

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE **Gobierno Regional Cusco**, en adelante la ENTIDAD o DEMANDANTE.
DEMANDADO **Latino Servis S.R.L.**, en adelante el CONTRATISTA o DEMANDADO.
ÁRBITRO ÚNICO Jhanett Victoria Sayas Orocaja.
SECRETARIA ARBITRAL Nicanor Milton Gómez Zúñiga.
CONTRATO N° 269-2013 GRCUSCO/GGR para la Adquisición de 200,000 galones de Diesel B5 S-50.

RESOLUCIÓN N° 23

Lima, 20 de setiembre de 2017

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL

1) Contrato

Con fecha 12 de julio del 2013, el CONTRATISTA y la ENTIDAD, celebraron el Contrato N° 269-2013 GRCUSCO/GGR para la Adquisición de 200.000 galones de Diesel B5 S-50; por un monto de S/ 2'860.270.00 (Dos Millones ochocientos sesenta mil setecientos veinte con 00/100 Soles), de acuerdo a las condiciones establecidas en las Bases de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 15-2013-GRCUSCO; para la Meta 86 “Mejoramiento de la Carretera Santo Tomás Colquemarca - Chumbivilcas”.

2) Convenio Arbitral

La cláusula décimo séptima del Contrato establece expresamente lo siguiente:

“Cláusula Décimo Séptima: Solución de controversias

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

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Como puede verse del texto de la cláusula décimo novena y de lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se aprecia que el Tribunal Arbitral a cargo del proceso arbitral tiene competencia para solucionar las controversias contractuales puestas a su decisión por las partes, al tratarse de un arbitraje ad hoc.

3) Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha 16 de mayo de 2016 se instaló el Árbitro Único con la presencia de la ENTIDAD, señalándose las reglas del proceso arbitral y los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral los mismos que constan en el Acta de Instalación suscrita por el parte asistente, el Árbitro Único y el representante del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

Se dejó constancia que el presente arbitraje se regirá por:

- a) La Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, su Reglamento, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF y modificado por D.S. N° 138-2012-EF y las directivas aprobada por el OSCE.
- b) Supletoriamente las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje.

II. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL:

2.1 ANTECEDENTES:

- a. Con fecha 09 de julio de 2013, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro del proceso de selección de Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 15-2013-GRCUSCO; para la Meta 86 “Mejoramiento de la Carretera Santo Tomás Colquemarca - Chumbivilcas”.

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

- b. Con fecha 12 de julio de 2013, se celebró el Contrato N° 269-2013 GRCUSCO/GGR para la Adquisición de 200.000 galones de Diesel B5 S-50; por un monto de S/ 2'860.270.00 (Dos Millones ochocientos sesenta mil setecientos veinte con 00/100 Soles).
- c. Con fecha 05 de mayo de 2015 el contratista con Carta Notarial N° 322 formuló la solicitud de ejecución del Contrato bajo apercibimiento de resolver el contrato y el pago de indemnización por daños y perjuicios.
- d. Que con Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015 la Empresa Latino, hace efectivo el apercibimiento de Carta Notarial N° 322 de fecha 05 de mayo de 2015 y declara resuelto parcialmente el Contrato por incumplimiento atribuible a la Entidad.
- e. Con fecha 02 de setiembre de 2016 el Gobierno Regional de Cusco, invita a Conciliar a la Empresa LATINO SERVIS S.R.L.
- f. Con fecha 21 de setiembre de 2015, se suscribe el Acta de Conciliación N° 0033-2015/CCEVJ-CUSCO, por inasistencia de una de las partes, la misma que señala (...) Habiéndose citado a las partes para la realización de la Audiencia de Conciliación en dos oportunidades.

2.2 DEMANDA ARBITRAL POR LA ENTIDAD

Con fecha 14 de junio de 2016, la ENTIDAD interpone demanda arbitral contra la empresa Latino SERVIS SRL, formulando el siguiente petitorio:

- a. **Primera Pretensión Principal.-** Que, el Arbitro Único declare la invalidez y deje sin efecto la Resolución Parcial del Contrato N° 269-2013GRCUSCO/GGR realizada por la contratista empresa LATINO SERVIS S.R.L. en fecha 12 de agosto del 2015 mediante Carta Notarial registradas con los números de ingreso de expediente a la Entidad 22033, por supuesto incumplimiento atribuible a la Entidad; por cuanto no se ha configurado la causal para la resolución que invocó el contratista, prevista en el Artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF.
- b. **Segunda Pretensión Principal.-** Que, el Arbitro Único declare la Resolución Parcial del Contrato N° 269-2013GRCUSCO/GGR, de Mutuo acuerdo, sin responsabilidad de ninguna de las partes por motivos de fuerza mayor.

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

referente al saldo pendiente por entregar que asciende a 125,046 galones de Diesel B-5-S50 (petróleo).

- c. **Tercera Pretensión Principal.-** Que, el Arbitro Único declare improcedente del supuesto pago de la indemnización de S/ 1'788,551.97 Soles por concepto de daños y perjuicios, solicitado por la empresa LATINO S.R.L. mediante Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015.
- d. **Cuarta Pretensión Principal.-** Que, el Arbitro Único declare que no se determine por ningún concepto el pago de indemnización por daños y Perjuicios ocasionados por las partes.

Fundamentos de hecho

Respecto a la Primera pretensión, invalidez y deje sin efecto la Resolución Parcial del Contrato N° 269-2013GRCUSCO/GGR:

- 2.2.1 Mediante Carta Notarial N° 322, presentada con fecha 05 de mayo de 2015, se realiza el apercibimiento al Gobierno Regional Cusco, solicitando que en el término de 10 días calendario cumpla con las obligaciones de su cargo, consistente en la ejecución de los consumos pendientes de 125,046 galones de Diesel B.-5 S-50, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- 2.2.2 Con Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015 el Contratista, hace efectivo el apercibimiento de Carta Notarial N° 322 de fecha 05 de mayo de 2015 y declara resuelto parcialmente el contrato por incumplimiento atribuible a la Entidad.
- 2.2.3 La Causal de resolución por incumplimiento se encuentra especificada en el Artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, tal como se detalla a continuación;

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

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

El Contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus

obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169° (...).

- 2.2.4 El procedimiento de resolución de contrato se encuentra especificado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, como a continuación indica:

Artículo 169°

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

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

- 2.2.5 Que la Cláusula Quinta del Contrato señala (...) El plazo de entrega de los bienes sea de dos (02) días calendarios, computados a partir del día siguiente de la recepción de la Orden de Compra por parte de "EL CONTRATISTA", de acuerdo a la siguiente forma de entrega del bien:

DESCRIPCION	UNID.	JUL.	TOTAL
DIESEL B5-S50	Galón	200,000	200,000

- 2.2.6 El contratista entregará los bienes en las cantidades y características técnicas ofrecidas en el Grifo de Confraternidad s/n del Distrito de Wanchaq, asimismo de manera directa a los vehículos propiedad del Gobierno Regional en coordinación con el responsable de obra, la misma que emitirá la orden de compra para ser atendida de forma inmediata el bien.

La vigencia del contrato se extenderá desde su suscripción hasta la culminación de la prestación a cargo de "El Contratista" y el pago respectivo.

- 2.2.7 Conforme lo mencionado se puede evidenciar que con la firma del contrato, la Empresa aceptó la Cláusula Quinta del Contrato el mismo que señala (...) El plazo de entrega de los bienes sea de dos (02) días calendarios, computados a partir del día siguiente de la recepción de la Orden de Compra (...); cláusula que el Contratista aceptó sin considerar que la propia Empresa sabía que no contaba con la capacidad de entrega dentro del plazo otorgado en la cláusula en mención, hecho que ha causado bastantes problemas en la entrega del combustible B5-S50 (petróleo), lo cual es corroborado con Informe N°011-2015-GRCUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC, de fecha 26 de agosto de 2015 el mismo que señala (...) confirma que de la Adquisición de combustible B5-S50

Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.

(petróleo), según LP. N°15-2013 y el respectivo contrato N° 269-13 que tuvo bastantes problemas en la entrega del bien, por ser única entrega y único pago.

- 2.2.8 Que con Informe N°003-2015-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC, de fecha 03 de marzo de 2015 el Residente General de Obra Mejoramiento Carretera Santo Tomás –Colquemarca – Meta 088-15, comunica que la obra en mención ha concluido sus actividades, por lo que ya no es necesario dicho material (Diesel B5 S-50), motivo por el cual solicita la resolución parcial de dicho Contrato según el detalle siguiente;

Contrato N°269-2013-GRCUSCO/GGR

ITEM	DESCRIPCIÓN	UND.	CANTIDAD	P.U.	TOTAL
1	DIESEL B5-S50	GALON	200,000.00	14,3036	2'860,720.00

Atendido según Contrato N°269-2013-GRCUSCO/GGR

ITEM	DESCRIPCIÓN	DCTO	UND.	CANT.	P.U.	TOTAL
1	DIESEL B5 –S50	O/C N°6736-13	GLN	38,954.00	14,3036	557,182.43
2	DIESEL B5 –S50	O/C N°2433-14	GLN	8,000.00	14,3036	114,428.80
3	DIESEL B5 –S50	O/C N°3536-14	GLN	20,000.00	14,3036	286,128.00
4	DIESEL B5 –S50	O/C N°5540-14	GLN	8,000.00	14,3036	114,428.80
				74,954.00	GLNS	1'072,168.03

Resolución parcial del Contrato N°269-2013

ITEM	DESCRIPCIÓN	UND	CANTIDAD CONTRATO	CANTIDAD ATENDIDO	RESOLUCION CONTRATO	P.UNIT	TOTAL
1	DIESEL B5 S-50	GLN	200,000.00	74,954	125,046	14,3036	1'788,551.97

- 2.2.9 Que, el contratista temerariamente, irracionalmente y exponiendo al Gobierno Regional Cusco en situación de indefensión, resuelve parcialmente el contrato, invocando como causal “el incumplimiento atribuible a la Entidad, situación que carece de veracidad; conforme lo establecido en el artículo 44º Resolución del Contrato, si la Entidad no pudo cumplir con sus obligaciones contractuales fue porque la obra en mención ya había concluido, caso fuerza mayor debidamente regulado en la norma; por lo tanto en salvaguarda de los intereses de la Institución y actuando de buena fe no se continuó con el recojo del saldo restante del combustible, con el fin de no generar más perjuicios económicos a la Entidad.

