

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo Arbitral de Derecho emitido en el Proceso Arbitral seguido por el **INGENIERO LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ** (El Contratista o Demandante) con la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. – EMMSA** (La Entidad o Demandada), para resolver las controversias surgidas respecto del Contrato N° 01-OAL-EMMSA-2014 para la ejecución de la Obra: Servicios Higiénicos N° 05, N° 06, N° 07 y N° 08 del Gran Mercado Mayorista de Lima”

### **RESOLUCION N° 32**

Lima, 7 de abril del 2017

#### **I. PARTE EXPOSITIVA**

##### **1. Designación de los integrantes del Tribunal Arbitral**

Al surgir la controversia entre las partes en relación con el Contrato, el ING. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ (en adelante El Contratista o la Demandante) designó como árbitro al Dr. Nicanor Milton Gómez Zúñiga y a su turno y dentro del plazo de ley, la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.- EMMSA (en adelante EMMSA, o la Entidad o la Demandada) designó al Dr. Juan Huamaní Chávez como árbitro.

Mediante carta del 8 de abril del 2015 los citados árbitros comunicaron al Dr. Emilio Cassina Rivas que había sido designado tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral.

##### **2. La Instalación del Tribunal, Determinación de Puntos Controvertidos y las Actuaciones Arbitrales**

1. El 10 de noviembre del 2015 en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE se reunieron con la finalidad

de instalar al Tribunal Arbitral, los abogados Emilio Cassina Rivas - en su calidad de Presidente- y los co-árbitros Nicanor Milton Gómez Zúñiga y Juan Huamaní Chávez.

2. En ese acto se otorgó al demandante un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda, conforme al numeral 25 del Acta de Instalación. Con fecha 16 de diciembre del 2015 el demandante interpuso su demanda, con los medios probatorios que la sustentan.
3. Por la Resolución N° 2 del 17 de diciembre del 2015 se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la demandada por el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que la conteste y, de estimarlo conveniente, formule reconvencción.
4. Con fecha 25 de enero del 2016, la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A., contestó la demanda y formuló reconvencción; sin embargo, no acompañó los medios probatorios correspondientes; por lo que se emitió la Resolución N° 3 del 27 de ese mismo mes y año, con la cual se le otorga un plazo de tres (3) días hábiles para que efectúe la subsanación.
5. Con dicha Resolución No. 3 y dado que la parte demandante no cumplió con realizar el pago de los honorarios arbitrales y secretariales en el plazo fijado, se requirió a ésta para que cumpla con su obligación, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles.
6. Con escrito del 3 de febrero del 2016, el demandante solicitó se le permita efectuar el pago de los citados honorarios en tres partes.; solicitud que fue aceptada con la Resolución N° 5 del 4 de febrero del 2016.
7. La parte demandada presentó un escrito el 3 de febrero del 2016, con el cual amplió los fundamentos de su contestación de demanda y reconvencción y acompañó los medios probatorios que la respaldan.
8. Por Resolución N° 5 del 4 de febrero del 2016 se corrió traslado de la reconvencción al demandante para que en el plazo de veinte días hábiles cumpla con contestarla.

✓

sc

W

2

9. Con escrito presentado el 8 de marzo del 2016 el demandante contestó la reconvencción.
10. En función de lo previsto en el numeral 31 del Acta de Instalación por Resolución N° 7 del 28 de marzo del 2016, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; la cual se realizó el 19 de abril del 2016 con la asistencia de ambas partes, procediéndose a fijar los siguientes Puntos Controvertidos:

**DE LA DEMANDA DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DEL 2015**

**PRIMERA PRETENSIÓN.-** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 efectuada mediante Carta N° 090-GG-EMMSA-2015 notificada notarialmente al demandante por la Empresa Municipal de Mercados S.A. – EMMSA

**SEGUNDA PRETENSION.-** Determinar si corresponde o no declarar la validez de la Resolución del Contrato N° 011-OAL-2014 efectuada por el demandante mediante Carta N° 033-2015-EMMSA-SS-HH/LFLP por incumplimiento de obligaciones de la Empresa Municipal de Mercados S.A.-EMMSA.

**TERCERA PRETENSION.-** Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad reconozca a favor del demandante como contratista de la obra, el 50% de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar.

**CUARTA PRETENSION.-** Determinar si corresponde o no condenar a la demandada al pago de las costas y costos del proceso arbitral.

**DE LA RECONVENCIÓN DE FECHA 03 DE FEBRERO DEL 2016**

↓  
gr

3

3

**PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.-** Determinar si corresponde o no declarar válida y eficaz la resolución del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 efectuada por EMMSA, mediante Carta N° 090-GG-EMMSA-2015, notificada notarialmente a EL CONTRATISTA el día 17 de febrero del 2015.

**PRIMERA PRETENSION ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.-** Determinar si corresponde o no ordenar la ejecución de la carta Fianza de Fiel Cumplimiento por haberse resuelto el contrato por causal atribuible Al CONTRATISTA.

**SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.-** Determinar si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 efectuada por EL CONTRATISTA, mediante Carta N° 033-2015-emmsa-SS.HH/LFLP, notificada notarialmente, el día 06 de marzo del 2015, por la supuesta causal de incumplimiento injustificado, imputable a EMMSA.

**TERCERA PRETENSION PRINCIPAL.-** Determinar si corresponde o no que se ordene a LA CONTRATISTA al pago de las costas y costos del arbitraje.

**DE LA ACUMULACIÓN DE LA RECONVENCIÓN DE FECHA 25 DE AGOSTO DEL 2016**

**CUARTA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 derivado de la Licitación Pública N° 001-2014-CE/EMMSA.

**PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** Determinar si corresponde o no autorizar a la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. – EMMSA, la

✓ 82 4

ejecución de la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento otorgada por el Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ.

11. Por Resolución N° 11 del 05 de mayo del 2016 y ante la falta de pago del segundo anticipo de honorarios establecidos en la Resolución N° 9 del 5 de abril del 2016; cuyo plazo venció el 21 de ese mismo mes y año, se requirió al demandante para que en el término de tres (3) días hábiles cumpla con hacer efectivo dichos pagos, bajo apercibimiento de dar por vencidos los plazos otorgados y aplicarse el último párrafo del numeral 2) del art. 72 del D. Legislativo 1071.
12. Ante el recurso presentado por el demandante para que se le conceda un plazo adicional a fin de cancelar los honorarios arbitrales secretariales pendientes, mediante la Resolución N° 12 del 23 de mayo del 2016, se decidió otorgarle un plazo adicional y final, dejándose sin efecto la Resolución N° 11 y solicitando a las partes la presentación de sus alegatos escritos.
13. Sin embargo, con escrito del 26 de mayo del 2016, EMMSA interpuso recurso de reconsideración contra la citada Resolución N° 12 para que no se de por concluida la etapa probatoria dado que estaba solicitando acumulación de pretensiones.
14. Por Resolución N° 13 del 27 de mayo del 2016 se declararon excluidas del proceso las pretensiones planteadas por el demandante debido a la falta de pago del total de los gastos arbitrales fijados para tales conceptos y se notificó a EMMSA para que examine la posibilidad de subrogarse en la parte que le corresponde al demandante por concepto de reconvención.
15. Con la Resolución N° 14 del 27 de mayo del 2016 se corrió traslado al demandante del pedido de acumulación de pretensiones formulado por EMMSA.
16. El demandante interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 13 que declaró excluidas sus pretensiones, oponiéndose a la acumulación planteada por EMMSA, por lo que el

- 14 de junio del 2016 se emitió la Resolución N° 14 corriendo el traslado correspondiente a la parte contraria.
- 17.EMMSA absolvió el traslado con su escrito del 27 de junio del 2016, solicitando nueva acumulación de pretensiones.
- 18.Con la Resolución N° 16 del 4 de julio del 2016 se resolvió lo siguiente:
- i) Se declaró fundada la reconsideración solicitada por EMMSA para que se deje sin efecto la conclusión de la etapa probatoria.
  - ii) Se declaró infundada la oposición formulada por el Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ con respecto a la acumulación planteada por EMMSA.
  - iii) Se declaró fundada la reconsideración formulada por el demandante para que se deje sin efecto el archivamiento de las pretensiones planteadas por la demandante con fecha 16 de diciembre de 2015.
  - iv) Se otorgó al demandante un plazo excepcional y final de veinte (20) días hábiles, a fin que pague el saldo de los honorarios arbitrales y de secretaría arbitral pendientes, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de archivar en forma definitiva la Demanda Arbitral interpuesta con fecha 16 de diciembre de 2015.
  - v) Se requirió a la Entidad para que, en un plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con acreditar el pago faltante del segundo anticipo de honorarios correspondientes a la interposición de la reconvención, que correspondía a su parte contraria.
  - vi) Se corrió traslado al Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ de la nueva acumulación solicitada por EMMSA, para que dentro del plazo de cinco (5) días hábiles manifieste lo que considere conveniente.
- 19.El Sr. LOZADA PODESTÁ absolvió el pedido de acumulación y formuló oposición.
- 20.La Resolución N° 17 del 26 de julio del 2016 admitió los pedidos de acumulación de la reconvención formulados por EMMSA,

✓   6 

otorgándole un plazo de veinte (20) días hábiles para que presente sus demandas.

