

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre el Consorcio Buenos Aires con la Municipalidad Distrital de Aczo, dicta el Árbitro Único José Antonio León Rodríguez.

Número de Expediente de Instalación: N° 01-2019-CSAA.

Demandante: Consorcio Buenos Aires (en lo sucesivo el CONTRATISTA, el CONSORCIO o el DEMANDANTE)

Demandada: Municipalidad Distrital de Aczo (en lo sucesivo la ENTIDAD, la MUNICIPALIDAD o la DEMANDADA)

Contrato: Contrato de Ejecución de la Obra: "Creación de la trocha carrozable en el tramo Antapitec - Asiacpuquio, en el Centro Poblado de Buenos Aires de Cormo, Buenos Aires de Cormo, del distrito de Aczo, Provincia Antonio Raymondi, Departamento de Ancash".

Monto del Contrato: S/. 136,093.43 Soles.

Cuantía de la Controversia: S/. 40,000.00 Soles como pretensiones determinadas y una pretensión indeterminada.

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación Simplificada N° 012-2018-MDA-CS.

Árbitro Único: José Antonio León Rodríguez.

Secretaría Arbitral: María Del Carmen Segura Córdova - Corte Superior de Arbitraje de Ancash.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/. 4,383.70 Soles.

Monto de los gastos administrativos: S/. 4,120.40 Soles.

Fecha de emisión del laudo: 15 de octubre de 2019

N° de Folios: 27

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- | | |
|---|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato. | <input type="checkbox"/> Liquidación y pago. |
| <input checked="" type="checkbox"/> Resolución del contrato. | <input type="checkbox"/> Mayores gastos generales. |
| <input type="checkbox"/> Ampliación del plazo contractual | <input checked="" type="checkbox"/> Indemnización por daños y perjuicios. |
| <input type="checkbox"/> Defectos o vicios ocultos. | <input type="checkbox"/> Enriquecimiento sin causa. |
| <input type="checkbox"/> Formulación, aprobación o | <input type="checkbox"/> Adicionales y reducciones. |
| | <input type="checkbox"/> Adelantos. |



CORTE SUPERIOR DE
ARBITRAJE DE ANCASH

valorización de metrados.

☐ Recepción y conformidad.

☐ Penalidades.

☐ Ejecución de Garantías.

[Handwritten signature]



CORTE SUPERIOR DE
ARBITRAJE DE ANCASH

INDICE

I. ANTECEDENTES.....	4
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL.....	5
III. COSTOS DEL PROCESO.....	7
IV. DECLARACIONES PRELIMINARES.....	7
V. NORMAS APLICABLES.....	8
VI. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA.....	8
VII. LAUDO.....	28

[Handwritten signature]

Resolución N° 09:

En Huaraz, a los 15 días del mes de octubre de 2019, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

1.1 El 31 de diciembre de 2018, las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de la Obra: "Creación de la trocha carrozable en el tramo Antapitec-Asiacpuquio, en el Centro Poblado de Buenos Aires de Cormo, Buenos Aires de Cormo, del distrito de Aczo, Provincia Antonio Raymondi, Departamento de Ancash".

1.2 La Cláusula Vigésima del Contrato dispone que:

"Solución de Controversias

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 178, 179 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por Árbitro Único. La ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: OSCE-Huaraz, Notarías de Huaraz.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado".

1.3 Con fecha 06 de mayo de 2019, en la sede Institucional de la Corte Superior de Arbitraje de Ancash con la participación del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral, se expidió la Resolución N° 01, con la cual se formalizó la instalación del proceso arbitral. En ese mismo acto el Árbitro Único ratificó su aceptación, señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con



imparcialidad y probidad la labor encomendada; expresando su conformidad con la designación realizada, y manifestando que al momento de la expedición de la referida resolución, no tiene conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

- 1.4 Asimismo, en la referida Resolución N° 01, a la cual en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Árbitro Único fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno Institucional, Nacional y de Derecho.
- 1.5 Así también, el Árbitro Único encargó la Secretaría del proceso a la abogada María Del Carmen Segura Córdova, estableciendo como sede del arbitraje la oficina de la Corte Superior de Arbitraje de Ancash, ubicada en el Jr. José de Sucre N° 765, 3er. Piso, de la ciudad de Huaraz, provincia de Huaraz y departamento de Ancash.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL.

- 2.1 El 21 de mayo de 2019, el **CONTRATISTA** presentó el escrito de su demanda, solicitando el reconocimiento de sus pretensiones para lo cual ofreció los medios probatorios que detalló y adjuntó al mismo.
- 2.2 Mediante Resolución N° 02 de fecha 07 de junio de 2019, se dispuso admitir a trámite la demanda interpuesta por el **CONTRATISTA**, teniendo por ofrecidos sus medios probatorios, corréndose traslado de la misma a la **ENTIDAD** para que en el plazo de diez (10) días hábiles presente su contestación a la demanda y, de considerarlo conveniente, formule en el mismo acto reconvenición; ofreciendo los medios probatorios que respalden su posición.
- 2.3 De igual forma, en dicha resolución se resolvió tener por cancelados los costos arbitrales correspondientes al **CONTRATISTA** que fueron determinados en el Acta de Instalación y asimismo, se dejó constancia de la falta de pago por parte de la **ENTIDAD**, otorgándosele un plazo adicional de cinco días hábiles para que cumpla con el pago antes indicado, bajo apercibimiento de facultar al **CONTRATISTA** para que cancele los costos arbitrales que le correspondían a la **DEMANDADA**.
- 2.4 Con fecha 02 de julio de 2019, la **ENTIDAD** presentó la contestación a la demanda y asimismo, dedujo las excepciones de inexistencia y/o nulidad del convenio arbitral, y de incompetencia del Árbitro Adhoc, para lo cual ofreció los medios probatorios que detalló y adjuntó al mismo.
- 2.5 Mediante Resolución N° 03 del 10 de julio de 2019, se resolvió admitir a trámite la contestación de la demanda presentada por la **ENTIDAD**; se dispuso correr traslado de las excepciones de inexistencia y/o nulidad del convenio arbitral, y de incompetencia del Árbitro Adhoc al **CONTRATISTA**; se facultó al **DEMANDANTE** para que cancele los honorarios y gastos



arbitrales correspondientes a la **MUNICIPALIDAD**; y se tuvo presente la conducta procesal de la **ENTIDAD** respecto a su renuencia de registrar el Acta de Instalación en el SEACE, autorizándose a la Secretaría Arbitral para que remita las piezas procesales respectivas al órgano de Control Institucional de la **ENTIDAD** y al SEACE para los fines de Ley.

2.6 El 23 de julio de 2019, el **CONTRATISTA** absolvió las excepciones planteadas por la **MUNICIPALIDAD**. Y mediante Resolución N° 04 del 30 de julio de 2019, se resolvió tener por absueltas por parte del **CONTRATISTA** las excepciones planteadas por la **ENTIDAD** y se dispuso tener presente que el **DEMANDANTE** había cumplido con el pago de los costos arbitrales que le correspondían a la **DEMANDADA**.

2.7 Con fecha 30 de julio de 2019, se expidió la Resolución N° 05, en la cual se determinaron los puntos controvertidos del presente proceso arbitral y se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes. Los puntos materia de la controversia fueron los siguientes:

"1. Determinar si corresponde o no se declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 009-2019-MDA/A, de fecha 14 de enero de 2019.