Respecto a la segunda Pretensión Principal (Resolución Parcial del Contrato, de Mutuo acuerdo).

- 2.2.10 La Cláusula Décimo Cuarta del contrato referente a la resolución del contrato, se encuentra enmarcado en los artículos 44º de la Ley y los artículos 167 y 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice:

(...) "Cualquiera de las partes podrán 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° de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 2.2.11 Que el Artículo 169° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece (...) *La resolución parcial sólo involucrara a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independientemente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad que parte del contrato quedaría resuelta si persistirá el incumplimiento.*
- 2.2.12 Para definir qué se entiende por "caso fortuito o fuerza mayor", debe tenerse en consideración lo dispuesto por el Código Civil en el artículo 1315, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el cual establece que "*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.*"
- 2.2.13 Resulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas. Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible. Adicionalmente, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.
- 2.2.14 Por último, es importante indicar que la doctrina distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, señalándose que el primero corresponde a hechos de la naturaleza y el segundo a actos de autoridad o, en general, a hechos del hombre.
- 2.2.15 De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado (...) *Cualquiera 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;* y considerando que la obra ha concluido (fuerza mayor), al no haberse configurado la causal para la resolución que invocó el contratista.

correspondería declarar la resolución de contrato por mutuo acuerdo sin responsabilidad de ninguna de las partes, toda vez que la medida de fuerza mayor se halla respecto a la conclusión de la obra en mención, causal determinante para no proseguir con la continuación del contrato.

Respecto de la tercera y cuarta Pretensión Principal.

- 2.2.16 Que, con Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015, el Contratista señala al haber vencido en exceso el plazo otorgado a la Entidad sin que haya dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales hace efectiva el apercibimiento y declara la resolución parcial del contrato N° 269-2013 y solicita el pago de la indemnización de S/ 1'788,551.97 Soles por concepto de daños y perjuicios.
- 2.2.17 El artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el estado establece si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- 2.2.18 El Código Civil, en su artículo 1317°, respecto a daños y perjuicios por ejecución no imputables establece que: "El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación"
- 2.2.19 Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos importantes:
- a) La inejecución de la obligación, que es elemento objetivo;
 - b) La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo; y
 - c) El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.
- 2.2.20 Que, el Gobierno Regional Cusco no ha incumplido con las obligaciones que estipula la contratista en su apercibimiento, mediante los cuales resuelve el contrato, no pudiéndose configurar el elemento objetivo necesario para que se produzca daño.
- 2.2.21 La Entidad solicita que no corresponde el pago de indemnización de S/ 1'788,551.97 Soles por concepto de daños y perjuicios y que no corresponde

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

ningún pago de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por las partes; considerando que corresponde la Resolución de Contrato fue por mutuo acuerdo.

Medios probatorios:

Se ofrece en calidad de medios probatorios los siguientes documentos:

- a) Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR
- b) Carta Notarial de fecha 04 de mayo del 2015.
- c) Carta Notarial de fecha 12 de agosto del 2015.
- d) Informe N° 011-2015-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC.
- e) Orden de Compra-Guía de Internamiento de fecha 22 de noviembre de 2014.
- f) Orden de Compra-Guía de Internamiento de fecha 24 de setiembre de 2014.
- g) Orden de Compra-Guía de Internamiento de fecha 02 de julio del 2014.
- h) Orden de Compra-Guía de Internamiento de fecha 10 de setiembre del 2013.
- i) Informe N° 003-2015-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC.
- j) Informe N° 107-2014-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC.
- k) Informe N° 0082-2014-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC.
- l) Acta de conciliación por inasistencia de una de las partes.
- m) Carta N° 76-2015-GR.CUSCO/PPR.
- n) Escrito para el OSCE de fecha 02 de diciembre de 2015.
- o) Escrito para el OSCE de fecha 02 de noviembre de 2015.
- p) Oficio N° 2201-2016-OSCE/DAA-SAA.
- q) Carta S/N, de fecha 09 de marzo de 2016.
- r) Escrito para el OSCE de fecha 02 de marzo de 2016.

2.3 DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DEL CONTRATISTA:

Con fecha 14 de julio de 2016, el Contratista contesta la demanda arbitral negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en los siguientes términos:

Sobre la pretensión de dejar sin efecto la resolución parcial del contrato.-

2.3.1 Mediante Carta Notarial N° 322 recepcionada el 5 de mayo de 2015, ante el incumplimiento de efectuar los consumos de combustible contratados, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 169 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado, en vista que se trata de un Contrato con Prestaciones Recíprocas, se requirió a la Entidad el cumplimiento de la prestación a su cargo, esto es, ejecución del consumo de 125,046 galones de Diesel B5 S-50, otorgándole un plazo prudencial de 10 días calendarios, bajo apercibimiento de resolverse el Contrato por causa imputable a la entidad.

- 2.3.2 Ante el caso omiso al requerimiento de dicha obligación, habiendo vencido en exceso el plazo concedido, mediante Carta Notarial de fecha 12 de agosto de 2015, se hace efectivo el apercibimiento y se declara resuelto parcialmente el contrato, por incumplimiento atribuible a la entidad.
- 2.3.3 De otro lado, se debe advertir que conforme lo dispone el Artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones concordante con el Art. 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, por ello, dado que la obligación de las partes está preestablecida, su imposibilidad de ejecución solo puede tener como consecuencia la resolución del contrato y el pago de la indemnización correspondiente.

Sobre la pretensión que se declare la resolución parcial del contrato de mutuo acuerdo por motivos de fuerza mayor.

- 2.3.4 Que, conforme lo ha admitido la Entidad, a la fecha se encuentra resuelto (por incumplimiento de la Entidad) el Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR, razón por la cual, no es posible que de mutuo acuerdo y sin responsabilidad alguna de las partes se resuelva el mismo.
- 2.3.5 Que, conforme a lo dispuesto por el Artículo 1372 del Código Civil, los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produjo la causal que lo motiva, por ello, legalmente no es aceptable ni permisible que se declare y ampare la declaración de Resolución parcial de mutuo acuerdo, cuando el contrato ya está resuelto y por causa atribuible al incumplimiento de la entidad.
- 2.3.6 Para justificar su pretensión, la Entidad refiere la existencia de fuerza mayor, la misma que según dice está constituida por el hecho que ha concluido la obra, sin embargo este hecho o situación no es amparable ya que conforme al Art. 1315 del Código Civil, las situaciones extraordinarias, imprevisibles o irresistibles deben ser derivados de hechos naturales o actos de terceros.

Sobre la pretensión que se deje sin efecto el pago de indemnización de S/. 1'788,551.97 solicitado por la empresa Latino Servis SRL

- 2.3.7 Uno de los efectos de la resolución del contrato, es que la parte causante de la misma pague la indemnización de daños y perjuicios, por mandato legal del Artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado no puede en sede arbitral legalmente dejarse sin efecto.

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

Sobre la pretensión que no se determine ningún pago de indemnización por daños y perjuicios

2.3.8 Esta pretensión no resulta amparable, toda vez, que por mandato del Artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, la consecuencia legal de la resolución del contrato por causa atribuible a la Entidad es el reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios, basta estar acreditado la ruptura del contrato.

Medios probatorios de la Contestación de la demanda:

El Contratista ofrece como medios probatorios los siguientes:

- a. Oficio N° 013-2015-MTC/10.10 de fecha 04 de febrero de 2015 con el que se pone a conocimiento la Resolución Directoral N° 002-AMC-2015-MTC/10.

Por el principio de adquisición procesal ofrece:

- b. El Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR.
- c. La Carta Notarial recepciónada por la Entidad el 05 de Mayo de 2015, por la que se acredita haber efectuado el requerimiento a la Entidad del cumplimiento de obligaciones contractuales.
- d. La Carta Notarial de fecha 12 de agosto de 2015, con la que se resuelve parcialmente el contrato.

2.4 RECONVENCIÓN DE LA DEMANDA FORMULADA POR EL CONTRATISTA:

Con fecha 14 de julio de 2016, el Contratista formula reconvención de la demanda argumentando lo siguiente:

Pretensiones:

- a) **Primera pretensión.-** Que se confirme la resolución del contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR por incumplimiento de la Entidad pese a haber sido requerida mediante Carta Notarial de fecha 05 de mayo de 2015.
- b) **Pretensiones accesorias a la primera pretensión:**
 - Que se ordene al Gobierno Regional de Cusco, pague la suma de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles), más intereses legales desde la fecha de resolución del contrato, por concepto de indemnización de daños y perjuicios derivado de la resolución del contrato por causa atribuible a la Entidad; por lucro cesante, daño emergente y daño moral.
 - Que se ordene al Gobierno Regional de Cusco devuelva la Carta Fianza de fiel

cumplimiento por S/ 286,072.00 del Banco Scotiabank, así como de sus sucesivas renovaciones.

