

## LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

**EXPEDIENTE** : **A047-2012- OSCE**

**DEMANDANTE** : **MILTON CARLOS MELENDEZ LUJAN**

**DEMANDADO** : **MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA**

**ARBITRO UNICO** : **JUAN JOSE UCHUYA MAURTUA**

**RESOLUCION** : **No 09**

**FECHA** : **Lima, 26 de Noviembre del 2012**

En lima, con fecha 26 de noviembre del 2012, el Árbitro Único Doctor Juan José Uchuya Maúrtua, emite Laudo Arbitral en el proceso iniciado por el señor Milton Carlos Meléndez Lujan contra la Municipalidad Provincial del Santa, en los términos siguientes:

### VISTOS:

#### 1. ANTECEDENTES :

- 1.1.1. Con fecha 23 de diciembre del 2010, Milton Carlos Meléndez Lujan, celebró contrato de supervisión de obra con la Municipalidad Provincial del Santa, como consecuencia de la **ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA Nº 50-2010-MPS**, destinada a la Contratación del Servicio de Consultoría de obra para la **OBRA “MEJORAMIENTO DE PISTAS Y VEREDAS EN LA URBANIZACIÓN LADERAS DEL NORTE DISTRITO DE CHIMBOTE-PROVINCIA DEL SANTA-ANCASH”**, por un monto contractual de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles).
- 1.1.2. La Municipalidad Provincial del Santa, mediante Resolución de Alcaldía N° 0829 de fecha 24 de julio del 2011, declaró la nulidad del contrato de supervisión de obra suscrito con Milton Carlos Meléndez Lujan derivado del proceso de Adjudicación Directa Selectiva No. 50-2010-MPS, amparado en los artículos 10 y 56 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 1.1.3. Mediante carta N° 01 de fecha 16-11-11, el señor Milton Carlos Meléndez Lujan, solicita a la Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, la designación de un árbitro único a fin de que se someta a arbitraje la controversia surgida de la decisión de la Municipalidad Provincial del Santa, de declarar la nulidad del contrato de supervisión de obra suscrito con el solicitante con fecha 29 de diciembre de 2010, solicitando como pretensión, se ordene el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que se le han irrogado por responsabilidad contractual, pago de lucro cesante, daño emergente y daño moral.

### EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL.

1.1.4. Que en la cláusula décimo sexta del contrato de supervisión de obra suscrito por la Municipalidad Provincial del Santa, con Milton Carlos Meléndez Lujan derivado del proceso de Adjudicación Directa Selectiva No. 50-2010-MPS, las partes estipularon el convenio arbitral, mediante el cual acuerdan que “Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado....” ,y en los demás términos allí precisados, el cual es jurídicamente firme y válido, para solucionar la presente controversia.

## **2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO Y AUDIENCIA DE INSTALACIÓN :**

2.1.1. Mediante el Oficio No. 256-2012-OSCE/DAA, de fecha 12 de marzo del 2012, la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) comunicó al Abogado Juan José Uchuya Maúrtua, su designación como Árbitro Único, en mérito a la Resolución N° 054-2012-OSCE/PRE, emitida a raíz del pedido de designación de árbitro que formuló Milton Carlos Meléndez Lujan (Expediente 405-2011).

2.1.2. Mediante comunicación de fecha 21-03-12, dirigida a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el Árbitro Único acepta su designación.

2.1.3. Mediante Oficio N° 1798-2012-OSCE/DAA y 1799- 2012 –OSCE /DAA; se comunica a las partes sobre la audiencia de instalación de árbitro único a realizarse el día 24 de abril del 2012, a horas 16:00 pm en el Edificio El Regidor N° 108 Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y Departamento de Lima..

2.1.4. Con fecha 24 de abril del 2012, se suscribe el acta de suspensión de instalación de árbitro único, por cuanto se verificó que en el Oficio N° 1798-2012-OSCE/DAA del 11 de abril del 2012 se designó por error, como destinatario a la Municipalidad Distrital del Santa, cuando lo correcto era Municipalidad Provincial del Santa, en tal sentido y con el objeto de no afectar las actuaciones arbitrales y el derecho de las partes, habiendo asistido el Sr. Milton Carlos Meléndez Lujan, se acordó suspender la audiencia de instalación, reprogramando la fecha para el día 10 de mayo del 2012.

- 2.1.5. Con fecha 10 de mayo del 2012, con la presencia del Árbitro Único y de la Doctora Fabiola Paulet Moteagudo, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) así como el procurador público municipal abogado Leonardo Ismael Allende Moquillaza, en representación de la Municipalidad Provincial del Santa, designado mediante resolución de Alcaldía 0513, de fecha 27 de abril del 2012, se dejó constancia que no asistió el señor Milton Carlos Meléndez Lujan, pese a encontrarse debidamente notificado, como consta del acta de fecha 24 de abril del 2012, y se procedió a llevar a cabo la Audiencia de Instalación con anuencia del Árbitro Único, acordando someter al presente proceso arbitral la demanda de Indemnización promovida por Milton Carlos Meléndez Lujan, controversia derivada de la declaración de nulidad del contrato de supervisión de obra efectuada por la Municipalidad Provincial del Santa, estableciéndose las reglas del arbitraje.
- 2.1.6. En virtud de la regla del proceso arbitral n° 25 contenida en el acta referida en el punto anterior, mediante Resolución No. 2 del 26 de Junio del 2012, se admitió la demanda y se corrió traslado a la Municipalidad Provincial del Santa a quien se le otorgó un plazo de 10 días hábiles, para que exprese lo conveniente respecto a la demanda, debiendo ofrecer en su contestación los medios probatorios que la respalden, debiendo acompañar igualmente el archivo electrónico del archivo de la contestación a la demanda.

### **3. DEMANDA DE MILTON CARLOS MELÉNDEZ LUJAN.**

- 3.1.1. Con fecha 05 de Junio del 2012, el señor Milton Carlos Meléndez Lujan, presenta ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), su escrito de demanda arbitral contra la Municipalidad Provincial del Santa, por concepto de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, pago de lucro cesante, daño emergente y daño moral, con las pretensiones y fundamentos que en él se detallan.
- 3.1.2. Mediante Resolución N° 01 de fecha 07 de junio de 2012, el Árbitro Único declaró inadmisibile el escrito N° 1 presentado por el señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJÁN y se le otorgó un plazo de tres (3) días hábiles de notificada la presente Resolución para remitir una (1) copia adicional de su escrito. Asimismo, se dejó constancia que el demandante no había cubierto el pago de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral.
- 3.1.3. Por otro lado, el Árbitro Único otorgó a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA un plazo de cinco (5) días hábiles de notificado con dicha Resolución para realizar el pago de los honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos de la Secretaria Arbitral, y frente al incumplimiento facultó al Sr. Milton Meléndez Lujan, para que en el mismo plazo asuma la

obligación de la Municipalidad Provincial del Santa y pueda realizar el pago correspondiente, bajo apercibimiento de suspenderse el proceso.

3.1.4. Con fecha 21 de junio de 2012, el señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJAN mediante escrito N° 04, cumple con subsanar lo requerido en la Resolución N° 01 respecto al punto resolutivo primero.

