Expediente Arbitral N° A053-2011/AD HOC

CONTROVERSIA ENTRE INVERSIONES SANTA YULIANA E.I.R.L. Y LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CONDORCANQUI.

LAUDO ARBITRAL

Lima, 19 de diciembre de 2012.

Dictado por el Árbitro Único:

DR. ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN.

Secretario Arbitral:

DRA. FABIOLA PAULET MONTEAGUDO,
Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE.

I. PARTES:

DEMANDANTE : INVERSIONES SANTA YULIANA E.I.R.L.
(En adelante INVERSIONES SANTA YULIANA)

DEMANDADA : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE
CONDORCANQUI
(En adelante LA MUNICIPALIDAD)

II. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 12 de agosto de 2011, se instaló el Árbitro Único designado por Resolución N° 377-2011/PRE para resolver la controversia surgida entre la empresa INVERSIONES SANTA YULIANA E.I.R.L. y LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CONDORCANQUI, con la asistencia del representante de INVERSIONES SANTA YULIANA y la inasistencia del representante de LA MUNICIPALIDAD, pese a estar debidamente notificada según cargo de recepción que obra en el expediente, otorgándose a INVERSIONES SANTA YULIANA el plazo de 15 días hábiles para que cumpliera con presentar su demanda.

2. Con escrito presentado el 07 de septiembre de 2011, INVERSIONES SANTA YULIANA presentó su demanda. En tal sentido, mediante Resolución N° 1 de fecha 14 de diciembre de 2011, se tuvo por admitido el escrito de demanda y se corrió traslado a LA MUNICIPALIDAD como parte demandada para que en un plazo de

quince (15) días hábiles para que proceda a contestar la demanda. La Resolución No. 01 fue notificada a la Entidad el día 27 de diciembre de 2012.

3. Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2012, LA MUNICIPALIDAD contesta la demanda, motivo por el cual con Resolución N° 04 del 19 de enero 2012, se dio cuenta de la presentación de la contestación de la demanda y por ofrecidos los medios probatorios, asimismo, se corrió traslado de la contestación de demanda a INVERSIONES SANTA YULIANA para que en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada, de considerarlo conveniente, cuestione los medios probatorios presentados por la Entidad.

4. Con Resolución N° 05 del 07 de marzo de 2012 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 22 de marzo de 2012.

5. El 22 de marzo de 2012, con presencia de ambas partes se llevó a cabo la audiencia programada, declarándose saneado el proceso. Asimismo, el árbitro exhortó a las partes para los efectos de llegar a una posible conciliación, no llegándose a ningún acuerdo.

6. En la audiencia mencionada se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

I. Determinar si corresponde dejar sin efecto la Nulidad del Contrato de Adquisición de Materiales de Construcción N° 019-2010-MPC/CA, declarada mediante Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A de fecha 03 de febrero de 2011.

Asimismo, en caso se declare procedente el punto controvertido antes mencionado; el Árbitro Único deberá establecer si corresponde:

I.1. Ordenar que INVERSIONES SANTA YULIANA culmine con la ejecución total del contrato; o, de no ser posible que se ordene que la entidad pague a INVERSIONES SANTA YULIANA el pago de S/. 14,983.69 nuevos soles por concepto de lucro cesante.

I.2. Ordenar que la entidad cancele a INVERSIONES SANTA YULIANA el pago ascendente a la suma de S/. 80,153.35 nuevos soles, más intereses legales a la fecha de pago, por haber ejecutado el 61.61% del contrato.

I.3. Ordenar que la entidad pague a INVERSIONES SANTA YULIANA la suma ascendente a S/. 15,000.00 por concepto de daño emergente o la suma de 1,600 nuevos soles mensuales contabilizados desde la prestación de la demanda hasta la fecha del pago efectivo más los intereses legales respectivos.

II. Determinar si corresponde que la entidad pague a INVERSIONES SANTA YULIANA la suma de S/. 110,137.04 nuevos soles, como indemnización de daños y perjuicios.

III. Determinar si corresponde que la entidad pague a INVERSIONES SANTA YULIANA la suma de S/. 80,153.35 nuevos soles, más intereses legales por concepto de enriquecimiento sin causa.

IV. Determinar si corresponde que la entidad pague a INVERSIONES SANTA YULIANA la suma de S/. 29,983.69 nuevos soles, por los daños causados al haber declarado la nulidad de contrato.

V. Determinar si corresponde que la entidad pague a INVERSIONES SANTA YULIANA la suma de S/. 77,769.00 nuevos soles, por pérdida de oportunidad de negocio.

VI. Determinar si corresponde condenar a la entidad al pago de costas y costos del proceso.

7. El árbitro admitió los medios probatorios presentados por las partes y citó a éstas a una audiencia especial de ilustración sobre hechos, para el día 26 de abril de 2012.

8. En la fecha señalada se realizó la audiencia mencionada con la asistencia de los representantes de las partes, concediéndose a las partes el plazo de 10 días hábiles para que presentaran la documentación complementaria que consideraran conveniente.

9. Mediante Resolución N° 07 del 03 de julio de 2012, se declaró concluida la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo de 10 días hábiles para presentar alegatos por escrito y de considerarlo pertinente soliciten el uso de la palabra.

10. INVERSIONES SANTA YULIANA presentó sus alegatos por escrito con fecha 20 de julio de 2012, haciendo lo mismo LA MUNICIPALIDAD con fecha 25 de julio de 2012.