Fundamentos de hecho

Que se confirme la resolución del contrato

- 2.4.1 Conforme lo ha admitido la propia Entidad en su escrito de demanda arbitral, mediante carta notarial recepciónada el 05 de mayo de 2015, el contratista le requirió el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, consistentes en el consumo del saldo de los bienes contratados, esto es la cantidad de 125,046 galones de petróleo Diesel B-5 S50, por un monto de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles), que representan el 63% del monto contractual total; bajo apercibimiento de resolución del contrato.
- 2.4.2 Por lo que ante el incumplimiento de dicha obligación debidamente requerida, mediante carta notarial de fecha 12 de agosto de 2015, conforme al procedimiento establecido en el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y no obstante haber transcurrido en exceso el plazo de 10 días calendarios computados desde la fecha de recepción de la carta notarial de fecha 05 de mayo de 2015, se hizo efectivo el apercibimiento dando por resuelto en forma parcial – por la parte inejecutada - por causal atribuible a la Entidad; y se le solicitó el pago de la indemnización de daños y perjuicios por el mismo monto no ejecutado.
- 2.4.3 Habiéndose procedido en cumplimiento estricto del procedimiento establecido en el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se deberá confirmar dicha resolución contractual por incumplimiento atribuible a la Entidad.

Sobre las pretensiones accesorias:

Respecto al pago de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles), más intereses por concepto de indemnización de daños y perjuicios, por lucro cesante y daño emergente y daño moral.

- 2.4.4 El monto de la indemnización por concepto de daños y perjuicios solicitados corresponde a la parte no ejecutada del contrato (125,046 galones de petróleo Diesel B-5 S50), daño emergente, lucro cesante y daño moral, mayores gastos por renovación de garantías y cartas fianza, los mayores gastos derivados, daño

económico, y otros por un total de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles).

- 2.4.5 Al haber causado daño y perjuicio dado que el combustible asignado para el cumplimiento de este contrato, ha sido adquirido por el contratista oportunamente y mantenido en stock en su situación de disponibilidad, ha afectado de manera significativa el patrimonio empresarial.
- 2.4.6 Por Lucro Cesante debe entenderse "...todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino..." 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....; directamente del negocio trunco, así de las utilidades que hubiera obtenido de haberse incorporado oportunamente a su patrimonio, la utilidad no percibida.
- 2.4.7 El daño emergente representa siempre la disminución del patrimonio 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.
- 2.4.8 Por daño moral es todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo en virtud de un contrato. Además el daño moral es irreparable toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original. En este caso el buen nombre de la empresa Latino Servis SRL, se ha visto afectado y menoscabado en el ámbito del mercado proveedor y empresarial de combustibles, tanto respecto de los proveedores mayoristas como de la competencia directa en la localidad del Cusco, por lo tanto con ese acto ilícito del incumplimiento de la obligación contractual ha afectado el prestigio empresarial ocasionando el daño moral.

Respecto a la devolución de la Carta Fianza de fiel cumplimiento

- 2.4.9 De acuerdo al Artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, la obligación del contratista de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento se extiende hasta el otorgamiento de la conformidad de la prestación; por lo que habiéndose otorgado la conformidad de la prestación de la parte ejecutada del contrato, y habiéndose resuelto parcialmente el contrato respecto de la parte no ejecutada, resulta procedente la devolución de la misma por ser innecesario mantener vigente la garantía otorgada.

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

Medios probatorios de la reconvención de la demanda:

Ofrece el mérito de los documentos indicados en el rubro medios probatorios de la contestación de demanda.

- a. El mérito del Informe Económico Contable de CPCC AUGUSTO FLORES CHAMBILLA para acreditar la liquidación de los daños y perjuicios irrogados.

Por principio de adquisición procesal ofrezco

- b. El contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR.
c. La carta notarial recepciónada por la entidad el 05 de Mayo de 2015.
d. La carta notarial de fecha 12 de Agosto de 2015.

2.5 CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCION POR LA ENTIDAD:

Con fecha 06 de setiembre de 2016, la Entidad contesta la reconvención, argumentando que se declaran infundadas las pretensiones formuladas por el Contratista en los términos siguientes:

Respecto a la primera pretensión de la reconvención,

Que, conforme se aprecia en la Cláusula Quinta del contrato, aceptó sin considerar que la propia empresa sabía que no contaba con la capacidad de entrega dentro del plazo otorgado, causando problemas en la entrega del combustible, lo cual es corroborado, con Informe N° 011-2015-GRCUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC de fecha 26 de agosto de 2015.

El Gobierno Regional Cusco, no ha tenido la intención de faltar al cumplimiento de sus obligaciones y que el contrato estaba sujeto a la Meta 86 "Mejoramiento de la carretera Santo Tomás Colquemarca-Chumbivilcas", por lo cual no se ha configurado la causal para la resolución que invocó el contratista, por lo que dicha resolución de contrato deviene en injustificada y sin asidero legal.

Respecto a la primera pretensión accesoria de la primera pretensión de la reconvención.

Que, el contratista no ha cumplido con acreditar la concurrencia de ninguno de los requisitos que configuran un supuesto de responsabilidad contractual, (i) Hecho o conducta antijurídica; (ii) Factor de atribución; (iii) Nexo causal ; y (iv) Daño.

- (i) No existe conducta antijurídica.- De una revisión detallada del escrito de reconvención, únicamente se aprecia el argumento de la empresa, referida a que la Entidad supuestamente incurrió en un "incumplimiento injustificado".
(ii) No existe factor de atribución.- el factor atribución determina si existe o no una justificación para atribuirle responsabilidad a un sujeto y trasladarle el peso

económico del daño. La empresa actuó en forma diligente en observancia estricta de sus obligaciones contractuales, sin que exista ningún hecho antijurídico y sin que se le pueda imputar haber incurrido en un supuesto de culpa inexcusable; es importante reiterar que la Entidad no procedió con el recojo del combustible, porque la obra ya había concluido.

- (iii) No existe daño.- El contratista no ha acreditado la verificación de los daños con ningún medio probatorio, las afirmaciones en la liquidación de daños y perjuicios que presenta carecen del más mínimo sustento probatorio, lo supuestos perjuicios no es otra cosa que el 63% que deriva de la falta de ejecución del monto contractual.
- (iv) Nexo causal.- No existe puesto que no se ha verificado una conducta antijurídica por parte de la Entidad y tampoco se ha producido daño alguno, ya que en la liquidación de los daños y perjuicios no acreditan dichos daños.

Medios probatorios de la reconvención de la demanda:

Ofrece el mérito de los documentos indicados en el rubro medios probatorios de la contestación de demanda.

- a. Acta de recepción de obra Mejoramiento de la carretera Santo Tomás – Colquemarca – Chumbivilcas.
- b. Orden de Compra N° 6565-2013

2.6 DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

1. **Con fecha 14 de junio de 2016** la Entidad dentro del plazo de 12 días hábiles señalado en el numeral 23 del Acta de Instalación, cumplió con presentar su demanda arbitral contra el Contratista planteando sus respectivas pretensiones.
2. **Con Resolución N° 01 de fecha 20 de junio de 2016**, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de la misma al Contratista.
3. **Con fecha 14 de julio de 2016** el Contratista mediante escrito N° 03, contestó la demanda formulando reconvención.
4. **Con Resolución N° 02 de fecha 18 de julio de 2016**, notificada a las partes, se admitió a trámite la contestación de demanda y reconvención
5. **Con fecha 06 de setiembre de 2016**, la Entidad absolvió la reconvención formulada por el Contratista.

- g. **Séptimo punto controvertido (Segunda pretensión accesoria).**- Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Cusco, devolver la Carta Fianza de fiel cumplimiento por S/ 286,072.00 del Banco Scotiabank, así como de sus sucesivas renovaciones entregadas por Latino Servis S.R.L.
- h. **Octavo punto controvertido.** - Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral.
7. **Con fecha 01 de marzo de 2017,** el Contratista formuló alegatos escritos de cuyo contenido se advierte que afirma los argumentos de su contestación de demanda y reconvención.
8. **Con fecha 06 de marzo de 2017,** la Entidad formuló alegatos escritos de cuyo contenido se advierte que sustenta los argumentos de su demanda y contradice los formulados en la reconvención de la demanda.
9. **Con fecha 31 de marzo de 2017,** se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, asistiendo el Contratista y la Entidad.
10. Presentación de documentación adicional referente al presente proceso arbitral, requerida en la audiencia de Informes Orales:
- a. **Con fecha 17 de abril de 2017,** el Contratista presentó la siguiente documentación:
- Informe contable de la liquidación de daños y perjuicios derivados de la Resolución de Contrato N° 269-2013-GR CUSCO.
- b. **Con fecha de 12 de mayo de 2017,** la Entidad presentó la siguiente documentación:
- (i) Acta de recepción de obra.
 - (ii) Bases administrativas.
 - (iii) Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR.
 - (iv) Pantallazo del portal del OSCE en donde se visualiza las contrataciones efectuadas por el contratista durante los periodos 2012 al 2017.
11. Con **Resolución N° 20 de fecha 30 de mayo de 2017,** notificada a las partes con fecha 05 de junio de 2017, el Árbitro Único declaró cerrada la etapa probatoria.
12. Con **Resolución N° 21 de fecha 06 de julio de 2017,** notificada a las partes con fecha 11 de julio 2017, el Árbitro Único estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

6. Con fecha 21 de octubre de 2016, se llevó a cabo la audiencia de Conciliación, admisión de medios probatorios y fijación de puntos controvertidos, el Árbitro Único procedió a fijar los **Puntos Controvertidos** como sigue a continuación:

Pretensiones de la demanda:

- a. **Primer punto controvertido (Primera pretensión).**- Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución parcial del contrato planteada por la empresa Latino Servis S.R.L. mediante Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015.
- b. **Segundo punto controvertido (Segunda pretensión).**- Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único resuelva parcialmente el contrato de mutuo acuerdo, sin responsabilidad de ninguna de las partes por motivos de fuerza mayor.
- c. **Tercer punto controvertido (Tercera pretensión).**- Determinar si corresponde o no dejar sin efecto el pago de indemnización de S/ 1'788,551.97 Soles por concepto de daños y perjuicios, solicitado por la Empresa Latino S.R.L. mediante Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015.
- d. **Cuarto punto controvertido (Cuarta pretensión).**- Determinar si corresponde o no fijar pago de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por las partes.