3.1.5. Mediante Resolución N° 02 de fecha 26 de junio del 2012 se resuelve **TENER POR CUMPLIDO** lo solicitado al señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJÁN respecto al escrito N° 1, por lo que corresponde **ADMITIR** la demanda arbitral presentada por el señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJÁN de fecha 05 de junio de 2012 y **CORRER TRASLADO** de la misma a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA por el plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente resolución para que manifieste lo conveniente a su derecho de conformidad a la regla 26ª del Acta de Instalación.

3.1.6. Con fecha 27 de junio del 2012 el señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJÁN, mediante escrito n° 05 deja constancia que ha cumplido con pagar los gastos administrativos que le corresponde, requeridos mediante Resolución N° 01 de fecha 07 de junio del 2012.

3.1.7. Mediante Resolución N° 03 se resuelve tener por cumplido el pago de los gastos administrativos de correspondientes al señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJÁN.

3.1.8. Mediante Resolución N° 04 se resuelve tener por cumplido el pago de los gastos administrativos por parte del señor Milton Carlos Meléndez Lujan correspondiente a la Municipalidad Provincial del santa.

3.1.9. **Las pretensiones que el demandante busca son:**

**a). Se ordene el Pago de la suma de S/. 170,000.00 (ciento setenta mil nuevos soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad contractual, pago de lucro cesante, daño emergente y daño moral (desprestigio personal y profesional).**

**b) Se condene a la Municipalidad provincial del Santa, al pago de los costos y costas que generen el proceso arbitral.**

3.1.10. **Los fundamentos de hecho y de derecho en resumen señalan:**

- i. “Que, la relación contractual con la demanda se inicia con fecha 23 de Diciembre de 2010, cuando el Comité Especial Permanente adjudicó la Buena Pro de la **ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA N° 50-2010-MPS**,

para la Contratación del Servicio de Consultoría de obra para la **OBRA “MEJORAMIENTO DE PISTAS Y VEREDAS EN LA URBANIZACIÓN LADERAS DEL NORTE DISTRITO DE CHIMBOTE-PROVINCIA DEL SANTA-ANCASH”**, al recurrente, por un monto contractual de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles), siendo la finalidad del Contrato la Consultoría para la SUPERVISIÓN DE LA OBRA”.

- ii. “Que, dicho acto jurídico se perfeccionó con **la suscripción del Contrato de Supervisión de Obra de fecha 29 de Diciembre de 2010**, cumpliendo el recurrente con los requisitos que contemplan las bases del Concurso y de la Ley y Reglamento respectivamente de Contrataciones del Estado”.
- iii. “Que, posteriormente con fecha 13 de Enero del año en curso, es decir después de veintiún (21) días de habersele adjudicado la Buena Pro de la **ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA N° 50-2010-MPS**, para la Contratación del Servicio de Consultoría de la referida obra, la Municipalidad Provincial Del Santa, mediante Carta Notarial de fecha 11 de Enero de 2011, le comunica que **“Abstenga de realizar cualquier acto derivado de la función de Supervisor y/o Inspector de Obra, prohibiéndole realizar la entrega de terreno, apertura de cuaderno de obra, y otro actos BAJO RESPONSABILIDAD. Por lo que se le advierte que cualquier que realice a pesar de la prohibición, sin perjuicio de la nulidad de los actos, se le denunciara penalmente ante el Ministerio Público, y de ser el caso determinar las responsabilidades administrativas y/o civiles de haberlas”**.”
- iv. “Que, mediante carta de fecha 04 de julio del 2011, la Municipalidad Provincial del Santa, le comunica que mediante resolución de Alcaldía N° 0829 de fecha 04 de julio del 2011 se declaró la nulidad del contrato de supervisión de obra de fecha 29 de Diciembre del 2010, derivado del proceso de selección ADS 050-2010-MPS, amparado en los artículos 10 y 56 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- v. Que, la resolución del Contrato es un acto abusivo de la Entidad y adolece de vicios de nulidad por contravenir lo señalado en el Contrato y el Reglamento.
- vi. “Que, mi persona no se encuentra inmersa en las causales establecidas en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante el cual se establecen los impedimentos para ser postor y/o contratista; por lo que el argumento señalado en dicha resolución no me es aplicable, deviniendo en dicho acto administrativo en nulo.”

- vii. “Respecto al artículo 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante el cual se establece la nulidad de los actos derivados de los procesos de selección, se debe resaltar que en este mismo artículo menciona, que el titular de la entidad declarara de oficio la nulidad del proceso de selección, por las misma causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes de la celebración del contrato, por lo que en el presente caso no podría ser aplicable toda vez que se cuenta con el contrato, por que se debe concluir que dicho artículo no es aplicable para el presente caso toda vez que no se ha infringido la norma en ninguno de los acápites señalados, por los solicito se declare nula dicha resolución por tomar en consideración artículos que no se ajustan a los hechos”.
  
- viii. Respecto al artículo 190 de la Ley de Contrataciones del Estado, éste artículo se tomara en consideración al inicio de la ejecución de la obra, mas no para la firma del contrato, para ello las bases del concurso y el reglamento señalan claramente sin dejar duda alguna, cuales son los requerimientos y el artículo 190 se tomara en cuanta como bien lo señala, al inicio de la ejecución de la obra del supervisor.
  
- ix. Que la obra no se ha iniciado por responsabilidad de la entidad y que su persona actualmente no está ejerciendo ninguna supervisión con la entidad, por lo que estaría disponible ejercer mis funciones como supervisor de manera permanente y directa como lo señala la Ley de Contrataciones del Estado.

### 3.2. AGREGA EL DEMANDANTE QUE:

- 3.2.1. Que, la entidad demandada declaró la nulidad del contrato de supervisión de obra derivado del proceso de selección bajo el régimen D:S 184-2008, ADS N° 050-2010-CE/MPS, para la supervisión de la obra Mejoramiento de pistas y veredas en la Urb. Laderas del Norte – Distrito de Chimbote – Provincia Santa – Ancash, por las siguientes causales: a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, b) cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del presente contrato, c) cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en tramite un recurso de apelación, d) cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.

3.2.2. Asimismo señala que dicho contrato deviene en nulidad por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante el cual se establece los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, señalando una relación de impedidos, siendo el caso en análisis el referido al inciso d, que refiere “En la entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.

3.3. Respecto a la solicitud de indemnización:

**3.3.1.** Señala que la ejecución de la obra no se ha iniciado, por responsabilidad de la entidad y que su persona actualmente no está ejerciendo ninguna supervisión con la entidad, por lo que estaría disponible para ejercer sus funciones como supervisor de manera permanente y directo como lo señala el Artículo 190 de la Ley de Contrataciones. Que, como consecuencia de la violación de sus derechos constitucionales, la demandada le ha causado un grave daño, el mismo que es posible de ser INDEMNIZADO en los siguientes aspectos:

A) **DAÑO EMERGENTE.**

Que teniendo en cuenta que el Daño Emergente es la pérdida o menoscabo patrimonial sufrida efectivamente y considerando que su monto contractual ascendía a la suma de S/. 50,000.00 (CINCUENTA MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES), y debida al injusta e arbitraria DECLARATORIA DE NULIDAD del contrato celebrado con la emplazada para realizar labores de Supervisión, ha dejado de percibir dicha suma de dinero, por lo antes expuesto considero que los demandados deberán de cumplir con pagar la suma de dinero antes indicada.