2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad distrital de Aczo pagar a favor del Consorcio Buenos Aires la suma de S/. 30.000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

3. Determinar a quién corresponde realizar el pago y/o reembolso de los costos arbitrales originados en el presente proceso."

2.8 De igual forma, en la misma resolución se resolvió prescindir de la realización de la Audiencia de Actuación Probatoria, en razón a la naturaleza documental de los medios de prueba ofrecidos y admitidos; se dispuso el cierre de la etapa probatoria, se otorgó el plazo de cinco (05) días hábiles para que las partes presenten sus alegatos por escrito, y se requirió al **DEMANDANTE** para que presente la constancia de haber retenido el impuesto a la renta.

2.9 En tal sentido, el 05 de agosto de 2019, la **ENTIDAD** presentó sus alegatos por escrito y solicitó el uso de la palabra en la Audiencia correspondiente. Asimismo, el 07 de agosto de 2019, el **CONTRATISTA** presentó sus alegatos finales.

2.10 Mediante Resolución N° 06 del 09 de agosto de 2019, se resolvió tener por presentados los escritos de alegatos presentados por las partes, y asimismo, se les a la Audiencia de Informes Orales para el día martes 20 de agosto de 2019 a horas 8:30 am, en la sede del Tribunal Arbitral, sito en el jirón José de Sucre N° 765, 3° piso, distrito y provincia de Huaraz, departamento de Ancash.



- 2.11. El 20 de agosto de 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia del **CONSORCIO**. En dicha Audiencia se concedió el uso de la palabra al **DEMANDANTE** por espacio de diez minutos para que manifieste lo conveniente a su derecho. Asimismo, se dejó constancia en el Acta correspondiente de la Inasistencia de la **DEMANDADA**, a pesar de encontrarse debidamente notificada con la Resolución N° 06, obrando el cargo respectivo en el expediente arbitral.
- 2.12. Mediante Resolución N° 07 del 02 de setiembre de 2019 se declaró el cierre de la etapa probatoria y se dispuso fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la citada resolución.
- 2.13. Con fecha 12 de setiembre de 2019, la **ENTIDAD** formuló reclamo por no haberse resuelto la oposición al arbitraje por inexistencia de convenio arbitral. Y mediante Resolución N° 08 del 13 de setiembre de 2019 se manifestó que con la Resolución N° 04 se había resuelto que las excepciones de Inexistencia y/o nulidad de convenio arbitral y de incompetencia del Árbitro Ad-Hoc serían resueltas al momento de laudar.

III. COSTOS DEL PROCESO.

- 3.1. En lo referente a los costos arbitrales, estos fueron fijados en las reglas décima y décima primera del Acta de Instalación del 06 de mayo de 2019 en la suma bruta de S/. 4,383.70 Soles para la Árbitro Único y en S/. 4,120.40 Soles por concepto de gastos administrativos.
- 3.2. De la revisión del expediente arbitral y de los escritos presentados por las partes, se ha acreditado que el **CONTRATISTA** ha cumplido con la cancelar la totalidad de los honorarios que le correspondían al Árbitro Único y a la Secretaría Arbitral, en forma directa y en vía de subrogación.

IV. DECLARACIONES PRELIMINARES.

- 4.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:
- (i) El Árbitro Único se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
 - (ii) En ningún momento se han impugnado o formulado reclamo alguno contra las disposiciones del proceso dispuestas en el Acta de Instalación.
 - (iii) El **CONTRATISTA** interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.

- (iv) La ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y que ejerció plenamente su derecho de defensa, habiéndola contestado oportunamente.
- (v) Las partes han tenido plena oportunidad y amplitud para ofrecer y actuar las pruebas aportadas al proceso.
- (vi) Las partes no han presentado objeción o reclamo alguno por alguna vulneración al debido proceso o limitación al derecho de defensa.
- (vii) Las partes han presentado sus alegatos y han tenido la oportunidad de informar oralmente sus argumentos.
- (viii) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

V. NORMAS APLICABLES.

- 5.1 En la Cláusula Décimo Novena del Contrato se dispone que las normas aplicables son la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable; y, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

VI. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA.

De conformidad con la determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento y admisión de medios probatorios, el Árbitro Único analizará la materia controvertida, en base a los puntos controvertidos fijados en la resolución respectiva.

En aplicación del Principio de Comunidad de la Prueba, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje, y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.

Al emitir el presente Laudo, el Árbitro Único, ha valorado la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje. De este modo, la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes, no implica bajo ninguna circunstancia que determinado medio probatorio o determinado hecho no haya sido valorado. Por lo expuesto, el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo Arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular,



CORTE SUPERIOR DE
ARBITRAJE DE ANCASH

lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia a criterio del Árbitro Único tuviese respecto de la controversia materia de análisis.

Asimismo, se deberá tener en consideración que la enumeración de los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará el Árbitro Único es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial, la cual no limita el orden del análisis que realizará el Árbitro Único, respecto de la controversia y las pretensiones planteadas en el arbitraje.

Finalmente, de manera previa al análisis de los puntos controvertidos que se fijaron mediante Resolución N° 05 del 30 de julio de 2019, se procederá a emitir pronunciamiento respecto de las excepciones formuladas por la **MUNICIPALIDAD** mediante escrito del 02 de julio de 2019.

Excepción de Inexistencia y/o Nulidad del Convenio Arbitral

Posición de la ENTIDAD:

- 6.1 Mediante escrito del 02 de julio de 2019, la **ENTIDAD** señala que el **CONSORCIO** acude solicitando la administración del arbitraje a la Corte Superior de Arbitraje de Ancash, demandando la nulidad y/o Ineficacia de la resolución que declara la nulidad de oficio del proceso de contratación y la nulidad del contrato suscrito con el **CONSORCIO**.
- 6.2 Asimismo, indica que no existe ningún convenio arbitral y/o el que existe está viciado de nulidad, por haber sido firmado por la Alcaldesa quien en lugar de recabar su credencial, jurar el cargo como tal; lo cual ha sido expresado en la Resolución N° 0297-2019-TCE del 04 de marzo de 2019, por lo tanto el contrato arbitral suscrito en estas condiciones es inexistente y/o nulo de pleno derecho.
- 6.3 Agrega que, la autodenominada "Alcaldesa" ha venido suscribiendo todos los documentos administrativos del proceso de contratación como "Alcaldesa (e) o Alcaldesa Encargada"; sin embargo, no existe ninguna encargatura de la alcaldía que haya sido otorgada por autoridad competente, vigente en la fecha de la producción de dichos actos administrativos y menos en la fecha de suscripción del convenio arbitral, por lo cual también es nulo por haber sido efectuada por una regidora, quien viene a ser una autoridad incompetente para ejercer la representatividad de la Municipalidad Distrital de Aczo.

Posición del CONTRATISTA:

- 6.4 El **CONTRATISTA** manifiesta que los argumentos expuestos por la **DEMANDADA** son incongruentes, ya que señala que no existe convenio arbitral o el que existe estaría viciado de nulidad, porque habría sido firmado por la Alcaldesa que no tenía credencial, lo cual no tiene



sentido, toda vez que el convenio arbitral es parte del Contrato, y el arbitraje se ha iniciado precisamente porque la **MUNICIPALIDAD** ha declarado nulo el Contrato.