Pretensiones de la Reconvención:

- 
- e. **Quinto punto controvertido (Pretensión principal).**- Determinar si corresponde o no confirmar la resolución del contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR por incumplimiento de la Entidad pese a haber sido requerida mediante Carta Notarial de fecha 05 de Mayo del 2015.
 - f. **Sexto punto controvertido (Primera pretensión accesoria).**- Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional Cusco, pague la suma de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles), más intereses legales desde la fecha de resolución del contrato, por concepto de indemnización de daños y perjuicios derivado de la resolución del contrato por causa atribuible a la Entidad: por lucro cesante, daño emergente y daño moral.

13. **Con Resolución N° 22 de fecha 21 de agosto de 2017**, notificada a las partes con fecha 22 de agosto de 2017, el Árbitro Único dispuso ampliar el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales a partir del día siguiente de vencimiento del plazo otorgado en la Resolución N° 21.

III. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde establecer lo siguiente:

- 
- 3.1 Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la Ley y el Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional.
 - 3.2 Que en momento alguno se ha recusado al árbitro que emite el presente laudo.
 - 3.3 Que la Entidad presentó su demanda dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - 3.4 Que el Contratista fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - 3.5 Que las partes han tenido plena y amplia oportunidad para ofrecer las pruebas que consideren necesarias para fortalecer su posición y respectiva defensa.
 - 3.6 Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e inclusive de informar oralmente.
 - 3.7 Que el análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Árbitro Único, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso.
 - 3.8 Que los hechos a los que se refiere el análisis del caso, son los establecidos en los antecedentes, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente Laudo Arbitral.
 - 3.9 Que el Árbitro Único ha procedido a laudar y notificar dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

IV. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTION CONTROVERTIDA.

- 4.1 **Análisis conjunto del Primer Punto Controvertido, correspondiente a la primera pretensión de la demanda, con el Quinto Punto Controvertido, correspondiente a la Pretensión Principal de la reconvenCIÓN.**

Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.

El Árbitro Único considera que siendo que ambos puntos controvertidos están referidos a pretensiones que se encuentran vinculadas entre sí, resulta necesario efectuar el análisis conjunto de los mismos, por lo que los fundamentos que se exponen a continuación servirán para dilucidar las pretensiones a que se refieren dichos puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido, referido a la Primera Pretensión de la Demanda Arbitral, consistente en:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la resolución parcial del contrato planteada por la empresa Latino Servis S.R.L. mediante Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015.

Quinto Punto Controvertido, referido a la Pretensión principal de la reconvenCIÓN, consistente en:

Determinar si corresponde o no confirmar la resolución del contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR por incumplimiento de la Entidad pese a haber sido requerida mediante Carta Notarial de fecha 05 de Mayo del 2015.

ANÁLISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la pretensión de LA ENTIDAD a que se refiere el primer punto controvertido se encuentra dirigida a que se deje sin efecto la resolución contractual que efectuó EL CONTRATISTA, sustentando su posición en los siguientes argumentos: i) Que, con la firma del contrato, EL CONTRATISTA aceptó la Cláusula Quinta del Contrato N° 269-2013-GR-CUSCO/GGR, la misma que señala que el plazo de entrega de los bienes será de dos (02) días calendarios, computados a partir del día siguiente de la recepción de la Orden de Compra, cláusula que aceptó sin considerar que no contaba con la capacidad de entrega dentro del plazo otorgado en la cláusula en mención que era mediante una única entrega y con un único pago, ii) Que, la falta de capacidad de entrega del combustible por EL CONTRATISTA ha causado problemas en la entrega del combustible B5-S50 (petróleo), lo cual es corroborado con Informe N°011-2015-GRCUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC, de fecha 26 de agosto de 2015; iii) Que, con Informe N° 003-2015-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC, de fecha 03 de marzo de 2015 el Residente General de la Obra Mejoramiento Carretera Santo Tomás – Colquemarca – Meta 088-15, obra para la cual iba destinado el combustible objeto del contrato, comunicó que la referida obra había concluido sus actividades, ya no siendo necesario dotación alguna de combustible (Diesel B5 S-50), motivo por el cual solicitó la resolución parcial de dicho Contrato en la suma de S/.1,788,551.97 de un total contratado que ascendía a S/.2'860,720.00, lo que en galones de combustible implica un total contratado de 200,000.00 galones, atendido 74,954.00 galones y plantea resolver parcialmente el saldo del contrato ascendente a 125,046.00 galones; iii) Que, el contratista temeraria e irracionalmente y exponiendo al Gobierno Regional Cusco en

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

situación de indefensión, resuelve parcialmente el contrato, invocando como causal “el incumplimiento atribuible a la Entidad, situación que carece de veracidad; conforme lo establecido en el artículo 44º Resolución del Contrato, porque el motivo por el cual la Entidad no pudo cumplir con sus obligaciones contractuales fue porque la obra en mención ya había concluido, que es un caso fuerza mayor debidamente regulado en la norma, por lo que en salvaguarda de los intereses de la Institución y actuando de buena fe no se continuó con el recojo del saldo restante del combustible, con el fin de no generar más perjuicios económicos a la Entidad.

SEGUNDO: Que, asimismo, por su parte EL CONTRATISTA alega respecto al primer punto controvertido y al quinto punto controvertido (ambos relacionados uno con otro), lo siguiente:
i) Que, ante el incumplimiento de LA ENTIDAD de su obligación de efectuar los consumos de combustible contratados, le requirió por Carta Notarial N° 322 recepcionada el 5 de mayo de 2015, que cumpla con dicha obligación, otorgándole un plazo de 10 días calendario, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por causa imputable a LA ENTIDAD de conformidad con lo dispuesto por el Art. 169 del Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado; **ii)** Que, ante el caso omiso al requerimiento y habiendo vencido en exceso el plazo concedido, mediante Carta Notarial de fecha 12 de agosto de 2015, hizo efectivo el apercibimiento y declaró resuelto parcialmente el contrato, por incumplimiento atribuible a la entidad; **iii)** Que, se trata de un Contrato con Prestaciones Recíprocas, por lo que la Entidad debía cumplir con consumir los 125,046 galones de Diesel B5 S-50 que quedaban como saldo de entrega; **iv)** Que, conforme lo dispone el Artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones concordante con el Art. 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, por ello, dado que la obligación de las partes está preestablecida, su imposibilidad de ejecución sólo puede tener como consecuencia la resolución del contrato y el pago de la indemnización correspondiente, **v)** Que, ha quedado consentida la resolución de contrato efectuada por ella.

TERCERO: Que, por consiguiente, la materia a que se refieren tanto el primer punto controvertido como el quinto punto controvertido, está referida a la resolución de contrato efectuada por EL CONTRATISTA alegando causal imputable a LA ENTIDAD, cuya validez LA ENTIDAD cuestiona y cuya ratificación de validez EL CONTRATISTA solicita; en consecuencia, corresponde determinar si hubo o no un procedimiento válido de resolución de contrato, para lo cual resulta necesario tener presente las disposiciones contenidas al respecto en el “Contrato N° 269-2013-GR. CUSCO/GGR” suscrito con fecha 12 de julio de 2013, el mismo que en su Cláusula Décimo Cuarta establece lo siguiente: *“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40 inciso c) y 44 de la Ley de Contrataciones y los artículos 167 y 168 de su Reglamento. De darse el caso LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.”*

Asimismo, considerando que el Contrato sub litis se encuentra dentro de los alcances de la normativa de contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF) y que de conformidad con lo establecido en el Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR, su resolución se constituye a través de un procedimiento reglado por las disposiciones contenidas en el Reglamento

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde realizar el análisis de la actuación del CONTRATISTA y LA ENTIDAD a la luz de dicho procedimiento formal previsto en el Artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado y los Artículos 167º, 168º y 169º de su respectivo Reglamento, lo cual constituye un análisis de forma, para luego de ello, en caso de verificarse que se siguió correctamente el procedimiento, hacerse un análisis sustancial respecto a la validez de la causal que motivó la resolución contractual por parte del CONTRATISTA.

En este orden de ideas, se tiene que el procedimiento para la resolución contractual, se conforma por los siguientes actos y situaciones: a) Que la parte que desee poner fin al contrato requiera a la otra mediante Carta Notarial, otorgándole un plazo no mayor a cinco (05) días a fin que esta dé cumplimiento a dicho requerimiento, b) Que la parte requerida no haya subsanado su incumplimiento dentro del plazo otorgado, c) Que, se curse Carta Notarial al incumpliente, haciendo efectivo el apercibimiento resolutivo y d) Que el incumplimiento sea injustificado.

CUARTO: Que, de los medios probatorios aportados por las partes, se verifica que EL CONTRATISTA efectuó dos notificaciones notariales a LA ENTIDAD apercibiéndola por incumplimiento de su obligación de efectuar los consumos de combustible contratado; las mismas que se materializaron mediante las siguientes cartas notariales:

- ❖ Carta Notarial N° 322 de fecha 04 de mayo de 2015 notificada a LA ENTIDAD el 05 de mayo de 2015 conforme consta del cargo de notificación, siendo el asunto y objeto de la misma, el apercibimiento por incumplimiento de su obligación de efectuar los consumos de combustible contratado, otorgándole a la ENTIDAD el plazo de diez (10) días calendario para el cumplimiento de su obligación de pago de lo adeudado.
- ❖ Carta Notarial de fecha 12 de agosto de 2015, notificada a la ENTIDAD en la misma fecha conforme consta del cargo de notificación y de la razón del notario que se consigna en el reverso de la citada carta, cuyo asunto fue “Hace efectivo apercibimiento de Carta Notarial N° 322 y declara resuelto parcialmente el Contrato por Incumplimiento atribuible a la Entidad.”