B) **LUCRO CESANTE.**

Que, teniendo en cuenta que el lucro cesante, es la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir y que como consecuencia de la resolución del contrato de Supervisión por parte de la demandada, no ha podido cobrar ninguna valorización por la realización de mis labores, inclusive se me afectado con la Carta Fianza, todo esto por culpa de la entidad demandada, las cuales a parte de generar intereses legales los pudo haber invertido y en consecuencia generado utilidades a favor del patrimonio familiar, considera que por dicho concepto el demandado deberá cancelar la suma de S/. 70,000 nuevos soles.

C) **DAÑO MORAL (INCLUYE DESPRESTIGIO PERSONAL Y PROFESIONAL).**

Que, teniendo en cuenta que el daño moral es la lesión a los sentimientos o al aspecto psicológico de la víctima, traducido al caso concreto la desesperación, sufrimiento y quebrantamiento de la moral ocasionado a su persona, así como a su familia, ya que se encuentran en desamparo económico, el recurrente como padre de familia es el único que solventa los

gastos en mi hogar, y al dar por resuelto dicho acto contractual le afecta en este aspecto, aunado a ello que esta situación ha genera comentarios negativos dentro de la comunidad de la orden, especialmente en el ámbito del capítulo de civiles, lo que ha originado que las oportunidades laborales se vean reducida, encontrándose a la fecha desocupado; por lo que considera que por dicho concepto el demandado deberá cancelarme la suma de S/. 50,000.00 nuevos soles.

Que, es preciso señalar que la pretensión indemnizatoria de suma determinada de dinero no le hace perder su calidad de deuda de valor, en la medida que su objeto no es un número determinado de monedas, sino el resarcimiento de un daño que tiene su origen en una relación contractual, en la que el mismo se encuentra en conexión con el acto ejecutado por el responsable, **razón por la cual la reparación o indemnización debe ser integral y plena (Expediente N° 476-96-Lima, Gaceta Jurídica N° 33. Pág. 3).**

#### 3.4. Pruebas ofrecidas por Milton Carlos Meléndez Lujan

- Carta de fecha 29 de diciembre del 2010 dirigida a la Gerencia de obras de la Municipalidad Provincial del Santa, con lo que acredita haber cumplido con los requisitos para la suscripción del contrato
- Contrato de supervisión de obra 50-2010-MPS Mejoramiento de pistas y veredas en la Urbanización Laderas del Norte – distrito de Chimbote, provincia del santa – Ancash.
- Carta notarial de fecha 11-01-11, dirigida por la Municipalidad Provincial de la Santa, mediante la cual se le comunica se abstenga de realizar cualquier acto derivado de la función de supervisor.
- Resolución de Alcaldía N° 057-2011-MPS de fecha 31-01-11, mediante la cual se declara la nulidad del contrato de supervisión de obra
- Carta N° 001-2011-MPS/CAMEL/SO de fecha 04-06-11, dirigida a la alcaldía solicitando se me indique el inicio de mis labores
- Acta de conciliación N° 048-2011 por falta de acuerdo
- Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado
- Certificado de habilidad de ingeniero

#### 3.5. Fundamentos de derecho de la demanda:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO:**
  - Artículo 2º-inciso 12), referido a que toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos.
  - Artículo 2º-inciso 13) referente a elegir y ejercer libremente su trabajo con sujeción a la ley.
  - Artículo 42º, referido a que el Estado reconoce el trabajo como fuente principal de la riqueza.
- **CÓDIGO CIVIL:**
  - Artículo 1321º-Indemnización de daños y perjuicios por inejecución imputable.-
  - Artículo 1322º-Daño moral.-referido a que el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
- **LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**
  - Artículo 10º, referido a los impedimentos para ser postor y/o contratista
  - Artículo 56º, relativo a la nulidad de los Actos derivados de los procesos de selección.
- **REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, APROBADO POR DECRETO SUPREMO Nº 184-2008-EF:**
  - Artículo 141º referido a los requisitos para la suscripción del Contrato
  - Artículo 170º, segundo párrafo, referido a la Nulidad del Contrato
  - Artículo 184º, relativo al inicio del plazo de la Ejecución de Obra
  - Artículo 190º, referido al Inspector o Supervisor de obra
- **DECRETO LEGISLATIVO Nº 1071**, que norma el Arbitraje.

#### **4. CONTESTACION DE LA DEMANDA POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA.**

4.1.1. Mediante Resolución N° 02 de fecha 26 de junio del 2012 se resolvió **ADMITIR** la demanda arbitral presentada por el señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJÁN de fecha 05 de junio de 2012 y **CORRER TRASLADO** de la misma a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA por el plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente resolución para que manifieste lo conveniente a su derecho de conformidad a la regla 26º del Acta de Instalación.

4.1.2. Con fecha 23 de julio del 2012, la Municipalidad Provincial del Santa, presentó su escrito de contestación de demanda.

4.1.3. Mediante Resolución N° 05 de fecha 03 de agosto de 2012 se resolvió **TENER POR CUMPLIDA** la presentación de la contestación de demanda por parte de la Procuraduría Pública Municipal de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA y **CORRER TRASLADO** de la misma al señor MILTON CARLOS MELENDEZ LUJAN para que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente Resolución manifieste lo conveniente a su derecho de conformidad a la regla 29º del Acta de Instalación y **OTORGAR** a la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA un plazo de tres (3) días hábiles de notificada la presente Resolución remita el archivo digital de su escrito de contestación de demanda, **CITAR A LAS PARTES** la Audiencia de Fijación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día 22 de agosto a las 11:00 horas en la sede del arbitraje sito en el Edificio El Regidor N° 108, Residencial San Felipe, Jesús María, Lima Y **OTORGAR A LAS PARTES** un plazo de tres (3) días hábiles de notificada la presente Resolución **para que presenten su propuesta de puntos controvertidos de conformidad a la regla 32º del Acta de Instalación.**

4.1.4. Los fundamentos de hecho y derecho de la contestación de la demanda son:

- i. La actuación a la Administración Pública, en general se sujeta estrictamente al principio de legalidad, siendo así los actos administrativos que se emiten deben sujetarse al principio antes referido y deben ser la consecuencia de un Debido procedimiento; sólo en la medida que los actos administrativos deriven del principio de legalidad y originados a través de un Debido Procedimiento, es cuando serán válidos y eficaces, caso contrario no vendrían a ser más que actos nulos.
- ii. Que, los funcionarios públicos, deben adecuar su comportamiento en la actividad administrativa al respeto irrestricto del Principio de Legalidad , el mismo que se constituye en el pilar fundamental de la actuación de la administración, por cuanto todas las decisiones deben encuadrarse dentro del contexto de permisibilidad jurídica (Debida aplicación de la Norma Jurídica – lo permitido), caso contrario los actos serían ilegales y por ende nulos de pleno derecho, tal y conforme lo estipula el Art. 1) 1.1, de la Ley de Procedimientos Administrativo General, al establecer que: “Las Autoridades Administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas”, teniendo en cuenta que los miembros del Comité Especial, en su caso han sido funcionarios y/o servidores, por lo que su actuación debería hacerse en estricta sujeción a nuestro Ordenamiento Jurídico.
- iii. De conformidad con el Art. 56 de la LCE, faculta al titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato. Después de celebrados los contratos. La entidad podrá declarar su nulidad de oficio en los siguientes casos: a) Por haberse suscrito en contravención con el Art. 10 de la presente norma; b) Cuando

se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción de contrato: c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o, d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente. En el presente caso se configura por el hecho de HABERSE SUSCRITO EN CONTRAVENCION CON EL ART. 10, DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