21. En atención a la Resolución 13 del 27 de mayo del 2016, EMMSA se subrogó en el pago de los honorarios arbitrales y secretariales que le corresponde al demandante; cumpliendo con efectuar los pagos correspondientes a los miembros del Tribunal Arbitral y a la secretaria arbitral.
22. Con escrito del 25 de agosto del 2016, EMMSA formuló reconvencción acumulada de su Cuarta Pretensión Principal y de la Primera Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión, corriéndose el traslado respectivo al Sr. LOZADA PODESTÁ con la Resolución N° 18 del 1° de setiembre del 2016 a fin de que la conteste.
23. El 1ro. de setiembre del 2016 los árbitros Emilio Cassina Rivas y Nicanor Gómez Zúñiga emitieron la Resolución N° 19 dejando sin efecto el punto resolutorio No. 5 de la Resolución N° 16 del 4 de julio del 2016, señalando que no es posible aplicar el apercibimiento de archivar la demanda interpuesta por el Sr. LOZADA PODESTÁ, dado que existe una reconvencción y una ampliación de ésta contra dicha demanda que es necesario resolver.  
El Dr. Juan Huamaní emitió su voto singular por el que se otorgaría al Sr. LOZADA PODESTÁ un plazo excepcional y final de veinte (20) días para que acredite el pago del saldo de honorarios arbitrales y secretariales.
24. Por Resolución N° 20 del 13 de setiembre del 2016 se corrió traslado al Sr. LOZADA PODESTÁ del recurso de reconsideración de EMMSA contra la Resolución N° 19 emitida en mayoría; quien lo absolvió con su escrito del 23 de ese mismo mes y año.
25. La Resolución N° 21 del 26 de setiembre del 2016 declaró infundado el recurso de reconsideración citado en el punto anterior.
26. La Resolución N° 22 del 7 de octubre del 2016 tuvo por no contestada la reconvencción acumulada formulada por EMMSA; y solicitó a las partes que formulen su propuesta de puntos controvertidos respecto a dicha acumulación.

✓

gr 22 7

✓

- 27.El 25 de octubre del 2016 EMMSA presentó su escrito formulando su propuesta de Puntos Controvertidos.
- 28.Por Resolución N° 23 del 7 de noviembre del 2016 procedió a fijar los Puntos Controvertidos como sigue:

**CUARTA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 derivado de la Licitación Pública N° 001-2014-CE/EMMSA.

**PRIMERA PRETENSION ACCESORIA A LA CUARTA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** Determinar si corresponde o no autorizar a la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. – EMMSA, la ejecución de la Carta de Fianza de Fiel Cumplimiento otorgada por el Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ.

Asimismo, declaró cerrada la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días para que presenten sus alegatos escritos.

- 29.EMMSA presentó sus alegatos con escrito del 15 de noviembre del 2016 y solicitó la realización de una Audiencia de Informes Orales.
- 30.Por su parte, el SR. LOZADA PODESTÁ formuló sus alegatos con escrito presentado el 16 de noviembre del 2016.
- 31.Por Resolución N° 24 del 21 de noviembre del 2016 se fijaron nuevos anticipos de honorarios arbitrales y secretariales en atención a la acumulación de pretensiones.
- 32.Por Resolución N° 25 del 24 de noviembre del 2016 se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 12 de diciembre del 2016; la que se realizó con la concurrencia de las partes quienes formularon sus respectivos alegatos.
- 33.Por Resolución N° 26 de fecha 21 de diciembre de 2016 se tuvo por cumplido el pago de los honorarios arbitrales y secretariales por parte de EMMSA y se requirió al Sr. LOZADA PODESTÁ para que

✓

W

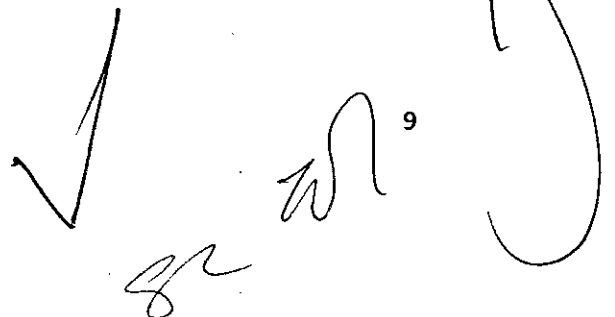
8

8



cumpla con realizar el abono de los honorarios que le corresponde dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

34. Con fecha 16 de diciembre del 2016 el Sr. LOZADA PODESTÁ ofreció como medios de prueba las Cédulas de Notificación Fiscal Nos. 104-2015 y 03406010102-2015-426-0 que disponen el archivamiento definitivo de la denuncia interpuesta con el Sr. LOZADA PODESTÁ por el presunto delito contra la fe pública – falsificación y uso de documento privado en agravio de EMMSA, referidos a las Cartas Fianzas Nos. 039-344-201-CRACSL y 039-345-201-CARCSL; las cuales fueron puestas en conocimiento de EMMSA mediante la Resolución N° 27 del 27 de diciembre del 2016.
35. La Entidad absolvió el traslado conferido con escrito presentado el 4 de enero del 2017, solicitando que se desestimen las pruebas del Sr. Lozada y que se fije plazo para laudar.
36. Por Resolución N° 28 de fecha 4 de enero de 2017, se notificó a EMMSA para que se pronuncie respecto a la posibilidad de que se subrogue en el pago de los honorarios arbitrales y secretariales que le corresponde a su contraparte.
37. Por Resolución N° 29 de fecha 10 de febrero de 2017, se tuvo por cumplido el pago de honorarios arbitrales y secretariales por parte de EMMSA, en subrogación de su contraria. Asimismo, respecto al pago de la tercera cuota del primer anticipo de honorarios fijados en los numerales 56 y 57 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral pendiente de pago por parte del Sr. LOZADA PODESTÁ, en atención a la voluntad de EMMSA de subrogarse en el pago de su contraria, se otorgó a EMMSA un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con ello.
38. EMMSA cumplió con lo dispuesto en la Resolución N° 29 y solicitó que se fije plazo para laudar.
39. Por Resolución N° 31 del 28 de marzo se tuvo por cancelado por parte de EMMSA los honorarios arbitrales y secretariales pendientes que le corresponden al Sr. LOZADA PODESTÁ y se fijó el plazo para laudar de acuerdo con el numeral 45 del Acta de Instalación.



Handwritten signatures and a large checkmark.

## II PARTE CONSIDERATIVA

### 1. Declaración Previa

De acuerdo con lo previsto en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se ha dejado constancia de que la ejecución del contrato se rige por sus propios términos, la Ley de Contrataciones del Estado (D. Legislativo 1017) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008.-EF, modificado por D.S. N° 138-2012-EF, llamados en adelante La Ley y el Reglamento. Rige también, el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje y, supletoriamente, el Código Civil.

Las partes podrán ser llamadas por sus nombres o, en el caso del **ING. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ** como Demandante y/o El Contratista y, en el caso de la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. – EMMSA** como EMMSA, la Demandada y/o La Entidad. La referencia a los documentos presentados por las partes se simplifican atribuyéndoseles su procedencia a cada una de ellas.

El Contrato que vincula a las partes es el Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 para la ejecución de la Obra: Servicios Higiénicos N° 05, N° 06, N° 07 y N° 08 del Gran Mercado Mayorista de Lima” celebrado el 19 de mayo del 2014 entre el **ING. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ Y LA EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. – EMMSA.** El Tribunal para resolver los puntos controvertidos podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos que se encuentren probados. Siendo así, el Tribunal manifiesta haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes o solicitados por el Tribunal, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos

de ellos o al valor probatorio asignado, ya que la motivación de toda decisión arbitral requiere para su validez gozar de suficiencia en la misma, la que, además debe resultar verificable con lo actuado en el expediente arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal se avoca al análisis de los puntos controvertidos referidos en la Resolución N° 14 del 3 de marzo del 2016, los cuales se han consignado en la Parte Expositiva de este Laudo.

El Tribunal procede al análisis de los puntos controvertidos con el objeto de determinar si las pretensiones que contienen son fundadas, infundadas o improcedentes.

## **2. PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA RECONVENCIÓN**

**PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA.-** *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del Contrato N° 011-OAL.EMMSA-2014, declarada por la Entidad y notificada al demandado mediante carta notarial N° 090-GG-EMMSA-2015, de fecha 17 de febrero del 2015, atribuyéndole incumplimiento de obligaciones contractuales.*

**SEGUNDA PRETENSION DE LA DEMANDA.-** *Determinar si corresponde o no declarar la validez de la resolución del Contrato N° 011-OAL-2014 efectuada por el demandante mediante Carta N° 033-2015-EMMSA-SS-HH/LFLP por incumplimiento de obligaciones de la Empresa Municipal de Mercados S.A.-EMMSA.*

**PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** *Determinar si corresponde o no declarar válida y eficaz la resolución*

*del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 efectuada por EMMSA, mediante Carta N° 090-GG-EMMSA-2015, notificada notarialmente a EL CONTRATISTA el día 17 de febrero del 2015.*

**SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

*Determinar si corresponde o no declarar inválida e ineficaz la resolución del Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014 efectuada por EL CONTRATISTA, mediante Carta N° 033-2015-emmsa-SS.HH/LFLP, notificada notarialmente, el día 06 de marzo del 2015, por la supuesta causal de incumplimiento injustificado, imputable a EMMSA.*

**A) POSICIÓN DEL DEMANDANTE**

El Contratista sostiene en su demanda, presentada el 16 de diciembre del 2015, que la resolución del contrato declarada por EMMSA se basa en hechos que no se han configurado en realidad, puesto que era EMMSA la que se encontraba en la calidad de incumpliente de sus obligaciones contractuales en el momento de resolver el contrato; y que, antes de dicha resolución, él había hecho valer contra la Entidad la excepción de incumplimiento de obligaciones contractuales; y que, por último, la referida resolución se efectuó invocándose causales distintas a las que consignó en el requerimiento notarial previo a dicha resolución.

Señala el demandante que las causales alegadas por EMMSA son dos, a saber:

- i) Respecto a las cartas fianzas entregadas por él en sustitución o renovación de las cartas originales, la Entidad sostiene que no cumplen las formalidades exigidas por las normas legales del caso.

En cuanto a la carta fianza N° 039-459-2014 el demandante dice que su texto señala con absoluta claridad y precisión que la renovación de la fianza se realizó en los mismos términos y condiciones que se especifican en la carta fianza anterior N° 039-344-2014 CRAC SL, procediendo a hacer la comparación entre ambos documentos.

Agrega que las dos cartas fianzas renovadas le fueron entregadas a EMMSA el 27 de agosto del 2014 quien las recibió a conformidad luego de haberlas verificado y que, solo después de seis meses de este hecho, alega supuestas deficiencias y, en mérito a esto, resolvió el contrato; y que, en todo caso, EMMSA debió formular las observaciones respectivas para que él pudiera subsanarlas, otorgándole un plazo para ello. Por tanto, EMMSA ha infringido el art. 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En lo relativo a la carta fianza No. 039-460-2014-CRACSL, el demandante manifiesta que es inexacto que no haya sido emitida por una empresa financiera autorizada bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, como le imputa EMMSA; y presenta el Informe No. UAI-056-2014 que contiene la Auditoría realizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, en cuya página 24, se señalaría que esta carta fianza ha sido emitida por la Caja Rural Señor de Luren y que, por problemas internos existentes en esta entidad financiera, se ha generado una información ajena a la realidad y que le afecta a él y a otros contratistas.