Decisión del ÁRBITRO ÚNICO:

- 6.5 Mediante Acuerdo de Concejo N° 003-2018-MDA, del 27 de junio de 2018, el Concejo Distrital de Aczo, provincia de Antonio Raimondi, departamento de Ancash, se suspendió a Simeón Mallqui Vela, como Alcalde de la Municipalidad Distrital de Aczo, por el tiempo que dure el mandato de detención, de conformidad a lo establecido en el Artículo 25, Numeral 3 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, LOM):

"ARTÍCULO 25.- SUSPENSIÓN DEL CARGO.

El ejercicio del cargo de alcalde o regidor se suspende por acuerdo de concejo en los siguientes casos:

1. Por incapacidad física o mental temporal;
2. Por licencia autorizada por el concejo municipal, por un período máximo de treinta (30) días naturales;
3. Por el tiempo que dure el mandato de detención;
4. Por sanción impuesta por falta grave de acuerdo al reglamento interno del concejo municipal,
5. Por sentencia judicial condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad.

Con excepción de la causal establecida en el numeral 2, una vez acordada la suspensión, se procederá de acuerdo a lo señalado en el artículo 24 de la presente Ley, según corresponda.

Concluido el mandato de detención a que se refiere el numeral 3, el alcalde o regidor reasume sus funciones en forma automática e inmediata, sin requerir pronunciamiento alguno del concejo municipal. En el caso del numeral 5, la suspensión es declarada hasta que no haya recurso pendiente de resolver y el proceso se encuentre con sentencia consentida o ejecutoriada. En todo caso la suspensión no podrá exceder el plazo de la pena mínima prevista para el delito materia de sentencia. De ser absuelto en el proceso penal, el suspendido reasumirá el cargo, caso contrario, el concejo municipal declarará su vacancia.

Contra el acuerdo que aprueba o rechaza la suspensión procede recurso de reconsideración ante el mismo concejo municipal, dentro de los ocho (8) días hábiles posteriores a la notificación del acuerdo, no siendo exigible su presentación para la interposición del recurso a que se contrae el párrafo siguiente.

El recurso de apelación se interpone ante el concejo municipal dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación del acuerdo de concejo que aprueba o rechaza la suspensión, o resuelve su reconsideración.



El concejo municipal lo elevará al Jurado Nacional de Elecciones en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad.

El Jurado Nacional de Elecciones resuelve en instancia definitiva y su fallo es inapelable e irrevisable.

En todos los casos el Jurado Nacional de Elecciones expide las credenciales a que haya lugar." (el sombreado es nuestro)

- 6.6 Ahora bien, el citado artículo establece que cuando se produzca la causal de suspensión del Alcalde por la causal de que tenga vigente un mandato de detención, se debe proceder de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 de la LOM. El citado artículo dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 24.- REEMPLAZO EN CASO DE VACANCIA O AUSENCIA.
En caso de vacancia o ausencia del alcalde lo reemplaza el Teniente Alcalde que es el primer regidor hábil que sigue en su propia lista electoral.

En caso de vacancia del regidor, lo reemplaza:

- 1. Al Teniente Alcalde, el regidor hábil que sigue en su propia lista electoral.*
- 2. A los regidores, los suplentes, respetando la precedencia establecida en su propia lista electoral."*

- 6.7 En el presente caso, se ha podido corroborar que al haber sido suspendido en el ejercicio de sus funciones el señor Simeón Mallqui Vela, en su cargo de Alcalde de la **MUNICIPALIDAD**, mediante el Acuerdo de Concejo antes indicado, asumió de forma provisional la primera regidora hábil de su propia lista electoral, la señora Esther Emilia Pajuelo Roca para ejercer dicho cargo, en tanto durase el mandato de detención.

- 6.8 A mayor abundamiento, debemos indicar que el propio Jurado Nacional de Elecciones en el primer párrafo de los Antecedentes de la Resolución N° 3451-2018-JNE del 22 de noviembre de 2018 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de marzo de 2019, le reconoce tal encargatura a la señora Esther Emilia Pajuelo Roca, al indicar:

"Mediante el Oficio N° 095-2018-MDA/A, recibido el 3 de agosto de 2018 (fojas 1 y 2), Esther Emilia Pajuelo Roca, alcaldesa encargada de la Municipalidad Distrital de Aczo, remitió a este sede electoral las copias certificadas del Acta Extraordinario de Concejo N° 003-2018-MDA, de fecha 27 de junio de 2018 (fojas 4 a 6), y del Acuerdo de Concejo N° 003-2018-MDA, de la misma fecha (fojas 7 a 9), por las cuales se suspendió, por unanimidad, a Simeón Mallqui Vela, alcalde de la citada comuna, por la causal referida a contar con mandato de detención, prevista en el artículo 25, numeral 3 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades". (El sombreado es nuestro)



- 6.9 En ese sentido, se puede apreciar que a partir de la aprobación del Acuerdo de Concejo N° 003-2018-MDA, de fecha 27 de junio de 2018; la señora Esther Emilia Pajuelo Roca ejercía válidamente el cargo de Alcaldesa Encargada de la Municipalidad Distrital de Aczo. Asumir una posición contraria a dicha interpretación, nos llevaría a sostener que el citado Municipio se encontraba acéfalo luego de que se declaró la suspensión del señor Simeón Malliquí Vela hasta la fecha en que fue notificada la Sra. Pajuelo con la Resolución N° 3451-2018-JNE, por la cual se le convoca a asumir provisionalmente el cargo de alcaldesa de la **ENTIDAD**.
- 6.10 Al respecto, el Árbitro Único considera que no es aceptable concluir que dicha interpretación es la correcta, toda vez que ello hubiese generado un grave perjuicio para la **ENTIDAD** en el desarrollo de sus actividades y asimismo, en la relación con aquellos terceros que hubiesen celebrado contratos con la **MUNICIPALIDAD** y con el personal de la comuna a quienes se les hubiese incumplido sus derechos laborales. Es por ello, que el Árbitro Único considera que la Sra. Pajuelo se encontraba plenamente legitimada para ejercer el cargo de Alcaldesa Encargada a partir de la fecha en que se declaró la suspensión del Alcalde electo.
- 6.11 Sobre el particular, debemos traer a colación lo señalado por el Jurado Nacional de Elecciones, en el considerando 7 de la Resolución N° 238-2015-JNE:
- "Aunado a ello, la regulación procedimental de la suspensión de autoridades regionales debe ser interpretada atendiendo la finalidad constitucional y legítima que esta persigue, esto es, garantizar la continuidad y el normal desarrollo de la gestión regional, que puede resultar entorpecida por la falta de idoneidad de la autoridad para ejercer sus funciones y competencias en el marco de una democracia." (el sombreado es nuestro)*
- 6.12 De igual forma, se debe tener presente lo indicado en los considerandos 12 y 13 de la Resolución N° 3451-2018-JNE:

"12. (...) Por ello, a consecuencia de la pena privativa de la libertad efectiva, el transcurso de un día de incertidumbre respecto a su situación, así se trate de una circunstancia temporal, genera serias consecuencias en la estabilidad política, económica y social de la circunscripción.