QUINTO: Que, bajo los alcances del procedimiento formal de resolución de contrato contenido en el literal c) del Artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con los Artículos 167, 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las antes citadas cartas notariales (Carta Notarial N° 322 de fecha 04 de mayo de 2015 notificada a la Entidad con fecha 05 de mayo de 2015 y Carta Notarial de fecha 12 de agosto de 2015, notificada a la ENTIDAD en la misma fecha), cumplen los requisitos de haber sido comunicadas notarialmente a la ENTIDAD apercibir al incumpliente estableciendo la obligación incumplida, otorgarle un plazo para el cumplimiento de lo apercibido y comunicar la resolución del contrato luego de vencido el plazo que le fuera otorgado

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

Por consiguiente, si bien ha quedado acreditado el cumplimiento por parte del CONTRATISTA del procedimiento formal señalado en la normativa de contrataciones antes mencionada para la resolución del contrato, sin embargo, corresponde efectuar el análisis respecto a la validez de la causal que motivó la resolución contractual por parte del CONTRATISTA, con relación a lo cual se tiene que según consta de las dos cartas notariales cursadas por el CONTRATISTA a la ENTIDAD, la causal que dicha parte invocó para la resolución del Contrato N°269-2013-GR.CUSCO/GGR fue incumplimiento de la ENTIDAD de su obligación de efectuar los consumos de combustible contratado, correspondiendo en esta instancia verificar si realmente ello se configuró o no y si de haberse configurado, ello fue injustificado o no, para lo cual se realiza el siguiente análisis:

- a) De los medios probatorios aportados por LA ENTIDAD se advierte que en el Anexo 2 del escrito denominado absuelve contestación de demanda y contesta reconvención, se verifica que LA ENTIDAD emitió con relación al Contrato N° 269-2013-GR-USCO/GGR, la **Orden de Compra N° 06565** de fecha 29 de agosto de 2013 a favor del CONTRATISTA por un total de 150 galones de combustible Diesel B5 S50 por un monto total de S/. 2,145,540.00 con un plazo de entrega de 02 días calendario, la misma que lleva una inscripción encima de “ANULADA”.
- b) Asimismo, del medio probatorio signado como Anexo 02 (de su escrito denominado “cumple lo solicitado”), aportado por LA ENTIDAD se verifica que las **Bases Administrativas** de la Licitación Pública por subasta inversa presencial N° 015-2013-GR/Cusco, estableció en el numeral 1.10 - Plazo y Lugar de entrega, establece que la entrega del combustible objeto del contrato sería en Junio por un total de 200,000 (doscientos mil) galones de combustible Diesel B5 S-50.
- c) De la revisión de **Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR** de fecha 12 de julio de 2013, medio probatorio presentado por LA ENTIDAD como ANEXO 1 de su escrito de demanda, se advierte que: i) En la Cláusula Segunda establece que el objeto del contrato es la adquisición de 200,000.00 galones de Diesel B5 S-50; ii) En la Cláusula Cuarta establece que la forma de pago será en un Único Pago; iii) En la Cláusula Quinta establece que el plazo de entrega del combustible es de dos (02) días calendarios computados a partir del día siguiente de recepción de la orden de compra, siendo la forma de entrega del Diesel B5 S-50 a julio 2013, de 200,000.00 galones, cuyo calendario de entrega puede ser objeto de variación según avance de obras.
- d) De lo dicho por la propia ENTIDAD en la página 2 de su escrito denominado “absuelve contestación de demanda y contesta reconvención”, se verifica que si bien LA ENTIDAD emitió la Orden de Compra N° 6565, ésta no fue por el monto total del combustible objeto del contrato, como lo indican las Bases Administrativas ni el propio Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR, sino sólo por 150,000.00 galones de Diesel B5 S50. asimismo que fue anulada dicha orden de compra por acuerdo de partes (ENTIDAD y CONTRATISTA) quienes acordaron que al no tener

EL CONTRATISTA capacidad de entrega del total de combustible objeto del contrato, se anularía la orden de compra y se realizaría el recojo del combustible en diferentes órdenes de compra y períodos de tiempo, lo cual también se verifica del contenido del Informe N° 011-2015-GR.CUSCO/GRI/SGO/RGO/EVRC que en Anexo 04 forma parte de los medios probatorios de la demanda arbitral, así como de la Orden de Compra N° 5540, Orden de Compra N° 3536, Orden de Compra N° 2433, Orden de Compra N° 06433 (Anexos 5 al 8 de la demanda arbitral), hecho que según el dicho de la ENTIDAD habría sido el que causó la demora en la entrega del combustible. Cabe precisar que este dicho de LA ENTIDAD así como las pruebas aportadas por LA ENTIDAD para ello, no ha sido cuestionado ni negado por EL CONTRATISTA durante el proceso arbitral.

De esta manera, el Árbitro Único concluye, que se encuentra acreditado:

- i) Que, LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA no respetaron las reglas y condiciones establecidas tanto en las Bases Administrativas como en el propio Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR suscrito por ellos, al variar las condiciones de entrega del combustible pactadas, considerando que dicha variación de las condiciones de entrega del combustible, desdoblándolo en varias entregas, resulta contraria a lo dispuesto en el Artículo 143º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que establece que las modificaciones que se efectúen al contrato durante la ejecución del mismo no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.


Es así que una condición esencial (requerimiento técnico mínimo establecido en la página 12 de las Bases Administrativas) establecida en el proceso de selección fue que la entrega del combustible se efectuaría en una sola entrega de 200,000.00 (doscientos mil) galones, lo cual implicó que todo aquél proveedor que no tuviera la capacidad de entregar dicha cantidad de combustible en una sola entrega, se abstuviera de presentarse al proceso de selección, lo cual desde ya limitó una mayor participación de potenciales postores, lo cual demuestra que la forma de entrega fue una condición esencial del proceso de selección y que al haberse variado durante la ejecución contractual, trasgrede los principios de moralidad, libre concurrencia y competencia y principio de imparcialidad, previstos en los numerales b), c) y d) del artículo 3º de la Ley de Contrataciones del Estado.

Cabe precisar que si bien en el texto de la Cláusula Quinta del Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR se estableció en relación al calendario de entrega del combustible que, “*el calendario puede ser objeto de variación según avance de obra*”, sin embargo dicha variación sólo puede ser válidamente entendida, respecto del mes o fecha originaria de entrega, es decir, si originalmente el contrato establecía que la única entrega pactada debía ser en el mes de julio, podía variarse que dicha única entrega se difiriera a otro mes o fecha posterior, no pudiendo bajo ningún concepto entenderse que la referida variación de cronograma implicaba cambiar de una única entrega de combustible a vanas entregas periódicas, porque ello desnaturaliza las

condiciones originales que dieron lugar a la contratación.

- ii) Que, la variación a las condiciones originalmente pactadas (consensuada así por las partes, como es de verse de su actuación durante la ejecución contractual), ha dado lugar a que se distorsione la actividad contractual y por ende también se distorsionen las obligaciones a cargo tanto de la ENTIDAD como del CONTRATISTA, lo cual ha perjudicado la normal ejecución contractual y las obligaciones a cargo de las partes, lo que implica que ambas partes han sido partícipes y responsables del hecho generador que ha afectado la normal ejecución contractual, al punto de desnaturalizar el contrato de uno previsto en entrega única a uno de entregas periódicas según requerimiento de la ENTIDAD. De modo tal que, ninguna de las partes está en condiciones de imputar válidamente al otro, responsabilidad por la ejecución defectuosa, tardía y/o incompleta del contrato. Es así que en este contexto, la causa invocada por EL CONTRATISTA en sus dos cartas notariales cursadas a LA ENTIDAD apercibiéndola por "incumplimiento de su obligación de ejecutar los consumos pendientes de 125,046 galones de Diesel B5-S50" no resulta una causa válida que permita imputar responsabilidad por inejecución de obligaciones a cargo de LA ENTIDAD, en tanto que haber llegado a dicha situación es responsabilidad conjunta de LA ENTIDAD y del propio CONTRATISTA conforme se ha explicado líneas arriba, por lo que no resulta válido amparar la actuación resolutoria realizada por EL CONTRATISTA, al encontrarse sustentado dicho acto resolutorio, en hecho del cual él mismo es co-responsable al haber permitido la desnaturalización del contrato, lo cual ha derivado en la incorrecta ejecución del mismo.

