

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

CONSORCIO ESPERANZA

CON

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE

TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR:

**RAMIRO RIVERA REYES
PRESIDENTE**

**VIOLETA ELIZABETH PERICHE CASTRO
ARBITRO**

**RONALD VILLALOBOS QUISPE
ARBITRO**

LIMA - 2018



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

NUMERO DE EXP. DE INSTALACION: I 059 - 2016

DEMANDANTE: CONSORCIO ESPERANZA

DEMANDADO: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE

CONTRATO (NÚMERO Y OBJETO): CONTRATO No. 030-2015-O/MDA, PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA: "CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN LA AV. ESPERANZA, TRAMO QUE UNE EX FUNDO BARBADILLO CON VALLE AMAUTA, DISTRITO DE ATE – LIMA - LIMA".

MONTO DEL CONTRATO: S/ 11'323,258.55

CUANTIA DE LA CONTROVERSIA: S/ 13'613,749.95

TIPO Y NUMERO DE PROCESO DE SELECCIÓN: EXONERACION Y PROCESO DE SELECCIÓN: 001-2015/MDA

MONTO DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL: S/ 113,067.00

MONTO DE LOS HONORARIOS DE LA SECRETARIA ARBITRAL: S/ 26,277.00

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL: RAMIRO RIVERA REYES

ARBITRO DESIGNADO POR LA ENTIDAD: VIOLETA ELIZABETH PERICHE CASTRO

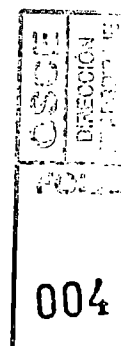
ARBITRO DESIGNADO POR EL CONTRATISTA: RONALD VILLALOBOS QUISPE

SECRETARIA ARBITRAL: PRO ARBITRA S.A.C. – SILVIA MARIZA TACANGA PLASENCIA

FECHA DE EMISION DEL LAUDO: 08 DE FEBRERO DE 2018

(UNANIMIDAD/MAYORIA): UNANIMIDAD

NUMERO DE FOLIOS: 83



PRETENCIONES (CONTROVERSIAS RELACIONADAS A LAS SIGUIENTES MATERIAS):

☒ **_X_ NULIDAD, INVALIDEZ, INEXISTENCIA Y/O INEFICIENCIA DE CONTRATO**

☐ **RESOLUCION DE CONTRATO**

☐ **AMPLIACION DE PLAZO CONTRACTUAL**

☐ **DEFECTOS O VACIOS OCULTOS**

☐ **FORMULACION, APROBACION O VALORIZACION DE METRADOS**

☐ **RECEPCION Y CONFORMIDAD**

☐ **LIQUIDACION Y PAGO**

☐ **MAYORES GASTOS GENERALES**

☒ **_X_ INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

☐ **ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**

☐ **ADICIONALES Y REDUCCIONES**

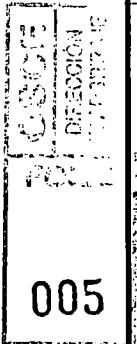
☐ **ADELANTOS**

☐ **PENALIDADES**

☐ **EJECUCION DE GARANTIAS**

☒ **_X_ DEVOLUCION DE GARANTIAS**

☒ **_X_ OTROS (ESPECIFICAR):CONTINUE Y CUMPLA LAS PRESTACIONES DEL CONTRATO, EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD,**

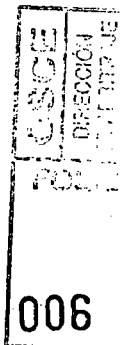


Exp. : No. I059-2016

Arbitraje: CONSORCIO ESPERANZA con la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR RAMIRO RIVERA REYES, RONALD VILLALOBOS QUISPE Y VIOLETA E. PERICHE CASTRO, EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL CONSORCIO ESPERANZA CON LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE.

RESOLUCIÓN N° 24



I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN. -

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los ocho días del mes de febrero del año dos mil dieciocho.

II. LAS PARTES. -

- **Demandante:** CONSORCIO ESPERANZA (en adelante el Contratista o el Demandante).
- **Demandado:** MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE (en adelante la Entidad o el Demandado).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL. -

- RAMIRO RIVERA REYES - Presidente del Tribunal
- RONALD VILLALOBOS QUISPE - Árbitro
- VIOLETA ELIZABETH PERICHE CASTRO - Árbitro
- PRO ARBITRA S.A.C. - Secretario Arbitral.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 23/09/15, CONSORCIO ESPERANZA y MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, suscribieron el Contrato N° 030-2015-O/MDA,

Contrato para la Ejecución de la Obra "Construcción de Infraestructura Vial en la Av. Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate – Lima".

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes CONSORCIO ESPERANZA, designó como árbitro a RONALD VILLALOBOS QUISPE y la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, designó como árbitro a la ABOG. VIOLETA ELIZABETH PERICHE CASTRO; acordando ambos designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al ABOG. RAMIRO RIVERA REYES.

Con fecha 22/03/16, se instaló el Tribunal Arbitral, con asistencia de ambas partes. En dicha oportunidad, los miembros del Tribunal Arbitral declaran haber sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes. Asimismo, no tienen ninguna incompatibilidad, ni compromiso con las partes y se obligan a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. ACTA DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

Mediante Resolución N° 06, se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se realizó el 18/07/16.

3.1. EXCEPCION DE INCOMPETENCIA

El CONSORCIO ESPERANZA planteó la Excepción de Incompetencia contra la segunda pretensión principal reconvenida del demandado, sin embargo, no ofreció medios probatorios.

Con Resolución No. 06, el Tribunal dejó constancia que la Entidad no absolvió el traslado de la excepción

De conformidad con lo establecido en el numeral 29 de las reglas del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral señaló que la excepción planteada por el Contratista sería resuelta al momento de laudar.

3.2. CONCILIACIÓN

No se pudo propiciar la conciliación debido a la inasistencia del representante legal del **CONSORCIO ESPERANZA**, sin embargo el Tribunal Arbitral, deja constancia que puede ser promovida a instancias de parte en cualquier momento.

3.3. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la demanda contestación de demanda y reconvención, se procede a fijar los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA

1. Primer Punto Controvertido

Se determine si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03/12/15, mediante la cual la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE declara nulo el Contrato De Obra N°030-2015-O/MDA de fecha 23/09/15, para la ejecución de la Obra "Construcción de Infraestructura Vial en Av. La Esperanza, tramo que une ex fundo Barbadillo con valle Amauta, Distrito de Ate – Lima – Lima", por el monto de S/. 11 323,258.55 (Once Millones Trescientos Veintitres Mil Doscientos Cincuenta y Ocho con 55/100 soles); recepcionado por el Contratista el 15/12/15 con Carta Notarial No. 156859, conforme a lo dispuesto en el artículo 23° y 56° del Decreto Legislativo N°1017 (modificado por Ley N° 29873) -Ley de Contrataciones Del Estado - y el

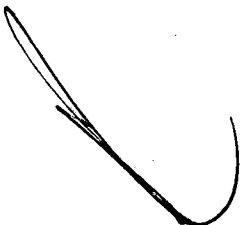
007

artículo 128° del D.S. N°184-2008-EF (modificado con D.S. N°138-2012-EF) -Reglamento De La Ley De Contrataciones Del Estado, así como los artículos 3°, 10°, 16° y 24° de la Ley N°27444 – Ley De Procedimiento Administrativo General.

2. Subordinado al Primer Punto Controvertido



Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene que CONSORCIO ESPERANZA continúe y cumpla las prestaciones del Contrato De Obra N° 030-2015-O/MDA, de fecha 23/09/15.

3. Segundo Punto Controvertido




Determinar si corresponde o no, que se establezca que existe responsabilidad por parte de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, en el incumplimiento de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra, ante la falta de entrega del terreno, conforme Carta N° 669-2015-MDA/GIP-SGIP de fecha 18.12.15; en consecuencia, se ordene a la Entidad cumpla con la entrega del terreno, conforme el art. 184° del D.S. N°184-2008-EF (modificado con D.S. N°138-2012-EF) - Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado.

4. Cuarto Punto Controvertido



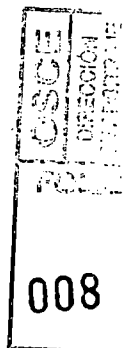
Determinar si corresponde o no, que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las cartas fianzas, de adelanto directo, al haberse excedido los plazos contractuales por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias, así como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, conforme lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de su representada en diversos procesos de selección, por el monto de



S/.25,839.69 (Veinticinco Mil Ochocientos Treinta y Nueve Con 39/100 Nuevos Soles).

5. Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral confirme o declare valida la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA de fecha 03 de diciembre de 2015, que declara la nulidad de oficio del Contrato De Obra N°030-2015-O/MDA de fecha 23/09/15, para la ejecución de la Obra "Construcción de Infraestructura Vial en Av. La Esperanza, tramo que une ex fundo Barbadillo con valle Amauta, Distrito de Ate – Lima – Lima", por el monte de S/. 11 323,258.55 (Once Millones Trescientos Veintitres Mil Doscientos Cincuenta y Ocho con 55/100 soles);



6. Sexto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare que las causas que originaron la nulidad del Contrato N° 030-2015-O/MDA (Exoneración N° 01-2015-MDA) no son imputables a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE.

7. Séptimo Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de los montos por adelanto directo de S/. 2'264,651.71 soles garantizado por la Carta Fianza N° E0859-01-2015.

8. Octavo Punto Controvertido

Determinar que parte debe asumir los costos del presente proceso arbitral.

3.4 REGLAS PARA EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

El Tribunal deja claramente establecido que se reserva el derecho de analizar individual o conjuntamente, y en su caso resolver los puntos

controvertidos no necesariamente en el orden señalados en la presente acta. Así mismo podrá omitir con expresión de razones el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

3.5. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El Tribunal Arbitral admite los siguientes medios probatorios:

- **CONSORCIO ESPERANZA**

De la Demanda

Los documentos que se indican en el acápite V. "Medios Probatorios/Anexos", numerados del 1 a la 8, del escrito de Demanda.


- **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE VITARTE**

De la Contestación de Demanda


Los documentos que se indican en el acápite III. "Medios Probatorios" del escrito sumillado: Contesto Demanda. Reconvención.

De la Reconvención

Los documentos que se indican en el acápite III. "Medios Probatorios" del escrito sumillado: Contesto Demanda. Reconvención.

 Seguidamente el Tribunal Arbitral deja constancia que se reserva el derecho de solicitar y/o actuar nuevas pruebas.

4. MEDIOS PROBATORIOS DE OFICIO

 Mediante Resolución No. 20, se admite como medio probatorio de oficio el Informe No. 790-MDA-GAF-SGC, presentado con fecha 27/09/17, por la Entidad.

Asimismo, mediante Resolución No. 22, se admiten como medios probatorios de oficio: a) la Carta No. 135-2017-CSVA-WFCV/RL, b) el asiento del cuaderno de obra No. 377 y c) el asiento del cuaderno de obra No. 378, presentados por el Contratista con escrito de fecha 12/01/18 y, d) el Informe No. 040-2018-MDA/GIP-SGOP, e) Resolución de Gerencia 210 y f) el Acta de Recepción de Obra de fecha 15/01/18, presentados por la Entidad con escrito de fecha 25/01/18

5. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante Resolución No. 17, se declaró cerrada la etapa probatoria y de conformidad con el numeral 44 de las reglas del proceso arbitral, se concedió un plazo de diez (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo necesario soliciten informar oralmente.

Con fecha 25/08/17, la Entidad presento sus alegatos finales, se deja constancia que el Contratista no presento Alegatos, a pesar de estar debidamente notificado.

6. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con el numeral 45 del Acta de instalación del Tribunal Arbitral, mediante Resolución No. 23, se fijó en treinta (30) días hábiles, el plazo para laudar.

V. DEMANDA

Con fecha 28/03/16, CONSORCIO ESPERANZA presentó su demanda contra MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, formulando las siguientes pretensiones:

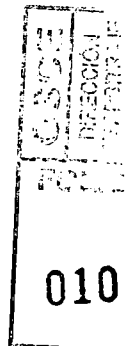
PRETENSIONES ARBITRALES

A) Se determine la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, recibida el 15.12.15, con carta notarial

N°156859, de fecha 11.12.15, en la misma que declara nulo el contrato de obra N°030-2015-O/MDA de fecha 23.09.15; conforme a lo dispuesto en el artículo 23° y 56° del decreto legislativo N°1017 (modificado por ley N°29873) -Ley de Contrataciones del Estado- y el artículo 128° del D.S. N°184-2008 -EF (Modificado con D.S. N°138-2012-EF) -Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-, así como los artículos 3°, 10°, 16° y 24° de la ley N°27444 -Ley de Procedimiento Administrativo General-.

- Pretensiones Subordinadas a la Pretensión A).
- B) Que vuestro tribunal ordene la continuación y cumplimiento de las prestaciones del contrato de obra N°030-2015-O/MDA, de fecha 23.09.15.
- Pretensiones no subordinadas a la pretensión A).
- C) Se establezca que existe responsabilidad por parte de la entidad en el incumplimiento de las condiciones para el inicio del plazo del plazo de ejecución de obra, ante la falta de entrega del terreno, conforme carta N°669-2015-MDA/GIP-SGIP de fecha 18.12.15; en consecuencia, se ordene a la entidad cumpla con la entrega del terreno, conforme el art. 184° del D.S. N°184-2008-EF (modificado con D.S. N°138-2012-EF) -Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-.
- D) Que, se determine y ordene a la entidad contratante, dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado.) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, mas los intereses hasta la fecha de su cancelación.

E) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de nuestras cartas fianzas, de adelanto directo, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del código civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección, por el monto de s/.25,839.69 (veinticinco mil ochocientos treinta y nueve con 39/100 nuevos soles).



FUNDAMENTOS DE HECHO

Que, los fundamentos que sustentan sus pretensiones, se encuentran detalladas en el escrito de su propósito, los cuales serán tomados en cuenta al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Que mediante escrito presentado el 25/04/16 la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, contestó la demanda interpuesta por el CONSORCIO ESPERANZA, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos y poniendo de manifiesto su posición, conforme a los fundamentos detallados en el citado escrito y que el Tribunal Arbitral evaluará al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones.

VII. RECONVENCIÓN

En el numeral II del escrito de Contestación de Demanda de fecha 25/04/16, el Demandado promueve RECONVENCION planteando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal:

- Que, el Tribunal Arbitral confirme o declare valido la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA de fecha 03 de diciembre de 2015.

Segunda Pretensión Principal:

- Que, el Tribunal Arbitral declare que las causas que originaron la nulidad del Contrato N° 030-2015-O/MDA (Exoneración N° 01-2015-MDA) no son imputables a la Municipalidad Distrital de Ate.

Tercera Pretensión Principal:

- Que, el Tribunal Arbitral ordene al demandante asumir la integridad de los pagos de los Costos en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de su pretensión, esto es, los gastos administrativos, costos de asesoría para propiciar el presente proceso arbitral.

Cuarta Pretensión Principal:

- Que, el Tribunal Arbitral ordene la devolución de los montos por adelanto directo de S/. 2'264,651.71 soles garantizado por la Carta Fianza N° E0859-01-2015.

FUNDAMENTOS DE HECHO:

Que, los fundamentos y medios probatorios que sustentan las pretensiones de la Entidad se encuentran detallados en su escrito de fecha 25/04/16, los cuales serán tomados en cuenta al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones.

VIII. CONTESTACION DE LA RECONVENCIÓN

Con fecha 01/06/16, CONSORCIO ESPERANZA absolvió el trámite de la RECONVENCIÓN propuesta por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, solicitando se declare infundada, sobre la base de los argumentos expuestos en el citado escrito, los mismos que serán evaluados al momento de resolverlas.

IX. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

Con escrito de fecha 01/06/16, el Contratista formula EXCEPCION DE INCOMPETENCIA, contra la segunda pretensión principal reconvenida de la Entidad, solicitando que el Tribunal se declare incompetente para resolver dicha pretensión, en mérito a las consideraciones de hecho y de derecho detallados en el citado escrito y que el Tribunal Arbitral evaluará al momento de analizar y resolver la citada excepción.

X. ABSOLUCION A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.

La Entidad no absolvió el trámite de la excepción planteada por el Contratista.

XI. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 06 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se señaló que la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3) del artículo 52° de la Ley, deben mantener el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú, 2) la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N°1017 y modificada por la Ley 29873, 3) el Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo No. 138-2012-EF, 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado.

Por su parte, el numeral 08 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se estableció que para el proceso arbitral, será de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N°1017 y modificada por la Ley 29873, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo No. 138-2012-EF y las Directivas que aprueba el

OSCE. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Asimismo, se indicó que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado en todo momento para establecer las normas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

XII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a las reglas establecidas en el Acta de Instalación y; a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017 y modificada por la Ley 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo No. 138-2012-EF y las normas del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje;
- (ii) Que, el CONSORCIO ESPERANZA, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Por lo antes manifestado, el Tribunal Arbitral procede a evaluar los puntos controvertidos establecidos en la audiencia de fecha 18/07/16, cuyo pronunciamiento será a su criterio evaluado de manera indistinta, en orden y agrupación que permita la emisión del pronunciamiento acorde al desarrollo de las pretensiones incoadas.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

En ese sentido, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

B. EXCEPCION

- Que, el Tribunal Arbitral, señaló en el acta de audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos, que la excepción de incompetencia promovida por el Contratista, se resolverían al momento de laudar
- Que, el Contratista deduce Excepción de Incompetencia, respecto a la segunda pretensión reconvenida del demandado, bajo los siguientes argumentos:
 - Que, el Tribunal no es competente para resolver el pedido de la entidad al no ser una controversia surgida entre las partes, conforme

el convenio arbitral del Contrato de fecha 23.09.15 (Clausula Decimo Octavo: Solución de Controversias) en el cual se establece que: *"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)"; en este sentido, el Art. 52° de la Ley de Contrataciones del estado (LCE) establece que: "(...) 52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre ejecución, (...) se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. (...)".*

- Que, conforme el escrito presentado por la entidad el 25.04.16, respecto de la Segunda Pretensión Reconvenida referida, la entidad va a referir que: *"(...) 8. Si bien los fundamentos técnicos y jurídicos que sustentan la postura de la Entidad sobre la viabilidad del procedimiento de exoneración difieren de la concluida por la Dirección de Supervisión del organismo de Supervisión de la Contrataciones, ello no supone o determina la culpa de la Entidad, toda vez que actuó de buena fe presumiendo que las estimaciones de las aéreas pertinentes eran legitimadas. (...). 11. En consecuencia, queda demostrado que la nulidad del contrato no deviene por culpa de la entidad, lo que acarrea que no existe responsabilidad alguna que se le puede adjudicar. (...)"; en este sentido menciona el demandante que lo que pretende la entidad es un pronunciamiento respecto a su responsabilidad administrativa frente a las conclusiones de la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones, en razón de su actuación respecto de la adjudicación de la Buena Pro por la Exoneración N°01-2015-MDA, lo cual no es una controversia entre las partes que aceptaron el convenio arbitral.*

- Que, en atención a ello, solicitan amparar la excepción siendo que el colegiado no es competente para amparar dicha pretensión reconvenida.
- Que, por su parte, la Entidad no se ha pronunciado respecto a la excepción deducida por el Contratista, lo cual se ha dejado constancia con Resolución No. 06.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Que, a través de la excepción de incompetencia se denuncian los vicios en la competencia de los árbitros, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas conforme a la normativa aplicable.

Alsina¹ señala que la competencia es un presupuesto procesal sin el cual no existe relación procesal válida, y de ahí que la ley imponga al juez la obligación de examinarla al presentarse la demanda, y negarse a intervenir en ella cuando de sus términos aparezca que por razón de la materia, valor o grado no sea de su competencia.

2. Que, en tal sentido, la excepción de incompetencia procede de oficio o a pedido de parte, si se tramita el proceso ante Tribunal Arbitral, al que el emplazado considera como incompetente por alguno de los factores que determinan su propia competencia, a saber: por razón de materia u otros con respaldo de ley.

¹ ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1942, p. 89.

3. Que, en consecuencia, a través de la excepción de incompetencia, se cuestiona la esencia misma de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias derivadas del contrato.
4. Que, la competencia de los árbitros se encuentra regulada en el artículo 41° del D.Leg. 1071, contemplándose la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida. Esta facultad determina que, ante cualquier cuestionamiento de las partes sobre el alcance del convenio o cláusula arbitral, el Tribunal Arbitral, deba interpretar el contenido de dicho acuerdo a los efectos de definir si es competente para pronunciarse sobre el tema.
5. En el presente caso se discute si el Tribunal Arbitral es competente para resolver una pretensión, que a decir del Contratista no es una controversia surgida entre las partes, conforme al Convenio Arbitral del Contrato, sino que pretende obtener un pronunciamiento respecto a la responsabilidad administrativa de la Entidad frente a las conclusiones de la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado, en razón de su actuación respecto a la adjudicación de la Buena Pro de la Exoneración No. 01-2015-MDA, lo cual no es una controversia entre las partes que aceptaron el convenio arbitral.
6. Que, previamente a analizar los aspectos que cuestionan la competencia del Tribunal Arbitral, es necesario merituar los acuerdos contractuales asumidos por cada uno de las partes, que tienen incidencia en la solución de la presente excepción.

7. Que, el Contrato de Ejecución de Obra No. 030-2015-MDA, establece en su cláusula Arbitral (Décimo Octavo), lo siguiente:

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

(....)

"

8. Que, por otro lado el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado expresa:

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

52.2 Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento

9. Que, las cláusulas contractuales y las normas legales mencionadas establecen al arbitraje y la conciliación como fórmulas de solución para

controversias referidas al Contrato respecto del cual las partes (Contratista y Entidad), se encuentran vinculadas.

10. Que, en efecto, la Entidad al formular su pretensión solicita que el Tribunal Arbitral establezca una responsabilidad respecto a un tercero (OSCE) que no es parte ni del Contrato ni del Convenio Arbitral.

11. Que, la actuación de la Entidad y/o de sus funcionarios, frente a una decisión o disposición de la Dirección de Supervisión del OSCE, no puede ser evaluada por éste Tribunal, en virtud a que dichos funcionarios tienen su propio sistema de control y de sanción; además que el Contratista es ajeno a las decisiones del OSCE y de la Entidad, no existiendo relación ni vinculación entre la pretensión planteada por la Entidad y el Convenio Arbitral, que es la fuente principal que otorga legalidad a las decisiones del Tribunal Arbitral y define su competencia.

12. Por los fundamentos expuestos y teniendo en cuenta que se plantea como pretensión que "El Tribunal Arbitral declare que las causas que originaron la nulidad del contrato No. 030-2015-O-MDA (Exoneración No. 01-2015-MDA) no son imputables a la Entidad" controversia que no está vinculada con las partes intervinientes en el Contrato, sino que está relacionada con las disposiciones de un tercero (OSCE), el Tribunal Arbitral declara que no tiene competencia para resolver dicha controversia, por lo tanto, la excepción formulada por el Contratista contra dicha pretensión debe ser amparada.

13. En virtud de lo decidido precedentemente, se debe dejar constancia que el Tribunal Arbitral no emitirá pronunciamiento de fondo respecto de la segunda pretensión principal de la reconvención, contenida en el Sexto Punto Controvertido.

C. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. ANALISIS CONJUNTO DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, PRETENSION SUBORDINADA AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO y SEGUNDO y QUINTO PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. Primer punto controvertido

Se determine si corresponde o no, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03/12/15, mediante la cual la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE declara nulo el Contrato de Obra N°030-2015-O/MDA de fecha 23/09/15, para la ejecución de la Obra "Construcción de Infraestructura Vial en Av. La Esperanza, tramo que une ex fundo Barbadillo con valle Amauta, Distrito de Ate – Lima – Lima", por el monto de S/ 11 323,258.55 (Once Millones Trescientos Veintitres Mil Doscientos Cincuenta y Ocho con 55/100 soles); recepcionado por el Contratista el 15/12/15 con Carta Notarial No. 156859, conforme a lo dispuesto en el artículo 23° y 56° del Decreto Legislativo N°1017 (modificado por Ley N° 29873) -Ley de Contrataciones Del Estado - y el artículo 128° del D.S. N°184-2008-EF (modificado con D.S. N°138-2012-EF) -Reglamento De La Ley De Contrataciones Del Estado, así como los artículos 3°, 10°, 16° y 24° de la Ley N°27444 – Ley De Procedimiento Administrativo General.

2. Subordinado al Primer Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene que CONSORCIO ESPERANZA continúe y cumpla las prestaciones del Contrato De Obra N° 030-2015-O/MDA, de fecha 23/09/15.

3. Segundo Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que se establezca que existe responsabilidad por parte de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, en el incumplimiento de las condiciones para el inicio del plazo de

015

ejecución de obra, ante la falta de entrega del terreno, conforme Carta N° 669-2015-MDA/GIP-SGIP de fecha 18.12.15; en consecuencia, se ordene a la Entidad cumpla con la entrega del terreno, conforme el art. 184° del D.S. N°184-2008-EF (modificado con D.S. N°138-2012-EF) - Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado.

5. Quinto Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral confirme o declare valida la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA de fecha 03 de diciembre de 2015, que declara la nulidad de oficio del Contrato De Obra N°030-2015-O/MDA de fecha 23/09/15, para la ejecución de la Obra "Construcción de Infraestructura Vial en Av. La Esperanza, tramo que une ex fundo Barbadillo con valle Amauta, Distrito de Ate – Lima – Lima", por el monte de S/. 11 323,258.55 (Once Millones Trescientos Veintitrés Mil Doscientos Cincuenta y Ocho con 55/100 soles);

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Antecedentes:

- Manifiesta el contratista que con fecha 23/09/15, luego del adjudicarse la Exoneración N°001-2015/MDA de fecha 07.09.15, se firmo el Contrato N°030-2015-O/MDA, para la ejecución de la obra: "Construcción de Infraestructura vial en Av. la Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima", por un monto ascendente a la suma de S/.11'323,258.55 (Once Millones Trescientos Veintitrés Mil Doscientos Cincuenta y Ocho con 55/100 Nuevos Soles).

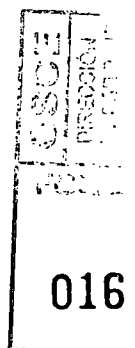
- Que, según la **CLÁUSULA OCTAVA: VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO DE EJECUCION DE OBRA**, se obligaron a ejecutar las obras

materia del contrato en un plazo de Doscientos Setenta (270) días calendarios.

Hechos relevantes de las Pretensiones:

Respecto a la pretensión A) y B).