- i) Dice el Contratista que la segunda causal que ha utilizado la Entidad para resolver el contrato es la existencia de un retraso injustificado en la ejecución de la obra para lo cual se sustenta en documentos tales como la carta 004-2015-SUP-Consortio BRAVAJAL del 20 de enero del 2015 y el Informe

No. 004-2015-MPR-GPD-EMMSA del 30 de enero del 2015, los cuales nunca le fueron comunicados por la Entidad y son desconocidos para él; por lo que la pretensión de imponerle una penalidad, en base a dichos documentos, perjudica su derecho a un debido proceso.

Manifiesta el demandante que, mediante su carta No. 031-2015, le hizo saber a EMMSA que no tenía conocimiento de la carta No. 023-2014-SUP Consorcio BRAVAJAL ni de la Valorización No. 5 a que se refiere una carta No. 589- por la que le hacía saber que la Supervisión de la obra había estado actuando irregularmente y que él expuso este hecho ante la Entidad sin que ésta tomase la acción debida.

En ese sentido el Contratista afirma que el Supervisor sustrajo el Cuaderno de Obra y, luego, lo ha llenado irregular y unilateralmente. Agrega que el Supervisor abandonó la obra ya que, la Entidad no nombró a su reemplazo oportunamente.

En lo tocante al atraso de la ejecución de la obra que la Entidad le atribuye indicando que el avance acumulado solo ha llegado al 62.64%, con un atraso de 37.36%, el Contratista lo niega y asevera que el avance real es de 91.36%.

Dice, también, el Contratista que la Entidad no ha absuelto, mediante los respectivos pronunciamientos, diversas consultas de carácter técnico y menciona las cartas 029-2014 030-2014 y 031-2015 que le remitió a EMMSA insistiendo en tener los respectivos pronunciamientos.

Afirma el Contratista que, al encontrarse pendientes esas respuestas a sus consultas que tienen incidencia en el desarrollo de las actividades constructivas, es contrario a ley que EMMSA pretenda imputarle que la obra se encuentra

✓ 82 14

retrasada injustificadamente; describiendo cada uno de esos incumplimientos que imputa a la Entidad.

El Contratista, por el contrario, asevera que era EMMSA la que se encontraba en situación de incumpliente de sus obligaciones y, por esta razón, le remitió la carta 029-2014 del 10 de diciembre del 2014, reiterada con las cartas 030-2015 y 031-2015.

Esta última contiene el requerimiento para que EMMSA subsane dichos incumplimientos y, además, le hizo saber que haría uso de la facultad legal que le asiste para declarar la excepción de incumplimiento de obligaciones contractuales contra EMMSA, a partir del 13 de enero del 2015.

Por último, el Contratista rechaza la resolución del contrato, decidida por la Entidad, por cuanto las causales aducidas para ello no son las contenidas en el requerimiento que le hizo la Entidad.

#### **B) POSICIÓN DE LA ENTIDAD**

EMMSA ha negado los hechos argumentados por el Contratista y sostiene la validez y eficacia de la resolución del contrato, declarada mediante carta notarial 090-GG-EMMSA 2015, notificada el 17 de febrero del 2015. Indica que, el 4 de junio del 2014, le entregó el terreno al Contratista para la ejecución de la obra cuyo inicio ocurrió el 10 de junio del 2014, fijándose como fecha de conclusión para el 8 de agosto de ese año pero que, en virtud de habersele otorgado tres ampliaciones de plazo por 23, 10 y 20 días, respectivamente, la fecha de culminación de la obra se extendió hasta el 6 de octubre del 2014.

Señala que en el Cuaderno de Obra aparecen los asientos 130, 131, 132, 133 y 134, suscritos tanto por el Supervisor de la Obra como por el residente de la Contratista; y que, en el asiento 136 la Supervisión, con la firma del residente, dejó constancia de que la obra, a partir del 7 de octubre del 2014 ingresó en penalidad, con lo que se advierte que el Contratista estaba en conocimiento de estos hechos.

Manifiesta la Entidad que el Supervisor le remitió la carta 023-2014-SUP Consorcio BRAVAJAL adjuntándole el informe de la Valorización No. 05 de la obra.

El 30 de diciembre del 2014 dice EMMSA que le remitió al Contratista la carta notarial 589-EMMSA 2014, con la cual lo requirió para que cumpliera ciertas obligaciones relacionadas con la fecha de culminación de la obra, que debía ocurrir el 6 de octubre del 2014 y no se había cumplido generándose una penalidad de 17.85 días calendarios, equivalente a S/ 217,204.61, con un saldo por ejecutar de 37.36% siendo el avance acumulado de 62.64%.

Agrega la Entidad que el Contratista le remitió la carta notarial 031-2015 del 13 de enero del 2015 en la que manifestaba la existencia de hechos que no permitían el avance de la obra, tales como que el contrato se había pactado a precios unitarios y que debió ser de Suma Alzada, lo que le afectaba su equilibrio económico-financiero; que había consultas técnicas que la Entidad no había respondido, siendo este hecho el causante del atraso de la obra; que la Supervisión había actuado en forma incorrecta y que el Contratista no tenía conocimiento de la Valorización No. 05, pero que todo eso era a posteriori a la resolución del Contrato y ya no podía tener ningún efecto.

The bottom of the page contains several handwritten marks. On the left, there is a large checkmark. In the center, there are two smaller, stylized signatures or initials. To the right of these, there is a large, curved line that starts high and ends low, resembling a long comma or a stylized 'J'.



Dice la Entidad que el 17 de febrero del 2015 le remitió al Contratista la Carta Notarial No. 090-2015 resolviendo el contrato por las causales que el Tribunal ya ha descrito. Se hizo presente en dicha carta que se prescindía del plazo previo de requerimiento por haberse acumulado, a esa fecha, el monto máximo de la penalidad por mora y porque, asimismo, la situación de incumplimiento ya no podía ser revertida, todo lo cual está previsto en el literal c) del art. 40 de la Ley.

### C) ANALISIS Y DECISIONES DEL TRIBUNAL

1. Previamente a estos actos, el Tribunal estima necesario efectuar una cronología de los principales hechos ocurridos en relación con la ejecución de la obra, conforme a los medios probatorios aportados por las partes.

19.05.14	Se suscribe el Contrato OIL-OAL-EMMSA 2014 – Anexo 1 B de la demanda.
04.06.14	Se entregó el terreno al contratista.
10.06.14	Se inicia la ejecución de la obra.
22.08.14	Por Resolución de Gerencia General la Entidad aprueba Ampliación de Plazo No. 02 por 23 días.
27.08.14	El Contratista entrega a la Entidad las cartas fianza Nos. 039-459-2014-CRACSL y 03-460-2014-CRACSL, renovando las entregadas originalmente. La primera cubre el adelanto en efectivo y la segunda el adelanto por materiales, por los montos de S/ 380,715 y S/ 764,921 y fueron emitidas por la Caja Rural de Ahorro y Crédito Señor de Luren.
17.09.14	Resolución No. 119-GG-EMMSA de la Gerencia General se aprueba una Ampliación de Plazo por 10 días.
04.10.14	Asiento No. 130 del tercer cuaderno de Obra

	(Anexo 2 E de la Contestación de la Demanda) firmado por el Supervisor y el residente. Continúan los trabajos
05.10.14	Asiento 131 idem. Continúan los trabajos; firmado por el Supervisor y el Residente.
05.10.14	Asiento 132 idem. Porcentaje acumulado al mes de setiembre del 2014. Se aprecia atraso en los trabajos; firmado por el Supervisor
06.10.14	Asiento 133 idem. Continúan los trabajos; firmado por el Supervisor.
07.10.14	Asiento 134 idem. La obra no está concluida; firmado por el Supervisor.
07.04.14	Asiento 135. El Contratista está tomando acciones para culminar la obra en el menor plazo posible; firmado por el Supervisor y el Residente.
07.10.14	Asiento 136 La obra ingresa en penalidad según el cálculo que allí aparece. Fecha máxima de penalidad: 23.10.14; firmado por el supervisor y el Residente
07.10.14	Resolución N° 127-GG-EMMSA.- Se aprueba una Ampliación de plazo por 20 días. El plazo de finalización se tiene por extendido hasta el 06.10.14.
10.10.14	Asiento 137.- Funcionarios de la Entidad verifican estado de la obra que no está concluida; firma del Supervisor
13.10.14	Asiento 139.- EL 06.10.14 se ha vencido el plazo de ejecución y la obra no está concluida; firma el Supervisor
15.10.14	Asiento 141.- Se ha vencido el plazo de ejecución y se sigue trabajando; firma el Supervisor
23.10.14	Asiento s/n A la fecha se ha vencido el plazo máximo de penalidad; firma el Supervisor.
09.12.14	Contratista remite a EMMSA su carta 029-2014.

	Acusa a la Supervisión de mala práctica y que, hasta esa fecha, la Entidad no ha designado su representante y pide que a la brevedad se solucione ese asunto (Anexo No. 1 N de la demanda).
17.12.14	Carta del Contratista a la Entidad. Reitera que no hay Inspector de la Obra hasta esa fecha (Anexo 10 de la demanda).
23.12.14	EMMSA dirige su carta 589-GG-EMMSA 2014 al Contratista requiriéndolo para que en 15 días subsane atrasos en la ejecución de la obra (Anexo 1 C de la demanda).
31.12.14	Carta notarial del Contratista No. 031-2015 dirigida a la Entidad. Rechaza el apercibimiento de EMMSA. Plantea Excepción de Incumplimiento según los arts. 168 y 169 del Reglamento y le otorga a la Entidad 15 días para que subsane incumplimientos (Anexo 1 D de la demanda).
13.02.15	La Entidad, por carta notarial No. 090-GG resuelve el contrato por cartas fianzas no formales y presuntamente falsa y por atrasos que han originado penalidad por el monto máximo (Anexo 1 F de la demanda).
04.03.15	El Contratista resuelve el contrato (Anexo 1 E de la demanda) por carta notarial No. 033-2015 del 04.03.15.
04.03.18	El Contratista, por carta notarial No. 0034-2015 responde a la Entidad y rechaza la resolución del contrato comunicada con la carta 090-2015 (Anexo 1 G de la demanda).