11. El árbitro consideró pertinente citar a las partes a una audiencia de informes orales para el 10 de octubre de 2012. En dicha fecha se llevó a cabo la audiencia y culminada la misma se informó a las partes que el laudo sería, expedido en el plazo de 30 días hábiles.

16. Mediante Resolución N° 09 del 23 de noviembre de 2012, se amplió el plazo para emitir el laudo, por 20 días hábiles adicionales.

III. RESUMEN DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES:

DE LA PARTE DEMANDANTE:

INVERSIONES SANTA YULIANA interpone demanda contra LA MUNICIPALIDAD, solicitando lo siguiente:

- **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.**- Que se deje sin efecto la Nulidad del Contrato de Adquisición de Materiales de Construcción N° 019-2010-MPC/CA (EL CONTRATO), declarada mediante Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A de fecha 03 de febrero de 2011, según el artículo segundo de su parte resolutive, por carecer la misma de fundamento legal, y por ende arbitraria.

- **Primera Pretensión accesoria a la primera pretensión principal.**- Que se ordene a LA ENTIDAD la ejecución total de EL CONTRATO, el mismo que se encuentra pendiente de ejecución en un 39.39%, toda vez que INVERSIONES SANTA YULIANA se vio impedida de entregar la totalidad de los materiales contratados ante la arbitraria declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO; en todo caso, si no fuera posible por decisión de LA ENTIDAD completar la ejecución de EL CONTRATO, se ordene a LA ENTIDAD el pago por Lucro Cesante, ascendente al importe de S/. 14,983.69 (Catorce mil novecientos ochenta y tres con 69/100 nuevos soles), equivalente a un 30% del saldo pendiente de ejecución de EL CONTRATO (saldo pendiente de ejecutar S/. 49,945.65).

- **Segunda Pretensión accesoria a la primera pretensión Principal.**- Que se ordene a LA ENTIDAD el pago del importe ascendente a S/. 80,153.35 (Ochenta mil ciento cincuenta y tres con 35/100 nuevos soles), más intereses legales a la fecha de pago, por concepto de pago de la prestación parcial equivalente al 61.61% de EL CONTRATO, que INVERSIONES SANTA YULIANA ejecutó en virtud del CONTRATO.

- **Tercera Pretensión accesoria a la primera Pretensión Principal.**- Que se ordene a LA ENTIDAD el pago a favor de LA CONTRATISTA, una indemnización de daños y perjuicios, por el importe ascendente a S/. 15,000.00 (Quince mil con 00/100 nuevos soles), por el daño emergente que le ocasionó la arbitraria declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO, por cuanto la arbitraria declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO, así como la falta de pago de la prestación parcial ejecutada a favor de LA ENTIDAD, trajo como consecuencia que INVERSIONES SANTA YULIANA se vea impedida de cumplir con sus obligaciones con terceros, lo cual le generó y le continúa generando daños económicos, puesto que continúa pagando intereses de un préstamo particular que fue realizado con el fin de cumplir responsablemente con las obligaciones contractuales con LA ENTIDAD.

PRETENSIONES SUBORDINADAS A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- **Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.**- Que en el caso no se ampare la Primera Pretensión Principal, se ordene a LA ENTIDAD que pague a LA CONTRATISTA, el importe ascendente a S/. 110,137.04 (Ciento diez mil ciento treinta y siete con 04/100 nuevos soles), como indemnización de daños y perjuicios (Daño emergente y Lucro Cesante), de acuerdo a lo siguiente:

a) Daño Emergente: El importe ascendente a S/ 95,153.35, correspondiente a:

- ➔ S/. 80, 153.35, correspondiente al daño ocasionado por la falta de pago de la prestación parcial equivalente al 61.61% de EL CONTRATO.
- ➔ S/. 15,000.00 (Quince mil con 00/100 nuevos soles), por cuanto la arbitraria declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO, así como la falta de pago de la prestación parcial ejecutada a favor de LA ENTIDAD, trajo como consecuencia que INVERSIONES SANTA YULIANA se vea impedida de cumplir con sus obligaciones con terceros, lo cual le generó y le continúa generando daños económicos, puesto que continúa pagando intereses de un préstamo particular que fue realizado con el fin de cumplir responsablemente con las obligaciones contractuales con LA ENTIDAD.

b) Lucro cesante: El importe ascendente a S/. 14,983.69 (Catorce mil novecientos ochenta y tres con 69/100 nuevos soles), equivalente a un 30% del saldo pendiente de ejecución de EL CONTRATO (saldo pendiente de ejecutar S/. 49,945.65).

- Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.- Que en caso no se ampare la primera pretensión principal ni la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, se ordene a LA ENTIDAD que pague a INVERSIONES SANTA YULIANA el importe ascendente S/. 80,153.35 (Ochenta mil ciento cincuenta y tres con 35/100 nuevos soles), por Enriquecimiento sin causa, más intereses legales a la fecha de pago.