- Sostiene el Contratista que con fecha 23.09.15 se firma el Contrato N°030-2015-O/MDA, para la ejecución de la obra: "Construcción de Infraestructura vial en Av. la Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima".
- Que, con Carta Notarial de fecha 10.12.15, recepcionada el 15.12.15, se les corre traslado de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, que declara nulo el Contrato N°030-2015-O/MDA.
- Que, con Carta N°001-2015/CE/ARB de fecha 17.12.15, recibida el mismo día consignada con número (N°67081), solicitaron el arbitraje en rechazo de la declaración de nulidad del contrato.
- Que, con Carta N°014-2015-PPM-MDA de fecha 29.12.15, recibida el 30.12.15, la entidad contesta su solicitud de arbitraje.
- Que, con fecha 02.02.16, se tiene que la entidad habría requerido a la empresa SECREX la ejecución de la Carta Fianza N°E0859-01-2015 (con Carta N°015-2016-MDA/SAF-SGT de fecha 19.01.16), no obstante que la resolución de nulidad del contrato se encuentra en controversia y, conforme lo indicado por la supervisión existe un incumplimiento por parte de la entidad respecto de sus obligaciones contractuales que han impedido el inicio de la ejecución de la obra.



- Que, con Carta N°004-2016-CE/MDA, recibida el 08.02.16, solicita el cese en la ejecución de las garantías (fianza).
- Que, conforme los hechos se tiene que las partes firmaron el Contrato N°030-2015-O/MDA de fecha 23.09.15 para efectos de ejecutar la obra: "Construcción de Infraestructura vial en Av. la Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima", en razón de adjudicarse la Exoneración N°001-2015/MDA con fecha 07.09.15. Que, no obstante, a que la Entidad no había cumplido con la entrega del terreno para efectos del inicio de la ejecución de la obra, esta procedió a declarar la nulidad del contrato referido, conforme Resolución de Alcaldía N°0784, de fecha 03.12.15 (notificada con Carta Notarial de fecha 10.12.15 / recepcionada el 15.12.15).
- Que, mediante la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, la entidad va a consignar que habiendo la Subgerencia de Abastecimiento puesto en conocimiento del Despecho de Alcaldía que, con Oficio N°D-1220/2015/DSU-PAA (Exoneración N°01-2015-MDA) la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) puso en conocimiento los informes N°571 y 572-2015/DSU-SAD, que concluyen en lo siguiente: *"(i) Las exoneraciones materia de análisis trasgreden lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley así como el artículo 128° del Reglamento, por tanto de haberse suscrito los contratos productos de las exoneraciones supervisadas, les resultará de aplicación la causal de nulidad prevista en el numeral d) del artículo 56° de la Ley; (ii) No se advierte trasgresión al artículo 21° de la Ley; (iii) Resulta acorde con el artículo 5° del Reglamento que el Titular de la Entidad en su condición de máxima autoridad ejerza las funciones previstas en la Ley y el Reglamento para la supervisión de los procesos de contratación que efectúe su representada, adoptando*

las medidas que corrijan los vicios y deficiencias que advierta; siendo que, es de exclusiva responsabilidad del Titular de la Entidad evaluar la adopción de las medidas administrativas a que hubiera lugar; (...) (iv) el presente informe concluye la acción de supervisión realizada a las Exoneraciones N°01,02,03 y 04-2015-MDA, en atención a las denuncias de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el Manual de Procedimientos del Macro proceso de Atención de Denuncias, aprobado con Resolución N°592-2010-OSCE/PRE; por lo que corresponde hacer de conocimiento del denunciante, de la Entidad y del Sistema Nacional de Control; y, (v) Con las notificaciones del presente informe se resuelve la acción de supervisión efectuada por este organismo Supervisor; por lo tanto, si la Entidad efectúa un deslinde de responsabilidades, dicha acción corresponde ser informada al órgano de Control Institucional (OCI) de la Entidad u Oficina Regional de control según sea el caso, para las acciones que correspondan en el marco de sus competencias. (...); que, de esta forma, la Municipalidad Distrital de Ate va a referir que la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) ha determinado que las exoneraciones N°01, 02, 03 y 04-2015-MDA aprobadas han trasgredido lo dispuesto en el Artículo 23° de la LCE y el Artículo 128° del RLCE indicándose que: "(...)/los actos administrativos generados para la aprobación de la Ejecución de Obras por exoneración N°01-2015-MDA y N°02-MDA, no se enmarcan dentro de los presupuestos normativos del artículo 23° antes aludido, por lo que deberá procederse de acuerdo con el numeral d) del artículo 56° de la Ley de Contrataciones, debiendo declararse la nulidad de los procesos materia de Resolución."); por lo que la Gerencia de Asesoría Jurídica opina que corresponde al titular de la entidad implementar lo comunicado por el OSCE; en este sentido, debe proceder a declarar la nulidad de oficio de los contratos (derivados de las exoneraciones N°01, 02, 03 y 04-2015-MDA) con Resolución de Alcaldía,

017

considerando que las recomendaciones señaladas por la Dirección de Supervisión del OSCE como producto de acciones de supervisión deben ser adoptadas por la entidades públicas, conforme el Artículo 58° de la LCE y la Segunda Disposición Complementaria Final del RLCE.

- Que, el contratista deja constancia que la Entidad contratante en ningún momento refiere con exactitud en sus consideraciones las razones por las cuales la aprobación de la ejecución de obras por exoneración N°01-2015-MDA Y N°02-MDA, no se enmarcan dentro de los presupuestos normativos del artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado, a fin de justificar la ocurrencia en la causal de nulidad conforme el literal d) del Artículo 56° de la LCE; en este sentido, solo se invoca las conclusiones de los Informes N°571 y 572-2015/DSU-SAD emitidos por la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), comunicado con Oficio N°D-1220/2015/DSU-PAA; por lo que, la resolución de alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15 resulta arbitraria al carecer de una debida motivación, más aun cuando pese a la referencia de informes y sus conclusiones, estos no forman parte de dicha resolución siendo parte de los fundamentos de esta, conforme los documentos recibidos.

- Que, tanto la Ley como su Reglamento, no definen o establecen cuando los actos emitidos al amparo de dichas normas deben ser o caen en nulidad, ineficacia o invalidez, razón por la cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley N°27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Que, de la revisión de la Ley N°27444 -Ley de Procedimiento Administrativo General-, en los Artículo 6°, 3° y 10°, se señala cuando

los actos administrativos son materia de nulidad, por lo que se establece lo siguiente:

Artículo 6° Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

Artículo 3° Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...) 4° Motivación El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 10° Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

4) *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."*

- Que, se deja constancia que la entidad si bien refiere las conclusiones de los Informes N°571 y 572-2015/DSU-SAD, emitidos por la Dirección de Supervisión del el OSCE), no establece por qué razón los actos administrativos generados para la aprobación de la Ejecución de Obras por exoneración N°01-2015-MDA y N°02-MDA, no se enmarcan dentro de los presupuestos normativos del artículo 23° de la LCE, a fin de justificar la causal de nulidad conforme el literal d) del Artículo 56° de la LCE; así mismo, no adjunta dicho sustento a la resolución pese que forma parte de ella. por lo tanto, la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15 es nula.
- Que, asimismo la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, que declara la nulidad de oficio del Contrato N°030-2015-O/MDA de fecha 23.09.15, fue recepcionada con fecha 15.12.15, es decir, fuera del plazo de cinco (05) días de su emisión, conforme el Artículo 24° de la Ley N°27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General-; de este modo, se tiene por no realizado en tanto no produce efectos al no haber sido legalmente notificado, conforme el Artículo 16° de la Ley N°27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General-. En este sentido, no se podrá declarar la nulidad de oficio del Contrato N°030-2015-O/MDA, de fecha 23.09.15.

Artículo 16° Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

Artículo 24° Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener: (...).

- Finalmente, considera el contratista que siendo nula e ineficaz la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, corresponde que el tribunal ordene la continuación de la ejecución de la Obra en razón de la vigencia de los plazos de ejecución del Contrato N°030-2015-O/MDA de fecha 23.09.15.
- Por otro lado, deja constancia que no obstante a que la nulidad del contrato resulta nula e ineficaz, la entidad ha solicitado de forma arbitraria la ejecución de la fianza de adelanto directo pese a que se había sometido a controversia la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, lo cual denota un actuar inadecuado por parte de la entidad.
- Que, en ese sentido, solicitan se tenga por fundada su pretensión.

Respecto a la pretensión C).

- Refiere el Contratista que con Carta N°669-2015-MDA/GIP-SGIP, de fecha 18.12.15, recibida el mismo día, la entidad comunica que se ha ordenado paralizar la ejecución de la obra en atención a la Resolución de Alcaldía N°0784, de fecha 03.12.15; en este sentido, dicha comunicación hace referencia del Memorándum (Carta N°003-2015/CS de fecha 15.12.15) en la cual la Supervisión comunica a la entidad que:

"(...) De acuerdo al Artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, la Municipalidad Distrital de Ate,

debió de efectuar la entrega del terreno correspondiente para inicio de la ejecución de obra, dentro de los 15 días siguiente es decir hasta el 08.10.2015.

- A la fecha, luego de habernos apersonado hasta en dos oportunidades para proceder con la entrega del terreno, no se ha podido realizar dicho acto debido a que no existe disponibilidad de terreno, que se encuentra bajo posesión de la DINOES-PNP.

- Por dicho motivo, que es ajeno a mi representada y más bien es imputable a la Municipalidad Distrital de Ate, no se ha concretado la entrega del terreno correspondiente y consecuentemente no se ha dado inicio al plazo de ejecución de la obra. (...)"

- Que, de esta forma, se deja constancia que la entidad no ha cumplido con la entrega del terreno pese a que el contrato (Clausula Quinta: Plazos) establece que, el terreno en el cual se ejecutará la obra será entregado al contratista en el plazo de 15 días siguientes a la firma del contrato. Así mismo, conforme dicha cláusula contractual se establece que el plazo de ejecución de obra se da a partir del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Art. 184° del RLCE, lo cual la entidad no ha cumplido; no obstante la entidad mediante Carta N°669-2015-MDA/GIP-SGIP de fecha 18.12.15, ordena paralizar la obra indicando que es en razón de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, consignando la carta de la referencia (Carta N°003-2015/CS de fecha 15.12.15) donde refiere que el no inicio de actividades se da por causa de la resolución mencionada; no obstante ello, la supervisión contratada para la obra deja constancia que el no inicio del plazo de ejecución se da por responsabilidad de la entidad ante la falta de disponibilidad del terreno.

- Que, debe tenerse presente que conforme la normativa especial es responsabilidad de la entidad tener saneado y disponible el terreno para la ejecución de la obra, conforme el Artículo 153° del RLCE; Así

mismo, siendo condición para el inicio del plazo de ejecución y conforme el contrato, la entidad debió de entregar el terreno en cumplimiento del Artículo 184° del RLCE, lo cual no hizo, conforme se deja constancia en la carta de la supervisión (Carta N°003-2015/CS, de fecha 15.12.15), adjunta a la referida Carta N°669-2015-MDA /GIP-SGIP de fecha 18.12.15, conforme lo expuesto.

Artículo 184° Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: (...)

3). Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; (...)

Artículo 153° Responsabilidad de la Entidad

(...) La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista.

- Que, corresponde establecer que es responsabilidad de la entidad la no entrega del terreno; en este sentido, se ordene su entrega a efectos de continuar con el cumplimiento del contrato.
- En este sentido, solicitan se tenga por fundada su pretensión.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN

Respecto a la Primera Pretensión de la Reconvención.

- Indica el contratista que conforme los actuados de la demanda se ha dejado constancia que habiéndose firmado el Contrato N°030-2015-

O/MDA con fecha 23.09.15, para la ejecución de la obra: "Construcción de Infraestructura vial en Av. la Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima"; la entidad (Municipalidad Distrital de Ate) con Carta Notarial de fecha 10.12.15, recepcionada el 15.12.15, se les corre traslado de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, que declara nulo el Contrato N°030-2015-O/MDA.

- Que, conforme lo indicado por la entidad en sus fundamentos, la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de las Contrataciones tendría las funciones de supervisar las exoneraciones de procesos de selección, pudiendo observar y notificar las trasgresiones a la normativa que se advierta (Art. 54° del Decreto Supremo N°006-2014-EF). En este sentido, teniendo en cuenta que la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15 se basa en las conclusiones de los informes N°571 y 572-2015/DSU-SAD realizados por la referida dirección de Supervisión; se tiene que, la entidad va ha considerar en los argumentos de reconsideración que, conforme lo establecido en el Informe N°571-2015/DSU-SAD, la Exoneración N°01-2015-MDA habría trasgredido lo dispuesto en el artículo 23° de la LCE, así como en el Art. 128° del RLCE, y; en consecuencia, se habría trasgredido el literal d) del Art. 56° de la LCE, solicitando que la máxima autoridad adopte las medidas administrativas a que hubiere lugar.

- Que, conforme la revisión de los documentos acompañadas en anexos, la Dirección de Supervisión va a referir respecto del Informe N°571-2015/DSU-SAD que el cuestionamiento a la Exoneración N°01-2015-MDA parte de una denuncia en la cual se cuestiona que no se configuraría el presupuesto de situación de emergencia argumentado por la Entidad para exonerar la ejecución y supervisión de la referida obra ya que esta no se da a partir de un acontecimiento catastrófico o

que se deba de entender como de carácter extraordinario, escenario imprevisible ocasionado por la acción u omisión del obrar humano, ni un escenario irresistible que pueda traer daños o afectaciones a la comunidad. En este sentido, dicho informe va a tener en cuenta que el hecho que entiende la Dirección de Supervisión que no calificaría para que se haya llevado a cabo la Exoneración N°01-2015-MDA es la proximidad del cierre de la Carretera central debido al Plan de Desvío de la etapa 18 de la Línea 2 del metro de Lima y Callao en el tramo comprendido entre la calle Londres y la Plaza de Armas de Ate, con el que no se configuraría una situación que implique peligro y por el cual; conforme el Art 23° de la LCE, se actué de manera inmediata para prevenir o atender el hecho sobrevenido y necesidad presentada; así mismo, la entidad va a referir en su reconvención que: *"(...) el artículo 128° del Reglamento señala que, las prestaciones a contratar como consecuencia de una situación de emergencia no pueden dejar de lado su carácter de inmediatez, lo cual supone que, como resultado de la exoneración, no solo se efectúe la individualización del proveedor del cual obtendrá el bien, servicio u obra requerida, sino que, en efecto, se pueda contar con aquello que paliará o atenderá de manera definitiva, según sea el caso, el requerimiento que deviene del hecho que configuró la causal. A ello, se suma que, cuando las exoneraciones recaen en medidas de carácter preventivo, las prestaciones calificadas como tales deben adoptarse y ejecutarse antes del inicio de los fenómenos o acontecimientos cuyas consecuencias se busca preveer (...)".* Así, en este caso, se tiene que la Dirección de Supervisión entiende que no se puede hablar de inmediatez en tanto se contará con dicha obra recién a partir de la su culminación en el plazo de ejecución (270d.c.).

