIO, deviniendo en improcedente el pedido respecto a los costos del proceso.

CUESTIONES FINALES

Finalmente, estando a los considerandos precedentes y siendo que el Arbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y dejando que a través del presente laudo, el Arbitro Único se pronuncia sobre todas las pretensiones formuladas por las partes.

FALLO ARBITRAL:

Por las consideraciones antes expuestas el **ARBITRO UNICO, LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la PRIMERA PRETENSION de la demanda, determinada como primer punto controvertido, en consecuencia, el CONSORCIO EL SOL, no trasgredió el principio de presunción de veracidad.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la SEGUNDA PRETENSION de la demanda, determinada como segundo punto controvertido, en consecuencia, se **DECLARA INEFICAZ** el acto resolutive del Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A por parte de la Comandancia General de la Marina de Guerra del Perú.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la TERCERA PRETENSION de la demanda, determinada como tercer punto controvertido, en consecuencia, se **DECLARA** el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la Marina de Guerra del Perú.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la CUARTA PRETENSION de la demanda, determinada como cuarto punto controvertido, en consecuencia, se **DECLARA** resuelto el Contrato N° MGP-DGM/DIT-2012-040-A por causas imputables a la Marina de Guerra del Perú.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la QUINTA PRETENSION de la demanda, determinada como quinto punto controvertido, en consecuencia, se **ORDENA PAGAR** a favor del CONSORCIO EL SOL , la suma de **S/. 190,690.00** nuevos soles, por concepto de daño emergente y la suma de **S/. 150,351.20** nuevos soles, por concepto de lucro cesante; e **INFUNDADA** respecto a la pretensión de pérdida de chance.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la SEXTA PRETENSION de la demanda, determinada como sexto punto controvertido, en consecuencia, se **ORDENA PAGAR** a favor del CONSORCIO EL SOL , la suma de **S/.30,000.00** nuevos soles, por concepto de costos del proceso; e **IMPROCEDENTE** respecto al pago de honorarios profesiones del abogado asesor.



JOSÉ TALEVERA HERRERA
Árbitro Único



RONY SALAZAR MARTINEZ
Secretario Arbitral

Resolución N° 30

Lima, 20 de Abril de 2015

VISTOS: El escrito de fecha 14.04.15 presentado por la Marina de Guerra del Perú; y **CONSIDERANDO:**

1. Con el escrito de vistos, la Marina de Guerra del Perú solicita uso de la palabra.
2. Mediante Resolución N° 26 el árbitro único, dispuso el cierre de la instrucción arbitral, exhortando a las partes para que no presenten escritos a fin de redactar el laudo arbitral.
3. Con fecha 27.01.15 se realizó audiencia de informes orales con participación de la Marina de Guerra del Perú y el Consorcio el Sol, en donde la partes tuvieron la oportunidad de expresar sus argumentos de hecho y derecho, por ello y ya habiéndose emitido Laudo Arbitral y estando únicamente pendiente resolver el pedido de interpretación formulado por la Marina de Guerra del Perú, no corresponde acceder el pedido.

Por las consideraciones antes expuestas, el ARBITRO ÚNICO **RESUELVE:**

UNICO: DENIEGUESE el pedido de informe oral.

Resolución N° 31

Lima, 20 de Abril de 2015

Puesto a despacho a la fecha; y **ATENDIENDO:**

1. Que, mediante escrito presentado el 23.03.15 la Marina de Guerra del Perú, realizó pedido de interpretación del laudo arbitral.
2. Que, al respecto, el numeral 43) del Acta de Instalación indica, en relación a los recursos no impugnativos contra el laudo, que:

"(...) Estos recursos deberán ponerse en conocimiento de la otra parte para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, pueda manifestar lo conveniente a su derecho. Vencido este plazo, el Arbitro Único resolverá en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución de tráigase para resolver. (...)"

3. Que, en tal sentido, mediante Resolución N° 28 se corrió traslado al Consorcio el Sol (en adelante, el Consorcio) del escrito presentado por la Marina de Guerra del Perú, para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho de considerarlo necesario.

4. Que, la citada Resolución N° 28 se notificó al Consorcio el 25.03.15, conforme consta en el respectivo cargo de notificación que obra en el expediente; en tal sentido, el plazo para que el Consorcio absuelva el traslado conferido vencía el 01.04.15.
5. Que, mediante escrito presentado el 31.03.15, esto es estando dentro del plazo otorgado para tales efectos, el Consorcio absolvió el traslado conferido, conforme a los términos del escrito.
6. Que, mediante Resolución N° 29 notificada el 08.04.15, se tuvo por absuelto el traslado conferido, por lo que encontrándose el pedido interpuesto frente al laudo expedidos para ser resueltos, se fijó el plazo para resolver tales pedidos en quince (15) días hábiles

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que, de acuerdo con el numeral 43) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes aceptaron y reconocieron la facultad de cualquiera de ellas, para solicitar al Árbitro Único la rectificación, integración, interpretación y/o exclusión del Laudo en lo que consideren conveniente.

SEGUNDO. Que, asimismo, el artículo 58° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje en la actualidad, también contempla estos tipos de pedidos.

TERCERO. Que, siendo ello así, corresponde que el Arbitro Único se pronuncie sobre por recurso no impugnativo formulado, de la siguiente manera:

A. El laudo debe aclarar el fundamento que lo lleva a concluir ilegalmente que es viable suscribir un contrato fuera del plazo de ley en contravención expresa a los dispuesto en el Art. 148°-2008-EF.