- Pretensión accesoria a la Segunda Pretensión Subordinada.- Que LA ENTIDAD pague a favor de INVERSIONES SANTA YULIANA una indemnización de daños y perjuicios, por el importe ascendente a S/. 29,983.69 (Veintinueve mil novecientos ochenta y tres con 69/100 nuevos soles), por lo daños que le ocasionó al declarar arbitrariamente la Nulidad de EL CONTRATO, de acuerdo a los siguientes conceptos:

a) Lucro cesante: El importe ascendente a S/. 14,983.69 (Catorce mil novecientos ochenta y tres con 69/100 nuevos soles), equivalente a un 30% del saldo pendiente de ejecución de EL CONTRATO (saldo pendiente de ejecutar S/. 49,945.65).

b) Daño emergente: El importe ascendente a S/. 15,000.00 (Quince mil con 00/100 nuevos soles), por cuanto la arbitraria declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO, así como la falta de pago de la prestación parcial ejecutada a favor de LA ENTIDAD, trajo como consecuencia que INVERSIONES SANTA YULIANA se vea impedida de cumplir con sus obligaciones con terceros, lo cual le generó y le continua generando daños económicos, puesto que continua pagando intereses de un préstamo particular que fue realizado con el fin de cumplir responsablemente con las obligaciones contractuales con LA ENTIDAD.

- SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.- Que LA MUNICIPALIDAD asuma la totalidad de los costos y costas que demande el proceso arbitral (honorarios de árbitro único, tasas administrativas y honorarios de abogados).

Mediante Escrito N° 3 de Acumulación de Pretensiones, INVERSIONES SANTA YULIANA solicitó la acumulación de las siguientes pretensiones:

- Ampliación de la Tercera Pretensión accesoria a la primera Pretensión Principal.- en los términos siguientes:

En lo que se refiere al importe solicitado como indemnización de daños y perjuicios (daño emergente) ascendente a S/. 15,000.00 por concepto de interés mensual de S/. 1,600.00 nuevos soles (según lo solicitado en la tercera pretensión accesoria a la primera pretensión principal), que corresponde a los intereses mensuales que viene generando el préstamo particular que realizó INVERSIONES SANTA YULIANA con la finalidad de cumplir con la obligación contratada por LA

ENTIDAD (por el importe ascendente a S/. 40,000.00, con un interés del 4% mensual), solicita que el interés mensual que viene generando el mencionado préstamo sea calculado hasta la fecha en que LA ENTIDAD cumpla con hacer efectivo el pago por la ejecución de EL CONTRATO arbitrariamente declarado nulo.

- Cuarta Pretensión accesoria a la primera Pretensión Principal.- Que se ordene a LA ENTIDAD el pago a favor de LA CONTRATISTA, de una indemnización de daños y perjuicios (lucro cesante), por el importe ascendente a S/. 77,769.00, por la pérdida de oportunidad de negocio.

- Ampliación a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.- en los términos siguientes:

→ En lo que se refiere al importe solicitado como indemnización de daños y perjuicios (daño emergente) ascendente a S/. 15,000.00, por concepto de interés mensual de S/. 1,600.00 nuevos soles (según lo solicitado en la tercera pretensión accesoria a la primera pretensión principal), que corresponde a los intereses mensuales que viene generando el préstamo particular que realizó INVERSIONES SANTA YULIANA con la finalidad de cumplir con la obligación contratada por LA ENTIDAD (por el importe ascendente a S/. 40,000.00, con un interés del 4% mensual), solicita que el interés mensual que viene generando el mencionado préstamo sea calculado hasta la fecha en que LA ENTIDAD cumpla con hacer efectivo el pago por la ejecución de EL CONTRATO arbitrariamente declarado nulo.

→ Se considere además como indemnización de daños y perjuicios (lucro cesante) por pérdida de oportunidad de negocio: Que se ordene a LA ENTIDAD el pago a favor de LA CONTRATISTA, de una indemnización de daños y perjuicios (lucro cesante), por el importe ascendente a S/. 77,769.00, por la pérdida de oportunidad de negocio.

- Ampliación a la Pretensión accesoria a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.- en los términos siguientes:

→ En lo que se refiere al importe solicitado como indemnización de daños y perjuicios (daño emergente) ascendente a S/. 15,000.00, por concepto de interés mensual de S/. 1,600.00 nuevos soles (según lo solicitado en la tercera pretensión accesoria a la primera pretensión principal), que corresponde a los intereses mensuales que viene generando el préstamo particular que realizó INVERSIONES SANTA YULIANA con la finalidad de

cumplir con la obligación contratada por LA ENTIDAD (por el importe ascendente a S/. 40,000.00, con un interés del 4% mensual), solicitamos que el interés mensual que viene generando el mencionado préstamo sea calculado hasta la fecha en que LA ENTIDAD cumpla con hacer efectivo el pago por la ejecución de EL CONTRATO arbitrariamente declarado nulo.

- ➔ Se considere además como indemnización de daños y perjuicios (lucro cesante): Que se ordene a LA ENTIDAD el pago a favor de LA CONTRATISTA, de una indemnización de daños y perjuicios (lucro cesante), por el importe ascendente a S/. 77,769.00, por la pérdida de oportunidad de negocio.

INVERSIONES SANTA YULIANA sustenta las pretensiones de su demanda en los siguientes fundamentos:

Señala que LA MUNICIPALIDAD, con motivo de la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza, Distrito de Santa María de Nieva, Provincia de Condorcanqui – Amazonas”, cuya modalidad de ejecución establecida en su respectivo Expediente Técnico, es: “Por Administración Directa”, convocó los siguientes procesos de selección, para proveerse de bienes, servicios y mano de obra:

- ➔ Adjudicación Directa Selectiva N° 020-2010-MPC/CEPCA “Adquisición de Materiales de Construcción” (*Proceso de Selección que dio origen a EL CONTRATO materia del presente arbitraje*).
- ➔ Adjudicación Directa Pública N° 004-2010-MPC-CEPCA “Contratación de Servicio de Carpintería de Madera”.
- ➔ Adjudicación de Menor Cuantía N° 022-2010-MPC-CEPCA “Contratación de Servicios de Mano de Obra, herramientas y equipos”.
- ➔ Adjudicación de Menor Cuantía N° 023-2010-MPC-CEPCA “Contratación de Servicios de Acarreo de Material Agregado”.