- Que, en ese sentido, debe tenerse presente que el informe va a concluir entre otros que resulta aplicable la aplicación de la causal d)

de nulidad del Art. 56° de la LOE, por lo que se debe tener presente que esta señala lo siguiente:

"Artículo 56°.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a). Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente ley.
- b). Cuando se verifique la trasgresión al principio de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c). Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d). Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de una de las causales de exoneración.
- e). Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad contratante, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

Que, se debe tener presente que respecto de la validez de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, recibida con fecha 15.12.15, la entidad va a señalar solo las conclusiones del Informe N°571-2015/DSU-SAD para efectos de declarar nulo el Contrato N°030-2015-O/MDA y donde se señala que: "(i) Las exoneraciones materia de análisis trasgreden lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley así como el artículo 128° del Reglamento, por tanto de haberse suscrito

los contratos productos de las exoneraciones supervisadas, les resultará de aplicación la causal de nulidad prevista en el numeral d) del artículo 56° de la Ley (...); no obstante ello, dicha resolución no refiere los fundamentos por las cuales la aprobación de la ejecución de obras por exoneración N°01-2015-MDA, no se encuentra dentro de los presupuestos normativos del artículo 23° de la LCE y del art. 128° del RLCE, con lo cual se justifique la ocurrencia en la causal de nulidad conforme el literal d) del artículo 56° de la LCE, ni va a incluir con la resolución dichos informes; así mismo, si bien dicha resolución es notificada vía notarial conforme el Art. 144° del RLCE, la cual señala: *"Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56° de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. (...)"*; no obstante ello, la carta notarial de fecha 10.12.15 con la que emite dicha resolución, es notificada finalmente con fecha 15.12.15.

022

- Que, teniendo en cuenta que la pretensión de la entidad está referida a un pronunciamiento respecto de la validez de la Resolución de Alcaldía N°0784 emitido con fecha 03.12.15 y recibido el 15.12.15; en este sentido, indican que tanto la Ley como su Reglamento, no definen o establecen cuando los actos administrativos emitidos al amparo de dichas normas deben ser o caen en nulidad, ineficacia o invalidez, razón por la cual debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Ley N°27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

- Que, de la revisión de la Ley N°27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General-, en los Artículo 6°, 3° y 10°, señala cuando los actos administrativos son materia de nulidad, por lo que se establece lo siguiente:

"Artículo 6° Motivación del acto administrativo"

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)"

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

Artículo 3° Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...) 4° Motivación El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico."

Artículo 10° Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- 2) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
- 3) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
- 4) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

- Que, se debe tener presente que la entidad si bien refiere que el Informe N°571-2015/DSU-SAD, habría sido emitido dentro de las facultades que tendría la Dirección de Supervisión del OSCE) conforme los fundamentos referidos; no obstante ello, se debe tener presente que para efectos de pronunciamiento respecto a la validez de la Resolución de Alcaldía N°0784 emitido con fecha 03.12.15 y recibido el 15.12.15, dicho acto administrativo no va a establecer por qué razón los actos administrativos generados para la aprobación de la Ejecución

de Obras por exoneración N°01-2015-MDA y N°02-MDA, no se enmarcan dentro de los presupuestos normativos del artículo 23° de la LCE, a fin de justificar la causal de nulidad conforme el literal d) del Artículo 56° de la LCE; así mismo, no adjunta dicho sustento (Informe N°571-2015/DSU-SAD) a la resolución pese a que es condición que cuando se motiva en base a conclusiones de informes, se adjunte la misma por ser parte de este acto administrativo. **POR LO TANTO, LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N°0784 DE FECHA 03.12.15 ES NULA.**

023

- Que, junto a ello indica el demandante que si bien el Art 144° del RLCE establece frente a la declaración de nulidad de oficio por el artículo 56° de la LCE que: "(...) *la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. (...)*", debe entenderse que dicho procedimiento debe darse dentro de los plazos para todo acto administrativo emitido por la entidad.
- Que, si bien la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, declara la nulidad de oficio del Contrato N°030-2015-O/MDA de fecha 23.09.15, esta notificación se va a efectuar con fecha 15.12.15, fuera del plazo de cinco (05) días de su emisión, siendo ineficaz conforme el Artículo 24° de la Ley N°27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General-; de este modo, se tiene por no realizado en tanto no produce efectos al no haber sido legalmente notificado, conforme el Artículo 16° de la Ley N°27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General-.

Artículo 16° Eficacia del acto administrativo

16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

Artículo 24º Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener: (...).

- Por lo tanto, la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, no resulta válida al no respetar lo establecido en las normas señaladas, siendo nula e ineficaz.
- En este sentido, solicita el contratista que se tenga por fundada la pretensión.

POSICION DE LA ENTIDAD

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Antecedentes:

- Manifiesta la Entidad Que, mediante Acuerdo de Consejo N° 053-2015/MDA de fecha 31 de agosto de 2015 el Consejo de la Municipalidad Distrital de Ate aprobó, entre otros, la exoneración del proceso de selección por la causal de situación de emergencia, correspondiente a la obra: "Construcción de Infraestructura Vial en Av. la Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima".

- Que, con fecha 23 de setiembre de 2015 se celebró el Contrato de Obra N° 030-2015-O/MDA, derivado de la Exoneración N° 01-2015/MDA, entre la Municipalidad Distrital de Ate y el Consorcio Esperanza. Con el objeto de que se ejecute la obra: "Construcción de Infraestructura Vial en Av. la Esperanza, tramo que une ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate, Provincia y Departamento de Lima". Cuyo monto contractual asciende a S/. 11'323,258.55 (Once Millones Trescientos

Veinte y Tres Mil Cincuenta y Ocho con 55/100 soles). Obra pactada para ejecutarse en un plazo de 270 días calendario contado a partir del día siguiente den que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento.

- Que, el 18 de noviembre de 2015 se notifica a la Entidad con el Oficio N° D-1220-2015-/DSU-PAA de la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante el cual nos pone a conocimiento de la acción de supervisión efectuada a la Exoneración N° 01-2015/MDA y las conclusiones expuestas en el Informe N° 571-2015/DSU/SAD que determinan que el proceso de exoneración trasgrede lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, y el artículo 128° del Reglamento, lo que constituye causal de nulidad de contrato estipulado en el artículo 56° inciso d) de la Ley, a consecuencia de ello, se ordena que la Entidad adopte las acciones que corrijan los vicios y deficiencias advertidas.
- Que, al imperio de la ordenado el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se produjo la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA de fecha 03 de diciembre de 2015 mediante el que se declarar nulo el Contrato de Obra N° 030-2015-O/MDA, derivado de la Exoneración N° 01-2015/MDA.
- Que, mediante Carta Notarial de fecha 11 de diciembre 2015 la Entidad comunica el Consorcio Esperanza la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA de fecha 03 de diciembre de 2015 que declarar nulo el Contrato de Obra N° 030-2015-O/MDA.
- Que, mediante Carta N° 655-2015-MDA/GIP-SGIP de fecha 15 de diciembre de 2015 se comunica al Consorcio Esperanza la paralización

024

de la obra. *No habiendo ejecutado ningún porcentaje de la obra el demandante.*

Respecto a la Primera Pretensión

Que, se Determine la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA que declara nulo el contrato de obra N° 30-2015-0/MDA.

- Refiere la Entidad que la presente controversia, se originó de una denuncia presentada por un tercero a la Dirección de Supervisión del OSCE, quién conoció el proceso de exoneración con la finalidad de supervisar, evaluar y advertir las transgresiones a la normativa que incida el referido proceso.
- Que, como resultado, mediante el Oficio N° D-1220-2015-/DSU-PAA de la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado les pone en conocimiento de las conclusiones obtenidas de la supervisión efectuada a la Exoneración N° 01-2015/MDA vertidas en el Informe N° 571-2015/DSU/SAD.
- Que, se asumió como fundamento que el objetivo de la Exoneración N° 01-2015 *era brindar accesibilidad vehicular y peatonal entre el Valle Amauta y la Av. Prolongación Javier Prado y Transitabilidad en las vías aledañas, es decir, que era una obra ya programada para el cumplimiento de un determinado fin, y no surge en virtud de un acontecimiento catastrófico de situaciones que supongan un grave peligro.*

- Que, dicho objetivo no coincide y colisiona con los presupuestos establecidos en el artículo 23° de la Ley y el artículo 128° del Reglamento, que dispone: la situación de emergencia es entendida

como aquella en la cual la Entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional, o de situaciones que supongan el grave peligro de que alguno de los supuestos anteriores ocurra, o de emergencias sanitarias declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud.

- Que, a mayor abundamiento, este Organismo Supervisor mediante la OPINIÓN N° 084-2014-DTN al tratar respecto de la causal de "situación de emergencia" precisa que "(...) un "acontecimiento" es aquel "Suceso o hecho de alguna importancia o de gran trascendencia". Asimismo, indica que "catastrófico" significa "Propio de una catástrofe; lo que participa de su carácter; cuanto la prepara o le sigue como consecuencia natural". Finalmente, precisa que "catástrofe" es aquel "Suceso infausto y extraordinario; como terremoto, naufragio, descarrilamiento, incendio grande, explosión de polvorines, derrumbamiento de edificios y minas, entre otras desgracias donde se cuentan numerosas víctimas y grandes daños (...)".

- Que, la exoneración materia de análisis inobserva los artículos antes señalados, toda vez que no se puede advertir su efecto preventivo como alega la Entidad y que la ejecución de la obra y su supervisión en su integridad no guardan relación con el carácter temporal que demanda una situación de emergencia. Por tanto, de haberse suscrito los contratos producto de las exoneraciones les resultará de aplicación la causal de nulidad prevista en el numeral d) del artículo 56° de la Ley.

- Que, en consideración de estos fundamentos, la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones del Estado dispone entre otros:

- La exoneración materia de análisis transgrede lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley así como el artículo 128° del Reglamento, además, incurren la causal de nulidad dispuesta en el numeral d) del artículo 56° de la Ley.

- Resulta acorde con el artículo 5° del Reglamento, que el Titular de la Entidad, en su condición de máxima autoridad, ejerza las funciones previstas en la Ley y el Reglamento para la supervisión de los procesos de contratación que efectúe su representada, adoptando las medidas que corrijan los vicios y deficiencias que advierta; siendo que, es de exclusiva responsabilidad del Titular de la Entidad evaluar la adopción de las medidas administrativas a que hubiese lugar.

- Que, respecto a las conclusiones del aludido Informe, se debe considerar que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) supervisa el sistema de contrataciones y adquisiciones del estado (bienes, servicios y obras) promoviendo la eficacia y transparencia de la gestión pública, dicho de otra manera, es el organismo técnico especializado encargado de promover el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado peruano, ejerce competencia en el ámbito nacional y promueve las mejores prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, conforme lo estipulado en el artículo 57° y 58° de la Ley.

- X • Que, la labor de supervisión efectuada por Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones del Estado se realiza conforme lo dispone el artículo 54° del Decreto Supremo N° 006-2014-EF Ley que Modifican Reglamento de Organización Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Que, entre sus principales funciones se encuentran: "b) Supervisar, de forma selectiva

y/o aleatoria y de oficio o a pedido de parte, las exoneraciones de procesos de selección, pudiendo observar y notificar las trasgresiones a la normativa que se adviertan", tal como se aprecia del mismo artículo.

- Que, las conclusiones y disposiciones determinadas por este organismo *tienen carácter de cumplimiento obligatorio bajo responsabilidad administrativa y funcional y bajo apercibimiento de sanción a quien corresponda*, de acuerdo con lo decretado en el artículo 46° de la Ley.

- Que, la decisión adoptada de declarar nulo el Contrato de Ejecución de Obra N° 030-2015-O/MDA (Exoneración N° 01-2015/MDA) efectuada mediante la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA, *no es arbitraria ni injustificada*, obedece exclusivamente al pronunciamiento de la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones del Estado, que se encontraban obligados acatar.

- Que, respecto **de los fundamentos del informe antes mencionado**, el marco jurídico de las contrataciones públicas ha previsto la posibilidad de que, en determinados supuestos, las Entidades puedan exonerarse de la obligación de realizar un proceso de selección para determinar al proveedor con el que celebrarán contrato, contratándolo directamente (artículo 20° de la Ley). Siendo que en estos procesos no siguen las etapas de un proceso de selección establecidas en el artículo 22° del Reglamento. No está contemplada dentro de las categorías en las que se clasifican los procesos de selección.