2. De acuerdo con el cronograma que antecede se verifica de modo cierto que el terreno para la ejecución de la obra se entregó el 4 de junio del 2014, iniciándose la ejecución el 10

de ese mismo mes y año, por lo que el plazo de culminación se fijó para el 8 de agosto del 2014.

Este plazo fue objeto de tres ampliaciones de plazo, debidamente aprobadas, por lo que la fecha de culminación de la obra se trasladó para el 6 de octubre del 2014.

En el Cuaderno de obra (tercer tomo – Anexo 2 E de la Contestación de la demanda) aparecen los asientos 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136 de fechas 04.10.14, 05.10.14, 05.10.14, 06.10.14, 07.10.14, 07.10.14 respectivamente y s/n del 23.10.14.

Los asientos 130, 131, 133 y 134, 135 y 136 están firmados por el Supervisor en representación de la Entidad, así como por el Residente en representación del Contratista.

3. La conclusión cierta es que, en esos días la obra se continuaba ejecutando y que, al 6 de octubre del 2014 en que culminó el plazo, no se había terminado por lo que la Entidad comenzó a aplicar penalidades hasta el monto máximo permitido por el art. 165 del Reglamento del D. Leg. 1017.
4. Por otra parte, la Contratista entregó a la Entidad el 27 de agosto del 2014 las cartas fianzas No. 039-459-2014 CRACSL y 039-460-2014-CRACSL emitidas por la entidad financiera Caja Rural de Ahorro y Crédito Señor de Luren, en garantía del adelanto en efectivo y para materiales, respectivamente, otorgados por la Entidad. Estas cartas fianzas se entregaron por el Contratista en sustitución de las anteriores ya vencidas. La primera carta fianza era por S/ 380,715.00 y la segunda por S/ 764,921.00.



En el Anexo 2 F de la Contestación de la Demanda obra la Carta No. 0065-2015-SAU CRAC SL del 27 de enero del 2015, remitida por la Caja Señor de Luren a EMMSA por la que le informa que:

- a) La Carta Fianza No. 039-459-2014-CRACSL está registrada en su Sistema a nombre de otro cliente y beneficiario, no encontrándose el Sr. Luis Felipe Lozada Podestá registrado en su Sistema como cliente de esta Entidad.
- b) La Carta Fianza No. 039-460-2014 CRACSL está registrada en su Sistema a nombre de otro cliente y beneficiario; no encontrándose el Sr. Luis Felipe Lozada Podestá registrado en su Sistema como cliente de esta Entidad.
- c) Presume la Caja, por lo expuesto, que las referidas cartas fianzas son falsas.

Esta carta No. 0065-2015 de la Caja Señor de Luren, según consta en su parte introductoria, responde a la carta notarial No. 531-2014-GG EMMSA y a la carta notarial No. 532-2014-GG EMMSA, por las cuales EMMSA habría pedido la ejecución de las mencionadas cartas fianzas.

La carta No. 0065 de la Caja Señor de Luren, se refiere a otra comunicación de ella misma, la No. 0833, que le dirigió a EMMSA el 17 de diciembre del 2014 indicándole que era improcedente ejecutar esas cartas fianzas por no estar registradas en su Sistema (Anexo 2 F de la Contestación).

El demandante, como Anexo 1 M de la demanda, ha adjuntado el Informe UAI No. 056-2014 denominado "Evaluación de Supuesta Adulteración de Cartas Fianzas" del 7 de noviembre del 2014, suscrito por la Gerente de Auditoría Interna de la Caja Señor de Luren, Señora Liz Amanda Luján Choque, el mismo que se refiere a una investigación interna

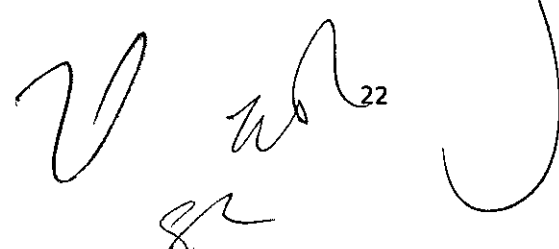
de esa Caja sobre la responsabilidad penal de los funcionarios relacionadas con la emisión de las mismas.

No se trata de un documento que provenga de la SBS como indicó el Contratista en su demanda.

Este Informe, en que no se utiliza papel membretado ni sellos de la Caja, manifiesta que el funcionario de esta Entidad, Julio Bastante Murillo, cuya firma aparece consignada en esas cartas fianza, ha declarado no haberlas suscrito y que ignora donde se encuentran los originales de las mismas, las que tampoco están registradas y que son adulteradas.

La Caja Señor de Luren ha sido disuelta por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y sus activos se han transferido a la Caja Municipal de Arequipa, según información que aparece en el portal de la primera en Internet.

5. Por carta 589-GG EMMSA del 23 de diciembre del 2014 la Entidad se dirige al Sr. Luis Felipe Lozada Podestá, dándole un plazo de 15 días al amparo de lo dispuesto en los artículos 168 y 169 del Reglamento del D. Leg. 1017, para que subsane los incumplimientos referidos al retraso de la ejecución de la obra que solo se había avanzado hasta el 62.64%; e indicándole que el plazo de ejecución estaba vencido al 6 de octubre del 2014 (Anexo 2 I de la contestación de la demanda).
6. Luego, el 13 de febrero del 2015 (Anexo de Prueba No. 2 H, ídem) EMMSA, mediante la carta notarial No. 090-GG EMMSA-2015 resuelve el contrato pero, esta vez, sin requerimiento previo y con efecto inmediato según el artículo



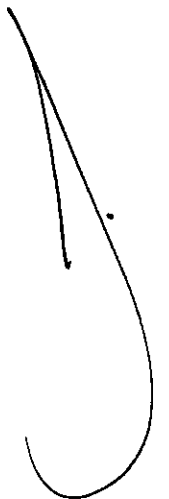
Handwritten signatures and a large bracket-like mark.

40 de la Ley y los artículos 168 y 169 del Reglamento, aduciendo que:

- a) Las cartas fianzas para garantizar los adelantos concedidos por los adelantos directos y de materiales no cumplen las formalidades exigidas por las normas de contrataciones del Estado pues la carta fianza No. 039-459-2014 carece del requisito de "realización inmediata a favor de EMMSA"; y la No. 039-460 no ha sido emitida por una empresa autorizada por la SBS según los informes de la propia Caja, la que informa que, en ambos casos, no las tiene registradas en su sistema a nombre del demandante.
  - b) La falta de culminación de la ejecución de la obra ha originado la aplicación de una penalidad que se ha acumulado al máximo permitida por la normativa aplicable.
7. Así, pues, la resolución del contrato decidida por la Entidad se ha sustentado, principalmente, en retraso en la ejecución de la obra atribuido al contratista y que, debido a su reiteración ha generado la acumulación del monto máximo de la penalidad y que, en aplicación del numeral 2 del art. 168 y el art. 169 del Reglamento del D. Leg. 1017 origina la resolución automática del contrato sin necesidad de requerimiento previo.
8. Por su parte el Contratista, contestando el requerimiento previo a la resolución del Contrato, hecho por EMMSA según la carta No. 589-2014, así como la propia carta de resolución, le remitió su carta 031-2015-LLP EMMSA SSHH reiterada por la No. 034-2015 (Anexos de Prueba No. 1 D – 1 G y 1 H de 10 de enero del 2015, 4 de marzo del 2015 y 5 de marzo del 2015 de la demanda).

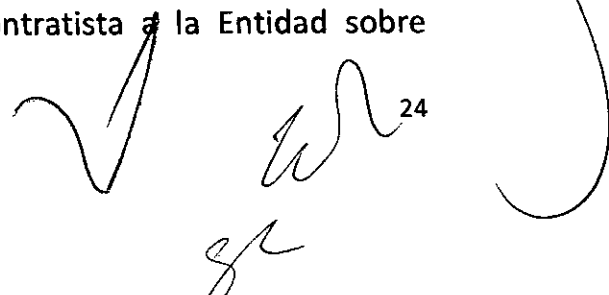


23



Con ellas, el Contratista dice refutar las cartas de EMMSA manifestando todo aquello que el Tribunal ha descrito al efectuar el resumen de las posiciones de ambas partes.

9. En cuanto a las cartas fianzas, el Contratista ha aseverado que la carta fianza J39-459-2014 estaba bien redactada y no contenía defecto de formalidad y, en todo caso, la Entidad debió observarla y otorgarle un plazo para que la pudiera subsanar si el defecto existía. Y en lo atinente a la carta 039-460-2014 manifiesta que esta se había extendido por la Caja Señor de Luren que estaba dentro del ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y que, además, no era falsa porque todo lo que se había generado sobre su veracidad era fruto de afirmaciones de malos funcionarios de la referida Caja Señor de Luren.
10. En cuanto al retraso en la ejecución de la obra, el Contratista niega su existencia porque, como lo expresó al presentar una excepción de incumplimiento, era la Entidad la que, en virtud de ésta, quedaba impedida de exigirle el cumplimiento de obligaciones o de resolver el contrato; teniendo en cuenta que ella se encontraba en situación de incumplimiento porque no había absuelto sus consultas ni había designado otro Supervisor en sustitución del anterior, hechos que eran necesarios para poder continuar la ejecución de la obra.
11. El Tribunal hace notar que, tanto el Contratista, en su demanda, como la Entidad en su contestación y reconvención, se han referido a varios hechos y documentos, tales como la posible implicancia y las consecuencias que podrían derivarse de la aplicación del sistema de Suma Alzada en lugar de Precios Unitarios y viceversa; o los Informes y las cartas del Supervisor sobre la Valorización No. 05 o las consultas efectuadas por el Contratista a la Entidad sobre



Handwritten signatures and a large checkmark. The number 24 is written near the top right signature.