4.2. Vicios de nulidad en el contrato de supervisión de obra derivado del proceso de selección bajo el régimen D:S 184-2008, ADS N° 050-2010-CE/MPS

- 4.2.1. **El Art. 10), de la Ley de Contrataciones del Estado**, establece los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, señalando: una relación de impedidos, siendo el caso en análisis el referido al inc. d, que refiere lo siguiente: En la entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza **y servidores públicos, según la Ley especial de la materia.**
- 4.2.2. Al respecto, debe indicarse que el referido impedimento se encuentra circunscrito al ámbito de la Entidad y tiene por objeto restringir la intervención de las personas naturales que la integran en las contrataciones que dicha entidad lleve a cabo para satisfacer sus necesidades, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y en última instancia, la idoneidad de las contrataciones.
- 4.2.3. En ese sentido, se advierte que dicho impedimento persigue la realización efectiva de los principios de Moralidad, Imparcialidad, Transparencia, y de trato justo e igualitario, por cuanto están destinados a restringir la intervención de las personas naturales que integran la Entidad a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y la idoneidad de las contrataciones o la existencia de posición de privilegio respecto de los potenciales proveedores de bienes, servicios u obras que actúan como agentes que se desenvuelven en una economía de mercado.
- 4.2.4. Según el reporte del SEACE, se advierte que el referido ingeniero, con fecha 11/06/2010, se le adjudicó la buena pro, para la supervisión de la obra “Construcción y Mejoramiento de pistas y veredas en la Av. Buenos Aires tramo futura vía expresa y Jr. Angamos, en Chimbote, Provincia del Santa - Ancash”, por un monto de S/80,000.00 Nuevos Soles.
- 4.2.5. Asimismo en el SEACE, se advierte que el referido ingeniero, con fecha 23.12.2010, se le adjudicó la buena pro, y el contrato se suscribió el 27 de Diciembre del 2010, para la supervisión de la obra “Mejoramiento de Pistas y Veredas en la Urbanización Laderas

de Norte – Distrito de Chimbote – Provincia del Santa – Ancash”, por un monto de S/ 50,000.00 Nuevos Soles.

4.2.6. De conformidad con lo establecido por la Resolución N°1677-TC- S2, de fecha 15.07.2009, emitida por el Tribunal del OSCE, señala que: **“en el caso de las supervisiones de obra, la normatividad de contrataciones establece que la Entidad estará representada de manera permanente en toda obra por un supervisor o inspector, el que tendrá como principal función el control de los trabajos efectuados por el contratista; así; el inspector o supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que perjudiquen la buena marcha de la obra, para rechazar u ordenar el retiro de materiales o equipo por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas ; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia, precisando no obstante que su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarla. De lo expuesto se advierte que el supervisor de obra o el jefe de supervisión, en caso de que la supervisión recaiga en una persona jurídica o consorcio, cumple funciones de carácter permanente en la obra, por lo que, al igual que el residente de obra, no puede desempeñarse como supervisor o jefe de supervisión en dos o más obras a la vez.”**

4.2.7. Asimismo cabe señalar que el contrato de ejecución de obra “Mejoramiento de pistas y veredas en la Urbanización Laderas del Norte – Distrito de Chimbote – Provincia del santa – Ancash, ha sido declarado nulo por Resolución de Alcaldía N° 057-2011-MPS, de FECHA 31.01.2011, de modo que carecería de objeto la subsistencia del contrato de supervisión de obra, sin que exista jurídicamente el contrato principal. La suscripción o perfeccionamiento de un contrato declarado nulo, no surte efecto alguno y, en esa medida, es posible que se revisen y declaren nulos, incluso los actos dictados antes de la aparente suscripción, es decir los actos ejecutados durante el proceso de selección, pues las causales de nulidad de un contrato pueden sustentare en hechos que afecten la validez, no sólo del contrato en si mismo, sino de algunos actos emitidos durante el proceso de selección.

#### 4.3. Pruebas ofrecidas por la Municipalidad Provincial del Santa

- Resolución de Alcaldía N° 057-2011-MPS de fecha 31-01-11.
- Certificado de habilidad
- Fotocopias fedateadas del expediente administrativo sobre conciliación de laudo de fojas 01 hasta fojas 41.

#### 4.4. Fundamentos de derecho de la contestación de demanda:

- **Código Procesal Civil.**

- Art. 130, referido a la forma de escrito.
- Art. 442, referido a los requisitos de los escritos.
- Art. 444, referido al contenido de la contestación de la demanda.

**5. AUDIENCIA DE CONCILIACION Y DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

5.1.1. Mediante Resolución N° 06 de fecha 21 de agosto del 2012, **SE RESUELVE: TENER POR CUMPLIDO** por cada una de las partes la presentación de sus propuestas de puntos controvertidos para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.

5.1.2. Con fecha 22 de agosto del 2012, se llevó a cabo la Audiencia de fijación y determinación de puntos controvertidos. El Árbitro Único procedió a sugerir un acuerdo conciliatorio entre las partes a fin de que puedan resolver sus controversias, sin embargo, ambas partes manifestaron que en ese momento no resultaba posible arribar a un conciliación, no obstante lo cual, dejaron a salvo la posibilidad de que ello pudiera darse en cualquier estado del proceso.

5.1.3. El Árbitro Único ante la existencia de una relación jurídica válida, procedió a declarar saneado el proceso y determinó como puntos controvertidos los siguientes:

a) Determinar si corresponde o no el pago de la suma de indemnización de daños y perjuicios a favor del CONTRATISTA, por responsabilidad contractual por la suma de S/. 170,000.00 (ciento setenta mil nuevos soles) que incluye lucro cesante, daño emergente y daño moral.

b) Determinar a quien corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

- 5.1.4. El árbitro Único, atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y a los escritos presentados por las partes, admite y tiene por actuados los medios probatorios ofrecidos por las partes tanto en el escrito de demanda como en el escrito de contestación a la demanda, y al tratarse todos los medios probatorios de medios documentales, ya no resulta necesaria la realización de una audiencia de pruebas, por lo que se resolvió declarar el cierre de la etapa probatoria, de conformidad a la regla 38 del acta de instalación y otorgar a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que cumplan con presentar sus alegatos escritos.

## 6. ALEGATOS

- 6.1.1. Con fecha 29 de agosto del 2012, MILTON CARLOS MELENDEZ LUJAN, presenta su alegato escrito, adjuntando los siguientes documentos:

- Fotocopia de la Constancia de entrega de obra “Mejoramiento de Pistas y Veredas en la Urbanización Laderas de Norte – Distrito de Chimbote – Provincia del Santa
- Fotocopia de la Constancia de entrega de obra Construcción y Mejoramiento de pistas y veredas en la Av. Buenos Aires tramo futura vía expresa y Jr. Angamos, en Chimbote, Provincia del Santa - Ancash”.

- 6.1.2. Con fecha 29 de agosto del 2012, la Municipalidad Provincial del Santa, presenta su alegato escrito, adjuntando los siguientes documentos.

- Contrato de fecha 27 de Diciembre del 2010, para la supervisión de la obra “Mejoramiento de Pistas y Veredas en la Urbanización Laderas de Norte – Distrito de Chimbote – Provincia del Santa – Ancash”, por un monto de S/ 50,000.00 Nuevos Soles.
- Contrato de fecha 11/06/ 2010, se le adjudicó la buena pro, para la supervisión de la obra “Construcción y Mejoramiento de pistas y veredas en la Av. Buenos Aires tramo futura vía expresa y Jr. Angamos, en Chimbote, Provincia del Santa - Ancash”, por un monto de S/80,000.00 Nuevos Soles.