- Menciona que de la misma manera, mediante la OPINIÓN N° 043-2011/DTN se dispuso: "Que el artículo 135° del Reglamento establece que esta exoneración se circunscribe al proceso de selección; por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella, deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones,

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
026	

formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección, *con la excepción de la exoneración por situación de emergencia, que tiene un procedimiento especial.*"

- Que, el artículo 23° de la Ley determina los requisitos y características de una situación de emergencia, y el artículo 128° del Reglamento establece el circuito del trámite de un proceso de exoneración por causal de situación de emergencia, *que a mérito de la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones del Estado NO se ha cumplido con estos supuestos decretados en el proceso de exoneración materia de la presente controversias.*
- Que dicho órgano supervisor, considera que la satisfacción del objeto de la exoneración en cuestión es factible que se realice mediante un proceso de selección, siendo así corresponde que se tramite bajo los procesos de selección establecidos en la ley. *Situación que se engarza en el presupuesto establecido en el numeral d) del artículo 56° de la Ley.*
- Que, en conclusión, se aprecia que la decisión de la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones del Estado se asienta en hecho ciertos y en aplicación de la normatividad respectiva. *Lo que dota de legalidad a la decisión de la Entidad adoptada mediante Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA, resuelta dentro del debido proceso administrativo.*

Respecto a la Pretensión Subordinada

Que, el Tribunal ordene la continuación y cumplimiento del Contrato de Obra No. 30-2015-O/MDA

- Sostiene la entidad que, de acuerdo con CABANELLAS, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido

como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.

- Que, ello derivaría del hecho que el ordenamiento jurídico "constituye un todo coherente y armónico que vive de acatamientos y de transgresiones (en esa medida) cuando se transgrede una norma forzosa, ese ordenamiento jurídico queda violado porque los individuos no pueden derogar lo establecido en un tal tipo de normas". En tal sentido, en principio, la vulneración del ordenamiento jurídico origina la nulidad del acto producido e implica que éste no surta efectos.
- Que, atendiendo a lo señalado, todo contrato nulo "nace muerto y por ende no produce ninguno de los efectos jurídicos que tendría que haber producido". Por ello, respecto de un contrato nulo, los actos o decisiones emitidas desde su celebración y durante su ejecución carecen de los efectos jurídicos previstos en la norma (OPINIÓN N° 083-2009/DTN).
- Que, efectivamente, como toda figura jurídica la nulidad declarada produce efectos: i) Confiere el derecho a las partes de restituir las cosas a su estado anterior, es decir, a como estaban antes de que hubiera existido el acto o contrato declarado nulo, y ii) También da derecho a las restituciones mutuas, es decir, del pago de las mejoras, las restitución de la especies y de sus frutos, etc.
- Que, como la declaración de nulidad tiene como efecto también la anulabilidad de un contrato, como si este nunca se hubiese celebrado, no se debe dejar de lado que entre las partes se pudieron haber realizado ciertas actuaciones que deben restituirse a su estado anterior.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DAR
FOLIO	
027	

- Que, la doctrina señala que un contrato declarado nulo, no surte efecto alguno y, en esa medida, es posible que se revisen y declaren nulos, es decir los actos ejecutados posteriores a la nulidad del contrato.
- Que, al declararse la nulidad del contrato por razones válidas y por un organismo competente para ello, los efectos del contrato se suprimen. En tal virtud, no es factible la continuación y cumplimiento de las prestaciones del contrato de obra.

Respecto a la Segunda Pretensión

Que, se establezca que existe responsabilidad por parte de la entidad del incumplimiento de las condiciones del inicio del plazo de ejecución de obra, ante la falta de entrega de terreno, en consecuencia, se ordene la entidad cumpla con entregar el terreno.

- Sostiene la entidad que estando a lo expuesto en el punto anterior, la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones determinó que el objetivo principal de la Exoneración N° 01-2015-MDA no se circunscribe al presupuesto de situación de emergencia dispuesto en la Ley y el Reglamento.

- Es así que, mediante el Oficio N° D-1220-2015-/DSU-PAA de la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado se les pone en conocimiento de las conclusiones obtenidas de la supervisión efectuada a la Exoneración N° 01-2015/MDA y se les exige adoptar las medidas necesarias para corregir los vicios y trasgresiones detectadas.

- Que, por tal razón, se originó la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA declarando la nulidad del contrato en cuestión por haberse incurrido en

causal establecida en el numeral d) del artículo 56° de la Ley, tal como ordena el Informe N° 571-2015/DSU/SAD.

- Que, se debe considerar que el artículo 56° de la Ley faculta al titular de la Entidad a declarar la nulidad del contrato cuando se hayan suscrito en contravención a las normas y dentro de causales. *Esta posteada constituye el ejercicio regular de un derecho.*
- Que, el inciso 1, del artículo 1971 del Código Civil, precisa que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. Entonces, la Entidad al declarar la nulidad del contrato mediante el ejercicio regular de derecho se renuncia a la responsabilidad. Pues, los fundamentos adoptados, como ya se ha mencionado, fueron adoptados de acuerdo a las conclusiones del OSCE, que como Ente normativo e intérprete de las normas de las contrataciones del estado, cuyo cumplimiento en el ámbito administrativo es obligatorio, conforme el artículo 46° de la Ley
- Que, otro aspecto que exonera de responsabilidad de la Entidad, es que los fundamentos técnicos y jurídicos que sustentan la postura de la Entidad sobre la vialidad del procedimiento de exoneración difieren de la concluida por la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones, *ello no supone o determina la culpa de la Entidad, toda vez que actuó de buena fe presumiendo que las estimaciones de las áreas pertinentes eran justificadas.*
- Que, en consecuencia, queda demostrado que la nulidad del contrato no deviene por culpa de la Entidad, lo que acarrea que no existe responsabilidad alguna que se le pueda adjudicar.
- **Respecto a la entrega de obra.-** Señala la Entidad que al declararse nulo el contrato no es pasible de la entrega de terreno por cuanto un

OSCE
DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
DAR
FOLIO
028

acto nulo no tiene consecuencias jurídicas ni materiales, por lo que lo pretendido por el demandante deviene en imposible.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE SU RECONVENCION

Primera Pretensión Principal:

- Indica la entidad que el artículo 54° numeral b) del Decreto Supremo N° 006-2014-EF Ley dispone como función de la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones lo siguiente: Supervisar, de forma selectiva y/o aleatoria y de oficio o a pedido de parte, las exoneraciones de procesos de selección, pudiendo observar y notificar las trasgresiones a la normativa que se adviertan”.
- Que, según el artículo 4° del Reglamento corresponde al Organismo de Supervisión de la Contrataciones emitir las directivas respecto a la aplicación de la Ley y su Reglamento, siendo nulo de pleno derecho cualquier disposición o acto que se emita en contravención a ello.
- Que, de ambos dispositivos legales, se desprende con meridiana claridad, que el Organismo de Supervisión de la Contrataciones tiene competencia normativa e interpretar la normatividad establecida entorno a los procesos de selección, acción realizada mediante las unidades orgánicas pertinentes. Conclusiones y disposiciones determinadas por este organismo **tiene carácter de cumplimiento obligatorio bajo responsabilidad administrativa y funcional y bajo apercibimiento de sanción a quien corresponda**, de acuerdo con lo decretado en el artículo 46° de la Ley.

- Que, siendo así, la Dirección en mención evaluó la Exoneración N° 01-2015-MDA concluyendo que transgrede lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley así como el artículo 128° del Reglamento, además, incurren la causal de nulidad dispuesta en el numeral d) del artículo 56° de la Ley conforme se advierte del Informe N° 571-2015/DSU/SAD. Además, dispuso que el Titular de la Entidad, en su condición de máxima autoridad adopte las medidas que corrijan los vicios y deficiencias adviertas.
- Que, sobre este último, el artículo 5° del Reglamento, que el Titular de la Entidad, en su condición de máxima autoridad, ejerza las funciones previstas en la Ley y el Reglamento para la supervisión de los procesos de contratación que efectúe, adoptando las medidas que corrijan los vicios y deficiencias que advierta; siendo que, es de exclusiva responsabilidad del Titular de la Entidad evaluar la adopción de las medidas administrativas a que hubiese lugar.
- Que, siendo el Organismo de Supervisión de la Contrataciones el órgano encargado de interpretar las normatividades establecidas como base legal de las contrataciones del Estado, son válidas sus conclusiones y determinaciones deducida mediante el Informe N° 571-2015/DSU/SAD. Además, que la Entidad se encontraba bajo imperio de ley de acatar dichas deducciones.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
029	

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

X Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03/12/15, que declara la nulidad de oficio del Contrato N°030-2015-O/MDA de fecha 23/09/15 o si por el contrario corresponde declarar válida la citada resolución; asimismo si corresponde ordenar la continuación de las prestaciones del contrato de obra y si existe

responsabilidad por parte de la Entidad en el inicio de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra ante la falta de entrega del terreno.

1. Que, el Proceso de Exoneración No. 001-2015-/MDA, que dio origen al Contrato No. 030-2015-O-MDA, de fecha 23/09/15, para la Ejecución de la obra "Construcción de Infraestructura Vial en la Av. Esperanza, Tramo que une Ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate-Lima-Lima", mediante el cual se origina la relación jurídica existente entre las partes en conflicto, tiene como base legal la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017, modificada por Ley 29873 y su Reglamento aprobado por D.S. 184-2008-EF, modificado por D.S. 138-2012-EF
2. Que, para la ejecución de la prestación las partes se sometieron libre y voluntariamente a las reglas, plazos, procedimientos y demás disposiciones contenidas en las normas citadas, así como en lo establecido en el Contrato No. 030-2015-O-MDA.
3. Que, la cláusula DÉCIMO SETIMA del mencionado contrato, señala expresamente que *"Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes"*
4. Que, asimismo la cláusula DECIMO OCTAVO del contrato citado, estableció lo siguiente: *"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 199°,*

201° y 211° del Reglamento o en su defecto en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

5. Que, por otro lado, el artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre "especialidad de la norma", establece lo siguiente:

"Artículo 5: Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellos de derecho privado que le sean aplicables.

(...)"

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
030	

6. De las normas y reglas señaladas precedentemente, se puede concluir claramente, que todos los procedimientos, plazos y cualquier cuestionamiento que surjan durante la ejecución de la prestación, incluyendo los referidos a la nulidad del contrato deberán sujetarse a lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y estas a su vez prevalecerán sobre cualquier norma de derecho público y/o privado que le sean aplicables.

7. En el caso concreto, el Contratista solicita la Nulidad de la Resolución de Alcaldía No. 0784, de fecha 03/12/15, mediante el cual se declaró la Nulidad de Oficio del Contrato No. 030-2015-O-MDA, argumentando la Entidad una transgresión de lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley, así como el artículo 128° del Reglamento, resultando de aplicación la causal de nulidad prevista en el numeral d) del artículo 56 de la Ley.

8. Que, existiendo un procedimiento especial y habiéndose establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, los casos por los cuales la Entidad puede declarar la Nulidad de Oficio de un contrato,

corresponde que el Tribunal Arbitral analice si el citado acto administrativo ha sido emitido, con sujeción a lo dispuesto en la norma especial.

9. Que, el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a la Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección, establezca lo siguiente:

"Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

El Titular de la Entidad declarará de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación.

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

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

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

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

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

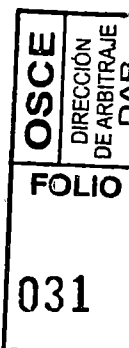
Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

(el resaltado es agregado)

10. Que, por su parte el artículo 144° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre la Nulidad del Contrato, precisa lo siguiente:

"Artículo 144.- Nulidad del Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56° de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de



acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje".

(el resaltado es agregado)

11. Que, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, corresponde que el Tribunal tenga en cuenta en lo que concierne al aspecto formal, lo siguiente:

- a. Que, la causal por la cual la Entidad declara la nulidad de oficio del Contrato esté prevista en el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado.
- b. Que, la Entidad haya cursado Carta Notarial al Contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del Contrato.

12. Que, del punto precedente se pueda advertir que corresponderá al Tribunal Arbitral para determinar la procedencia o no de la Nulidad del Contrato, verificar previamente, si se ha cumplido en primer orden con la formalidad dispuesta en el artículo 144° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y en segundo orden, analizar si la causal alegada, se encuentra prevista en el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado.

13. Que, al respecto fluye de autos la Carta Notarial No. 156859, de fecha 10/12/15, mediante el cual el Secretario General de la Municipalidad Distrital de Ate, remite al Contratista CONSORCIO ESPERANZA, la Resolución de Alcaldía No. 0784 de fecha 03/12/15, para su conocimiento y fines. Dicho documento fue recepcionado por el Contratista el 15/12/15.

14. De lo señalado precedentemente, se puede advertir, que la Entidad ha cumplido con la formalidad dispuesta en el artículo 144° del Reglamento.

15. Que, respecto a la causal alegada, para la declaración de Nulidad del Contrato, la Entidad ha señalado como causal la establecida en el numeral d) del artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir: "Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración".

16. Al respecto, el Contratista ha señalado como argumento de su pretensión, que el Acto Administrativo Resolución de Alcaldía No. 0784, es nulo por cuanto, no ha sido debidamente motivado, ya que en ninguna de sus consideraciones refiere con exactitud las razones por las cuales la aprobación de la ejecución de obras por exoneración No. 01-2015-MDA y No. 02-2015-MDA no se enmarcan dentro de los presupuestos normativos del artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado, a fin de justificar la ocurrencia en la causal de nulidad conforme el literal d) del artículo 56° de la LCE, sólo se invoca las conclusiones de los Informes No. 571 y 572-2015/DSU-SAD, sin embargo dicho contenido no forman parte de resolución.