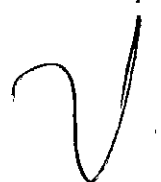
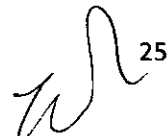



materias relacionadas con la paralización o la continuidad de la ejecución de la obra.

Sucede, sin embargo, que el demandante no ha presentado ningún documento probatorio referido a tales hechos que sustente sus afirmaciones.

12. Estando a ello, a fin de dilucidar los puntos controvertidos analizados en esta sección, el Tribunal examina los argumentos de las partes y los medios probatorios existentes en autos, centrando su análisis en determinar cuál de las resoluciones del contrato (si la formulada por la Entidad o el Contratista), cumple con la formalidad prescrita y si los fundamentos utilizados para dicha consecuencia (la resolución de contrato) son correctos, de conformidad con lo establecido en la normativa en contrataciones del Estado, a efectos de determinar o no la validez de alguna de ellas.
13. Al respecto, el Tribunal parte por establecer el marco normativo que regula la resolución contractual en los contratos del Estado, así como el procedimiento y particularidades que se deben observar a efectos de que éstas surtan plenos efectos jurídicos, así como, cual otra norma que este Colegiado considerará conveniente mencionar a efectos de continuar con el desarrollo del análisis. Sobre el particular, cabe citar en primer lugar, lo establecido en el literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado:

***“Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observadas por la Entidad, y no hayan sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante***

  25  


*la remisión por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El **requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento.** Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad en sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y esta no haya subsanado su incumplimiento."*

14. Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el artículo 167, establece:

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

15. En cuanto a ello, cabe mencionar que en el presente caso, se advierte que en el Contrato N° 011-OAL-EMMSA-2014, se establece en su Cláusula Décimo Quinta lo siguiente:

**"CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO"**

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

*[Handwritten signature]*  
26

16. Con lo cual, se puede mencionar que se cumple con lo indicado en el artículo 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

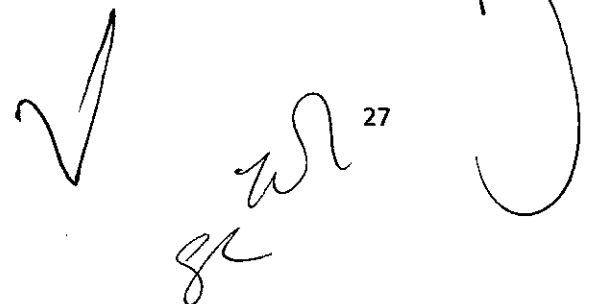
17. Ahora bien, respecto a las causales por las cuales procede la resolución del contrato, el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

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

- 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo;*  
*o*
- 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

*El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.”*

18. En esa línea, en relación a la formalidad, debemos tener presente lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:



Handwritten signature and checkmark. The signature is written in cursive and includes the number 27. A large checkmark is drawn to the left of the signature.

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

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

19. De la norma indicada en el párrafo precedente, se pueda advertir que la formalidad determinada para la Resolución de Contrato es conforme a lo siguiente:

- (i) Alguna de las partes requerirá a la contraria el cumplimiento de la obligación que se considera que no ha sido ejecutada.
- (ii) El requerimiento para el cumplimiento de obligaciones deberá efectuarse mediante Carta Notarial, en la cual deberá indicarse expresamente *"bajo apercibimiento de resolución de contrato"*.
- (iii) En el caso de contratos de Bienes y Servicios, el plazo para la absolución de lo requerido en la Carta Notarial será hasta por un plazo no mayor de cinco (5) días; dicho plazo podrá ser mayor en caso la Entidad así lo considere conveniente, debido a temas de complejidad o envergadura. En el caso de Contratos de Obra, el plazo para la absolución será de quince (15) días.

(iv) Vencido el plazo otorgado, sin absolución de lo requerido, la parte requirente podrá resolver el contrato.




(v) La decisión resolutoria deberá ser aprobada por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato.

20. De lo manifestado, podemos apreciar que el cuestionamiento principal en relación a lo advertido en el párrafo precedente, corresponde a lo siguiente: ¿Cuál es la consecuencia si la parte requirente no cumple con alguno de los requisitos para el requerimiento previo en el procedimiento de la resolución de contrato?

Sobre el cuestionamiento planteado, debemos tener presente que al encontrarnos ante mandatos expresos, esto es, de obligatorio cumplimiento para las partes, éstas deberán cumplir con las formalidades ahí prescritas, siendo que en caso de incumplimiento, el requerimiento no podrá ser considerado válido, y consecuentemente, la resolución que derive de ella, no surtirá efectos entre las partes.

21. Sin perjuicio de lo señalado, también es pertinente manifestar que el mismo cuerpo normativo determina situaciones especiales en las cuales no será necesario efectuar el requerimiento previo a efectos de resolver un contrato válidamente, tal como se puede observar en el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

***"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato  
(...)"***

✓  29  

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




22. Es así que, la misma normativa establece supuestos en que la Entidad podrá resolver el contrato, sin requerimiento previo, siendo estos cuando: (i) se haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, o, (ii) la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En concordancia con el primer supuesto, se debe indicar que el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado establece:

***“Artículo 165: Penalidad por mora en la ejecución de la prestación***

*En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato la Entidad le aplicará al Contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, de ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuera necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta.*

*(...)*

***Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento”.***

  30  


23. Estando al marco normativo antes desarrollado, el Tribunal realiza un análisis de las resoluciones de contrato formuladas por las partes, lo cual se desarrolla teniendo en consideración el orden cronológico en las que fueron planteadas; en consecuencia, corresponde iniciar el análisis de la resolución efectuada por la Entidad con fecha 17 de febrero de 2015 a través de la carta notarial N° 090-GG-EMMSA-2015. Es así que en dicha carta notarial la Entidad formula la resolución contractual por dos (2) causales: (i) Las cartas fianzas otorgadas para garantizar los adelantos directos y de materiales no cumplen con las formalidades exigidas por las normas de contrataciones del Estado; y, (ii) haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora. Siendo ello así, corresponde manifestar lo siguiente:

- a. En cuanto a la causal (i), referida a las cartas fianzas, está probada la falta de veracidad de las cartas fianzas No. 039-459-2014 y 039-460-2014, supuestamente emitidas por la Caja Señor de Luren, pues así está certificado en ambos casos por las cartas emitidas por dicha Caja los días 17 de diciembre del 2014 (carta 0065-2014 del 27 de enero del 2015 que consta en el Anexo 2 F de la Contestación de la demanda).

Con relación a estas pruebas el demandante ha presentado por escrito recibido el 16 de diciembre del 2016, y admitido por Resolución del Tribunal N° 27 del 27 de ese mismo mes y año, por contener documentos públicos, la Disposición Fiscal de archivo de la investigación, su fecha 10 de julio del 2016; y la Disposición Fiscal de Archivo de 8 de setiembre del 2016, que ordenan el archivamiento de las denuncias penales de EMMSA contra el Sr. Luis Felipe Lozada Podestá sobre

31



delito contra la fe pública, falsificación y uso de documento privado.

La primera Disposición Fiscal de Archivo se basa principalmente en que ni EMMSA ni tampoco las personas involucradas en esta investigación se apersonaron ante el Ministerio Público por lo que, no existiendo elementos de convicción, se ordena archivar el Expediente.

La segunda Disposición Fiscal de Archivo se sustenta en que, habiéndose tomado declaraciones de algunos funcionarios de la Caja, éstos manifestaron que las referidas cartas no tenían el logo ni el papel de la Caja, y que no las habían suscrito, pero no habían prestado su colaboración para que se efectúe una pericia que contribuya a esclarecer el conflicto, pues el imputado ha negado los cargos y esa pericia por tanto resultaba ser indispensable para llegar a una conclusión definitiva.

Sin embargo, EMMSA, contestando el traslado conferido, ha presentado copia de su recurso de fecha 20 de setiembre del 2016 al Ministerio Público dirigido a la 5ta. Fiscalía Provincial de Santa Anita con el que solicita la remisión del expediente por queja al superior jerárquico por no hallar conformes estas decisiones.

24. Así las cosas, las referidas Disposiciones del Ministerio Público, no afectan la convicción que se ha formado el Tribunal respecto a la invalidez de dichas cartas fianzas pues, según la carta No. 833-2014-SAV-CRAC-SL del 17 de diciembre del 2014, remitida a EMMSA por la Caja Señor de Luren, que obra como Anexo 2-F de la Contestación de la demanda, y que no ha sido impugnada, de las dos cartas fianzas presentadas por el demandante, la No. 039-459-2014-CRAC

✓  
82  
32

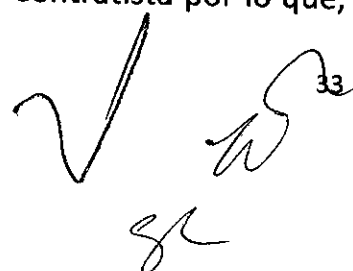


SL no se encuentra registrada en su Sistema Informático; y la No. 039-460-014-CRAC-SL, si bien está registrada en el Sistema Informático de la Caja, está a nombre de otro cliente y otro beneficiario, que difieren de la persona del demandante.

Esta carta de la Caja fue ratificada luego el 27 de enero del 2015, por la carta 0065-2015-SAU-CRAC SL en la que, además, señala que el Sr. Luis Felipe Lozada Podestá no se encuentra registrado como cliente de esa Caja.

25. En base a lo expuesto, el Tribunal estima que estos elementos probatorios demuestran que las cartas fianzas antes mencionadas y presentadas por el demandante para recibir adelantos de dinero por parte de EMMSA, carecen de validez y constituyendo una causal adecuada para la resolución del Contrato conforme a lo previsto en el inciso c) del artículo 40 del D. Leg 1017 y el artículo 167 de su Reglamento, complementados por el artículo 1430 del Código Civil.
- b. En cuanto a la causal (ii), respecto a la acumulación máxima de penalidades, son hechos probados, que por medio de los asientos del Cuaderno de obra, citados en el punto 2.1 de este análisis, que la ejecución de ésta se encontraba atrasada al día 6 de octubre de 2014; fecha en que el plazo de ejecución ampliado había vencido, acumulándose una penalidad equivalente a S/ 217,204.61, que es el 10% del monto del contrato y el máximo permitido por el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Estos asientos han sido presentados con legalización notarial y, en su mayor parte, están suscritos también por el Residente en representación del Contratista por lo que,



Handwritten signature and initials, including the number 33, and a large curved line.

son verosímiles, no habiéndose desvirtuado su valor mediante algún medio probatorio idóneo.