Expresa que como resultado de los procesos de selección indicados, LA MUNICIPALIDAD suscribió los contratos respectivos, entre ellos, con INVERSIONES SANTA YULIANA celebró EL CONTRATO con fecha 10 de diciembre 2010, el cual se derivó de Adjudicación Directa Selectiva N° 020-2010-MPC/CEPCA, para la Adquisición de Materiales de Construcción de la citada obra.

Manifiesta que con fecha 25 de enero de 2011, INVERSIONES SANTA YULIANA en

cumplimiento de lo establecido en las Bases de la referida Adjudicación Directa Selectiva, hizo entrega en el Almacén de la Obra ubicado en la Comunidad Nativa de Puerto Tundunza, los materiales de construcción contratados mediante EL CONTRATO, habiéndose ejecutado dicho contrato en un 61.61%.

Indica que, posteriormente, con fecha 19 de febrero de 2011, pese a que EL CONTRATO se encontraba en plena ejecución, LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MP/CA, resolvió DECLARAR la NULIDAD DE LOS CONTRATOS derivados de los Procesos de Selección anteriormente mencionados, entre ellos, de EL CONTRATO, conforme se aprecia del artículo segundo de la citada Resolución de Alcaldía, de acuerdo al siguiente detalle:

- **Contrato de Adquisición de Materiales de Construcción N° 019-2010-MPC/CA**, suscrito con Inversiones Santa Yuliana E.I.R.L, para la Adquisición de materiales de construcción destinados a ser utilizados en la ejecución de la obra: Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 020-2010 MPC-CEPCA.
- **Contrato de Mano de Obra N° 041-2010-MPC/A**, para la prestación del servicio de mano de obra a suma alzada para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 022-2010-MPC-CEPCA.
- **Contrato de Adquisición de Agregados N° 028-2010-MPC/A**, para la contratación de servicios de acarreo de material agregado a suma alzada para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 023-2010-MPC-CEPCA.
- **Contrato de Mano de Obra en Carpintería de Madera N° 037-2010-MPC/A**, para la contratación del servicio de mano de obra en carpintería de madera a suma alzada para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010-MPC-CEPCA.

Detalla que, el argumento de LA MUNICIPALIDAD para declarar la Nulidad de EL CONTRATO, entre otros, fue el siguiente (considerando señalado en el numeral 8 de la Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A):

“(…) que la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza” cuenta con su expediente técnico debidamente aprobado por Resolución de Alcaldía, siendo el monto presupuestado la suma de S/. 591,843.09 (Quinientos noventiuno Mil Ochocientos cuarentitres y 09/100 Nuevos Soles), lo que significa que en su conjunto tuvo que haberse efectuado un Proceso de Selección de Adjudicación Directa Selectiva, no debiendo haberse fraccionado por cuanto se infringe lo prescrito por el Art. 19 del D.Leg. 1017, respecto a que “Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo del proceso de selección que corresponda según la necesidad anual. (...). Siendo que en el presente caso se han realizado hasta cuatro (04) PROCESOS DE SELECCIÓN, que en sí se han orientado a cambiar el tipo de selección de ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA que debe realizarse sólo para la ejecución de la Obra y no para servicios o adquisición de materiales u otros para la ejecución de una obra que cuenta con un expediente técnico integral, debidamente aprobado”.

Destaca que bajo el argumento citado precedentemente, LA MUNICIPALIDAD declaró entre otros, la NULIDAD de EL CONTRATO, señalando lo siguiente (numeral 12 del considerando de la Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A):

“Que, es preciso acotar que en el presente caso ya existen contratos suscritos por lo que resulta aplicable el tercer párrafo del Art. 56 del D.Leg. 1017 que prescribe: “Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos: inc. d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente”.

Expresa que en resumen, LA MUNICIPALIDAD argumenta que se ha configurado “Fraccionamiento”, debido a que:

“Se han realizado cuatro (04) procesos de selección orientados a cambiar el tipo del proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva, que debió realizarse solo para la ejecución de la Obra; y que por tal razón, no se ha utilizado el proceso de selección correspondiente por haberse fraccionado la contratación”.

Sostiene que LA MUNICIPALIDAD ha cometido una arbitrariedad, al declarar la nulidad de EL CONTRATO, el cual se encontraba ejecutado en un 85%, toda vez que el argumento esbozado carece de sustento fáctico y legal.

Advierte respecto al Fraccionamiento prohibido por LEY, que el artículo 19° establece:

“Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el proceso de sección que corresponda según la necesidad anual (...)”.

Concordante con la citada norma, el artículo 20º de EL REGLAMENTO, establece:

“La prohibición de fraccionamiento a que se refiere el artículo 19º de la Ley significa que no debe dividirse una contratación para dar lugar al cambio del tipo del proceso de selección (...)”.

Sostiene que “Fraccionar” significa dividir una contratación en partes o fracciones, dando lugar a varios procesos de selección respecto de un mismo objeto, a fin de evadir la realización de un único proceso de selección, debido a su rigurosidad.