17. Al respecto, de verificarse dicha omisión estaríamos frente a la vulneración de uno de los requisitos de validez del acto administrativo que consagra el numeral 4) del artículo 3° de la Ley 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General; asimismo se estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo 6° de la citada norma legal y con ello se configuraría la Nulidad del Acto Administrativo, en aplicación de lo dispuesto en los numerales 1) y 2) del artículo 10° de la Ley 27444, por lo que el Tribunal Arbitral analizará si es válido el argumento del Contratista.

18. Que, teniendo en cuenta que, el Contratista ha solicitado la Nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía No. 0784, y merituando que la

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
032	

Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no regulan "LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS"; el Tribunal Arbitral en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Contrataciones del Estado, deberá recurrir en forma supletoria a lo establecido en la Ley 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General".

19. Que, la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece en el Artículo 10° los vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, esto es:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1) *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2) *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
- 3) *Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*
- 4) *Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."*

20. Que, el numeral 4) del artículo 3° de la Ley 27444, precisa lo siguiente:

"4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico"

21. Que, por su parte el artículo 6° de la Ley 27444, establece lo siguiente:

"Art. 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

(...)"

(el resaltado es agregado)

22. De acuerdo con lo señalado en las normas precedentes, se concluye que el acto administrativo para ser válido debe cumplir con lo siguiente:

- a. Estar debidamente motivado en proporción al contenido y de acuerdo al ordenamiento jurídico.
- b. El ordenamiento jurídico exige que la motivación del acto administrativo sea expresa y si está fundamentada en informes, dictámenes o similares deben ser debidamente identificados;

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
033	

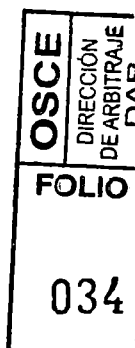
además que dichos informes, dictámenes o similares deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

23. En el presente caso, fluye de autos, que la entidad con fecha 03/12/15, emite la Resolución de Alcaldía No. 0784, declarando la nulidad de oficio del Contrato de Obra No. 030-2015-O-MDA, de fecha 23/09/15, por una supuesta transgresión del artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 128° de su Reglamento.

24. Que, en el cuarto párrafo de la parte considerativa de la resolución cuya nulidad se solicita se consigna que *"Que, mediante notificación Electrónica en el portal del SEACE V.3.0 fecha 18 de noviembre de 2015, la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor con de las Contrataciones del Estado - OSCE, puso en conocimiento de la entidad, el Oficio No. D-1220-2015/DSU-PAA, emitido por dicho organismo, que contiene el Informe No. 571-2015/DSU/SAD que concluye en lo siguiente, respecto de la exoneración No. 01-2015/MDA: (i) La exoneración transgrede lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley, así como el artículo 128° del Reglamento, por tanto de haberse suscrito los contratos producto de las exoneraciones supervisadas, les resultará de aplicación la causal de nulidad prevista en el numeral d) del artículo 66° de la Ley; (ii)"*

25. Que, de igual modo en el quinto párrafo de la parte considerativa de la resolución impugnada se consigna *"Que, mediante informe No. 945-2015-MDA/GAF-SGA, la Sub Gerencia de Abastecimiento pone en conocimiento del Despacho de Alcaldía que mediante notificación electrónica en el portal del SEACE V.3.0 que con fecha 18 de noviembre de 2015, se notificó el Oficio No. D-1220-2015/DSU-PAA*

(Exoneraciones No. 01-2015-MDA y No. 03-2015-MD) y oficio No. D-1223-2015/DSU-PAA (Exoneraciones No. 02-2015-MDA y No. 04-2015-MD), mediante las cuales la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) pone en conocimiento los informes Nros. 571 y 572-2015/DSU/SAD, que concluye en lo siguiente: (i) Las exoneraciones, materia de análisis transgreden lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley, así como el artículo 128° del Reglamento, por tanto, de haberse suscrito los contratos producto de las exoneraciones supervisadas, les resultará de aplicación la causal de nulidad prevista en el numeral d) del artículo 56° de la Ley; (ii)



26. Que, en el sexto párrafo de la parte considerativa de la resolución impugnada se consigna "Que, mediante informe No. 1112-2015-MDA/GAJ, la Gerencia de Asesoría Jurídica señala que de la revisión de los documentos señalados por la Sub - Gerencia de Abastecimiento, remitidos en copia se advierte que la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE ente rector en materia de Contrataciones del Estado ha determinado que las Exoneraciones No. 01, 02, 03 y 04-2015-MDA, aprobadas por los Acuerdos de Concejo Municipal No. 053-2015/MDA y No. 054-2015/MD, ambos de fecha 31 de agosto de 2015, han transgredido lo dispuesto en el artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 128° de su Reglamento, entonces corresponde proceder conforme también lo indica dicha Dirección de Supervisión"

27. Que, en el séptimo párrafo de la parte considerativa de la resolución impugnada se precisa que "Mediante informe No. 573-2015-MDA/GIP, la Gerencia de Infraestructura Pública,señala asimismo que con

fecha 19 de noviembre de 2015, ha recepcionado el Informe de la Sub Gerencia de Abastecimiento glosado en el considerando séptimo, conjuntamente con la notificación del Oficio No. D-1220-2015/DSU-PAA, que contiene el Informe No. 571-2015/DSU/SAD, y el Oficio No. 1223-2015/DSU-PAA, que contiene el Informe No. 572-2015/DSU/SAD de la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE que declaran que las exoneraciones aprobadas transgreden el artículo 23° de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 128° del Reglamento de la Ley antes glosada"

28. Que, en el octavo párrafo de la parte considerativa de la resolución materia de nulidad se indica "Que mediante Informe No. 954-2015-MDA/GAF-SGA, la Sub Gerencia de Abastecimiento señala que estando a lo normado en el literal e) del artículo 58° y Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las recomendaciones señaladas por la Dirección de Supervisión del OSCE como producto de las acciones de supervisión deben ser adoptadas por las entidades públicas, por lo que en el caso particular de lo señalado en las conclusiones del informe No. 571-2015/DSU/SAD e informe No. 572-2015/DSU/SAD, en opinión de la Sub Gerencia de Abastecimiento deben ser adoptadas por la Municipalidad de Ate".

29. De lo señalado precedentemente se puede advertir que la Entidad fundamenta su decisión para declarar la nulidad de oficio del Contrato No. 030-2015-O-MDA, de fecha 23/09/15, en el Informe No. 571-2015/DSU/SAD, emitido por la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en el cual se indicó que la exoneración No. 01-2015/MDA transgrede lo dispuesto en el artículo

23° de la Ley y artículo 128° del Reglamento; sustenta la nulidad asimismo en el informe Nro. 945-2015-MDA/GAF-SGA, de la Sub Gerencia de Abastecimiento; Informe No. 112-2015-MDA/GAJ, de la Gerencia de Asesoría Jurídica e Informe No. 573-2015-MDA/GIP, de la Gerencia de Infraestructura Pública.

30. Que, la Resolución de Alcaldía No. 0784 de fecha 03/12/15, no precisa en ninguno de sus considerandos en que consiste la transgresión dispuesta en el art. 23° de la Ley y el artículo 128° del Reglamento, tampoco ha indicado o detallado cuales son los hechos y/o las razones que justifican la configuración de la causal de tal forma que se tenga una idea clara respecto al razonamiento de la Entidad para declarar la nulidad de oficio del Contrato; habiéndose invocado únicamente las conclusiones de los informes Nros. 571 y 572-2015/DSU/SAD, emitidos por la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, sin precisar y/o identificar su razonamiento, con lo cual se está contraviniendo lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 3 y artículo 6° de la Ley 27444.

31. En tal sentido, la conclusión a la que arriba el Tribunal es que la Resolución de Alcaldía No. 0784, cuestionada por el Contratista, resulta manifiestamente no ajustada a derecho, dado que la Entidad ha declarado la nulidad de un Contrato aduciendo la transgresión del art. 23° de la Ley y artículo 128°, sin sustentar debidamente su decisión, verificándose **la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones administrativas**, que es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos y una condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto necesario de todo Estado de derecho y una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
035	

32. Por los fundamentos expuestos el Tribunal Arbitral, considera que la Resolución de Alcaldía No. 0784 de fecha 03/12/15, contiene vicios insubsanables que acarreen su nulidad, puntualmente "la falta de una debida motivación"; estando incurso por dichos efectos dentro de las causales previstas en el artículo 10º inc. 1) y 2) de la Ley 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", por lo que corresponde amparar la pretensión del Contratista y declarar nula la Resolución de Alcaldía No. 0784, de fecha 03/12/15.

33. Que, al no haberse cumplido con la debida motivación que exige la Ley, el Tribunal Arbitral considera innecesario analizar el fondo de la causal de la nulidad del contrato alegada por la Entidad.

Sustracción de la Materia

34. Hay sustracción de la materia en aquellos casos en los que el petitorio ha devenido en insubsistente, cuando, de hecho, el supuesto que lo sustentaba ha desaparecido, de manera tal que la autoridad no puede pronunciarse sobre el fondo de lo pretendido y debe declarar la sustracción de la materia sometida a su conocimiento².

35. La consecuencia de la declaratoria de la "sustracción de la materia" para el accionante (o recurrente) implica que si bien no ha perdido la finalidad de su pretensión, pero por una circunstancia de hecho su petición ya fue resuelta, sustrayéndose así del ámbito correspondiente, habida cuenta que ya no se puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto controversial³.

² Resolución de Vista de fecha 10/09/2012, expedida por la Sala Superior Penal de Apelaciones de Ica, Exp. 00403-2010

³ Idem

36. En el presente caso, la pretensión del Contratista que sustenta el proceso arbitral de autos y que lo obligó a recurrir al arbitraje, es básicamente la declaración de nulidad del Contrato de Obra No. 030-2015-O/MDA, suscrito por Consorcio Esperanza con la Municipalidad Distrital de Ate.

37. De acuerdo con CABANELLAS, la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto.

La declaratoria de Nulidad del Contrato, por lo tanto tendría como efecto evitar la realización de la prestación a la cual se habrían comprometido las partes, con lo cual el Consorcio Esperanza, se vería imposibilitado de cumplir con la prestación pactada, esto es la ejecución de la obra "Construcción de Infraestructura Vial en la Av. Esperanza, Tramo que une Ex Fundo Barbadillo con Valle Amauta, Distrito de Ate-Lima-Lima", y por su parte la Entidad no tendría que cumplir con la contraprestación (pago) por el servicio prestado.

38. En el caso de autos, las actuaciones a las que las partes se habrían obligado con la suscripción del contrato se han cumplido, por cuanto por un lado el Consorcio Esperanza, ha entregado la obra, sin observación de la Entidad y la Municipalidad Distrital de Ate, ha recepcionado la obra a su satisfacción, tal y conforme puede observarse del Acta de Recepción de Obra de fecha 15/01/18, acompañado por la propia Entidad; por lo tanto, se ha producido la

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
036	

sustracción de la materia, por cuanto el objeto, y la finalidad del Contrato se han producido en conformidad con la Entidad y no tendría razón a estas alturas declarar la nulidad del Contrato, por cuanto la prestación que originó la suscripción del acto jurídico, ya se ha cumplido, no pudiéndose desconocer los trabajos realizados por el Contratista, por cuanto como se repite ha sido la propia entidad quien ha recepcionado la obra.

39. En efecto, fluye de autos el escrito presentado por el Contratista con fecha 12/01/18, mediante el cual se presenta los asientos de Obra Nros. 377 y 378 de fechas 23/12/17 y la Carta No. 135-2017-CSVA-WFCV/RL, de fecha 26/12/17, con los cuales se deja constancia que la obra materia del presente arbitraje ha sido culminada y se requiere a la Entidad se designe al Comité de Recepción de Obra dentro del plazo correspondiente.

40. Asimismo, la Entidad con escrito de fecha 25/01/18 acompaña el Informe No. 040-2018-MDA/GIP-SGOP, la Resolución de Gerencia No. 210 y el Acta de Recepción de Obra de fecha 15/01/18, con los cuales se demuestra que la Entidad cumplió con designar al Comité de Recepción de Obra, integrado por el Ing. José Luis Calloapaza (Primer miembro), Ing. Víctor Gastón Donayre Azán (Segundo miembro), Ing. Flor de Liz Martínez Caso (Tercer miembro) y que con fecha 15/01/18, se ha producido la recepción de obra a conformidad de la Entidad; habiéndose cumplido con ello el objeto del contrato.

Aplicación del Principio de Eficiencia

41. El artículo 4°, de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que los procesos de contratación, regulados por dicha norma, se rigen por

ciertos principios, uno de ellos es el señalado en el ítem f) "Principio de Eficiencia", que establece lo siguiente:

"Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia"

Al, respecto, en la Opinión N° 021-2010/DTN⁴ del OSCE, se ha señalado lo siguiente:

"Sobre el particular, corresponde señalar que el Principio de Eficiencia que rige a las contrataciones públicas, establece que "los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final".

Así, en el ámbito de las contrataciones públicas, la eficiencia constituye un principio que orienta a las Entidades a satisfacer sus requerimientos de bienes, servicios u obras en las mejores o más ventajosas condiciones, ya sea a través de menores precios, mejor calidad y tecnología y con plazos oportunos.

No obstante, deberá tenerse en cuenta que aun cuando en un supuesto específico el contrato puede adolecer de un vicio que acarrea su nulidad, por circunstancias excepcionales, su declaratoria podría resultar perjudicial para el Estado, contrario al principio de eficiencia y al interés público o social involucrado en la contratación.