13. En tal contexto, considerando que existe un pronunciamiento del concejo municipal sobre la suspensión del alcalde, decisión que no ha sido apelada, pero que tampoco variaría la configuración de la causal prevista en el artículo 25, numeral 3, de la LOM, debido a que esta es de comprobación netamente objetiva, ya que emana de una decisión adoptada por el Poder

Judicial, este órgano electoral concluye que se debe proceder conforme al acuerdo de concejo, del 27 de junio de 2018, que declaró la suspensión del citado burgomaestre. Por tal motivo, corresponde dejar sin efecto la credencial que lo acredita como alcalde distrital". (el sombreado es nuestro)

- 6.13 En razón de ello, la causal acontecida en el presente caso, no mereció cuestionamiento alguno por parte de los involucrados, en la medida que el mandato judicial de detención provino del órgano jurisdiccional, el cual es autónomo e independiente en sus decisiones.
- 6.14 En ese sentido, al haberse acreditado que existía un mandato de detención vigente, el Consejo Municipal adoptó una decisión acorde a lo establecido en la LOM, lo cual a su vez fue ratificado por el Jurado Nacional de Elecciones al expedir la Resolución N° 3451-2018-JNE.
- 6.15 Bajo la premisa de lo expuesto, podemos concluir que al momento de aprobarse el expediente técnico, de realizarse la convocatoria, de otorgarse la buena pro y de suscribirse el contrato correspondiente, la señora Esther Emilia Pajuelo Roca ejercía el cargo de Alcaldesa Encargada de la Municipalidad Distrital de Aczo, motivo por el cual los actos administrativos que expidió no tienen el carácter de nulos o ineficaces.
- 6.16 En lo que se refiere a la falta de juramentación de la señora Esther Emilia Pajuelo Roca, debemos indicar que en el artículo segundo de la Resolución N° 3451-2018-JNE del 22 de noviembre de 2018, se señala:
- "CONVOCAR** a Esther Emilia Pajuelo Roca, identificada con DNI N° 42828175, para que asuma, provisionalmente, el cargo de alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Aczo, provincia de Antonio Raimondi, departamento de Ancash, en tanto se resuelve la situación jurídica de Simeón Mallqui Vela, para lo cual se le debe otorgar la respectiva credencial que la faculte como tal".
- 6.17 Al respecto, debemos indicar que el Jurado Nacional de Elecciones ya ha manifestado que el otorgamiento de credenciales a una autoridad municipal provisional es un acto meramente protocolar, toda vez que su investidura como Alcalde Provisional deviene de un mandato imperativo y automático de la propia LOM. En ese sentido, en la Resolución N° 1211-2006-JNE del 06 de julio de 2006, el citado órgano ha concluido que:

"...para que el teniente alcalde pueda ejercer el cargo de alcalde, si bien son necesarias, no resulta imprescindible para el desempeño del cargo, el otorgamiento de credenciales, las cuales sólo tienen el efecto de reconocer o acreditar que una persona ejerce un determinado cargo, pues el desempeño de la



función de alcalde provisional por suspensión del titular constituye un mandato imperativo y automático establecido en el artículo 24° de la propia Ley acotada, cuyos efectos jurídicos no se encuentran supeditados al otorgamiento de una credencial...". (el sombreado es nuestro)

6.18 De igual forma, en la Resolución N° 1280-2006-JNE del 20 de julio de 2006, el Jurado Nacional de Elecciones ha manifestado que:

"...porque no es posible que una municipalidad quede desprovista de Alcalde para desempeñar tanto las funciones políticas como administrativas inherentes a dicha gestión; en consecuencia, al haber adquirido el Teniente Alcalde un terreno en nombre de la Municipalidad cuando no se encontraba presente el Alcalde y existiendo en autos un documento por el cual éste encarga la gestión al Teniente Alcalde, aún cuando figure en la minuta respectiva que lo hace en calidad de Teniente Alcalde (probablemente debido a un error), se concluye que lo hizo ejerciendo las funciones de alcalde encargado". (el sombreado es nuestro)

6.19 En ese sentido, el Árbitro Único considera que la señora Esther Emilia Pajueló Roca ha desempeñado válidamente el cargo de Alcaldesa Encargada desde el momento en que se aprobó el Acuerdo de Concejo N° 003-2018-MDA de fecha 27 de junio de 2018, motivo por el cual no se requería de la juramentación indicada en el artículo 6 de la Ley N° 26997, toda vez que la legalidad de su mandato se ampara en los artículos 24 y 25 de la LOM.

6.20 En ese mismo orden de ideas, se debe tener presente que la norma antes indicada no hace mención expresa de que las autoridades municipales provisionales deben realizar la referida juramentación, toda vez que la vocación de la Ley N° 26997 se encuentra destinada al cumplimiento de una solemnidad para aquellas autoridades que fueran electas en un proceso electoral. De igual forma, debemos manifestar que la citada norma no establece que en caso una autoridad municipalidad provisional no cumpla con tal juramentación, los actos que emita deban ser declarados nulos, por lo cual no es válido que en esta instancia se busque decretar algo que la Ley no prevee.

6.21 En cuanto a lo señalado en la Resolución N° 0297-2019-TCE-S4 del 04 de marzo de 2019, debemos indicar que el artículo 59 de Ley N° 30225 dispone que:

"Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con



carácter general las normas establecidas en la presente Ley y su Reglamento".

6.22 En el presente caso, se puede advertir que la mencionada resolución no constituye un precedente de observancia obligatoria, por lo cual el Árbitro Único cumple con manifestar que no comparte los criterios señalados en la mencionada resolución y a través del presente Laudo cumple con motivar los fundamentos de su decisión.

6.23 En consecuencia, el Árbitro Único considera que se deba declarar infundada la Excepción de Inexistencia y/o Nulidad del Convenio Arbitral planteada por la **MUNICIPALIDAD**.

Excepción de Incompetencia del Árbitro Ad-Hoc

Posición de la MUNICIPALIDAD:

6.24 Para los efectos del presente arbitraje no es procedente recurrir al arbitraje, por cuanto no es posible la intervención de un Árbitro Ad-Hoc en la ejecución de la obra, tal como lo señala el artículo 184.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones: "Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc sólo cuando las controversias deriven de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, cuyo monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT".

6.25 Además, manifiesta la **MUNICIPALIDAD** que al presente caso no le es aplicable el Decreto Legislativo N° 1444 vigente desde el 30 de enero de 2019 ni el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, también vigente desde el 30 de enero de 2019; siendo vigentes el Decreto Legislativo N° 1341, norma que modificó a la Ley N° 30225 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

Posición del CONTRATISTA:

6.26 El **CONTRATISTA** señala que el presente arbitraje es uno institucional y no se trata de un arbitraje ad-hoc, instalado conforme se ha previsto en el artículo 185 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015, vigente a la fecha de suscripción del contrato.

6.27 Asimismo, señala que en el escrito de demanda ya se había precisado que en el Contrato se había incluido erróneamente el Arbitraje Ad-Hoc, situación que no se presenta en el contrato materia de arbitraje.