Advierte que, para que se configure el “Fraccionamiento” prohibido por la norma de Contrataciones del Estado, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en diversas opiniones ha señalado que deben concurrir necesariamente dos elementos: *“un elemento objetivo y tangible constituido por la división artificial de una adquisición o contratación unitaria debidamente programada; y, un elemento subjetivo, consistente en la finalidad del funcionario de cambiar la modalidad o tipo de proceso de selección”*¹.

Nota que en el caso materia de autos, no se ha realizado ninguna división de la contratación, por cuanto los procesos de selección indicados anteriormente, fueron realizados por LA MUNICIPALIDAD para proveerse de bienes, servicios y mano de obra, a fin de que se pudiera llevar a cabo la ejecución de la obra: *“Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza”*, toda vez que la modalidad de ejecución de obra, establecida en su respectivo Expediente Técnico es: **“POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA”**, tal como consta expresamente en el numeral 11.0 del Capítulo I: Memoria descriptiva del Expediente Técnico de la obra, aprobado por Resolución de Alcaldía N° 022-2010-MPC/CA de fecha 19 de enero de 2010.

Indica que, bajo la modalidad de ejecución **“POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA”**, es LA MUNICIPALIDAD quien está a cargo de la Obra, siendo necesario que para iniciar su ejecución, previamente debe contratar los bienes, servicios y mano de obra requeridos en el respectivo Expediente Técnico. Es en tal virtud que, LA ENTIDAD convocó los procesos de selección señalados anteriormente a fin de proveerse, entre otros, de los materiales de construcción contemplados en el Expediente Técnico, los cuales fueron contratados mediante EL CONTRATO, declarado Nulo injustamente por LA ENTIDAD pese a que se encontraba en ejecución con un avance de 61.61%.

¹ Opinión N° 126-2005/GTN del ex CONSUCODE, hoy OSCE.

Respecto al argumento de LA MUNICIPALIDAD, que sostiene que debió ejecutarse un solo proceso de selección para la contratación de la obra en su conjunto mediante un proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva, señala que dicho argumento es erróneo, toda vez que en el Expediente Técnico de la Obra: “*Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza*”, no se estableció como modalidad de ejecución “POR CONTRATA”, a través de la cual un tercero se hace cargo de la obra en su conjunto. Además, señala que sólo en el caso de corresponder a dicha modalidad de ejecución, podía convocarse la obra en su conjunto, no siendo el caso, pues la modalidad de ejecución establecida en su respectivo Expediente Técnico, es “POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA”.

Aprueba de los respectivos Contratos de los procesos de selección anteriormente señalados, éstos corresponden a objetos distintos, precisando que la única vinculación que existe entre ellos, es que son para una misma obra². Sobre este tema en particular, menciona que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (Ex CONSUCODE), en diversas opiniones, entre ellas, mediante la OPINIÓN N.º 086-2008/DOP Jesús María, 28 de noviembre de 2008, ha señalado lo siguiente: “(...) cuando se trate de bienes, servicios u obras distintos pero vinculados entre sí, una Entidad tiene la facultad —mas no la obligación— de convocar un solo proceso según relación de ítems, siendo cada ítem un proceso menor e independiente dentro de un proceso denominado principal (...)”. Asimismo, en la citada opinión, se señala que “(...) Sólo en caso que los bienes o servicios a adquirirse revistan características o términos que los hagan singulares —es decir, distintos entre sí— corresponderá, en principio, efectuar tantos procesos de selección como bienes y/o servicios requieran contratarse o adquirirse (...)”. En tal sentido, concordante con la opinión vertida por el Organismo rector de las Contrataciones del Estado, los procesos de selección realizados por LA MUNICIPALIDAD para proveer de bienes, servicios y mano de obra anteriormente señalados, no configuran fraccionamiento, por cuanto no existió división de la contratación ya que éstos se realizaron en congruencia con la modalidad de ejecución de la obra “POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA”, establecida en su respectivo Expediente Técnico y los mismos corresponden a objetos distintos.

Igualmente, nota que los procesos de selección anteriormente mencionados no se realizaron para evitar la realización del proceso de selección de “Adjudicación Directa Selectiva”, como erróneamente lo señala LA MUNICIPALIDAD por cuanto no era el caso de una obra bajo modalidad de ejecución POR CONTRATA para que se pudiera convocar la obra en su conjunto, siendo que además el argumento sostenido por LA ENTIDAD no tiene sustento lógico pues como se explicaría dicha

² Obra: “*Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza*”

³ Vinculación que puede verificarse, por ejemplo, cuando las distintas contrataciones están relacionadas a un mismo Proyecto.

afirmación, si en el caso de EL CONTRATO, éste se originó de un proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva, como correspondía y los otros procesos de selección incluso uno de ellos se realizó mediante una Adjudicación Directa Pública.

Para INVERSIONES SANTA YULIANA no concurren los elementos objetivo y subjetivo indispensables para la configuración del Fraccionamiento prohibido por Ley, puesto que no existió división de la contratación y no existió animus de evitar la realización de un proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva, como erróneamente lo argumenta LA MUNICIPALIDAD; y por consiguiente, la Nulidad de EL CONTRATO y por ende, la nulidad de la Adjudicación Directa Selectiva N° 020-2010-MPC/CEPCA, debe dejarse sin efecto, debiendo LA MUNICIPALIDAD cumplir con realizar el pago a INVERSIONES SANTA YULIANA por concepto de pago de la prestación que se ejecutó validamente a favor de LA ENTIDAD.