## 7. AUDIENCIA DE INFORME ORAL

- 7.1.1. Mediante Resolución Nº 07 de fecha 24 de setiembre de 2012, SE TIENE **POR CUMPLIDO** la presentación de los alegatos escritos **INDICANDO** que ninguna de las partes ha solicitado el uso de la palabra en una Audiencia de Informes Oral, por lo que el Árbitro Único prescinde de su realización y resuelve fijar el plazo para laudar en

veinte (20) días hábiles contado desde la notificación de la presente Resolución, sin perjuicio de la potestad de prorrogarlo a discreción por veinte (20) días hábiles adicionales.

- 7.1.2. Mediante Resolución No. 08 De fecha 16 de octubre del 2012, se prorrogó el plazo para laudar en 20 días computados al término de los primeros 20 días a que se contrae la resolución No. 07 del 24 de Setiembre del 2012, el cual vence el 29 de noviembre del 2012.

## **7.2. DOCUMENTOS OFRECIDOS CON LOS ALEGATOS.**

7.2.1. Que, con relación a la documentación ingresada a la sede arbitral por las partes con posterioridad a la etapa de audiencia de fijación de puntos controvertidos y no habiéndose solicitado Informe oral por ninguna de las partes, debe precisarse que en su momento, se ha cumplido con instruir debidamente a las partes sobre las normas aplicables que regulan el normal desenvolvimiento del presente proceso arbitral.

7.2.2. Que, resulta necesario aclarar que tales disposiciones no están exentas de los alcances del principio de preclusión, puesto que si bien es cierto existe amplia libertad para ofrecer medios de prueba, también es indiscutible que estos deben realizarse en su momento oportuno.

7.2.4. Que, la aplicación de tal principio, se da en un proceso dividido de diferentes etapas que a su vez deben de observar un orden de sucesión lógicamente concebido para alcanzar el fin del proceso. La existencia de estas unidades de tiempo computadas en plazos, aconseja el establecimiento de un mecanismo que impida la anarquía procedimental y simultáneamente, estimule la ordenada progresión del procedimiento con unos razonables márgenes.

7.2.5. Que, en el caso del proceso arbitral por Resolución de fecha 22 de agosto del 2012 se tiene por concluido la etapa probatoria, por las razones expuestas en el numeral 7.1.1 del presente Laudo.

7.2.6. Que, no obstante ello y debido al carácter flexible que envuelve a la naturaleza del carácter arbitral y por haber concluido la etapa donde pudieron expresar lo que convenga a sus derechos, el Árbitro único de acuerdo al numeral 34 y 35 de las reglas del proceso contenidas en el Acta de Instalación de Arbitro único, que precisa que este se encuentra facultado en todo momento para dictar las reglas complementarias que sean necesarias, velando porque el procedimiento arbitral se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, concentración, economía procesal, y buena fe,

respetando la adecuada defensa de las partes, además, aplicando supletoriamente el artículo 37 de la Ley General de Arbitraje, haciendo uso de sus facultades de las que está investido en cuanto a los documentos aportados por las partes, en sus respectivos alegatos escritos, estima por conveniente que debe declararse que la documentación presentada por MILTON CARLOS MELÉNDEZ LUJAN y LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DEL SANTA, no tienen el carácter de prueba sino que son meramente referenciales para formar convicción en el Árbitro único al momento de resolver la presente causa.

## 8. **CONSIDERANDO:**

### 8.1. **RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO SI CORRESPONDE O NO EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS A FAVOR DE MILTON CARLOS MELÉNDEZ LUJAN, POR RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR LA SUMA DE S/. 170,000.00 (CIENTO SETENTA MIL NUEVOS SOLES) QUE INCLUYE LUCRO CESANTE, DAÑO EMERGENTE Y DAÑO MORAL:**

## 9. **ANÁLISIS DE LA RELACION CONTRACTUAL**

- a.1. Que, es necesario anotar como regla general, que en toda relación contractual rige en principio, la autonomía de las partes, a través de la cual, los contratantes son libres de autorregular sus intereses de acuerdo a sus necesidades, sin otros límites que las normas imperativas de la buena fe y el orden público. En virtud de ello, el efecto que causa el contrato suscrito entre Milton Carlos Meléndez Lujan y la Municipalidad Provincial del Santa, es la obligatoriedad de las partes a someterse a las reglas contractuales pactadas originadas por la Adjudicación Directa Selectiva N° 050-2010-MPS, tanto en su naturaleza legal, como el de otorgamiento de competencia al Juez o Árbitro a imponer su imperio obligacional, en virtud al principio PACTA SUNT SERVANTA<sup>1</sup>.
- a.2. En este orden de ideas la Lex Contractus es una ley autónoma, con preceptos que cada contratante asume a tenor del compromiso que suscribe, vinculándose a una conducta: actuar, a un dar, o un hacer o abstenerse de hacerlo. Desde este

---

<sup>1</sup> “La teoría de la autonomía de la voluntad no se reduce a la exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas. Explica, además, que esa voluntad no debe limitarse más que por motivos imperiosos de orden público y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión; que los intereses privados, libremente discutidos, concuerdan con el bienestar público y que del contrato no puede surgir injusticia alguna dado que las obligaciones se asumen libremente.” Juan Víctor Ortega Vargas Tomo 6, pág. 26-27

punto de vista, de acuerdo a la normativa del contrato de supervisión de obra, Milton Carlos Meléndez Lujan se somete voluntariamente a una conducta regulada por la Ley General de Contrataciones del Estado, al Reglamento de dicha Ley, así como a toda la normativa conexas, en especial al Código de Ética de la Función Pública<sup>2</sup>.

- a.3. Que, los contratos administrativos o contratos del Estado, tienen características especiales, atendiendo a que una de las partes intervinientes es una entidad pública, cuyo objeto de contratación persigue un fin público, para lo cual la administración puede ejercer sus prerrogativas, para proteger el objeto del contrato, vale decir, el fin público.

La eficacia perceptiva del contrato, establece una regla ordenadora respecto a la cualidad de exclusividad en la prestación de supervisor de obra, pues así lo establece el artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando señala **“Toda obra contará de modo permanente o directo con un inspector o supervisor, quedando prohibido la existencia de ambos en la misma obra”**.

Por otro lado el artículo 193 del citado reglamento precisa que el Supervisor : **“Será el responsable de velar directa y permanentemente de la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato”**.