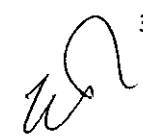

26. Por otro lado, no hay en autos ningún medio probatorio que denote que el demandante hizo consultas sobre el proceso constructivo de la obra antes o después del vencimiento del plazo de ejecución de la misma; y que, la demora o falta de contestación de ellas por parte de la Entidad había sido causa sustancial de la falta de culminación de la obra; y, aunque se hace mención de ellas, lo cierto es que no obran en autos ni se ofrecieron como pruebas.

En efecto, se ha hecho mención en la demanda y en su contestación de ciertas consultas formuladas en ese sentido y que, según el Contratista, no se contestaron por la Entidad; y ésta ha dicho que esas consultas se hicieron con posterioridad a la medida de resolver el contrato tomada por ella como Contratante. Sin embargo, no se han acreditado estos hechos.

Igualmente, el Contratista ha afirmado en su demanda que no es cierto que la obra estuviese con un retraso mayor al 30% del total y ha asegurado que, en realidad, ya había ejecutado más del 99%.

No obstante, no hay ninguna prueba en autos que acredite la veracidad de estas afirmaciones pese a que, como es principio general de derecho, el demandante está en la obligación de probar los hechos alegados en la demanda y que todo el que alegue un hecho debe acreditarlo, como se prescribe en el artículo 39 del D. Legislativo 1017.

Por estos motivos, no son oponibles las afirmaciones del demandante sobre excepción de incumplimiento a que se refiere el artículo 1426 del Código Civil porque los hechos en

  
  
<sup>34</sup>


que se sustentan no están probados en autos. Corresponde en ese sentido, señalar que la resolución de contrato formulada por la Entidad mediante carta notarial N° 090-GG-EMMSA-2015 de fecha 17 de febrero de 2015, cumple con lo establecido en la normativa para su plena validez.

Por otro lado, respecto a la carta notarial No. 0034-2015 de fecha 4 de marzo del 2015, mediante la cual el Contratista declara la resolución de contrato efectuada por su parte, podemos advertir en primer lugar que, al ser posterior a la primera resolución de contrato realizada válidamente por la Entidad, debemos advertir que no es posible resolver un contrato que ya se encuentra resuelto – como en este caso ha ocurrido - con fecha 17 de febrero del 2015 y que ha cumplido plenamente sus efectos.

Por lo que es menester señalar que no corresponderá reconocer como válida la resolución del contrato decidida por él con su carta 033-2015-EMMSA-SSHH por supuesta responsabilidad de la Entidad.

27. En base a los hechos expresados, el Tribunal declara:

- a. **Infundada** la Primera Pretensión de la demanda y válida la resolución del Contrato decidida por la Entidad mediante la carta notarial 090-GG-EMMSA 2015, notificada a la demandante el 17 de febrero del 2015, pues están acreditadas las demoras injustificadas en la ejecución de la obra, así como la falta de verosimilitud de las dos cartas fianzas presentadas por el demandante como garantías.
- b. Por estas mismas razones y fundamentos se declara **fundada** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, formulada por la Empresa Municipal de Mercados S.A.,

 35

dirigida a obtener que el Tribunal ratifique la resolución del contrato decidida por ella.

Ciertamente, el retraso sustancial e injustificado en la ejecución de la obra es un incumplimiento del contrato, lo que implica la posibilidad de declarar su resolución, siendo otra causal de resolución el hecho de que, ya en ejecución del Contrato, el demandante presentó, como garantías de los adelantos concedidos por la Entidad, cartas fianzas que incumplen los requisitos previstos en el artículo 39 del D. Legislativo 1017 y las normas pertinentes de su Reglamento, en cuanto incurren en falta de veracidad.

- c. Aparejada con esta decisión, se tiene que declarar **infundada** la Segunda Pretensión del demandante que buscaba que se reconozca como válida la resolución del contrato decidida por el Contratista con su carta 033-2015-EMMSA-SSHH por supuesta responsabilidad de la Entidad. En efecto, el Contratista no ha acreditado los argumentos de su acción y, por otro lado, el Contrato ya había sido objeto de resolución por la Entidad con anterioridad y, al operar la decisión resolutoria de pleno derecho según el art. 40 del D. Legislativo 1017, produce efectos inmediatos a partir de la notificación recibida por el Contratista y por tanto, la relación contractual deja de existir.

Así pues, un contrato extinguido ya no puede ser resuelto por la otra parte. En este sentido, si el Contratista consideraba ilegal la resolución del contrato efectuada por la Entidad, tendría que haberlo planteado en su demanda pero no declarar posteriormente otra resolución. Un contrato resuelto, según el art. 40 del D. Legislativo 1017, por una de las partes se extingue definitivamente pero la otra parte podría reclamar los daños y perjuicios si prueba, en un

✓  
36  
W  
gr

proceso distinto que la decisión fue irregular o arbitraria, siendo improcedente que recurra a resolverlo otra vez por cuenta propia.

**3. TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA.-** *Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad reconozca a favor del demandante como contratista de la obra, el 50% de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar.*

**A) POSICIÓN DEL DEMANDANTE**

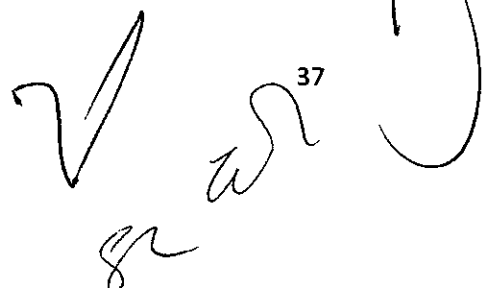
El demandante señala que EMMSA está incurso en incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, por lo cual se resolvió el contrato con Carta N° 033-2015-EMMSA-SS.HH.LFLP y que, de acuerdo al quinto párrafo del artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo el incumplimiento imputable a la Entidad, corresponde que se disponga que ésta le reconozca el 50% de utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se ha dejado de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

**B) POSICIÓN DE LA ENTIDAD**

La Entidad califica como temeraria la pretensión del demandante y solicita se le declare infundada.

Señala que para formular dicha pretensión se requiere que se inicie el proceso de liquidación del contrato de obra el cual ha sido resuelto y para ello, es necesario que dicha resolución quede consentida, y que de este modo podrá determinarse las causas de la misma, a qué parte es imputable y en ese orden de

37



cosas, qué otros conceptos autorizados por la normativa deberán incluirse.

### C) ANALISIS Y DECISIONES DEL TRIBUNAL

Respecto al presente punto en controversia, de los argumentos expuestos por el Contratista para sustentar su pretensión, dicha parte señala que en tanto procedió a la resolución de contrato por incumplimientos de la Entidad, solicita el reconocimiento del 50% de la utilidad dejada de percibir de acuerdo a lo prescrito en el artículo 209º del RLCE, el mismo que prescribe lo siguiente:

*"En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato."*

En efecto, de la cita anterior se aprecia que, la norma de Contrataciones del Estado, prevé el resarcimiento parcial de utilidades, en tanto que sea el Contratista quien resuelva el Contrato por causal atribuible a la Entidad.

Sin embargo, siendo que previamente este Colegiado ha determinado la validez de la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad mediante la carta notarial 090-GG-EMMSA 2015, notificada a la demandante el 17 de febrero del 2015, este Colegiado verifica que tal normativa no corresponde ser de aplicación al presente caso.

En ese sentido, de acuerdo con los fundamentos y las decisiones del Tribunal sobre las pretensiones de la demanda, anteriormente tratadas, se declara **infundada** la Tercera

Pretensión de ésta en consideración a que la resolución del contrato decidida por la Entidad ha sido por causa que le es imputable a la parte demandante.

#### **4. RECONVENCION ACUMULADA DE EMMSA**

##### **A) POSICIÓN DEL RECONVINIENTE**

Con fecha 25 de agosto del 2016, EMMSA presentó un escrito con el cual:

- i) Acumula a su Reconvención en curso una pretensión para que se declare la nulidad del Contrato No. 011-OAL-EMMSA -2014, por los fundamentos de hecho y de derecho que expone.**
- ii) Acumula a la Cuarta Pretensión Principal de su Reconvención la Primera Pretensión Accesorio, solicitando que se le autorice a ejecutar la carta fianza a partir del momento en que se declare la referida nulidad del Contrato No. 011-OAL-EMMSA 2014, al haberse presentado por el demandante documentos falsos y/o inexactos en su propuesta técnica. Se sustenta en los fundamentos de hecho y de derecho que invoca.**

La Entidad sustenta su pedido de nulidad del contrato en base a los siguientes hechos:

- i) Con ocasión de la presentación de las propuestas técnicas y económicas durante el proceso de selección, previo al otorgamiento de la Buena Pro y a la suscripción del Contrato, la Corporación Ingeniería y Desarrollo S.A.C. y Luis Lozada Podestá se advirtió a fs. 00172 de la propuesta técnica de este último, que se prohibía presentado el Certificado de**

Estudios de Educación Superior como Profesional Técnico en el 11.02.2000 por el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (SENCICO). La Buena Pro se otorgó al Sr. Luis Felipe Lozada Podestá.

- ii) En la etapa de Controles Posteriores, según el art. 1.16 del art. IV del Título Preliminar de la Ley No. 27444, se ha comprobado con documentos oficiales provenientes del SENCICO, que el Sr. Nelson Rafael Flores no figura en la Bases de Datos de la Escuela Superior y que la copia del título que se había adjuntado no corresponde a dicho Centro Educativo.



En consecuencia, dice EMMSA que, de acuerdo con el literal 1) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley (D. Leg. 1017) se ha configurado una causal de nulidad de este contrato No. 011-OAL según el art. 56 de la Ley y que, por este motivo, le remitió la carta notarial No. 356-GG-EMMSA-2016 por medio de la cual se le notificó la Resolución de Gerencia General No. 023-2016-GG-EMMSA la cual declara de oficio esa nulidad.