Decisión del ÁRBITRO ÚNICO:

6.28 En la Cláusula Vigésima del Contrato suscrito el 31 de diciembre de 2018, se estableció que las controversias que surjan entre las partes durante la



CORTE SUPERIOR DE
ARBITRAJE DE ANCASH

ejecución del contrato se debían resolver mediante conciliación o arbitraje. En el caso del arbitraje, éste sería Institucional y resuelto por Árbitro Único.

- 6.29 En razón de ello, mediante Resolución N° 01 del 06 de mayo de 2019 se fijaron las reglas del presente proceso arbitral, estableciéndose en el Artículo Sexto lo siguiente:

"Las partes de común acuerdo se someten expresamente a los Reglamentos de la Corte; en tal sentido, reconocen la intervención de la Corte como la institución que se encargará de la organización y administración el presente arbitraje."

- 6.30 Dicha resolución no fue materia de reconsideración por parte de la **ENTIDAD** dentro del plazo de Ley, por lo cual quedo consentida. En tal sentido, de acuerdo con la citada resolución, el presente arbitraje es uno institucional y no un ad-hoc, tal como lo ha señalado la **MUNICIPALIDAD**, y asimismo, dado su carácter institucional este viene siendo administrado por la Corte Superior de Arbitraje de Ancash, quien a su vez designó al suscrito como Árbitro Único del presente proceso arbitral.
- 6.31 Por otro lado, debemos indicar que al presente proceso arbitral le son aplicables, la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, el cual a su vez fue modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, tal como se ha establecido en el Artículo Quinto de la referida Resolución N° 01.
- 6.32 En razón de ello, podemos concluir que no es correcta la afirmación de la **MUNICIPALIDAD** en el sentido, de que se vienen aplicando las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1444 y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF al presente proceso arbitral.
- 6.33 En consecuencia, el Árbitro Único considera que se debe declarar infundada la Excepción de Incompetencia del Árbitro planteada por la **MUNICIPALIDAD**.

Primer Punto Controvertido

"Determinar si corresponde o no se declare la Nulidad y/o Ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 009-2019-MDA/A, de fecha 14 de enero de 2019."

Posición del CONTRATISTA:

- 6.34 El 21 de mayo de 2019, el **CONTRATISTA** presentó su escrito de demanda, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 009-2019-MDA/A de fecha 14 de enero de 2019, emitida por la Municipalidad Distrital de Aczo, con la cual se declaró la nulidad de

oficio del proceso de selección y del Contrato de Ejecución de la Obra: "Creación de la trocha carrozable en el tramo Antapitec-Asiacpuquio, en el Centro Poblado de Buenos Aires de Cormo, Buenos Aires de Cormo, del distrito de Aczo, Provincia Antonio Raymondi, Departamento de Ancash".

- 6.35 Al respecto, el **DEMANDANTE** sostiene que como consecuencia del Proceso de Selección de Adjudicación Simplificada N° 012-2018-MDA-CS-PRIMERA CONVOCATORIA, el 31 de diciembre de 2018 se suscribió el Contrato, por un monto de S/.136,093.48 Soles, con un plazo contractual de 30 días calendario para la ejecución de la obra.
- 6.36 Agrega que, posteriormente a ello, mediante Resolución de Alcaldía N° 009-2019-MDA/A del 14 de enero de 2019, la **ENTIDAD** de manera arbitraria declaró la Nulidad de Oficio del Contrato, habiendo justificado su decisión en normas comunes (en la Ley N° 27444, Código Civil y otras normas) y no en la normativa en contrataciones con el Estado.
- 6.37 De igual forma, indica que la resolución dispuesta por la **ENTIDAD** no se enmarca en ninguna de las causales establecidas en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado; y, asimismo, indica que es falso que el Contrato se haya suscrito cuando aún se encontraba pendiente de resolver el recurso de apelación.

Posición de la ENTIDAD:

- 6.38 La **ENTIDAD** sostiene que en el presente caso no existe contrato, es decir, técnica y legislativamente existe inexistencia del contrato de ejecución de obra, al haberse transgredido normas de cumplimiento obligatorio y haberse suscrito los mismos, tanto el acto administrativo que se cuestiona como el contrato, por autoridad distinta a la prevista por la legislación de la materia o por autoridad no acreditada por la autoridad competente.
- 6.39 Que se ha señalado por lo menos dos causales aplicables del artículo 44.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente las descritas en los numerales c) y e) del referido dispositivo.
- 6.40 Con relación al recurso de apelación, manifiesta que no fueron entregados en el proceso de transferencia el expediente. Agrega que ya existe un pronunciamiento vinculante con el presente caso y de aplicación obligatoria, resuelto por la 4ta. Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado en cuanto a la gestión de riesgos que no hubo estudios, que no estuvo en las bases y menos en el contrato tipo dispuesto mediante directiva que es de cumplimiento obligatorio, el cual obra en la Resolución N° 0297-2019-TCE-S4 del 04 de marzo de 2019, bajo el Expediente N° 302/2019.TCE, en donde se indica lo siguiente:

"En ese contexto, puede concluirse que la identificación y asignación de riesgos previsible de ocurrir durante la ejecución de una obra, así como la adopción del plan de gestión para mitigarlos, son aspectos que deben incluirse en el expediente de contratación y en la proforma del contrato prevista en las bases; sin embargo, ello, en el caso concreto, no ocurrió.

En ese sentido, este Tribunal considera que, en el caso concreto, a diferencia de lo esgrimido por el Impugnante, la irregularidad advertida si es trascendente, en la medida que se transgredieron las disposiciones legales que rigen la materia y los lineamientos de observancia obligatoria consignados en la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD, y además, al no haberse previsto la asignación de riesgo que podrían ocurrir durante la fase contractual (lo que debiese efectuarse durante la elaboración del expediente de contratación), se incrementa la posibilidad de que surjan controversias durante la ejecución del contrato en menoscabo de la satisfacción oportuna de las necesidades de la Entidad y, por ende, del Interés público."

6.41 Manifiesta la **DEMANDADA** que en la demanda se cita la Opinión N° 172-2018/DTN, que es una opinión y no tiene connotación de ser vinculante y de cumplimiento obligatorio aplicable al presente caso.

6.42 Asimismo, manifiesta que en el presente caso interviene como titular de la **ENTIDAD** y participa doña Esther Emilia Pajuelo Roca, como Alcalde (e) de la Municipalidad Distrital de Aczo, cuando hace referencia a la encargatura de la oficina del órgano institucional de la Alcaldía, en el que se determina que en realidad no interviene el Titular de la misma, sino alguien que está encargado solo de la oficina de dicha Alcaldía, pero que como tal no tiene la condición de Alcalde y menos de Titular de la **ENTIDAD** Municipal.

Posición del ÁRBITRO ÚNICO:

6.43 En el escrito de contestación de la demanda, la **MUNICIPALIDAD** ha sostenido que el pronunciamiento expedido por la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado recaído en la Resolución N° 0297-2019-TCE-S4 del 04 de marzo de 2019, resulta vinculante en el presente proceso y es de aplicación obligatoria.

6.44 En ese sentido, corresponde analizar si el referido pronunciamiento constituye realmente un precedente vinculante y de aplicación obligatoria por parte de los operadores en materia de contratación pública.