**Se colige de los dispositivos antes citados, la condición y carácter de permanencia que implica ejercer dicha función en un solo lugar sin cambios en forma continua y duradera en el tiempo pactado contractualmente, lo cual le otorga un carácter exclusivo y excluyente respecto a la misma actividad en lugar u obra distinta generada por otro contrato en el mismo lapso de tiempo.**

- a.4. Que, bajo esta premisa de permanencia, Milton Carlos Meléndez Lujan y la Municipalidad Provincial del Santa suscribieron el Contrato de Supervisión de Obra de fecha 29 de Diciembre de 2010, producto de la **ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA Nº 50-2010-MPS**, para la Contratación del Servicio de Consultoría de obra para la **OBRA “MEJORAMIENTO DE PISTAS Y VEREDAS EN LA URBANIZACIÓN LADERAS DEL NORTE DISTRITO DE CHIMBOTE-PROVINCIA DEL SANTA-ANCASH”**, por un monto contractual de S/. 50,000.00 (Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles, por lo cual debe considerarse como un contrato administrativo, sujeto al imperio normativo sobre la materia.
- a.5. Que, el contrato administrativo suscrito por Milton Carlos Meléndez Lujan con la Municipalidad Provincial del Santa, constituye un acuerdo de voluntades generadoras de obligaciones y derechos por parte de un órgano del Estado, en

---

<sup>2</sup> El ~~contrato~~ es norma jurídica válida entre las partes contratantes. Es lo mismo decir, el contrato es ley entre las partes. Es el acuerdo de dos o mas partes para crear, reglar, modificar, extinguir ente si obligaciones de carácter patrimonial. Ponencia de Max Arias Schreiber que se plasmó en el artículo 1370 del Proyecto de Código Civil.

ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con un particular administrado para satisfacer necesidades publicas, precisadas en el contrato<sup>3</sup>.

- a.6. Que, en consecuencia para la correcta interpretación de El Contrato es necesario tener en consideración ambas normatividades, por un lado las jurídicas de derecho público y por otro lado las disposiciones del derecho privado.
- a.7. En este orden de ideas es menester señalar que, los contratos obligan a las partes a cumplir lo estipulado en ellos conforme a las reglas de la buena fe y común intensión de las partes atendiendo al principio de PACTA SUNT SERVANTA recogido por lo dispuesto por el artículo 1361 y 1362 del Código Civil, de suerte tal que, la obligación de permanencia en el ejercicio como supervisor de parte de Milton Carlos Meléndez Lujan, constituye una obligación SINE CUANOM para el cumplimiento de su obligación .
- a.8. Que, los actos administrativos se apoyan en el principio de buena fe y presunción de legitimidad, que deben ser respetados por los administrados en el marco de la seguridad jurídico social<sup>4</sup>.
- a.4. De lo expuesto se colige el carácter permanente, exclusivo y excluyente de la función de supervisor de obra, la cual es incompatible mantener en el mismo periodo de tiempo en dos o más contratos suscritos para su ejecución a la vez, hecho alegado por la Municipalidad Provincial del Santa para emitir la resolución de Alcaldía N° 0829 -2011-MPC, hecho que no ha sido desvirtuado por el demandante.
- a.5. Que, se encuentra acreditado que las labores de Supervisor de obra, señaladas en el contrato de supervisión de obra, de fecha 29 de diciembre del 2010, son

---

<sup>3</sup> La legislación civil contiene normas de carácter imperativo "ius cogens" que la voluntad de las partes no pueden modificar y las simplemente dispositivas que solo rigen en tanto las partes no hayan dispuesto de otro modo" (Exp. N° 1871-91- Lima, Gaceta Jurídica N° 30 P 7-B)

<sup>4</sup> Este principio se refiere al análisis de la actuación de las partes que han realizado el contrato. Por ello no debe entenderse como buena fe del intérprete. Se trata de la buena fe de la manifestación de la voluntad, que ha dado contenido al contrato. ¿Pero que es la buena fe?. La buena fe consiste que un modelo de conducta ético social que tiene un aspecto negativo o de veto, en cuanto rechaza una conducta deshonesta (ejemplo no defraudar); Y otro positivo en cuanto impone una conducta de colaboración con los demás para que puedan alcanzar los fines que persiguen (ejemplo, obrar con diligencia con previsión). Asimismo la buen fe es entendida en su sentido subjetivo (buena fe creencia) y una buena fe objetiva (buena fe lealtad). Asimismo la buena fe entendida dentro del tema de la interpretación del contrato, como medida de corrección a la cual se debe ceñir las partes, adopta un matiz de reglas, por ejemplo, tomando en cuenta los usos sociales, dado que son los usos los que determinan cuales son las medidas de corrección que se acostumbran seguir dentro de un determinado ambiente histórico-social. **BARCHI VELAOCHAGA**, Luciano. op cit. T-III. p. 1812

labores de naturaleza permanente, exclusivas y excluyentes; y por ello debe analizarse las labores de trabajo para los cuales fue contratado Milton Carlos Meléndez Lujan, dentro de este marco conceptual, estando a la obligación asumida en la cláusula décima del referido contrato donde el demandante Milton Carlos Meléndez Lujan se compromete a cumplir las obligaciones del servicio pactado en tales condiciones.

- a.6. Es el caso que nos ocupa; el supervisor de obra, **“Será el responsable de velar directa y permanentemente de la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato”, debiendo precisar que** su actuación debe ajustarse al contrato, y a la condición de prestación exclusiva y no concurrente con otro contrato de la misma naturaleza durante el mismo periodo de tiempo.<sup>5</sup>
- a.7. En consecuencia, es menester reiterar el concepto de que el supervisor de obra, cumple sus funciones de carácter permanente, exclusiva y excluyente en la obra, por lo que, consecuentemente **no puede desempeñarse como supervisor o jefe de supervisión en dos o más obras a la vez.**
- a.8. Otro principio que afecta al contrato de supervisión de obra materia de este proceso, es el de la buena fe expresado en la conducta de las partes en el lter negocio, mediante la cual ésta debe mantenerse durante toda la fase del proceso de selección, desde la declaración de la oferta efectuada por Milton Carlos Meléndez Lujan, hasta el conocimiento y aceptación de la oferta por parte de la Municipalidad Provincial del Santa, bajo cuyo imperio se suscribió el contrato de supervisión de obra de fecha 29 de diciembre del 2010.

La buena fe en esta etapa radica, tanto en la lealtad que deben tener las partes respecto de sus propias declaraciones, al sentido de respetarlas, así como a la confianza que se genera en dicha relación , ello nos lleva a considerar la buena fe negocial, ya que esto supone un comportamiento legal y honesto incluso antes de concertar el contrato. Esta buena fe negocial comporta un nivel de diligencia ajustado a determinados cánones de conducta, expresados en la libertad que debía poseer Milton Carlos Meléndez Lujan de poder ejecutar las acciones como

---

<sup>5</sup> De conformidad con lo establecido por la Resolución N°1677-TC- S2, de fecha 15.07.2009, emitida por el Tribunal del OSCE, señala que: “en el caso de las supervisiones de obra, la normatividad de contrataciones establece que la Entidad estará representada de manera permanente en toda obra por un supervisor o inspector, el que tendrá como principal función el control de los trabajos efectuados por el contratista; así; el inspector o supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista, está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que perjudiquen la buena marcha de la obra, para rechazar u ordenar el retiro de materiales o equipo por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas ; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia, precisando no obstante que su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarla. De lo expuesto se advierte que el supervisor de obra o el jefe de supervisión, en caso de que la supervisión recaiga en una persona jurídica o consorcio, cumple funciones de carácter permanente en la obra, por lo que, al igual que el residente de obra, **no puede desempeñarse como supervisor o jefe de supervisión en dos o más obras a la vez.**

supervisor de obra en forma exclusiva y permanente, vale decir, que ello importa, la libertad de poder ejercer dicha actividad sin tener vínculos contractuales con esa u otra entidad similar para ejercer el mismo cargo de supervisor durante el periodo de tiempo precisado en el contrato.<sup>6</sup>