M

SEXTO: Que, finalmente con relación a la alegación del CONTRATISTA referida a que la resolución contractual efectuada por aquél habría quedado consentida, el Árbitro Único ha verificado en autos que si bien EL CONTRATISTA alega este aspecto, sin embargo no desarrolla fundamento alguno al respecto ni aporta medio probatorio alguno que sustente dicha alegación, debiendo tenerse presente que es responsabilidad de quien alega hechos probarlos con los documentos que considere convenientes, lo cual no ha realizado el CONTRATISTA al no haber acreditado con documento alguno su referida alegación; asimismo, de lo alegado por LA ENTIDAD en su escrito de demanda y de los medios probatorios aportados por aquella (los mismos que no han sido objetados por EL CONTRATISTA y por el contrario han sido asimilados por aquella a su propia solicitud en base al principio de adquisición procesal invocado por aquella), se puede verificar que LA ENTIDAD fue notificada con fecha 12 de agosto de 2015 de la decisión resolutoria de contrato efectuada por EL CONTRATISTA, mediante Carta Notarial, habiendo iniciado LA ENTIDAD contra ello el respectivo proceso conciliatorio el 02 de setiembre de 2015, el mismo que culminó sin acuerdo de partes conforme es de verse del Acta de Conciliación por inasistencia de las partes N° 0033-2015/CCECVI-Cusco de fecha 21 de setiembre de 2015 (Anexo 12 de la demanda arbitral de LA ENTIDAD) y ante lo cual, LA ENTIDAD recurrió al arbitraje según consta de la Solicitud Arbitral notificada al CONTRATISTA con fecha 06 de octubre de 2015, por lo que de los actuados en el proceso arbitral se concluye que la resolución de contrato efectuada por

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

EL CONTRATISTA se ajusta a los parámetros de plazo y procedimiento establecido en el Artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no existiendo en autos prueba alguna del CONTRATISTA que haya permitido desvirtuar dicha situación, a lo cual se añaden las circunstancias propias del presente caso en el que más allá de un control formal de plazos se evidencia graves situaciones de desnaturalización de una relación contractual imputable a ambas parteas contractuales, que determina que no se pueda configurar ni consolidar por el transcurso del tiempo, válidamente de modo alguno un acto resolutorio por responsabilidad de alguna de las partes contractuales, cuando ambas son co-responsables de que la normal ejecución de sus prestaciones contractuales se haya perjudicado ocasionando que el contrato haya caído en una situación que afecta la normal ejecución de las obligaciones contractuales.


POR LO TANTO, de lo expuesto se concluye que, en el presente caso, la falta de consumo de 125,046 galones de Diesel B5-S50 deriva de una desnaturalización del Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR, lo cual es imputable tanto a LA ENTIDAD como al CONTRATISTA, existiendo así en ellos, una responsabilidad compartida en la no ejecución normal del contrato y de las obligaciones contractuales a su cargo, lo que implica que el haber llegado a una situación de no consumo del íntegro del combustible contratado no le es atribuible a una sola de las partes contractuales sino a ambas, por lo que no configura una causal válida de resolución de contrato por incumplimiento a cargo de una de las partes, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo cual corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda arbitral, dejándose en consecuencia sin efecto la resolución de contrato efectuada por EL CONTRATISTA al no haberse configurado causa válida que motive incumplimiento a cargo de LA ENTIDAD, lo que a su vez implica en base a los mismos fundamentos antes expuestos, que no pueda ser confirmada la validez de la resolución del Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR efectuada por EL CONTRATISTA, correspondiendo en consecuencia declarar INFUNDADA la Pretensión Principal de la reconvenCIÓN formulada por EL CONTRATISTA.

4.2 Análisis del Segundo Punto Controvertido, correspondiente a la segunda pretensión de la demanda, referido a:

Determinar si corresponde o no que el Arbitro Único resuelva parcialmente el contrato de mutuo acuerdo, sin responsabilidad de ninguna de las partes por motivos de fuerza mayor.

ANÁLISIS DEL ÁRBITRO ÚNICO:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la segunda pretensión de LA ENTIDAD a que se refiere el segundo punto controvertido se encuentra dirigida a que en sede arbitral se declare resuelto parcialmente el contrato de mutuo acuerdo, sin responsabilidad de ninguna de las partes, por motivos de fuerza mayor.

SEGUNDO: Que LA ENTIDAD fundamenta su segunda pretensión en lo siguiente: **i)** Que el Contrato N° 269-2013-GRCUSCO/GGR suscrito con EL CONTRATISTA para la adquisición de 200,000 galones de Diesel B5 – S50, estaba sujeto a la meta 86 “Mejoramiento de la carretera Santo Tomás Colquemarca – Chumbivilcas” del Gobierno Regional de Cusco; **ii)** Que la referida obra ha concluido con fecha 31 de mayo de 2014, lo cual considera que es causal determinante para la conclusión del contrato de combustible; **iii)** Que la conclusión de la obra constituye un hecho de “fuerza mayor” que no permite continuar con el contrato de combustible, **iv)** Que, el caso fortuito o fuerza mayor se define en el Artículo 1215 del Código Civil, siendo la fuerza mayor, hechos de la autoridad o hechos del hombre; **d)** Que, de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, *Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.*

TERCERO: Que, a su vez EL CONTRATISTA alega: **i)** Que al encontrarse resuelto el contrato por incumplimiento de LA ENTIDAD, no es posible que de mutuo acuerdo y sin responsabilidad alguna de las partes se resuelva el mismo; **ii)** Que, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 1372 del Código Civil, los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produjo la causal que lo motiva, por lo que considera que legalmente no es aceptable ni permisible que se declare y ampare la declaración de resolución parcial de mutuo acuerdo, cuando el contrato ya está resuelto y por causa atribuible al incumplimiento de la entidad; **iii)** Que, el hecho de que haya concluido la obra, no es amparable como hecho de fuerza mayor, ya que conforme al artículo 1315 del Código Civil, la situaciones extraordinarias, imprevisibles o irresistibles deben ser derivados de hechos naturales o actos de terceros.

CUARTO: Que, de lo expuesto por LA ENTIDAD en su segunda pretensión, se advierte que dicha parte invoca la resolución del contrato sin responsabilidad de ninguna de las partes por razón de hecho de fuerza mayor consistente en la conclusión de la obra para la cual iba destinado el combustible objeto del Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR, al respecto, es preciso tener en cuenta:

- i) Que, habiéndose determinado en el presente Laudo Arbitral que no es válida la resolución parcial de contrato efectuada por EL CONTRATISTA, en consecuencia, el contrato ha recobrado su vigencia, por lo que de darse las condiciones legales correspondientes, podría ser resuelto.
- ii) Que, la causal invocada por LA ENTIDAD en su segunda pretensión, es la de, hecho de fuerza mayor consistente en la conclusión de la obra para la cual iba destinado el combustible objeto del contrato sub litis, el cual según su posición le impide continuar con la ejecución del contrato de combustible, amparando su pretensión en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Sobre el particular, resulta importante tener presente que en diversas Opiniones (Opinión N° 143-2017/DTN, Opinión N° 104-2016/DTN, Opinión N° 131-2015/DTN,

Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : *Gobierno Regional Cusco*
Demandado : *Latino Servis S.R.L.*

Opinión N° 013-2014/DTN, Opinión N° 062-2013/DTN, Opinión N° 001-2013/DTN, etc.), el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, ha determinado que para la aplicación de la resolución del contrato por caso fortuito o fuerza mayor sin responsabilidad de las partes a que se refiere el Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, se requiere: a) Que la parte que invoca dicha causal resolutoria pruebe que el hecho que invoca es fortuito o de fuerza mayor, b) Que resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera definitiva, c) Que, para efecto de determinar si se configura o no un hecho o evento fortuito o de fuerza mayor, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el Artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que preceptúa que "Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

iii) Que, en este orden de ideas, se tiene que:

Un hecho o evento **extraordinario**¹ se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

Asimismo, un hecho o evento es **imprevisible**² se configura cuando este supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por último, un hecho o evento es **irresistible**³ cuando el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que desee o intente, su acaecimiento.

iv) Que, por consiguiente, si una vez celebrado el contrato LA ENTIDAD determina a posterior, que ha desaparecido la necesidad de las prestaciones objeto de éste, puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor, siempre que pueda sustentar que la desaparición de su necesidad obedece a un hecho o evento "extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación a su cargo, o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Es así que en el caso materia de estos autos, se advierte que si bien LA ENTIDAD invoca la desaparición de su necesidad de combustible objeto del Contrato N° 269-

¹ Según el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello "**1. adj. Fuera del orden o regla natural o común.**"

http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=extraordinario

² De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello "**1. adj. Que no se puede prever.**"

http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=imprevisible

³ De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, lo extraordinario es aquello "**1. adj. Que no se puede resistir**"

http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=irresistible

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

2013-GR.CUSCO/GGR alegando fuerza mayor acontecida por la conclusión de la obra para la cual iba destinado el combustible, sin embargo, no acredita que el hecho que invoca constituya un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, máxime si se tiene en consideración que la culminación de la obra para la cual iba destinado el combustible objeto del contrato sub Litis, no es un evento que escape del orden natural de las cosas, lo cual se corrobora de la lectura del Acta de Recepción de Obra de fecha 04 de junio de 2014 (Anexo 1 del escrito de LA ENTIDAD denominado "absuelve contestación de la demanda y contesta reconvención"), en cuyo texto se puede advertir que el plazo original de la obra para el cual iba destinado el combustible que era de 365 días calendario se extendió a 1306 días calendario, es decir, cuatro (04) veces el plazo original previsto, lo cual demuestra que hubo tiempo más que el inicialmente previsto para agotar el consumo del total del combustible objeto del contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR; asimismo, el hecho que la obra haya culminado sin el consumo del total del combustible contratado, no es una situación que no haya podido ser evitada por LA ENTIDAD, porque es ella quien en la etapa de planificación y actuaciones preparatorias a través de su área usuaria determinó y cuantificó su necesidad de combustible para dicha obra, asimismo, también es ella quien determinó como requerimiento técnico mínimo que la entrega del combustible sería en una entrega única y no en entregas parciales, ni periódicas, por lo que la modificación posterior de dicha condición contractual originalmente prevista y pactada, propiciada por LA ENTIDAD y aceptada sin cuestionamiento alguno por EL CONTRATISTA durante la ejecución contractual, al haberse emitido diversas órdenes de compra para entregas parciales de combustible, las mismas que fueron atendidas por EL CONTRATISTA, demuestra que la culminación de la obra sin el consumo del íntegro del combustible contratado no constituye un evento irresistible que tanto LA ENTIDAD como EL CONTRATISTA no hayan tenido la posibilidad de evitarlo, pues al ejecutar un contrato variando las condiciones de entrega inicialmente previstas y pactadas, son responsables de la desnaturalización de dicho contrato y las consecuencias derivadas de ello, esto es, la culminación de la obra sin el consumo del íntegro del combustible contratado, situación que no se hubiese producido si LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA hubiesen respetado las condiciones originales de entrega previstas en el contrato y en las Bases Administrativas que dieron lugar al mismo.