6.45 Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha manifestado en los Expedientes N° 0024-2003-AI/TC y N° 03741-2004-PA/TC, seis criterios



básicos que deben observarse para establecer un precedente vinculante:

- "a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma. 30.
- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
- d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
- f. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución."

6.46 De la lectura de la Resolución N° 0297-2019-TCE-S4, se puede apreciar que la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado no considero que dicha decisión se encontraba dentro de los supuestos contemplados por el Tribunal Constitucional, motivo por el cual no dispuso que la misma constituya precedente de observancia obligatoria.

6.47 A mayor abundamiento, se debe tener presente que el artículo 59 de la Ley N° 30225, establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado mediante acuerdos de Sala Plena determina cuales de sus decisiones constituyen precedentes de observancia obligatoria, y como ya hemos anotado anteriormente, la Resolución N° 0297-2019-TCE-S4 no tiene tal condición, por lo cual se reitera que la misma no resulta de cumplimiento obligatorio, tal como lo señala la ENTIDAD.

- 6.48 Por otro lado, la **MUNICIPALIDAD** señala que en el escrito de demanda se ha citado la Opinión N° 172-2018/DTN, la cual es una opinión y no tiene la connotación de ser vinculante y de cumplimiento obligatorio al presente caso.
- 6.49 Sobre el particular, en la Opinión N° 211-2017/DTN, la Dirección Normativa del OSCE se ha pronunciado respecto del carácter vinculante de las opiniones, manifestando lo siguiente:

"Así, el literal o) del artículo 52 de la Ley N° 30225 indica que dentro de las funciones del OSCE se encuentra la absolución de consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil.

Adicionalmente, la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 350-2015-EF señala que "(...) las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE."

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado vigente no establece, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE cuentan con carácter vinculante; no obstante, dichas opiniones constituyen documentos en los que el Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública analiza la aplicación de la citada normativa, interpreta sus disposiciones e, incluso, integra las mismas para salvar vacíos o lagunas legales; según corresponda a la formulación de la consulta.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el OSCE, en su calidad de Organismo Técnico Especializado en materia de contratación estatal, tiene asignada la competencia de establecer el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado a través de la emisión de opiniones; en esa medida, ninguna otra entidad de la administración pública puede ejercer dicha función, de conformidad con el Principio de organización e integración contemplado en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 29158 "Ley Orgánica del Poder Ejecutivo".

En relación con lo anterior, es importante considerar que la labor de definir el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado tiene especial importancia para el cumplimiento de las demás funciones contempladas en el artículo 52 de la Ley, en particular aquella prevista en su literal a).



Por lo expuesto, no resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación."

- 6.50 En razón de ello, la afirmación sostenida por la **MUNICIPALIDAD** no se ajusta a lo manifestado en los pronunciamientos del OSCE, toda vez que las opiniones de carácter general deben ser observadas al momento de resolver las controversias que surjan en materia de contratación pública.
- 6.51 Ahora bien, la **ENTIDAD** ha manifestado que en el presente caso interviene como titular de la Entidad y participa doña Esther Emilia Pajuelo Roca, como Alcalde (e) de la Municipalidad Distrital de Aczo, cuando hace referencia a la encargatura de la oficina del órgano institucional de la Alcaldía, en el que se determina que en realidad no interviene el Titular de la misma, sino alguien que está encargado solo de la oficina de dicha Alcaldía, pero que como tal no tiene la condición de Alcalde y menos de Titular de la **ENTIDAD** Municipal.
- 6.52 Al respecto, debemos indicar que mediante el Oficio N° 095-2018-MDA/A del 03 de agosto de 2018, doña Esther Emilia Pajuelo Roca, en su calidad de Alcaldesa encargada de la Municipalidad Distrital de Aczo, remitió al Jurado Nacional de Elecciones las copias certificadas del Acta Extraordinaria de Concejo N° 003-2018-MDA, de fecha 27 de junio de 2018, y del Acuerdo de Concejo N° 003-2018-MDA, de la misma fecha, por las cuales se suspendió, por unanimidad, a Simeón Mallqui Vela, alcalde de la citada comuna, por la causal referida a contar con mandato de detención, prevista en el artículo 25, numeral 3, de la LOM.
- 6.53 En razón de ello, se puede apreciar que al haberse declarado la suspensión en el cargo del Alcalde de la Municipalidad Distrital de Aczo señor Simeón Mallqui Vela mediante Acuerdo del Concejo del 27 de junio de 2018, fue reemplazado por la Teniente Alcaldesa de su propia lista, es decir, por la señora Esther Emilia Pajuelo Roca, de conformidad a lo establecido en el artículo 24 de la LOM.
- 6.54 De otro lado, la referencia al artículo 33 de la Ley N° 26864, Ley de Elecciones Municipales, citada por la **MUNICIPALIDAD**, debe entenderse referida al documento extendido por los Jurados Electorales Especiales luego de haber proclamado a los ganadores de las elecciones municipales; sin embargo, en el caso de materia de análisis no nos encontramos ante dicho supuesto, sino ante la suspensión de un Alcalde en funciones y de la designación de su reemplazante, al amparo de lo establecido en referido artículo 24 de la LOM.

- 6.55 De igual forma, la **ENTIDAD** manifiesta expresamente en el escrito de contestación de la demanda que la señora Esther Emilia Pajuelo Roca siguió actuando como primera regidora encargada hasta el 31 de diciembre de 2018. Al respecto, cabe indicar que se encuentra acreditado en autos que el Alcalde electo se encontraba detenido, por lo cual el accionar de la señora Pajuelo se ajustaba a derecho, es decir, tenía la obligación de reemplazar en sus funciones al señor Simeon Mallqui Vela, al ser la Teniente Alcaldesa electa.
- 6.56 Por tanto, no resulta relevante determinar si la señora Pajuelo se desempeñó como Alcaldesa Encargada o como Alcaldesa Titular, toda vez que en cualquiera de dichos supuestos, contaba con todas las prerrogativas de Ley para representar a la Municipalidad Distrital de Aczo y por ende para suscribir contratos en nombre de la **ENTIDAD**.
- 6.57 En consecuencia, el Árbitro Único considera que las Resoluciones N° 112-2018-MDA/A y N° 113-2018-MDA/A, del 29 de noviembre de 2018, por las cuales se dispuso aprobar el expediente de contratación para la ejecución de la obra "Creación de la trocha carrozable en el tramo Antapitec - Asiapuguiño, en el Centro Poblado de Buenos Aires de Corno del Distrito de Aczo, Provincia de Antonio Raimondi, Departamento de Ancash" y aprobar las Bases Administrativas del proceso de Adjudicación Simplificada N° 012-2018-MDA respectivamente, así como el otorgamiento de la buena pro y la consecuente firma de contrato de ejecución de obra con el **CONSORCIO**, se ajustan a derecho.
- 6.58 Para mayor análisis y motivación de la decisión del Árbitro Único respecto de la validez de la designación de la señora Esther Emilia Pajuelo Roca nos remitimos a los considerandos 6.5 al 6.23, en los cuales se analizó la Excepción de Inexistencia y/o Nullidad del Convenio Arbitral.
- 6.59 En lo que se refiere al argumento de la **MUNICIPALIDAD** que el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro fue materia de impugnación parte del Consorcio Montalvo con fecha 27 de diciembre de 2018 y que no obstante estar pendiente el trámite el expediente de apelación, se suscribió el contrato de ejecución de obra con el **CONSORCIO**.
- 6.60 Agrega la **ENTIDAD** que, dicha apelación no fue registrada en el SEACE y por ello se ha transgredido el artículo 103.2 Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y ello es causal de nulidad de oficio. Además indica que dicho recurso no debió ser admitido, ya que debió requerirse al impugnante para que regularice el mismo con la presentación de la garantía correspondiente. De igual forma, indica que se violó el derecho de los otros postores ya que no fueron emplazados para que ejerzan su derecho de defensa.