El principio de buena fe, en sus aspectos más generales, cumple importantes funciones en todo el derecho de las obligaciones y de los contratos, destacándose la función que ella desempeña en la integración del contenido contractual. Ante el silencio de las partes, la buena fe incorpora en el programa de derechos y deberes derivados del contrato, todos aquellos que surgen de la naturaleza misma de la relación o los que resultan ordinarios en la regulación de la figura típica de la que se trate.<sup>7</sup>

a.9. En este sentido, el artículo el Art. 10) de la Ley de Contrataciones del Estado, establece los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, señalando una relación de impedidos, siendo el caso en análisis el referido al inc. d, que refiere lo siguiente: En la entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la Ley especial de la materia.

a.10. Al respecto, debemos indicar que se considera servidor público a la ~~persona~~ que brinda un servicio de utilidad social. Esto quiere decir que aquello que

---

<sup>6</sup> La **buena fe** (del latín, *bona fides*) es un principio general del Derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, título de propiedad, o la rectitud de una conducta. Ella exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina principio de **probidad** (Eduardo Couture)

<sup>7</sup> Se señala que la noción de buena fe surgió en el derecho romano, a propósito de la *emptio*, y se extendió en relación con ella a figuras como la posesión y la usucapión. Por otra parte, se indica que la buena fe en el cumplimiento de los contratos surgió a propósito del mecanismo de funcionamiento de los contratos innominados. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965, pág. 81 y sigs. Algunos ven su origen en la distinción de las acciones, que posteriormente se extendió a los contratos, entre *bonae fidei* y *stricti iuris*, pues en las primeras el juez atemperaba el rigor de las formas del derecho civil, atendiendo a criterios de equidad y teniendo en cuenta la naturaleza de las obligaciones, para efectos de determinar su contenido, particularmente cuando aquéllas surgían de contratos con obligaciones recíprocas. Finalmente, se señala también que el concepto adquirió gran desarrollo, por obra del pretor, a través de la creación y la extensión de la *exceptio doli*. 2E NNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLF, MARTIN, Tratado de derecho civil, t. II, vol. I, Derecho de obligaciones, Librería Bosch, Barcelona, 1933, pág.19. 3M EDICUS, DIETER, Tratado de las relaciones obligacionales, vol. I, 1ª edición en español, traducción de ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona. 1993. pág. 74. Señala de fondo que el artículo 242 del BGB, que consagra el principio de buena fe en esa codificación, es considerado como el “rey del Código Civil”. LANDO, OLE. El derecho contractual europeo en el tercer milenio. Revista derecho de los negocios, año II, n°116, mayo de 2000, pág. 16, Editorial La Ley, Madrid.

realiza beneficia a otras personas más allá del salario o retribución económica que pueda percibir el sujeto por este ~~trabajo~~.

Es menester considerar lo dispuesto por El artículo 4 del Código de Ética de la Función Pública , que define al servidor publico como “ **TODO FUNCIONARIO, SERVIDOR O EMPLEADO DE LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, EN CUALQUIERA DE LOS NIVELES JERARQUICOS, SEAN ESTOS NOMBRADOS, CONTRATADOS, DESIGNADOS DE CONFIANZA, O ELECTO QUE DESEMPEÑE ACTIVIDADES O FUNCIONES EN NOMBRE O AL SERVICIO DEL ESTADO”. PARA TAL EFECTO, NO IMPORTA EL REGIMEN JURIDICO DE LA ENTIDAD EN LA QUE PRESTE SERVICIO NI EL REGIMEN LABORAL O DE CONTRATACION AL QUE ESTE SUJETO.**

- a.11. Que, el demandante Milton Carlos Meléndez Lujan, al momento de suscribir el contrato de supervisión de obra de fecha 29 de diciembre del 2010, tenia dos contratos vigentes con la propia entidad demandada, vale decir con la Municipalidad Provincial de Santa, por lo que, conforme lo establecido por el artículo 4 del Código de Ética de la Función Pública, tenia la condición de servidor publico, y en consecuencia estaba impedido de contratar nuevamente con el Estado para la misma función de Supervisor de obra, en el mismo año. **Asimismo se debe tener en cuenta que al momento de suscribir el contrato de supervisión de obra, los otros dos contratos estaban vigentes y consecuentemente estaba contratado como supervisor de dichas obras, de lo que se colige la imposibilidad fáctica de ejercer sus funciones en forma exclusiva y permanente, a favor de la demandada, con lo cual se ha lesionado la presunción de buena fe que rige para la celebración del contrato de supervisión de obra.**
- a.12. Que, atendiendo al principio de especialidad de las normas jurídicas y de los hechos alegados, merituando las normas jurídicas aplicables al presente proceso arbitral, El Árbitro Único está obligado a aplicar la norma pertinente, amparado en el principio **IURA NOVIT CURIA**, a fin de establecer si la pretensión de indemnización del demandante es procedente y si la conducta de la demandada ha generado daño contractual precisando el nexo causal si lo hubiere o la causa que establezca la excepción de pago indemnizatorio atendiendo al ejercicio regular de un derecho como se ha establecido en la jurisprudencia peruana.
- a.14. Que, es menester considerar lo expuesto en la propia demanda por Milton Carlos Meléndez Lujan, quien únicamente solicita el pago de una indemnización como consecuencia de la declaración de nulidad de su contrato contenida en la Resolución de Alcaldía N° 0829 de fecha 04 de julio del 2011, más no cuestiona su validez y legalidad , al no incorporarla como pretensión de su demanda, lo cual importa una aceptación tácita a la decisión administrativa, al no hacer uso de los mecanismos que la normativa vigente le otorga para impugnar y enervar sus efectos, por lo cual dicha resolución de Alcaldía quedó firme y válida, bajo la condición de cosa decidida.

- a.15. La doctrina conceptúa La indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. La indemnización pues 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.”<sup>8</sup>

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 cuántum con criterio subjetivo y equitativamente, para lo cual es necesario determinar si existe el daño supuestamente alegado por el demandante.

Al respecto, en nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño esta 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 antijuricidad de la conducta; b) el daño causado, c) la

---

<sup>8</sup> El mero incumplimiento contractual o producción del hecho ilícito no produce de forma automática el nacimiento de la indemnización por daños y perjuicios. La probanza de este incumplimiento o realización del hecho doloso o culposo incumbe al perjudicado, el cual debe probar el nexo de causalidad entre el hecho y el daño producido. Así las STS de 8 de noviembre de 1983, 3 de julio de 1986, 28 de abril de 1989, 15 de junio de 1992, 13 de mayo de 1997 y 29 de marzo de 2001, sostienen que si bien el incumplimiento puede dar lugar a indemnización, ello “ no significa que se haya abandonado la doctrina general de que el incumplimiento contractual no genera el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación, y que, por ende, incumbe a la parte reclamante la carga de la prueba de su existencia y cuantía”

relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido y d) los 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.<sup>9</sup>

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.

Bajo estos conceptos, el Árbitro Único considera que la Resolución de Alcaldía N° 0829, ha sido expedida en el ejercicio de las funciones administrativas que la ley prescribe para la municipalidad demandada, la cual exhibe la condición de cosa decidida y que no ha sido materia de cuestionamiento e impugnación por parte del demandante, ni ha sido considerada como parte del petitorio para cuestionar su validez legal, coligiéndose que la Resolución de Alcaldía N° 0829- 2011-MPS, constituye un acto administrativo de carácter funcional que importa el ejercicio regular de un derecho.