Alega que la arbitrariedad de LA MUNICIPALIDAD se evidencia aún más, del contenido de la propia Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A, pues por un lado declara la Nulidad de los contratos, entre ellos la de EL CONTRATO, y por otro lado, en su artículo tercero de la parte resolutive, dispone *“la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza”, por ADMINISTRACIÓN DIRECTA, (artículo cuarto de la Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A), lo que significa que LA MUNICIPALIDAD volvería a convocar procesos de selección para contratar los mismos objetos que contrató a través de los contratos declarados nulos, entre ellos, lo contratado mediante EL CONTRATO.*

Advierte que lo señalado en el párrafo precedente, se demuestra con la convocatoria del proceso de selección convocado por LA MUNICIPALIDAD, con fecha 08 de agosto de 2011, mediante el proceso de Adjudicación Directa Selectiva N° 2-2011-MPC, por ítem-paquete, la “Adquisición de artículos de Ferrería y servicios de carpintería de Madera para la Obra: *“Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza”*, de cuyas Bases se aprecia que el objeto de la convocatoria es la “adquisición de artículos de ferretería y contratación de los servicios de carpintería, con lo cual su argumento de que debió convocarse un solo proceso de selección para la obra en su conjunto, es evidentemente claro que no tiene sustento fáctico ni legal, por el propio hecho que se trata de una obra por “ADMINISTRACIÓN DIRECTA”.

Precisa que la Nulidad de EL CONTRATO se realizó cuando éste se encontraba en plena ejecución contractual, habiendo quedado pendiente de ejecución un aproximado del 39% del mismo, contando INVERSIONES SANTA YULIANA con la totalidad de los materiales pendientes de entrega y que por culpa de LA MUNICIPALIDAD no se pudo continuar con la ejecución total de EL CONTRATO.

Expresa que LA DEMANDANTE se encuentra a disposición de LA MUNICIPALIDAD, para entregar el restante de los materiales de construcción contratados mediante EL CONTRATO, por lo que deberá ordenarse la ejecución total de EL CONTRATO. En todo caso, señala que si por decisión de LA MUNICIPALIDAD no fuera posible completar la ejecución de EL CONTRATO, se solicita que se ordene a LA ENTIDAD el pago por Lucro Cesante, el importe ascendente a S/. 14,983.69, equivalente a un 30% del saldo pendiente de ejecución de EL CONTRATO, ascendente a S/. 49,945.65.

Explica que el Lucro Cesante, se sustenta en que dejará de percibir la ganancia prevista en relación al saldo pendiente de ejecución de EL CONTRATO, toda vez LA MUNICIPALIDAD declaró arbitrariamente la Nulidad de EL CONTRATO, pese a que éste se encontraba en plena ejecución, y en razón a que se contaba con la totalidad de los materiales de construcción contratados, los que no fueron posibles de ser entregados debido a la Nulidad de EL CONTRATO declarada injustamente por la Entidad.

Indica que, con fecha 25 de enero de 2010, comenzó a ejecutar EL CONTRATO, habiendo entregado los materiales de construcción contratados en un 61.61%, en el lugar de entrega establecido según el Capítulo III de las Bases de la Adjudicación Directa Selectiva No. 020-2010-MPC/CEPCA/A, que dio origen a EL CONTRATO, es decir en el Almacén de la Obra de la C.N. Puerto Tundunza. Conforme consta del Acta de Constatación de Materiales puestos en el Almacén de la CC.NN. Puerto Tundunza, efectuada por el Juez de Paz de la Comunidad Nativa Tyuntsa, Sr. GREGORIO TAAN AKOSTIN.

Detalla que los materiales de construcción señalados en la mencionada Acta fueron entregados en presencia del APU de la Comunidad Nativa SR. RUFINO EWAK NEECAT, y fueron recibidos por el Jefe de Almacén Idelfonso Espejo Tiwi y el Jefe de Logística José D. Vilcabana Sánchez, funcionarios de la Municipalidad de Condorcanqui, tal como expresamente ha sido reconocido en el Informe No. 120-2011-MPC/OAJ de fecha 15 de marzo de 2011, elaborado por el Asesor Jurídico de la Municipalidad Provincial de Condorcanqui, en donde señala que los citados funcionarios suscribieron 04 Guías de Remisión y un Acta de Entrega y Recepción con fecha 26 de enero de 2011, documentos que obran en poder de LA ENTIDAD, toda vez que en poder de INVERSIONES SANTA YULIANA no quedó ninguna copia de la Guía de Remisión de los materiales de Construcción entregados. Sin embargo, pese a que INVERSIONES SANTA YULIANA ha solicitado a LA MUNICIPALIDAD mediante Carta de fecha 04 de agosto de 2011, la entrega de la copia que le corresponde como usuario, dicha entidad hizo caso omiso a la solicitud.

Asimismo, precisa que los costos de los materiales entregados son conformes a los precios contratados mediante EL CONTRATO. Menciona que LA MUNICIPALIDAD tampoco atendió su solicitud de entregar una copia fedateada de la propuesta económica que presentó INVERSIONES SANTA YULIANA en el proceso de selección que dio origen a EL CONTRATO, no obstante los precios ofertados fueron plasmados en EL CONTRATO.

Alega que la arbitraria declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO le ocasionó un Daño Emergente, por cuanto la Nulidad de EL CONTRATO, así como la falta de pago de la prestación parcial ejecutada a favor de LA MUNICIPALIDAD, trajo como consecuencia que INVERSIONES SANTA YULIANA se vea impedida de cumplir con sus obligaciones con terceros, lo cual le generó y le continúa generando daños económicos, puesto que continúa pagando intereses de un préstamo particular que fue realizado con el fin de cumplir responsablemente con las obligaciones contractuales con LA MUNICIPALIDAD.