- iii) De otro lado, como Pretensión Accesorio a la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención, ya señalada, solicita la reconviniendo que se le autorice a ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento del Contratista a partir del momento en que se declare la nulidad de éste.

#### **B) POSICION DEL SR. LOZADA COMO RECONVENIDO**

El Sr. Lozada no ha dado contestación a estas ampliaciones de la reconvención no obstante que fue debidamente notificado con la Resolución No. 18 del 1ro. de setiembre del 2016 por la que se le corrió el traslado correspondiente.

#### **C) ANALISIS Y DECISION DEL TRIBUNAL**



El Tribunal ha procedido al examen de las Ampliaciones de la Reconvención formuladas por EMMSA con fecha 25 de agosto del 2016, cuyos puntos controvertidos se citan en los párrafos anteriores de este laudo.

1. **Nulidad del Contrato.**- La Entidad ha demandado que se declare la nulidad del contrato porque, según afirma, se ha acreditado que el Contratista presentó documentos falseados y, en tal caso, opera el literal b) del art. 56 del D. Leg. 1017 que sanciona con nulidad dichos actos otorgándole a la Entidad la facultad de declararla directamente.

Como Pretensión Accesorio, EMMSA ha planteado que, una vez declarada la nulidad solicitada, se le autorice a ejecutar la fianza de fiel cumplimiento del contrato.

No obstante lo expresado, EMMSA ya había procedido, con anterioridad a esta pretensión de nulidad, a declarar resuelto el contrato por responsabilidad atribuible al Contratista, conforme a lo dispuesto en el literal c) del art. 40 del D. Leg. 1017, el cual prescribe que la carta de la Entidad que comunica al Contratista la referida resolución, causa la extinción inmediata del contrato de pleno derecho. Así, pues, la resolución es irreversible y la relación contractual se extingue en forma definitiva.

En consecuencia, la nulidad solicitada por EMMSA, a posteriori a la resolución del contrato, es **improcedente** y así lo declara el Tribunal.

2. **Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.**-

Respecto al análisis de la presente pretensión, es oportuno señalar que, siendo el Contrato finalmente un acuerdo de voluntades, mediante el cual el Contratista se compromete a prestar los servicios requeridos y la Entidad a efectuar el pago por la prestación de los mismos (siendo aquellas obligaciones primarias a partir de las cuales se originan una serie de obligaciones, prestaciones y contraprestaciones), lo ideal responde al adecuado cumplimiento de las partes de todas sus obligaciones convenidas.

Sin embargo, el Contrato supone también el soportar determinados riesgos, cuya distribución y asunción son determinadas por las propias partes a lo largo del Contrato, y en caso de contrato público, típicamente en la normativa vigente para el caso concreto.

Es así que quienes intervienen en el mercado prestando servicios a Entidades del Estado, con la finalidad de mitigar el riesgo que se asume la Entidad ante un posible (no probable, pues de ser así, no se contrataría) incumplimiento de su contraparte, han generado una serie de elementos de protección, dentro de las cuales se encuentran la emisión de garantías.

Recordemos que ante un incumplimiento de obligaciones, el deudor responde con todo su patrimonio, eso es claro, pero todos los acreedores tienen, en principio, el mismo derecho de crédito respecto todos los bienes del acreedor, y en sentido específico, obtener una determinada garantía le otorga al acreedor-tenedor una situación más favorable para la satisfacción de su crédito que la que tendría siendo un acreedor común.

✓ *W*  
*gk*

En derecho comparado, hay garantías que son habitualmente pactadas, como la Garantía de Oferta, de Fiel Cumplimiento del Contrato, de Restitución de Anticipos, de Fondo de Reparos, por citar algunos. Los tipos de garantías a pactarse cambian radicalmente si nos encontramos ante un contrato en ámbito privado, o en un contrato público, como es el presente caso, sin embargo, los principios de establecimiento son los mismos, pues todo ello ha nacido de la práctica del mercado.

El contrato de fianza en nuestro sistema jurídico, tiene como principal propósito garantizar el cumplimiento de una obligación ajena, es decir, que un tercero se comprometa a responder por la obligación del garantizado en caso éste no cumpla.

Para el caso particular de las garantías generadas a través de una Carta Fianza, se tiene que por éstas, el tercero se obliga a responder económicamente por el incumplimiento de determinadas obligaciones del garantizado.

En este lineamiento, conviene tener presente qué se entiende por Carta Fianza, es así que:

*«A través de la Carta Fianza, el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena frente al acreedor; en esa medida, si el deudor incumple sus obligaciones, el fiador asume la obligación de pago. Así en el marco de las contrataciones del Estado, la Carta Fianza garantiza el cumplimiento de una obligación ajena que tiene su origen en la relación deudor- acreedor o proveedor – Estado.»*

En ese sentido, debemos citar la Resolución N° 587-2012-TC-S2, en la que el Tribunal de Contrataciones señala claramente que, la Carta Fianza es:

*«Es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación, por ello, el tenor literal del documento es decisivo para determinar el contenido y la extensión del derecho que emerge de dicho título. De tal modo, resulta evidente entonces que el contenido de la carta fianza debe indicar –expresa, manifiestamente y sin lugar a duda- la obligación garantizada, ello en salvaguarda del interés de la Entidad, detrás del cual se encuentra indudablemente el interés público plasmado en la contratación a realizarse».*

Asimismo, la legislación civil ha regulado el contrato de fianza, señalando en el artículo 1868º del Código Civil textualmente que:

**«Artículo 1868º.- Definición**

***Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor. La fianza puede constituirse no solo en favor del deudor sino de otro fiador.»*** (Énfasis agregado)

Asimismo, como señala la doctrina, el Contrato de Fianza:

***« (...) es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder,***

✓ 44

***subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla. El contrato de fianza es básicamente gratuito y consensual, pues se perfecciona por la simple manifestación de voluntad del fiador aceptada por el acreedor, ya lo quiera y lo conozca el deudor, o incluso aunque lo ignore.» (Énfasis agregado)***

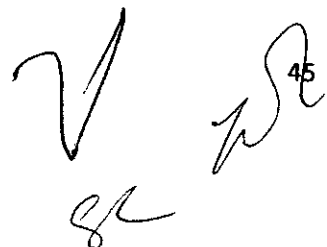
Como señala Castillo:

***«La fianza, en general, es un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo. La fianza es un contrato. En la práctica, se formaliza con la sola firma del fiador y no contiene la firma del acreedor. Por ello, alguna doctrina sostiene que la fianza es un acto unilateral, por cuanto el fiador queda obligado, aun antes de la aceptación por el acreedor. Tal postura es inadmisibles en nuestro derecho comercial, que lo categoriza como contrato. La fianza es un contrato accesorio. No puede existir sin un contrato principal, cuyas obligaciones garantiza. La fianza puede ser comercial o civil.» (Énfasis agregado)***

Es así que, a fin de dilucidar la presente controversia, se debe tener presente el marco normativo que corresponde a la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por Adicionales. Así, tenemos que el artículo 164º prescribe lo siguiente:

***“Artículo 164.- Ejecución de garantías***

***Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:***

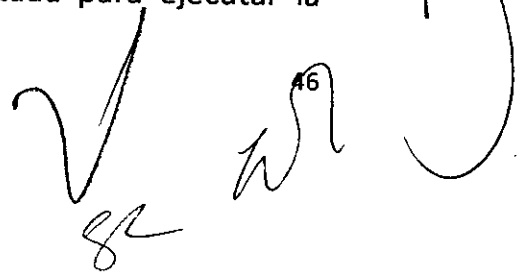
Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page. There are three distinct marks: a large checkmark-like signature, a signature with the number '45' next to it, and a set of initials 'SC'.

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno. Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

2. La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista".

La normativa citada enumera los supuestos habilitantes en los cuales la Entidad se encontraría facultada para ejecutar la

Handwritten signature and initials. The signature is a large, stylized 'V' shape. Below it are the initials '82'. To the right of the signature is a small number '46' inside a circle, followed by more handwritten marks.

Garantía de Fiel Cumplimiento, observándose en primer lugar que, cuando exista resolución de contrato establecida por la Entidad y ésta haya quedado consentida, la Entidad puede ejecutar las garantías otorgadas por el Contratista, supuesto que existió en el presente caso estando a la determinación de validez de la resolución contractual efectuada por la Entidad.

Por lo expuesto, se declara **fundada** esta pretensión y se dispone la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato, por haberse declarado resuelto el contrato por responsabilidad del Contratista.

3. **Costos del Proceso.**- Conforme a los resultados del proceso, el Contratista debe correr con el total de los costos del presente arbitraje.

### III PARTE RESOLUTIVA

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

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y en el



Handwritten signatures and a large checkmark. One signature includes the number 47.

Decreto Legislativo N° 1071, el Colegiado Arbitral, dentro de plazo correspondiente, resolviendo en Derecho LAUDA:

**PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES DE LA DEMANDA.-** Se declaran Infundadas las pretensiones del Contratista.

**TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA.-** Se declara Infundada la pretensión del demandante.

**PRIMERA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN.-** Se declara Fundada la pretensión de la Entidad, y en consecuencia, válida y eficaz la resolución del Contrato N° 011-OAL-EMMSA 2014 efectuada por EMMSA mediante carta N° 090-GG-EMMSA-2015, notificada al CONTRATISTA el día 17 de febrero del 2015.

**PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** Se declara Fundada esta pretensión y, por lo tanto, la Entidad debe ejecutar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por haberse resuelto el contrato por responsabilidad del Contratista.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-** Este punto ha quedado resuelto conforme a lo declarado respecto a la Segunda Pretensión del Contratista.

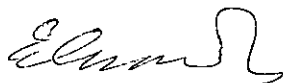
**PRETENSIONES DE EMMSA ACUMULADAS A LA RECONVENCIÓN**

**CUARTA PRETENSION PRINCIPAL.-** Se declara improcedente la solicitud de EMMSA para que se declare la nulidad del Contrato, en consideración a que éste ya había quedado inexistente por causa de resolución previamente declarada.



**PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-** En cuanto a la Primera Pretensión Accesorio Acumulada a la Cuarta de la Reconvención, se la declara sin objeto por estar ya resuelta al tratar la Primera Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal de la Reconvención.