B. El laudo debe aclarar bajo que fundamento aplica ilegalmente el principio de voluntad de las partes para ampliar el plazo de firma de contrato cuando ya había operado la pérdida de la buena pro por mandato de ley.

C. El laudo debe aclarar porque no ha aplicado lo dispuesto en el art. 56 de la Ley de Contrataciones del Estado que dispone la obligación de declarar la nulidad de oficio cuando el contrato ha sido firmado sin seguir el procedimiento establecido en la ley.

D. El laudo debe aclarar PORQUE ESTABLECE UN SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE LA Marina y ordena pago a favor de la contratista si el contrato es nulo por haberse firmado en contravención de la ley."

CUARTO. Que, en relación los pedidos antes citados, conforme se puede observar de lo indicado en el escrito de fecha 23.03.15, La Marina, sustenta todos y cada uno de los mismos bajo los recursos no impugnativo de interpretación, siendo por ello necesario señalar que comprenden dicho pedido.

QUINTO. En relación al pedido de interpretación, la Ley de Arbitraje, en su artículo 58.1.b, dispone que cualquier de las partes puede solicitar "la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución." (El subrayado es nuestro)

SEXTO. Que, pues bien, la interpretación tiene por objeto solicitar al Árbitro Único que aclare: (i) aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros, imprecisos o parezcan dudosos; o (ii) aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros, imprecisos o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutive (aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el Laudo).

SETIMO. Que, es decir, lo único que procede interpretar es la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo como excepción la parte considerativa, en cuanto esta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutive.

OCTAVO. Que, sobre la "interpretación", la doctrina en el Perú señala que debe descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate; en otras palabras la solicitud de interpretación del laudo no puede tener un contenido que desnaturalice su función y/o finalidad; así, ha de venir referida únicamente a la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución¹, y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia.

NOVENO. Que, de la misma manera, la doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar su laudo; así, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la "interpretación" requerida"². (El subrayado es nuestro)

Literal b) del numeral 1. del artículo 58° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

² Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative

DÉCIMO. Que, de manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan señalan:

"Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra "interpretación" por "aclaración" o "explicación". Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término "interpretación". La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término "interpretación" tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo"³. (El subrayado es nuestro)

DÉCIMO PRIMERO. Que, en la misma línea, Monroy señala que *"otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración no aparecía esencialmente"⁴.*

DÉCIMO SEGUNDO. Que, siendo ello así, a través de una solicitud de interpretación no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Árbitro Único; caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación.

DÉCIMO TERCERO. Que, atendiendo a todo lo antes indicado, es decir, estando al análisis efectuado por el Arbitro Único de lo que comprende la formulación del pedido de interpretación, se colige que cualquier solicitud de "interpretación" referida a los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del Laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido -naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria-, deberán de ser necesariamente declarada improcedente.

DÉCIMO CUARTO. Que, por ello se colige que no hay algún enunciado obscuro, impreciso o dudoso por interpretar; por el contrario, el Arbitro Único

sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'". W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., 408.

³ Traducción libre del siguiente texto: *"During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word 'interpretation' with 'clarification' or 'explanation'. However in the final version of the Rules 'interpretation' was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term 'interpretation' was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify 'the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties' but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award". David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN. Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law. En: International Arbitration Law Review, Vol. 4, No. 4, 2001.p. 121.*

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima: Editorial Comunidad. 2003, p. 219.

aprecia que lo realmente solicitado por dicha parte, amparándose erróneamente en la figura interpuesta (interpretación), es cuestionar lo resuelto (fondo) por el Arbitro Único, solicitando nuevamente la revisión de sus argumentaciones con la finalidad de que se varíe lo resuelto en laudo arbitral.

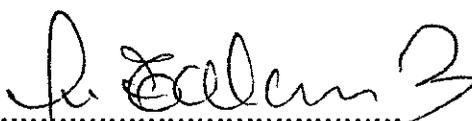
DÉCIMO QUINTO. Que, siendo ello así, habiendo ya establecido que dicha figura (interpretación), no pueden ser usadas con la finalidad de cuestionar lo resuelto en el laudo, ya que de darse ello estaríamos hablando de figuras impugnativas, lo que atentaría totalmente contra la naturaleza jurídica de las mismas, es que corresponde que Arbitro Único declare "improcedente" el recurso de interpretación esgrimido por la Marina de Guerra del Perú.

DÉCIMO SEXTO. Que, finalmente, se considera conveniente dejar constancia que ni a lo largo del presente arbitraje, ni en el laudo, se ha vulnerado el derecho de ninguna de las partes, debiendo precisarse que el presente arbitraje ha sido llevado a cabo de acuerdo a las reglas previstas por las partes en el acta de instalación y los cuerpos normativos dispuestos en la citada acta, habiéndose respetado todos los derechos inherentes a las partes, indicándose que el laudo ha sido expedido conforme a derecho, habiéndose fundamentado debidamente el mismo, contando para ello con el análisis de todas las argumentaciones y el total de pruebas ofrecidas por cada una de las partes.

Por las consideraciones antes expuestas, el ARBITRO UNICO **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el pedido de interpretación interpuesto por la Marina de Guerra del Perú, mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2015.

SEGUNDO: REMÍTASE un ejemplar de la presente resolución al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.



.....
JOSÉ TALAVERA HERRERA
Arbitro Único



.....
RONY SALAZAR MARTÍNEZ
Secretario Arbitral