TERCERO: Que, por las consideraciones expuestas líneas arriba, el Árbitro Único concluye que la culminación de la obra sin el consumo del total del combustible contratado no constituye un hecho de fuerza mayor, al tratarse de un hecho que estuvo bajo la total esfera de control y responsabilidad tanto de LA ENTIDAD como del CONTRATISTA conforme se ha explicado líneas arriba y que por responsabilidad de ellos mismos fue desnaturalizado originando como consecuencia el no consumo del íntegro del combustible contratado, por lo que no resulta factible declarar resuelto el Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR por causa de fuerza mayor sin responsabilidad para las partes, correspondiendo en consecuencia DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda arbitral.

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

4.3 Análisis conjunto del Tercer Punto Controvertido, correspondiente a la tercera pretensión de la demanda, con el Cuarto Punto Controvertido, correspondiente a la cuarta pretensión de la demanda y con el Sexto Punto Controvertido, correspondiente a la primera pretensión accesoria de la reconvenCIÓN.

El Árbitro Único considera que siendo que los tres puntos controvertidos antes citados están referidos a pretensiones que se encuentran vinculadas entre sí, resulta necesario efectuar el análisis conjunto de los mismos, por lo que los fundamentos que se exponen a continuación servirán para dilucidar todas las pretensiones a que se refieren dichos puntos controvertidos:

Respecto al Tercer Punto Controvertido, referido a la Tercera pretensión de la demanda:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto el pago de indemnización de S/ 1'788,551.97 Soles por concepto de daños y perjuicios, solicitado por la Empresa Latino S.R.L. mediante Carta Notarial s/n de fecha 12 de agosto de 2015.

Respecto al Cuarto Punto Controvertido referido a la Cuarta pretensión de la demanda:

Determinar si corresponde o no fijar pago de indemnización por daños y perjuicios ocasionados por las partes.

Respecto al Sexto Punto Controvertido referido a la Primera pretensión accesoria de la reconvenCIÓN:

Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional Cusco, pague la suma de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles), más intereses legales desde la fecha de resolución del contrato, por concepto de indemnización de daños y perjuicios derivado de la resolución del contrato por causa atribuible a la Entidad; por lucro cesante, daño emergente y daño moral.

ANÁLISIS DEL ÁRBITRO:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, LA ENTIDAD alega como fundamentos de su tercera y cuarta pretensión: i) Que, el Código Civil, en su artículo 1317º, respecto a daños y perjuicios por ejecución no imputables establece que: "El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación"; ii) Que para que proceda la indemnización de daños y perjuicios se requiere la concurrencia de tres elementos importantes: La inejecución de la obligación, que es elemento objetivo; La imputabilidad del deudor, o sea el vínculo de causalidad entre el dolo y la culpa y el daño, que es el elemento subjetivo, y el daño, pues la responsabilidad del deudor no queda

comprometida sino cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor; **iii) Que**, no ha incumplido con las obligaciones que estipula la contratista en su apercibimiento, no pudiéndose configurar el elemento objetivo necesario para que se produzca daño:

SEGUNDO: Que, por su parte, EL CONTRATISTA alega como fundamentos de su defensa ante la tercera y cuarta pretensión de la demanda: **i) Que**, uno de los efectos de la resolución del contrato y consecuencia legal del mismo, es que la parte causante de la misma pague la indemnización de daños y perjuicios, por mandato legal del Artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado; **ii) Que**, la consecuencia legal de la resolución del contrato por causa atribuible a la Entidad es el reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios, basta estar acreditado la ruptura del contrato; asimismo, como fundamentos de su pretensión indemnizatoria contenida en su primera pretensión accesoria de la reconvenCIÓN, alega: **i) Que**, el monto de la indemnización por concepto de daños y perjuicios solicitados corresponde a la parte no ejecutada del contrato (125,046 galones de petróleo Diesel B-5 S50), daño emergente, lucro cesante y daño moral, mayores gastos por renovación de garantías y cartas fianza, los mayores gastos derivados, daño económico, y otros por un total de S/ 1'788,551.97 (Un millón setecientos ochenta y ocho mil quinientos cincuenta y uno con 97/100 soles); **ii) Que**, al haberse causado daño y perjuicio dado que el combustible asignado para el cumplimiento de este contrato, lo adquirió oportunamente y mantuvo en stock (situación de disponibilidad), ha afectado de manera significativa su patrimonio empresarial; **iii) Que**, por Lucro Cesante debe entenderse "...todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino..." 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....; directamente del negocio trunco, así de las utilidades que hubiera obtenido de haberse incorporado oportunamente a su patrimonio, la utilidad no percibida; **iv) Que**, el daño emergente representa siempre la disminución del patrimonio 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; **v) Que**, el daño moral es todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo en virtud de un contrato, siendo el daño moral es irreparable toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original. En este caso el buen nombre de la empresa Latino Servis SRL, se ha visto afectado y menoscabado en el ámbito del mercado proveedor y empresarial de combustibles, tanto respecto de los proveedores mayoristas como de la competencia directa en la localidad del Cusco, por lo tanto con ese acto ilícito del incumplimiento de la obligación contractual ha afectado el prestigio empresarial occasionando el daño moral.

TERCERO: Que, siendo que la materia a que se refieren los puntos controvertidos tercero, cuarto y sexto, está refendida a indemnización por daños y perjuicios, corresponde en primer orden, determinar que son los daños y perjuicios: al respecto la doctrina conceptúa la indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el acreedor o el perjudicado

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. La indemnización tiene así una naturaleza resarcitoria y deber ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiesen afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde a quien alega tal pretensión.

Asimismo, al hacer referencia a indemnización, se está aludiendo a la responsabilidad civil, que define cuándo y cómo se debe compensar un daño. En sentido estricto cuando alguien, por no haber cumplido un deber u obligación, debe pagar una indemnización por el daño causado.

La controversia se centra en determinar si LA ENTIDAD debe indemnizar AL CONTRATISTA por incumplimiento de obligaciones contractuales, para éstos efectos se requiere que exista un incumpliente, que el daño sea imputable, es decir se requiere un nexo causal entre la acción o la omisión del deudor y la inejecución de la obligación, importando para los efectos indemnizatorios, únicamente aquel daño que constituye una consecuencia del hecho o de la omisión que obliga a reparar. En este orden de ideas, para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio.

En este sentido el Artículo 1321º del Código Civil establece:

"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 inejecución 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 inejecución..."

Bajo este contexto doctrinario y legal, se advierte que en el presente caso, el reclamo indemnizatorio formulado por EL CONTRATISTA tiene como fundamento las consecuencias económicas y a la imagen empresarial generadas por el incumplimiento de las obligaciones de LA ENTIDAD, lo cual a entender del CONTRATISTA deben ser asumidos por LA ENTIDAD.

Conforme se ha explicado en los fundamentos del primer punto controvertido, en lo que corresponde a la responsabilidad de LA ENTIDAD, se advierte que la causa motivadora de la resolución del contrato invocada por EL CONTRATISTA (falta de consumo del combustible contratado) no es válida y por tanto nula la resolución del contrato, ello implica que si bien es cierto LA ENTIDAD no consumió el íntegro del combustible contratado, sin embargo, dicha situación fue propiciada tanto por LA ENTIDAD como por EL CONTRATISTA al permitir la indebida variación de las condiciones originales del contrato, por lo que no existe una única parte responsable a quien se impute la inejecución de la obligación de consumo del íntegro del combustible contratado, respecto a la cual EL CONTRATISTA invoca el supuesto daño sufrido, por consiguiente no se configura el primer elemento de imputabilidad de daños y perjuicios, cual es la inejecución de la obligación imputable a una de las partes contractuales y por tanto al

Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.

no configurarse dicho elemento, tampoco se configura el segundo elemento referido al nexo causal correspondiente a la materia indemnizatoria, ergo, la falta de concurrencia de los dos primeros elementos para la imputabilidad del daño, permiten colegir al Árbitro que no resulta factible disponer indemnización alguna de LA ENTIDAD a favor del CONTRATISTA, por lo que no corresponde valorar medio probatorio alguno relacionado a la cuantificación del monto indemnizatorio reclamado.

Por tanto, el Árbitro Único concluye que corresponde declarar **FUNDADA la tercera y cuarta pretensión de la demanda arbitral** (correspondiente al tercer y cuarto punto controvertido) e **INFUNDADA la primera pretensión accesoria de la reconvención** (correspondiente al sexto punto controvertido).

4.4 Respecto al Séptimo Punto Controvertido (Segunda pretensión accesoria de la reconvención).-

Determinar si corresponde o no ordenar al Gobierno Regional de Cusco, devolver la Carta Fianza de fiel cumplimiento por S/ 286,072.00 del Banco Scotiabank, así como de sus sucesivas renovaciones entregadas por Latino Servis S.R.L.

ANÁLISIS DEL ÁRBITRO:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, EL CONTRATISTA alega respecto a su segunda pretensión accesoria: i) Que, de acuerdo al Artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, la obligación del contratista de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento se extiende hasta el otorgamiento de la conformidad de la prestación; por lo que habiéndose otorgado la conformidad de la prestación de la parte ejecutada del contrato, y habiéndose resuelto parcialmente el contrato respecto de la parte no ejecutada, resulta procedente la devolución de la misma por ser innecesario mantener vigente la garantía otorgada.