- a.16. Que, inciso 1, del artículo 1071 del Código Civil, precisa que no hay responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho. Al respecto debemos señalar 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.

Para este árbitro, 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

---

<sup>9</sup> La culpa consiste necesariamente en un erro de conducta (MAZEAUD et TUNC, 1962: t.1-II n. 395 y 439, 52 y 85) y por ende, es siempre un obrar humano, que atribuye un hecho ilícito a su autor, con lo que normalmente se reconoce como culpa, de un lado, un componente objetivo que no es sino la herencia romana de la Lex auilia y el elemento Iniuria, cuyo efecto central sería el de determinar la unión indisoluble de las nociones de culpa y hecho ilícito y de otro componente subjetivo que es el elemento psicológico que distingue el acto ilícito de la simple violación del derecho ajeno ( DEMOGUE, 1923, t. III, n. 242, 409) y como tal , expresa un estado particular del animo en relación con un hecho injurioso.. (CHIRONI, 1987: 6)

por la demandada al emitir la Resolución de Alcaldía N° 0829-2011-MPS del 04 de julio del 2011. La emisión de esta resolución debe ser considerada como un acto no antijurídico y a tenor por lo dispuesto por Díez – Picaso de Transgeniez “El sujeto que actúa dentro de los parámetros del derecho que ostenta, aún cuando cause un daño, no responde civilmente.

Asimismo, debemos precisar que Todo derecho cuenta con un fin económico y social determinado. En líneas generales entendemos como ejercicio regular del derecho a aquel que se efectúa respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin y que se encuentran inspirados por el principio general de la buena fe<sup>10</sup>.

- a.18. 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.

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.

- a.19. Que, al ser la Municipalidad Provincial del Santa, titular de un derecho, cuenta con un conjunto de atribuciones que incluyen, en términos latos, diversos mecanismos de actuación. En este sentido el Art. 56 de la Ley de Contrataciones del Estado, faculta al titular de la Entidad a declarar la nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato y después de celebrados los contratos, 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.

---

<sup>10</sup> El estatus de hecho dañoso justificado del ejercicio regular de un derecho se encuentra, por supuesto, en el carácter regular de dicho ejercicio. Con esto se entiende que, cuando medie una transgresión al fin económico y social para el cual fue establecido un derecho, no nos encontramos ya ante un hecho no antijurídico sino todo lo contrario. (DÍEZ –PICAZO, DE TRAZEGNIES)

Debemos precisar, además, que al haberse declarado nulo el contrato de ejecución de obra “Mejoramiento de pistas y veredas en la Urbanización Laderas del Norte – Distrito de Chimbote – Provincia del Santa – Ancash, por Resolución de Alcaldía N° 057-2011-MPS, de FECHA 31.01.2011, sus efectos jurídicos alcanzan al contrato de supervisión de obra, puesto que carecería de objeto la subsistencia dicho contrato sino existe jurídicamente el contrato principal, en aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal.

La doctrina señala que la suscripción o perfeccionamiento de un contrato declarado nulo, no surte efecto alguno y, en esa medida, es posible que se revisen y declaren nulos, incluso los actos dictados antes de la aparente suscripción, es decir los actos ejecutados durante el proceso de selección, pues las causales de nulidad de un contrato pueden sustentarse en hechos que afecten la validez, no sólo del contrato en si mismo, sino de algunos actos emitidos durante el proceso de selección.

- a.20. Consecuentemente, para el Árbitro Único, la emisión de la Resolución de Alcaldía N° 0829- 2011-MPS de fecha 04 de julio del 2011, mediante la cual se declara la nulidad del contrato de supervisión de obra suscrito con Milton Carlos Meléndez Lujan, constituye el ejercicio regular del derecho de la Municipalidad Provincial del Santa, ejecutado bajo los principios de legalidad y razonabilidad, no existiendo responsabilidad contractual pasible de indemnización.
- a.21. En razón a lo expuesto el Árbitro único, considera que la declaración de nulidad del contrato de supervisión de obra de fecha 29 de diciembre del 2010 por parte de la Municipalidad Provincial del Santa, contenida en la Resolución de Alcaldía N° 0829- 2011-MPS de fecha 04 de julio del 2011; constituye un acto administrativo dictado en el ejercicio regular del derecho de la entidad municipal, que no ha sido impugnado en la vía administrativa, ni en la vía contencioso administrativa, ni mediante el amparo constitucional por lo cual adquiere la autoridad de cosa decidida, firme y válida , ajustada a los cánones de legalidad impuestos por la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y las demás normas aplicables.
- a.22. En atención a ello, el Árbitro Único concluye que la Resolución de Alcaldía N° 0829 -2011-MPS, de fecha 04 de julio del 2011, mediante la cual se declara la nulidad del contrato de supervisión de obra suscrito con Milton Carlos Meléndez Lujan, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1971 Inc. 1 del Código Civil, constituye el ejercicio regular de un derecho, el cual no genera daños y perjuicios y por ende no genera obligación de pago indemnizatorio demandado, por lo cual, desestima la pretensión arbitral relativa al pago por S/. 170,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización.

## **5. ANALISIS DEL PUNTO CONTROVERTIDO SOBRE EL PAGO DE LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL**

- 5.1. Que, en relación a los costos y costas el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje, Ley 26752, dispone que los árbitros se deberán pronunciar en el Laudo sobre los gastos

del arbitraje, teniendo presente de ser el caso, lo pactado en el convenio y de no contener el convenio pacto alguno al respecto, los árbitros se pronunciaran en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o contenido del mismo.

- 5.2. Que, teniendo en cuenta la ley, los alegatos formulados por escrito, así como los fundamentos tanto en las audiencias convocadas, las pruebas ofrecidas, se determina que ambas partes han actuado basados en la existencia de razones para litigar que resultan atendibles; por consiguiente, se considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes al pago exclusivo de las costas y costos del proceso arbitral.
- 5.3. Asimismo debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la demanda la Municipalidad Provincial del Santa, quien no cumplió con el pago de los gastos del presente proceso, mostrando con ello una conducta procesal de rebeldía a lo ordenado por el Árbitro Único, habiendo asumido dichos pagos el demandante Milton Carlos Meléndez Lujan.
- 5.4. Que, por consiguiente, en relación a las costas y costos del presente proceso arbitral, el Árbitro único resuelve que los gastos y honorarios arbitrales deberán ser asumidos por las partes en un 50% cada uno. Considerando que Milton Carlos Meléndez Lujan ha pagado la totalidad de los gastos arbitrales así como los honorarios arbitrales, es menester que la Municipalidad Provincial del Santa renuncie a pagar dichos conceptos, reintegre el 50% del valor total pagado al demandante.

En consecuencia y conforme al estado del proceso el Árbitro Único

**LAUDA:**

- PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la pretensión de indemnización incoada por el demandante Milton Carlos Meléndez Lujan .
- SEGUNDO:** Declarar que el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral sea asumida por ambas partes en un 50% cada uno, ordenando a la Municipalidad Provincial del Santa reintegre a favor del Demandante Milton Carlos Meléndez Lujan el 50% del monto total pagado por este por concepto de gastos y honorarios arbitrales.
- TERCERO:** Notifíquese a través de la secretaría del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE.

**JUAN JOSE UCHUYA MAURTUA**

**ÁRBITRO ÚNICO**