- 6.61 Al respecto, debemos indicar en primer lugar que la propia **MUNICIPALIDAD** ha reconocido que con fecha 28 de diciembre de 2018, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Montalvo, con lo cual queda acreditado que el recurso impugnativo fue resuelto antes de la firma del Contrato con el **CONSORCIO**, y por ende, se debe descartar que existiera alguna apelación en trámite.
- 6.62 Asimismo, el artículo 103.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el recurso de apelación debe ser registrado en el SEACE el mismo día de haber sido interpuesto, bajo responsabilidad del funcionario competente. En ese sentido, se puede apreciar que el funcionario encargado del SEACE tenía la obligación de registrar dicha apelación, y no haberlo hecho en su momento tendrá que asumir las responsabilidades que le correspondan, pero ello no puede conllevar a la nulidad del proceso de selección y menos a desconocer la suscripción del Contrato.
- 6.63 Igual acontece con la exigencia de la garantía, toda vez que su no requerimiento genera responsabilidad administrativa en el funcionario competente, pero no puede generar una nulidad del proceso. Y asimismo, debe entenderse que el derecho de defensa de los terceros que tengan interés directo está referido a aquel al que se le otorgó la buena pro, y no a aquellos que ni siquiera fueron calificados en la etapa de evaluación, ya que estos últimos tuvieron la oportunidad de presentar las impugnaciones del caso, pero no formularon apelación alguna.
- 6.64 Por otro lado, la **MUNICIPALIDAD** señala que dada la naturaleza de la obra a ejecutarse se debió incorporar por imperativo de la Ley, tanto en el expediente técnico como en las cláusulas del contrato los riesgos que pudieran ocurrir durante la ejecución de la obra, tal como lo dispone el artículo 8.2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF y en la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD del 23 de mayo de 2017, y además, dicho criterio ha sido recogido por la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución N° 297-2019-TCE-S4 del 04 de marzo de 2019.
- 6.65 Al respecto, debemos indicar que mediante la Opinión N° 152-2017/DTN del 26 de setiembre de 2017, la Dirección Técnica Normativa del OSCE se pronunció acerca de la administración de riesgos en los contratos de ejecución de obra, en el siguiente sentido:

"2.1.2 En primer lugar, debe indicarse que el 3 de abril del 2017, entraron en vigencia las modificaciones a la Ley y el Reglamento, efectuadas mediante Decreto Legislativo N° 1341 y Decreto Supremo N° 056-2017-EF, respectivamente.

En ese contexto, el numeral 32.2 del artículo 32 de la Ley, incorporado mediante Decreto Legislativo N° 1341, precisa que la

planificación de obras deberá realizarse siguiendo el enfoque de la denominada "administración de riesgos", conforme a lo siguiente: "En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento." (El resaltado es agregado).

En esa misma línea, el numeral 8.2 del artículo 8 del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF señala que: "Para la contratación de obras, la planificación debe incluir la identificación y asignación de riesgos previsibles de ocurrir durante la ejecución, así como las acciones y planes de intervención para reducirlos o mitigarlos, conforme a los formatos que apruebe el OSCE. El análisis de riesgos implica clasificarlos por niveles en función a: (i) su probabilidad de ocurrencia y (ii) su impacto en la ejecución de la obra."

De acuerdo con las disposiciones citadas, el expediente técnico de obra elaborado durante la etapa de planificación, debe incorporar un estudio de todos aquellos riesgos previsibles que pudiesen afectar la correcta y oportuna ejecución de la obra, con la finalidad de que, a partir de dicho análisis, se determinen las acciones o planes de intervención a seguir durante la etapa de ejecución, y de ese modo, se puedan evitar, reducir y/o asignar aquellos riesgos previamente identificados.

En adición a lo señalado, el numeral 116.3 del artículo 116 del Reglamento precisa que "Tratándose de los contratos de obra deben incluirse, además, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que debe asumirlos durante la ejecución contractual."

Así, la información resultante del "estudio de riesgos" pasará a formar parte de las cláusulas de identificación y asignación de riesgos previstas en el contrato de obra respectivo, con el objeto de que durante la etapa de ejecución contractual se tengan plenamente identificados y asignados todos los riesgos previsibles, y se cuente con las medidas o planes de intervención a seguir ante cualquier tipo de eventualidad que pueda afectar los trabajos en obra.

Finalmente, debe indicarse que, con fecha 21 de mayo de 2017, se publicó el Decreto Supremo N° 147-2017-EF, "Decreto Supremo que precisa la definición de Grupo Económico y establece disposiciones para la implementación de identificación y



asignación de riesgos en obras públicas", el cual, mediante su artículo 2 incorpora la Décimo Séptima Disposición Complementaria Transitoria al Reglamento, la misma que establece precisiones relacionadas con la gestión de riesgos.

2.1.3 Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde mencionar que el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley faculta al Titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de los actos expedidos en un procedimiento de selección, hasta antes de la celebración del contrato, siempre que: (i) hayan sido dictados por órgano incompetente; (ii) contravengan las normas legales; (iii) contengan un imposible jurídico; o (iv) prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable. Para todos los casos, en la Resolución que se expida debe expresarse la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado otorga al Titular de la Entidad la facultad de declarar la nulidad de oficio de un procedimiento de selección hasta antes de la celebración del contrato, cuando se configure alguna de las causales antes detalladas, debiendo indicarse la etapa hasta la cual se retrotraerá el proceso."

- 6.66 En tal sentido, se puede apreciar que el Titular de la Entidad se encuentra facultado para declarar la nulidad de oficio del proceso de selección por la contravención de una norma legal, hasta antes de la celebración del contrato. En el presente caso, la nulidad de oficio alegada por la **MUNICIPALIDAD** para resolver el contrato fue posterior a la fecha de celebración del Contrato, por lo cual deviene en nula e ineficaz dicha causal para validar la resolución expedida por la **ENTIDAD**, toda vez que transgrede lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 6.67 En consecuencia, el Árbitro Único considera que las causales contempladas en la Resolución de Alcaldía N° 009-2019-MDA/A de fecha 14 de enero de 2019, para declarar la nulidad de oficio del proceso de selección y del Contrato de Ejecución de Obra suscrita con el **CONSORCIO** son nulas e ineficaces.

Segundo Punto Controvertido

"Determinar si corresponde o no ordenar a la Municipalidad distrital de Aczo pagar a favor del Consorcio Buenos Aires la suma de S/. 30,000.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios."