SEGUNDO: Que, por su parte LA ENTIDAD alega respecto a la segunda pretensión accesoria del CONTRATISTA, lo siguiente: Que se debe considerar que de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la carta fianza de fiel cumplimiento debe estar vigente hasta la emisión del laudo arbitral, por cuanto por propio impulso de ambas partes a la fecha se encuentran en pleno proceso arbitral.

TERCERO: Que, de los actuados en el presente proceso arbitral, se advierte que por modificación indebida de las condiciones originales del contrato materializada a través de la ejecución contractual mediante la emisión por LA ENTIDAD de diversas órdenes de compra por montos parciales de combustible y a su vez varias entregas parciales de combustible efectuadas por EL CONTRATISTA, se perjudicó la correcta ejecución del Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR, habiendo llevado a que la situación del mismo sea la de su actual vigencia, lo que implica: i) Que en estricto existen prestaciones pendientes a cargo de las partes; ii) Que, si bien EL CONTRATISTA ha alegado dentro del presente proceso arbitral que cuenta con conformidad de las prestaciones ya

*Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.*

cumplidas, sin embargo, ello no basta para ordenar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, al encontrarse vigente el contrato y existir prestaciones pendientes a cargo de las partes, situación que debe ser cumplida o solucionada por las partes para la procedencia de la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento; iii) Que, si bien el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento es hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del CONTRATISTA, sin embargo dicha situación aún no se ha producido en el contrato sub Litis, toda vez que la conformidad de las entregas parciales no es el supuesto de hecho a que se refiere dicho dispositivo legal, sino a la conformidad del cumplimiento del íntegro de la prestación a cargo del CONTRATISTA lo que aún no se ha producido; iv) Que dado las circunstancias del caso, una vez consentido el presente Laudo Arbitral, las partes podrán adoptar las acciones que consideren pertinentes ya sea para continuar con las actividades contractuales o para finiquitarlas y en función de ello generar las condiciones fácticas y jurídicas necesarias a que se refiere el antes citado artículo 158 del Reglamento, para en base a ello concretar la devolución de la carta fianza de fiel cumplimiento, el Árbitro determina que en este estado del contrato, no corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de la garantía de fiel cumplimiento otorgada por el CONTRATISTA, así como de sus sucesivas renovaciones entregadas por EL CONTRATISTA, por lo que corresponde declarar IMPROCEDENTE la segunda pretensión accesoria de la reconvención.

4.5 Octavo punto controvertido.-

Determinar a quién corresponde asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral.

Que, finalmente, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 70º de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, que a la letra dice:

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".*

Que, asimismo de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 73º de la Ley de Arbitraje, cuyo texto se reproduce a continuación:

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

Que, en mérito a los dispositivos legales antes citados, es obligación del Tribunal Arbitral fijar en el laudo los costos del arbitraje y la forma de distribución de los mismos, atendiendo a los siguientes criterios: i) Acuerdo entre las partes, ii) A falta de acuerdo son de cargo de la parte vencida, iii) Distribución y prorratoe entre las partes, atendiendo a la razonabilidad del mismo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En este sentido, se procede a efectuar el análisis para la determinación de la distribución de los mismos, como sigue:

- a) De las cláusulas del Contrato N° 269-2013 GRCUSCO/GGR, así como de los medios probatorios aportados por las partes durante el proceso arbitral, no se advierte la existencia de acuerdo alguno de las partes respecto a la distribución de los costos arbitrales.
- b) De expresadas por las partes, así como de los medios probatorios aportados por aquellas y la conducta que han tenido durante el curso del proceso arbitral, se advierte que ambas partes han tenido motivación para acudir en arbitraje haciendo valer su posición, asimismo también se advierte que durante el proceso arbitral la obligación de abonar los honorarios correspondientes al Árbitro Único y los de la Secretario Arbitral fue cumplida en su integridad por el CONTRATISTA, no habiendo acreditado ninguna de las partes los gastos en que habrían incurrido para su defensa en el arbitraje; asimismo también se advierte que ambas partes han cumplido con asistir a las actuaciones programadas en el curso del proceso arbitral; por lo que atendiendo a las circunstancias del caso advertidas a lo largo del proceso arbitral y verificadas en los medios probatorios, lo cual ocasionó la materia controvertida objeto del presente proceso arbitral, así como en consideración a la conducta de las partes durante el proceso y facultado por las disposiciones contenidas en el Artículo 73º del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje y lo señalado en la doctrina⁴; el Árbitro Único concluye que los costos arbitrales que corresponden ser distribuidos son los referidos únicamente a los pagos de honorarios del Árbitro Único y los correspondientes a la Secretaría Arbitral, consistente en: i) Honorarios del Árbitro Único S/ 19,714.00 incluido impuesto

⁴ *Ledesma Narváez, Marianella. En revista electrónica Enmarcando, Edición N° 12. Artículo denominado "Los costos en el arbitraje": "En el proceso civil, si bien opera la fórmula del vencimiento, ella no es absoluta pues se permite al juez cierta discrecionalidad al graduar el monto de los gastos procesales, en atención a las incidencias del proceso (ver art- 414 CPC) En el procedimiento arbitral también encontramos regulada dicha discrecionalidad. Dice el art. 73 D. Leg. 1071 que el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratoear estos costos entre las partes, si estima que el prorratoe es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Esto significa que los árbitros podrían modificar el monto de los gastos, aún sobre la voluntad de las partes o ésta discrecionalidad solo opera cuando no hay pacto expreso y rige el principio del vencimiento? Al respecto opino que si no hay pacto, opera la regla del vencimiento, con la posibilidad de la discrecionalidad del árbitro.*

Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : Gobierno Regional Cusco
Demandado : Latino Servis S.R.L.

a la renta; ii) Honorarios de la Secretaría Arbitral S/ 10,532.00 incluido impuesto a la renta; los mismos que deberán ser asumidos en partes iguales por la ENTIDAD y por el CONTRATISTA.

- c) Por lo que habiéndose verificado que el íntegro de los pagos por este concepto fue efectuado por el CONTRATISTA, corresponde que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA la suma de S/ 15,123.00 (Quince mil ciento veintitrés con 00/100 Soles) incluido impuesto a la renta por concepto del 50% de honorarios del árbitro único y costos de la secretaría arbitral que le correspondía asumir según lo dispuesto en los numerales 58 y 59 del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 16 de mayo de 2016. Precisándose que cada una de las partes asumirá el pago de las costas en que hubieran incurrido para su defensa en el proceso arbitral.

Por estas consideraciones, el Árbitro Único lauda resolviendo la controversia sometida a su decisión, en la forma siguiente:

SE RESUELVE:

PRIMERO : DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda arbitral y en consecuencia se deja sin efecto la resolución de contrato efectuada por EL CONTRATISTA mediante Carta Notarial S/N notificada a la ENTIDAD con fecha 12 de agosto de 2015, al no haberse configurado causa válida que configure incumplimiento a cargo de LA ENTIDAD, conforme a los fundamentos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO : DECLARAR INFUNDADA, la segunda pretensión de la demanda arbitral, en consecuencia no corresponde declarar resuelto el Contrato N° 269-2013-GR.CUSCO/GGR por causal de fuerza mayor sin responsabilidad de las partes, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

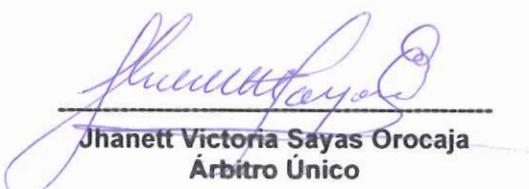
TERCERO : DECLARAR FUNDADA, la tercera y cuarta pretensión de la demanda arbitral en consecuencia no corresponde pago de indemnización alguna a cargo de LA ENTIDAD a favor del CONTRATISTA por concepto de daños y perjuicios, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

CUARTO : DECLARAR INFUNDADA, la pretensión principal de la reconvenCIÓN, en consecuencia no se confirma la validez de la resolución del Contrato N° 269-2013-GR CUSCO/GGR efectuada por

Expediente Arbitral N° : I250-2016
Demandante : *Gobierno Regional Cusco*
Demandado : *Latino Servis S.R.L.*

EL CONTRATISTA, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

- QUINTO :** DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión accesoria de la reconvención, en consecuencia no corresponde ordenar a la ENTIDAD pago indemnizatorio alguno a favor del CONTRATISTA, por concepto de daños y perjuicios, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo Arbitral.
- QUINTO :** DECLARAR IMPROCEDENTE la segunda pretensión accesoria de la reconvención, en consecuencia dado el estado del contrato, no corresponde ordenar a LA ENTIDAD devolver al CONTRATISTA, la Carta Fianza de fiel cumplimiento por S/ 286,072.00 del Banco Scotiabank, así como de sus sucesivas renovaciones entregadas por EL CONTRATISTA, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo Arbitral.
- SEXTO :** A LOS COSTOS ARBITRALES: SE DISPONE que los costos del arbitraje establecidos en los fundamentos del presente laudo y que ascienden a la suma total de S/ 30,246.00 (Treinta mil doscientos cuarenta y seis con 00/100 Soles), sean asumidos por la ENTIDAD y por el CONTRATISTA en partes iguales, por lo que atendiendo a lo expuesto en los fundamentos del presente laudo, se ORDENA a la ENTIDAD la devolución a favor del CONTRATISTA de la suma de S/ 15,123.00 (Quince mil ciento veintitrés con 00/100 Soles) incluido impuesto a la renta, por concepto de devolución del 50% de honorarios del árbitro único y costos de la secretaría arbitral que le correspondía asumir según lo dispuesto en los numerales 58 y 59 del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 16 de mayo de 2016 y que fue abonado por el CONTRATISTA durante el proceso arbitral..
- SEPTIMO :** Remítase al Organismo de Contrataciones del Estado - OSCE copia del presente Laudo Arbitral



Jhanett Victoria Sayas Orocaja
Árbitro Único