Puntualiza que, el daño emergente se sustenta en que solicitó un préstamo particular por el importe de S/. 40,000.00, en su condición de Micro y Pequeña Empresa, para financiar la ejecución de EL CONTRATO, a fin de cumplir responsablemente sus obligaciones contractuales asumidas con LA MUNICIPALIDAD, préstamo que proyectó pagarlo en 4 meses desde enero 2011 a junio de 2011. Sin embargo, debido a la declaratoria de Nulidad de EL CONTRATO, efectuada injustamente por LA MUNICIPALIDAD, y a la falta de pago de los materiales entregados en ejecución de EL CONTRATO, hasta la fecha viene pagando el importe de S/. 1,600.00 mensuales, por concepto de intereses al prestamista particular, daño que es ocasionado directamente ante la negativa de LA ENTIDAD en efectuarme el pago de los materiales de construcción entregados en ejecución de EL CONTRATO.

Argumenta que la arbitraria nulidad de EL CONTRATO le impidió invertir el dinero adeudado por LA MUNICIPALIDAD en nuevas oportunidades de negocio, pues en su calidad de Micro y Pequeña Empresa, no cuenta con capital suficiente para sus negocios, teniendo que invertir y reinvertir sus utilidades en futuros negocios, a fin de poder obtener utilidades. Asimismo, el hecho de dejar de percibir la contraprestación de EL CONTRATO, ha incidido que deje de cumplir otras obligaciones, trayendo consigo de que sea reportada a la Central de Riesgos, causándonos gravemente un daño pues al estar reportados como morosos, las entidades bancarias y financieras nos han cerrado las puertas y no puede acceder a créditos ni solicitar Cartas Fianzas, por ende nos limita a participar en los procesos de selección que convoca el Estado, puesto que las garantías son un requisito indispensable para poder contratar con el Estado.

En caso no se ampare la primera pretensión principal ni la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, invoca un enriquecimiento sin causa de LA MUNICIPALIDAD, toda vez que EL CONTRATO fue ejecutado en un 61.61% a favor de dicha entidad, lo cual asciende a la suma S/. 80, 153.35 (Ochenta mil ciento cincuenta y tres con 35/100 nuevos soles) que inciden en un menoscabo del patrimonio de LA CONTRATISTA.

Argumenta que los materiales de construcción entregados a favor de LA MUNICIPALIDAD fueron ejecutados dentro de un contrato válido, por lo que pese a haber sido declarado nulo EL CONTRATO, dicha situación no es causa justa para que LA MUNICIPALIDAD se niegue a pagar lo realmente ejecutado conforme se demuestra con el Acta de Constatación de Materiales entregados y con el Informe No. 120-2011-MPC/OAJ de fecha 15 de marzo de 2011, donde expresamente se reconoce que los funcionarios de LA ENTIDAD recibieron los materiales de construcción entregados en el lugar de la obra. Siendo que además, los materiales de construcción debido al tiempo transcurrido no resultan de utilidad para LA CONTRATISTA, toda vez que fueron exclusivamente adquiridos para cumplir con las obligaciones contractuales asumidas con LA MUNICIPALIDAD en virtud de EL CONTRATO.

Cita un pronunciamiento del OSCE, mediante Opinión N° 042-2010-DTN, que señala: *“los proveedores son agentes de mercado que colaboran con las Entidades al satisfacer sus necesidades de abastecimiento de bienes, servicios y obras para cumplir con sus funciones, pero dicha colaboración implica el pago del precio de mercado de la prestación, determinado sobre la base de un estudio de las posibilidades que ofrece el mercado el cual debe incluir todos los costos que incidan en la prestación, incluyendo la utilidad del proveedor. En esa medida, el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor a favor de la Entidad debe considerar el íntegro del precio de la prestación ejecutada, aquel que antes de la declaración de la nulidad del contrato habría sido la contraprestación o retribución del contratista”*.

DE LA PARTE DEMANDA:

Sostiene que en claro contubernio con diversos proveedores, al finalizar la gestión 2010, se convocaron de modo irregular cuatro (04) procesos de selección dentro del marco de la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundaza, Provincia de Condorcanqui – Amazonas”, cuando aún no existía condiciones para que se pueda ejecutar la obra.

Señala que con dichos procesos de selección se incurre en la causal de fraccionamiento de la ejecución de la obra en 04 procesos, transgrediendo el

artículo 19° del Decreto Legislativo N° 1097, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado.

Explica que mediante Resolución de Alcaldía N° 022-2010-MPC/A, de fecha 19 de enero de 2010, se aprobó el expediente técnico de dicho proyecto, aprobándose el presupuesto por el monto de S/. 591, 843.09, destacando en su desagregamiento que por Costo Directo, el monto de la obra ascendía a la suma de S/. 527,971.14.

Advierte que nunca para el proceso de selección ni para la suscripción del contrato se emitió acto resolutorio en la que se haya indicado que la obra iba a ser ejecutada por Administración Directa. Pero, incluso en ese supuesto, nota que se estaría ante una situación donde no concurren los requisitos exigibles por la Resolución de Contraloría N° 295-88-CG. Ello porque para ejecutar una obra por administración directa es necesario que la entidad tenga: a) la capacidad técnica y administrativa para ejecutarla, b) demostrar que el costo total de la ejecución por administración directa es por lo menos 10% menor del costo de su ejecución por contrata, lo que no ha ocurrido.