En virtud de lo expuesto, compete exclusivamente a cada Entidad evaluar cada situación concreta y tomar la decisión más conveniente

⁴ Opinión No. 021-2010/DTN, de fecha 15/02/2010, numeral 2.3

Consulta:

"¿Debe declararse nulo un contrato que se encuentra en un 90% de avance en su ejecución debido a que la Entidad ha sido notificada de una pericia grafotécnica practicada por la Dirección Contra la Corrupción de la Policía Nacional del Perú, en donde se determinó que los documentos presentados por el contratista contienen firmas falsificadas de uno de los profesionales presentado como parte de su propuesta técnica?"

para el Estado y el interés público involucrado, previa evaluación de los costos que cada supuesto podría acarrear”.

42. En el presente caso, lo más conveniente para el Estado y el Interés Público involucrado era la ejecución del Contrato de Obra No. 030-2015-O-MDA, como en efecto se ha realizado, habiéndose observado los criterios de celeridad, economía y eficacia, que señala el Principio de Eficiencia.

43. Debe tenerse presente además, que el Contratista, actuó siempre de buena fé, invitado por la Entidad a participar del Proceso de Exoneración, en ningún momento faltó al principio de veracidad, que sería uno de los supuestos para declarar la nulidad del Contrato; por el Contrario, ha actuado siempre de buena fe y con respeto a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Pronunciamientos del OSCE respecto al proceso de exoneración

44. Finalmente el Tribunal, debe señalar que el Informe No. 571-2015/DSU-SAD, emitido por la Dirección de Supervisión del OSCE, en el cual la Entidad basa su pedido de Nulidad del Contrato, es un documento informativo y de recomendación, sobre el procedimiento de exoneración adoptado por la Municipalidad Distrital de Ate, no constituye un precedente de obligatorio cumplimiento, debiéndose en todo caso contrastar sus recomendaciones con lo que resulte más favorable para el Estado y el Interés Público involucrado, que en éste caso, según lo manifestado por las partes, se trataba de evitar el caos vehicular, el grave incremento de la contaminación ambiental, el inminente riesgo de accidentes de tránsito e incremento de actos delictivos debido a la congestión vehicular; lo cual la Entidad en todo momento ha tratado de evitar y solucionar.

45. En éste estado es de apreciarse lo señalado sobre el particular, por el Dr. Richard Martín Tirado⁵, cuando sostiene que:

"3.11 Si bien en una acción de supervisión el OSCE puede establecer e identificar infracciones a la normativa de contrataciones, la nulidad de los contratos celebrados sólo puede ser determinada, a través de su Tribunal, pues, en todo caso, la acción de supervisión, sólo podrá dar paso a que la Presidencia Ejecutiva disponga la suspensión del contrato, lo que en el caso, materia de análisis no es factible.

3.15 En ninguno de los oficios materia de análisis, se dispone la declaración de nulidad del proceso de contratación. Dichos documentos se limitan única y exclusivamente a formular observaciones en relación al referido proceso y precisan las probables consecuencias, de la inobservancia de los asuntos controvertidos.

3.16 Asimismo, en el marco de acciones de supervisión, la normativa de contratación estatal, ha previsto que el OSCE puede emitir pronunciamientos vinculantes, los mismos que se plasmarán a través de Resoluciones y Pronunciamientos. En tal sentido y tomando en cuenta que las comunicaciones remitidas se limitan a ser simples oficios, estas carecen de vinculación o exigibilidad con respecto de otros casos".

Respecto a la pretensión subordinada del Contratista (pretensión B de la demanda)

46. Teniendo en cuenta que la obra en la actualidad se encuentra culminada y recepcionada a conformidad de la Entidad, tal y como se puede apreciar del documento denominado "ACTA DE RECEPCION DE OBRA", de fecha 15/01/18, que fluye en autos, el Colegiado considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a que el Tribunal ordene que el Contratista continúe y cumpla las

⁵ **Martín Tirado, Richard**, "Consulta Especializada sobre exoneración de Procesos de Selección en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, antes de las últimas modificaciones efectuadas al Decreto Legislativo No. 1017", Págs. 53 y 54, Lima 13/01/13.

prestaciones del Contrato de Obra No. 03-2015-O/MDA, por haberse producido la sustracción de la materia.

Respecto a la segunda pretensión del Contratista (pretensión C de la demanda)

47. De conformidad a lo señalado en los puntos precedentes, el Colegiado considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a que se establezca responsabilidad por parte de la Entidad en el incumplimiento de las condiciones para el inicio de la obra, toda vez que la misma se ha culminado y recepcionado a conformidad de la Entidad, habiéndose producido la sustracción de la materia.

Respecto a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención

48. De acuerdo al análisis efectuado en los puntos precedentes el Tribunal, considera que no procede amparar la primera pretensión del demandado, en consecuencia no corresponde declarar válida la Resolución de Alcaldía No. 0784, de fecha 03/12/15, que declaró la nulidad del Contrato No. 030-2015-O-MDA, suscrito por las partes.

4. ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no, que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de las cartas fianzas, de adelanto directo, al haberse excedido los plazos contractuales por la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias, así como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, conforme lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no

permitiendo la participación de su representada en diversos procesos de selección, por el monto de S/.25,839.69 (Veinticinco Mil Ochocientos Treinta y Nueve Con 39/100 Nuevos Soles)".

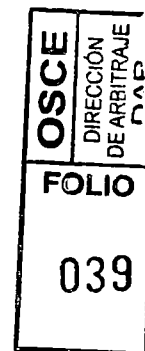
POSICION DEL CONTRATISTA

- Sostiene el Contratista que, la Entidad al resolver el Contrato N°030-2015-O/MDA de fecha 23.09.15, de forma arbitraria y no hacer efectiva la entrega del terreno, ha ocasionado que el Contratista incurra en gastos y deba mantener impago al personal profesional lo que genera el reconocimiento de un pago indemnizatorio a efectos de evitar procesos laborales; así como, el inicio del presente proceso les genera deudas para la renovación de las garantías que van a tener que mantener vigente a lo largo del proceso pese a que este se origina por un acto arbitrario por parte de la entidad.

- Que, teniendo en cuenta los argumentos expuestos precedentemente, en el ámbito de la responsabilidad civil se requieren de cuatro supuestos fundamentales a fin de configurar esta clase de responsabilidad, los mismos que están referidos a:

- La antijuricidad
- El daño causado
- La relación de causalidad
- Los factores de atribución.

X - Que, en una concepción amplia, el daño debe concebirse como una lesión a todo derecho subjetivo, entendido como aquel interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación con los demás, que, en cuanto al valor protegido por el ordenamiento jurídico, se instituye precisamente en derecho subjetivo, es decir, en un derecho en el sentido cabal y técnico de la expresión.



Que, la responsabilidad civil en el presente caso se concreta en virtud de que la responsabilidad civil contractual del daño se configuraría pues los hechos se originaron por responsabilidad de la misma Entidad.

Que, a raíz del presente Proceso Arbitral originado por la posición de la Entidad, se deben seguir manteniendo las mismas; por lo cual, solicitan sean reconocidos como daños a favor del Contratista al ser renovaciones dentro de un proceso iniciado por la actuación arbitraria de la entidad. De la misma manera, el Tribunal Arbitral debe observar los costos que les viene irrogando el presente arbitraje, habiendo también en ese momento presentado copia de los recibos, por los honorarios del Tribunal asumidos por el Contratista; así como, de los pagos a sus asesores.

Que, sin perjuicio de lo antes manifestado, es preciso indicar que no pueden usar el contrato suscrito ni tampoco la experiencia ganada en procesos de selección, estando supeditados a las acciones de los funcionarios de la Entidad y tienen la incertidumbre de cuándo acabará el presente Proceso Arbitral; más aún, este hecho no les permite presentarse en otros procesos de selección o aceptar invitaciones a participar pues tienen capital retenido en razón de las garantías, impidiendo poder contratar mayor personal, adquirir maquinaria y otros; siendo que el capital con el que cuentan ha sido derivado también para el pago de la asesoría para el presente proceso arbitral.

X -

J

Que, se reclama el pago de las renovaciones efectuadas desde el inicio de la controversia y hasta que dure el presente proceso arbitral, en tanto las controversias surgen por el actuar arbitrario de la entidad, conforme se ha argumentado en el fundamento de la demanda; por lo tanto solicitan el pago de dichos costos que hasta la fecha ascienden a

X

S/. 25,839.69, conforme a la Factura No. 001-0092219 (por renovación de la fianza E-0859-01)

POSICION DE LA ENTIDAD

- Señala el demandado que la indemnización tiene una naturaleza resarcitoria, y deber ser otorgada por los daños y perjuicios que hubiese afectado al contratante, cuya probanza del hecho alegado corresponde al quien alega tal pretensión. En este sentido se pronuncia el artículo 1321° del Código Civil: *"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 tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal ejecución"*.
- Que, el artículo 1321° del Código Civil, faculta al juzgador a determinar la inejecución imputable y el monto indemnizatorio proveniente de los daños y perjuicios, fijando el quantum con criterio subjetivo y equitativamente, para lo cual es necesario determinar si existe el daño supuestamente alegado por el demandante.
- Que, en el sistema jurídico de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño está definido como el menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial, y que acreditado el nexo causal entre el daño irrogado y el agente causante debe ser reparado o indemnizado. De acuerdo a los artículos 1969, 1970 y 1985 del Código Civil, para la procedencia de responsabilidad civil extracontractual deben concurrir los siguientes requisitos: a) la antijurídica de la conducta; b) el daño causado, c) la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido y d) los

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
	DAP
FOLIO	
040	

factores de atribución. Siendo necesario probar tanto la existencia de los daños y perjuicios alegados como la relación de causalidad entre el acto demandado y el resultado dañoso producido.

Que, de lo indicado precedentemente se concluye que no puede existir culpa si no hay imputabilidad. No puede hablarse de culpa donde falta la voluntad racional o la libertad de elección; y en donde el concepto de imputabilidad es reputado una condición de la responsabilidad por hecho propio, atribuible de una consecuencia a un responsable. La ley se orienta por el canal objetivo de la responsabilidad sin abandonar la idea tradicional de la culpa en que se apoya el aspecto subjetivo de la misma, lo que es fácil advertir de la simple lectura de la normatividad sustantiva vigente. En otros términos, dicha normatividad coordina con prudentes proporciones los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad.

Que, el inciso 1, del artículo 1971 del Código Civil, precisa que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. Al respecto señala que: El legislador ha dejado de lado la idea de considerar al ejercicio regular de un derecho como la antítesis de los actos ilícitos, encaminada por el análisis de la antijuricidad y no por un mero análisis de la culpabilidad. Que, el ejercicio regular de un derecho consiste en utilizar de manera racional los medios legales pertinentes frente a una limitación o agravio de un derecho, concepto que resulta aplicable a la conducta expresada.

Que, efectivamente, el ejercicio regular de un derecho consiste en utilizar de manera racional los medios legales pertinentes frente a una limitación o agravio de un derecho, por lo que no existe responsabilidad contractual o extracontractual alguna pasible de resarcimiento, cuando se verifica este presupuesto legal.

- Así el ejercicio regular de un derecho es considerado un acto no antijurídico, más precisamente, un hecho dañoso justificado. Como consecuencia de esto, el sujeto actúa dentro de los parámetros del derecho que ostenta, aun cuando cause daño, no responde civilmente.
- Que, a partir de lo dicho, se concluye que para que haya ejercicio regular de un derecho, tiene que existir un derecho que ejercer por ser titular de un derecho en particular, y es al poner en práctica estas atribuciones, esto es, al hacer ejercicio regular de un derecho, que, en algunos casos, se pueden generar daños en la esfera jurídica de un tercero, siendo incluso que esos daños pueden ser consecuencia natural del referido ejercicio.
- Que, al ser la Municipalidad Distrital de Ate, titular de un derecho, cuenta con un conjunto de atribuciones que incluyen, en términos latos, diversos mecanismos de actuación. En este sentido el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, faculta al titular de la Entidad a declarar la nulidad del contrato cuando se hayan suscrito en contravención a las normas y dentro de las causales establecidas en el artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento.
- Que, bajo estos conceptos, la Resolución de Alcaldía N° 0784-MDA expedido por el imperio de ley de cumplir con lo dispuesto en el Informe N° 571-2015/DSU/SAD Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor, esto es que fue expedida en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley prescribe para la municipalidad demandada, que constituye un acto administrativo de carácter funcional que importa el ejercicio regular de un derecho.
- Que, la nulidad del contrato que fue impuesto por la Dirección de Supervisión del Organismo Supervisor, y conforme el artículo 5° del

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
041	

Reglamento, el Titular de la Entidad, en su condición de máxima autoridad, ejerza las funciones previstas en la Ley y el Reglamento para la supervisión de los procesos de contratación que efectúe la entidad, adoptando las medidas que corrijan los vicios y deficiencias que advierta, siendo que, ~~es de exclusiva responsabilidad del Titular de la Entidad evaluar la adopción de las medidas administrativas a que hubiese lugar.~~

- Que, al considerar que la Entidad actuó en el ejercicio regular de un derecho, se determina que actuó de buena fe, lo que acarrea que esta exonerada de toda responsabilidad.
- Expresa la Entidad que, en la OPINIÓN N° 083-2012/DTN se estima que "...el proveedor que se encuentre en la situación descrita bien podría ejercer la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente a efectos de requerir el reconocimiento del precio de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, mediante una indemnización. *Situación en la cual corresponde a la autoridad que conozca y resuelva dicha acción evaluar si la Entidad se ha beneficiado -enriquecido a expensas del proveedor- con la prestación del servicio, en cuyo caso, en aplicación de los principios generales que prohíben el enriquecimiento sin causa, ordenaría a la Entidad no sólo reconocer el íntegro del precio de mercado del servicio prestado, y sus respectivos intereses, sino también las costas y costos derivados de la interposición de la acción...*"
- Que, asimismo, el artículo 1955° del Código Civil, establece que es improcedente la acción cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

- Que, por tales razones, la ley procesal ha establecido diversas vías y mecanismos específicos para satisfacer el, supuesto y negado, derecho del demandante, además que de acuerdo con el fondo de la pretensión se necesita de órganos jurisdiccional especializados en la materia para la debida adecuación de esto. Lo que acarrea que lo solicitado mediante la presente pretensión deba ser desestimada.
- Que, por otro lado, si bien los fundamentos técnicos y jurídicos que sustentan la postura de la Entidad sobre la vialidad del procedimiento de exoneración difieren de la concluida por la Dirección de Supervisión del Organismo de Supervisión de la Contrataciones, ello no supone o determina la culpa de la Entidad, toda vez que actuó de buena fe presumiendo que las estimaciones de las áreas pertinentes legitimaban el proceso de exoneración bajo análisis.
- Que, en consecuencia, queda demostrado que la nulidad del contrato no deviene por culpa de la Entidad, lo que acarrea que no existe responsabilidad alguna que se le pueda adjudicar, entonces, no corresponde que la Entidad asuma algún tipo de indemnización por agravios que no ha ocasionado.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
042	

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde reconocer y ordenar el pago por Daños y Perjuicios a favor del Contratista por la suma de S/. 25,839.69 (daño emergente)

1. Que, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza contractual, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la inexecución de obligaciones previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuáles son los daños que deben ser indemnizados.