**PRETENSIÓN SOBRE LOS COSTOS DEL PROCESO.-** Se declara que conforme a los resultados del proceso, El Contratista deberá asumir el total de los costos del presente arbitraje, debiendo reembolsar además a la Entidad la suma total de S/ 91,684.12 (NOVENTIUN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CUATRO Y 12/100 SOLES) que incluye impuestos, más los intereses que correspondan en atención a que EMMSA se subrogó en el pago de sus obligaciones arbitrales.



EMILIO CASSINA RIVAS

Presidente



NICANOR GÓMEZ ZÚÑIGA

Arbitro



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Arbitro



GABRIELA CASSINA RAMÓN

Secretaria Arbitral

## RESOLUCIÓN N° 35

Lima, 12 de mayo del 2017

### VISTOS:

- a) El escrito de fecha 18 de abril del 2017 presentado por el SR. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ, con el que solicita Rectificación y Exclusión del Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Tribunal con la Resolución N° 32 del 7 de abril del 2017, y
- b) El escrito de fecha 2 de mayo del 2017 presentado por la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A., absolviendo el traslado conferido con la Resolución N° 33 del 21 de abril del 2017, **Y CONSIDERANDO QUE:**

De conformidad con el segundo párrafo del numeral 53 del Acta de Instalación el Tribunal procede a resolver el pedido de Rectificación y Exclusión de Laudo presentado por el Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ

#### 1. Argumentos de Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ – Rectificación de Laudo Arbitral

El Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ mencionando el art. 58 de la Ley de Arbitraje, considera que el referido Laudo debe ser corregido porque si bien EMMSA se ha subrogado en los pagos que corresponden al demandante, la misma ha sido una subrogación parcial y no total y que, además, el pago total de los costos del arbitraje y secretaria arbitral, no ascienden a la suma de \$/ 91,684.12 (Noventa y Un Mil Seiscientos Ochenta y Cuatro y 12/100 Soles), razón por la cual debe ser corregido el error en el que ha incurrido el Tribunal. Manifiesta también el Sr. LOZADA PODESTÁ que en su condición de demandante, él solicitó el fraccionamiento de pago en tres cuotas y que cumplió con realizar el pago de dos cuotas conforme a los comprobantes de pago que obran en autos, quedando pendiente

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*

el pago de la tercera cuota, lo cual fue corroborado por la Resolución N° 29 del 17 de febrero del 2017.

- a) El Sr. LOZADA PODESTÁ en su escrito de vistos, acredita que ha efectuado los pagos antes mencionados según los comprobantes de depósito en efectivo que realizó con fechas 18 de febrero y 04 de abril del 2016, respectivamente.
- b) Dice el Sr. LOZADA PODESTÁ que el Tribunal no ha fijado los honorarios definitivos en el laudo, conforme lo dispone el numeral 60 del Acta de Instalación del Tribunal, el mismo que considera debe ser corregido; añadiendo que mediante Resolución N° 24 del 21 de noviembre del 2016, se ha fijado como último anticipo de honorarios la suma neta de S/ 4,000.00 que deberá abonar cada una de las partes a cada árbitro y la suma de S/ 2,000.00 como anticipo de honorarios y gastos procedimentales de la secretaria arbitral; siendo estas últimas cantidades en las que se ha subrogado EMMSA, es decir, la suma neta de S/ 14,000.00.
- c) Finalmente, en lo que corresponde a esta parte de su solicitud, el Sr. LOZADA PODESTÁ refiere que el monto que le toca pagar debe estar previamente establecido en el Laudo Arbitral, razón por la cual la resolución que dispone que él pague en su condición de demandante a EMMSA la suma de S/ 91,684.12 carece de sustento fáctico, probatorio y jurídico, debiendo dejar sin efecto dicha disposición.

2. Argumentos del SR. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ sobre Exclusión de Laudo Arbitral

El Sr. LOZADA PODESTÁ dice que se debe excluir del Laudo Arbitral el extremo que dispone que el demandante debe reembolsar a la entidad la suma de S/ 91,684.12 que incluye impuestos, más los intereses que correspondan en atención a que EMMSA se subrogó en el pago de sus obligaciones arbitrales.

Manifiesta que no se encuentra probado que EMMSA se haya subrogado en el pago de S/ 91,684.12 a favor del demandante, que le faculte a repetir el pago.

Agrega que si bien EMMSA se ha subrogado esta acción es por la tercera cuota del primer y el último anticipo de honorarios de los integrantes del Tribunal, así como de la Secretaria Arbitral, y que, del simple cálculo matemático, se colige que EMMSA no se ha subrogado en el pago por el monto que el Tribunal ha ordenado pagar, por lo que debe ser excluido, por afectar gravemente su derecho patrimonial.

### 3. Consideraciones y decisiones del Tribunal

- a) De acuerdo al numeral 56 del Acta de Instalación del Tribunal, se fijó un anticipo de los honorarios de cada uno de los árbitros por la suma de S/ 14,440.00 netos, debiendo cada parte asumir el 50% de dicho monto; o sea S/ 7,220.00 por árbitro.
- b) En cuanto a los honorarios de la Secretaria Arbitral el numeral 57 de la citada acta estableció como anticipo de honorarios la suma de S/ 9,704.00 netos que cada parte debía pagar en un 50%; es decir, S/ 4,852.00.
- c) El 9 de diciembre del 2015 la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A., pagó en su totalidad la parte que le correspondía de los honorarios arbitrales y secretariales, de lo que se dio cuenta con la Resolución N° 02 del 17 de ese mismo mes y año.
- d) Por su parte el Sr. LOZADA PODESTÁ, mediante escrito del 3 de febrero del 2016, solicitó el fraccionamiento de dicho pago ofreciendo hacerlo en tres cuotas, que como él menciona, solo cumplió con el pago de dos cuotas. Así consta en las Resoluciones Nos. 6 y 10 de fechas 22 de febrero y 05 de abril del 2016, respectivamente, quedando pendiente la última cuota correspondiente a S/ 2,406.67 netos para cada árbitro y S/ 1,617.33 para la Secretaria Arbitral.

- e) Con Resolución N° 9 de fecha 5 de abril del 2016, el Tribunal fijó como nuevo anticipo de honorarios la suma neta de S/ 6,000.00 para cada árbitro y S/ 3,000.00 para la Secretaria Arbitral; que cada parte debía abonar a razón del 50%.
- f) El 3 de mayo del 2016, la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. pagó en su totalidad la parte que le correspondía, según consta en la Resolución N° 11 del 5 de mayo del 2016.
- g) Con fecha 23 de agosto del 2016, la Entidad depositó en las cuentas bancarias de los árbitros y de la secretaria arbitral los honorarios fijados en la Resolución N° 9 que le corresponde al Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ. Así consta en la Resolución N° 19 del 1° de setiembre del 2016.
- h) Posteriormente, con la Resolución N° 24 del 21 de noviembre del 2016 se fijó como último anticipo de honorarios de cada uno de los árbitros la suma de S/ 8,000.00 que cada parte debía abonar a razón del 50% y para la Secretaria Arbitral se fijó como último anticipo también, la suma neta de S/ 4,000.00 que cada parte debía abonar en un 50%.
- i) El 13 de diciembre del 2016 EMMSA abonó la parte que le correspondía de los honorarios señalados en el literal precedente; tal como consta en la Resolución N° 26 del 27 de ese mismo mes y año.
- j) Con esa Resolución N° 26 se requirió al Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ para que cumpla con realizar el abono del último anticipo de honorarios arbitrales y secretariales que le corresponde, sin embargo, no efectuó dichos pagos.
- k) En consecuencia, se emitió la Resolución N° 28 del 9 de enero del 2017 con la cual se notificó a la Entidad para que considere la posibilidad de subrogarse en dicho pagos.
- l) EMMSA confirmó que se subrogaría y con fecha 2 de febrero del 2017 procedió con los abonos correspondientes.

- m) Ante el incumplimiento del Sr. LOZADA PODESTÁ en lo que respecta a la última cuota del primer anticipo de honorarios, con la Resolución N° 29 del 17 de febrero del 2017 se otorgó a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con realizar dicho pago. La Entidad se subrogó en dichos pagos el 14 de marzo del 2017 a razón de S/ 2,406.67 netos para cada árbitro y S/ 1,617.33 para la Secretaria Arbitral. Así consta en la Resolución N° 31 del 28 de marzo del 2017.
- n) En resumen, el Tribunal ha fijado como honorarios para cada árbitro la suma neta de S/ 28,440.00 (Veintiocho Mil Cuatrocientos Cuarenta y 00/100 Soles) y S/ 16,704.00 (Dieciseis Mil Setecientos Cuatro y 00/100 Soles) para la secretaria arbitral, según cuadro que se adjunta en el cual se detallan los pagos efectuados por las partes en las fechas señaladas.

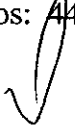
Por tanto, **SE RESUELVE:**

**Primero:** El Tribunal declara **INFUNDADA** la solicitud del Sr. LUIS FELIPE LOZADA PODESTÁ para rectificar y excluir del Laudo Arbitral la pretensión sobre los Costos del Proceso.

**Segundo:** INDÍQUESE a las partes que la presente resolución, forma parte del Laudo Arbitral de fecha 7 de abril del 2017.

**Tercero:** REMÍTASE un ejemplar de la presente Resolución al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para los fines de ley.

**Cuarto:** INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, la presente Resolución será notificada a través del portal electrónico del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado – SEACE.



Proceso Arbitral  
Luis Felipe Lozada Podestá  
Empresa Municipal de Mercados S.A. - EMMSA

**Quinto:** INDÍQUESE a las partes que, al expedir la presente resolución, y conforme a la normativa arbitral aplicable, este Tribunal Arbitral da por concluidas sus actuaciones en el presente arbitraje de manera definitiva.



**EMILIO CASSINA RIVAS**  
Presidente



**NICANOR GÓMEZ ZÚÑIGA**  
Arbitro



**JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ**  
Arbitro



**GABRIELA CASSINA RAMÓN**  
Secretaria Arbitral

Sede Arbitral: Calle Coronel Inclán 721 – Miraflores  
Teléfonos: 445-8008 - 998675308