Posición del CONTRATISTA:



6.68 El **CONTRATISTA** manifiesta que luego de haber suscrito el Contrato había contratado personal que se iba a encargar de la ejecución de la Obra, por lo cual ha tenido que pagar penalidades por incumplimiento. Asimismo, indica que se había previsto la adquisición de materiales los cuales se han echado a perder debido a que no se inició la obra, y en el caso del alquiler de maquinarias ha tenido que reconocer penalidades.

6.69 En razón de ello, sostiene que los daños y perjuicios ocasionados por la **DEMANDADA** ascienden a S/ 30,000.00 Soles.

Posición de la ENTIDAD:

6.70 La **ENTIDAD** señala que no existe ninguna penalidad que haya pagado el **CONTRATISTA** pues la única que puede hacer penalidades es la **MUNICIPALIDAD**. En ese sentido, no existe ningún daño material u objetivo en el presente caso. Asimismo, indica que el **CONTRATISTA** no dice a que tipo de daños se refiere por daño emergente, lucro cesante, daño moral o personal.

Decisión del ÁRBITRO ÚNICO:

6.71 La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados por una persona, ya sea que se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual; o que se trate de daños que sean producto del resultado de una conducta en donde no existe ningún vínculo de orden obligacional entre los sujetos.

6.72 Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, estamos ante una responsabilidad civil de tipo contractual, y dentro de la terminología del Código Civil Peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, en cuyo caso nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

6.73 El daño que origina una responsabilidad civil puede ser definido bajo la fórmula del daño jurídicamente indemnizable, entendido como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales las lesiones a derechos patrimoniales, y daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza, como el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por ende



merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral.

- 6.74 Ahora bien, en materia de responsabilidad civil contractual, el criterio subjetivo de responsabilidad (culpa) se encuentra regulado en el artículo 1321 del Código Civil, ligado a la inejecución de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; mientras que en materia de responsabilidad civil extracontractual, se encuentra regulado en el artículo 1969 del mismo cuerpo legal, conforme al cual, todo daño producido por dolo o culpa resulta pasible de indemnización. Es así que en cada caso, el juzgador analiza -dentro de cada criterio- los elementos de la responsabilidad civil a fin de establecer el monto indemnizatorio correspondiente.
- 6.75 En el presente caso, el **CONTRATISTA** señala que luego de haber suscrito el Contrato había contratado al personal que se iba a encargar de la ejecución de la obra y por ello ha tenido que pagar penalidades por incumplimiento. Asimismo, indica que se había previsto la adquisición de materiales y el alquiler de maquinarias, pero como se inició la obra, se han echado a perder dichos materiales y en el caso de las maquinarias ha tenido que reconocer el pago de penalidades. Es por ello que, el **DEMANDANTE** estima los daños y perjuicios ocasionados en S/.30,000.00 Soles.
- 6.76 No obstante ello, el **CONTRATISTA** no ha cumplido con presentar ningún medio de prueba que sustente el pago de la indemnización peticionada, es decir, no ha cumplido con presentar comprobantes de pago, contratos o resoluciones de contrato que acredite lo mencionado en su escrito de demanda, por lo cual no es posible amparar la presente pretensión del **DEMANDANTE**.
- 6.77 En consecuencia, el Árbitro Único considera que se debe desestimar la pretensión del **CONTRATISTA** para que la **ENTIDAD** le cancela una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/. 30,000.00 Soles, por los argumentos señalados en los párrafos precedentes.

Tercer Punto Controvertido

"Determinar a quién corresponde realizar el pago y/o reembolso de los costos arbitrales originados en el presente proceso".

Posición del CONTRATISTA:

- 6.78 Con relación al presente punto controvertido, debemos indicar que en su escrito de demanda, el **CONTRATISTA** ha solicitado que la **ENTIDAD** asuma los costos y costas que irroque el proceso arbitral, siendo éstos los honorarios del Árbitro Único, los gastos administrativos del arbitraje, así como los honorarios del abogado ascendentes en la suma de S/.10,000.00 Soles.

Posición de la ENTIDAD:

- 6.79 La **ENTIDAD** señala que no está obligada a pagar costas ni costos del arbitraje, por cuanto las acciones administrativas que se han realizado y cuya nulidad e ineficacia se demanda, han sido procedidos de acuerdo a la normatividad vigente y por ende no existe ningún conflicto a la luz de los hechos, por cuanto la resolución cuya nulidad e ineficacia se demanda ha sido desarrollada de la manera más minuciosa y puntual.

Decisión del ÁRBITRO ÚNICO:

- 6.80 El artículo 73 de la Ley de Arbitraje establece que:

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

- 6.81 En el presente proceso arbitral, la pretensión principal solicitada por el **CONTRATISTA** ha sido amparada, por lo cual a consideración del Árbitro Único corresponde que la **ENTIDAD** como parte vencida asuma la totalidad de los costos y costas, que hubiesen sido acreditados en el curso del arbitraje.
- 6.82 En tal sentido, el Árbitro Único ha procedido a revisar cada uno de los escritos y los medios probatorios aportados por las partes, pudiéndose advertir que ninguna de ellas, ha cumplido con presentar un detalle de los costos y costas que han petitionado ni tampoco han presentado los documentos que sustenten los mismos.
- 6.83 En consecuencia, el Árbitro Único únicamente podrá pronunciarse respecto de las costas y costos que se encuentran acreditados en el expediente arbitral.
- 6.84 En atención a ello, y al hecho de que se ha amparado la pretensión formulada por el **CONTRATISTA**, el Árbitro Único considera que la **ENTIDAD** debe asumir los honorarios arbitrales ascendentes a la suma de S/. 4,383.70 Soles y los gastos administrativos ascendentes a la suma de S/. 4,120.40 Soles, debiendo reembolsar dichos importes al **DEMANDANTE** en la etapa de ejecución del Laudo Arbitral.

VII. LAUDO.

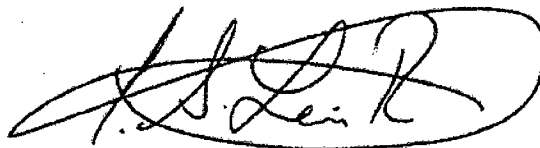
Sobre la base de la voluntad de las partes, de los argumentos esgrimidos, la valoración de las pruebas presentadas y actuadas, así como de las

consideraciones antes expuestas, el Árbitro Único lauda en Derecho resolviendo:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión del **CONTRATISTA**, y en consecuencia, se declara **NULA e INEFICAZ** la Resolución de Alcaldía N° 009-2019-MDA/A de fecha 14 de enero de 201, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión del **CONTRATISTA**, y en consecuencia, se determina que no corresponde que la **MUNICIPALIDAD** le cancele al **DEMANDANTE** la suma de S/.30,000.00 (Treinta Mil y 00/100 Soles) por concepto de Indemnización por daños y perjuicios, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: En cuanto a los costos y costas que se han originado en el presente arbitraje, el Árbitro Único **DISPONE** que la **ENTIDAD** le reembolse al **CONTRATISTA** la suma de S/. 8,504.10 (Ocho Mil Quinientos Cuatro con 10/100 Soles), correspondiente a los honorarios y gastos arbitrales fijados en la Audiencia de Instalación, por los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.



José Antonio León Rodríguez
Árbitro Único



María Del Carmen Segura Córdova
Secretaria Arbitral