2. Sobre el particular el Artículo 1321° del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

"Artículo 1321.-

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

3. De acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inexecución.
4. Que, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente algunos elementos (daño, relación causal y factor de atribución); en caso los referidos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto no será atendible lo solicitado por el Contratista.
5. Ahora bien, el Contratista ha reclamado la indemnización por daños y perjuicios en la suma total de S/. 25,839.69 como daño emergente por la demora innecesaria a la solución de las controversias, así como por el perjuicio causado por los pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo, los gastos por pagos al personal administrativo y técnico al haberse excedido los plazos contractuales; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación del Contratista en diversos procesos de selección.
6. Que, al respecto; el Contratista no ha acreditado idóneamente, los daños y perjuicios que se le habrían ocasionado, como daño

emergente, tanto más si los gastos por asesoramiento para el proceso de conciliación y/o arbitraje, que hace mención, forman parte de los costos arbitrales y es en esa etapa en donde las partes pueden solicitar el reconocimiento de dichos conceptos de ser necesario, para lo cual deben acreditar debidamente su pretensión, tampoco se ha acreditado los gastos por pagos al personal administrativo y técnico ni las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías.

7. Que, el artículo 1331° del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, por lo que al no haberse acreditado la existencia de los supuestos daños, ni mucho menos el monto de su pretensión indemnizatoria, no corresponde que la Entidad pague suma alguna referente a éste extremo.

8. Por los fundamentos expuestos el Tribunal Arbitral considera que la pretensión del Contratista en este extremo debe ser desestimada.

5. ANALISIS DEL SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de los montos por adelanto directo de S/. 2'264,651.71 soles garantizado por la Carta Fianza N° E0859-01-2015".

POSICION DE LA ENTIDAD

Indica la Entidad que, mediante Oficio D-1220-2015/DSU-PPA les comunican el Informe N° 571-2015/DSU-SAD expedido por la Dirección de Supervisión y Monitoreo de la OSCE -organismo encargado de vigilar la legalidad de los procedimientos de contrataciones con el Estado- que concluye que la Exoneración N° 01-2015-MDA trasgrediendo el artículo 23° de la Ley y el artículo 128° del

Reglamento, lo que significa un causal de nulidad del contrato conforme lo dispone el numeral d) del artículo 56° de la Ley, ordenando a la Entidad adopte las medidas necesarias a fin de corregir los vicios y deficiencias advertidas en este informe, y la adopción de medidas administrativas que hubiese lugar.

- Que, el efecto material de la declaración de nulidad de un contrato se materializa en que su ejecución se paraliza, dado que ya no existiría una causa jurídica que la justifique; sin embargo, la declaración de nulidad no enerva la necesidad de la Entidad de obtener la parte del requerimiento pendiente de ejecución. (Numeral 2.2. de la Opinión N° 093-2012/DTN)
- Que, si bien, la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido disposiciones especiales para que la Entidad atienda la necesidad subsistente a la declaración de nulidad, la doctrina y jurisprudencia han establecido metodologías aplicables a situaciones que se presentan supuestos carentes de regulación que deben darse respuesta a efectos de no desamparar derechos.
- Que, de esta manera, el artículo 164° del Reglamento establece los supuestos en los que pueden ejecutarse las garantías al solo requerimiento de la respectiva Entidad, especificando en el caso de las garantías por adelantos con la ejecución se entenderá amortizado el adelanto. De ello se advierte, que el espíritu de la norma tiene por objeto reponer a la Entidad los fondos públicos otorgados al contratista.
- Que, sin embargo, este único supuesto no es suficiente para la protección de los intereses y derechos que persigue la norma antes mencionada, tanto así, que mediante la Opinión N° 041-2013/DTN se concluye adicionar como supuesto que la Entidad puede ejecutar la

garantía por adelantos cuando se resuelva un Contrato de Obra, independientemente de si dicha resolución ha quedado consentida o no. Resolución de contrato cuya consecuencia jurídica es la paralización de la ejecución de la obra.

- Que, según lo dispuesto en el numeral 2.2 de la Opinión N° 093-2012/DTN establece que la resolución de contrato y la nulidad de un contrato constituyen categorías jurídicas distintas que genera diversos efectos jurídicos en la relación contractual, que comparte una misma consecuencia material respecto a un contrato de obra, se haya o no sometido a arbitraje, siendo esta la paralización de la ejecución de la obra.

- Que, en tal virtud, sobre la ejecución de las cartas fianzas, en el numeral 2.1 de la Opinión N° 005-2015/DTN se determina que la declaración de nulidad de un contrato de obra tiene como efecto material la paralización de su ejecución y que ello impedirá la amortización del adelanto otorgado según lo programado, una Entidad puede ejecutar las garantías por adelantos cuando decida declarar la nulidad de oficio de un contrato de obra, con el objeto de asegurar la recuperación del monto pendiente de amortizar.

- Que, en consecuencia, en los casos de nulidad de contrato de obra por causal establecida, es legalmente válido que la Entidad ejecute las garantías por adelanto, a efectos de salvaguardar los fondos públicos, toda vez, que al paralizarse la obra es imposible la amortización de estos adelantos. Potestad que no se ve afectada o disminuida si la nulidad está o no consentida, o se encuentra en revisión jurisdiccional. Razón, que dota de validez y verosimilitud la pretensión solicitada, máxime si mediante Informe N° 179-2016-MDA/GIP-SGOPyMU se da cuenta que la demandante no ha ejecutado la obra, esto es, que el

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
	FOLIO
044	

avances de obra en términos técnicos es de (0.00 %), por tanto, no existe algún gasto o agravio económico que perjudique a la demandante, sino un enriquecimiento indebito de esta, por la no devolución de los adelantos efectuados.

POSICION DEL CONTRATISTA

- Indica el demandante que teniendo en cuenta los actuados y los fundamentos del punto segundo del presente escrito, al no ser válida la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15, no se podría hablar de la existencia de efectos jurídicos de la declaración de nulidad de dicha resolución.
- Que, no correspondería la ejecución de la garantía que hace referencia la entidad, ni se podría referir la existencia de un enriquecimiento indebito, por la no devolución de los adelantos directos siendo que su exigencia se basa en un acto administrativo nulo e ineficaz (Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03.12.15), conforme lo han indicado.
- Que, en este sentido, solicitan amparar su pretensión.

DECISION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde ordenar la devolución a la Entidad de los montos por adelanto directo y adelanto de materiales.

1. Que, el artículo 189° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; señala que la amortización del adelanto directo se hará mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de la obra; mientras que la amortización por adelanto de materiales e insumos se realizará de acuerdo con el D.S. 01-79-VC y que cualquier

diferencia que se produzca respecto de la amortización de los adelantos se tomará en cuenta al momento de efectuar el pago que le corresponda y/o en la Liquidación.

2. Que, en el presente caso, según se ha señalado en los puntos precedentes, la obra ha sido culminada y recepcionada a conformidad por la Entidad, pudiéndose presumir que se han venido efectuando las amortizaciones correspondientes, sin embargo, no se tiene documentación probatoria al respecto, por lo que el Tribunal Arbitral considera que en caso de existir saldo a favor de la Entidad respecto de los adelantos directo y de materiales, ello será establecido en la Liquidación Final de Obra, por tanto la pretensión de la Entidad deviene en improcedente.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJES
FOLIO	
045	

6. ANALISIS DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar que parte debe asumir los costos del presente proceso arbitral"

POSICION DEL CONTRATISTA

- Manifiesta el Contratista, que, estando a que la Entidad con su accionar los llevó a realizar e iniciar el presente Proceso Arbitral; y, teniendo en cuenta los gastos en que han incurrido como son pagos de servicios de asesoría legal, el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral; así como, del Secretario Arbitral; y, los intereses que han dejado de percibir pues el hecho de estos gastos afecta el capital que teníamos derivados para asumir el pago de nuestros empleados, para cubrir las remuneraciones de trabajadores que vienen llevando a cabo otras obras en donde se les ha otorgado la Buena Pro, causa un perjuicio y un desbalance entre sus ingresos y egresos; por tal motivo solicitan que la Entidad asuma el



pago de las costas y costos, Honorarios del Tribunal, intereses y gastos correspondientes al Proceso Arbitral.

- Que, en ese sentido, solicitan amparar su pretensión, conforme el Art. 73° del Decreto Legislativo 1071 – ~~DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE~~-, por lo que se deberá de considerar los costos comprendidos en el Art. 70° de esta norma.

POSICION DE LA ENTIDAD

- Señala la entidad que, teniendo en cuenta los fundamentos utilizados por el demandante y tal como se ha concluido en los párrafos desarrollados en la contestación, estos carecen de pruebas y razones, únicamente obedecen a una actitud antojadiza del demandante. Pues como se ha dejado sentado varias veces, la Entidad actuó declarando nulo el contrato materia de controversia arbitral, en fiel acatamiento de lo dispuesto y ordenado por el OSCE mediante el Informe N° 571-2016/DSU/SAD, lo que acarrea que no esté sujeto a responsabilidad.
- Que, por consiguiente, en relación a las costas y costos del presente proceso arbitral, corresponde que el demandante asuma la totalidad de los gastos y honorarios.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

- X 1. De acuerdo con el Artículo 70° del D. Leg. No. 1071, Ley de Arbitraje, 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.
2. Asimismo, el Artículo 73º.- en su numeral 1, señala que, el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
3. Este Colegiado considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, en consecuencia, este Tribunal estima que cada parte debe asumir los costos que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral en forma proporcional es decir, 50% cada uno.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE
FOLIO	
046	

Por las razones expuestas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la EXCEPCION DE INCOMPETENCIA promovida por el CONSORCIO ESPERANZA contra la segunda pretensión principal de la RECONVENCION formulada por la

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, en consecuencia, declarar que el Tribunal Arbitral no emitirá pronunciamiento respecto a dicho extremo de la reconvenición; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA**, la pretensión "A" del demandante, contenida en primer punto controvertido, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N°0784 de fecha 03/12/15, que declara la nulidad de oficio del Contrato No. 030-2015-O/MDA; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Declarar **QUE CARECE DE OBJETO**, emitir pronunciamiento respecto a la pretensión "B" del demandante (subordinado al primer punto controvertido), referida a que "se ordene la continuación y cumplimiento de las prestaciones del contrato de obra"; por haberse producido la sustracción de la materia, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos.

CUARTO: Declarar **QUE CARECE DE OBJETO**, emitir pronunciamiento respecto a la pretensión "C" del demandante, contenida en el segundo punto controvertido, referida a que "se establezca que existe responsabilidad por parte de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE ATE, en el incumplimiento de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra y que en consecuencia, se ordene a la Entidad cumpla con la entrega del terreno"; por haberse producido la sustracción de la materia, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA**, la pretensión "E" del demandante, contenida en el cuarto punto controvertido, referida a que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios a favor del CONSORCIO ESPERANZA, por la suma de S/. 25,839.69; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal reconvenida del demandado, contenida en el quinto punto controvertido, referida a que se declare valida la Resolución de Alcaldía N° 0784 de fecha 03/12/15, que declaró la nulidad de oficio del Contrato N° 030-2015-O/MDA; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEPTIMO: Declarar **IMPROCEDENTE** la tercera pretensión principal reconvenida del demandado, contenida en el sétimo punto controvertido, referida a que se ordene la devolución de los montos por adelanto directo de S/. 2'264,651.71, garantizado por la Carta Fianza N° E0859-01-2015; por los fundamentos expuestos en los considerandos.

OCTAVO: El Tribunal determina que cada parte debe asumir los costos que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral, en forma proporcional (50% cada uno), por los fundamentos expuestos en los considerandos.

NOVENO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.

OSCE	DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DAP
FOLIO	
047	


RAMIRO RIVERA REYES
Presidente del Tribunal


RONALD VILLALOBOS QUISPE
Arbitro


VIOLETA E. PERICHE CASTRO
Arbitro


Silvia Tacanga Plasencia
Secretaria Arbitral
PRO ARBITRA S.A.C