Destaca que la materia de la buena pro de modo irregular al demandante, no constituyen la totalidad de materiales necesarios para la ejecución de la obra, y se generaba un perjuicio económico de S/. 181, 524.44, según se aprecia en el Informe N° 0025-2011-MPC/GM/SGIDUR, donde se da cuenta que para la ADS N° 020-2010-MPC/CEPCA, no se adjudicaron todos los materiales.

Expresa que al haberse realizado 04 procesos por un monto total de S/519,015.71, si se le adiciona lo faltante de S/. 181, 524.44, se tendría que la totalidad de la obra a ejecutarse sería por S/. 700,540.15 monto elevado que no podría permitirse tal acto doloso e irregular de claro perjuicio a la entidad.

Afirma que tal fraccionamiento se ha dado a nivel de la ejecución de la obra, entendiéndola como integral. Además, al no haberse licitado todos los materiales significan que sí se ha dado también un fraccionamiento a nivel de la adquisición de materiales de construcción.

Recalca que debió haberse ejecutado toda la obra en su conjunto en un solo proceso el mismo que es distinto a los 04 procesos que se han realizado.

Denuncia otros hechos de irregularidad presentes en EL CONTRATO. Señala que las Bases contienen una serie de exigencias para la suscripción de la Buena Pro, entre los cuales resalta; el numeral 3.4.2, sobre entrega de garantía de fiel cumplimiento, el numeral 1.10, sobre plazo de entrega de los bienes en 30 días calendarios; el numeral 2.7 relativo a la Carta Fianza por el 10% del valor referencial; y la pro forma del contrato que debería ser el mismo al suscribirse,

pero en el presente caso al redactarse el mismo con fecha 10 de diciembre de 2010, varía desde la cláusula séptima.

Alega que el contrato al no haberse ceñido estrictamente a lo que establecieron las Bases, significa que se ha promovido un favoritismo al proveedor. Así, resalta que no se fijó cláusula de garantía, ni se incorporó en el contrato la cláusula que establezca que la ejecución de los mismos está sujeta a la disponibilidad presupuestaria y financiera de la Entidad, nunca se justificó la tardanza en la entrega de los materiales, ni tampoco se requirió el cronograma de entrega de los mismos.

Sostiene que para que se haya producido la entrega del material debió haberse establecido un Cronograma de Entrega de acuerdo al avance de la obra.

Considera que no se ha probado que LA MUNICIPALIDAD haya recibido el material, ya que INVERSIONES SANTA YULIANA dejó una cantidad de material en un local que no es de LA MUNICIPALIDAD ni almacén de ejecución de obra, de allí que ni siquiera la entidad tuvo oportunidad de verificar la calidad de dichos materiales.

Anota que debe desestimarse la demanda al no existir pretensión alguna que cuestione la nulidad del proceso de selección, ya que la pretensión principal de la demanda es que se deje sin efecto la nulidad de EL CONTRATO, que fuera declarada por medio de la Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A de fecha 03 de febrero del 2011. Indica que la nulidad del contrato es consecuencia de la nulidad del proceso.

IV. DE LOS CONSIDERANDOS DEL LAUDO:

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Árbitro Único respecto a las pretensiones de las partes, evaluando cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

IV. 1.- DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Proceso Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional; (ii) que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Arbitraje; (iii) que INVERSIONES SANTA YULIANA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que LA

MUNICIPALIDAD fue debidamente emplazado con la demanda y tuvo plena oportunidad para ejercer plenamente su derecho de defensa, por lo que contestó la demanda y se apersono al proceso; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, este Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos

IV.2.- ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente laudo está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Árbitro Único, en base a las pretensiones promovidas por la parte demandante y demandada, aceptados por éstas conforme consta en dicha acta.

El Árbitro Único para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El Árbitro Único declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

Atendiendo a los elementos tanto fácticos como jurídicos analizados en el desarrollo del proceso arbitral, y sobre la base de los antecedentes expuestos, el Árbitro Único es de la opinión que la controversia materia del presente arbitraje de derecho se ha centrado fundamentalmente sobre la legalidad o no de la Declaración de Nulidad de Oficio del Contrato de Adquisición de Materiales de Construcción N° 019-2010-MPC/A de fecha 10 de diciembre, dispuesta por LA MUNICIPALIDAD mediante Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A.

En efecto, las partes tienen varias discrepancias vinculadas y dependientes directamente con la referida Nulidad de Oficio.

Como en el presente caso la discrepancia se circunscribe a la Declaración de Nulidad y a los efectos derivados de dicho acto, el Árbitro Único concentrará su análisis en cada uno de esos extremos.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

IV.3.1 PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

“DETERMINAR SI CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO LA NULIDAD DEL CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN N° 019-2010-MPC/CA, DECLARADA MEDIANTE RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 028-2011-MPC/A DE FECHA 03 DE FEBRERO DE 2011”

En el presente caso arbitral se tienen como punto controvertido la determinación de la legalidad de la Declaración de Nulidad de Oficio dispuesta por la entidad, extremo que debe dilucidarse a la luz de los hechos y las pruebas actuadas por las partes.

Para resolver la controversia de las partes respecto a la nulidad de EL CONTRASTO, el Árbitro Único considera pertinente, en primer lugar, formular algunas precisiones conceptuales que sustentarán su pronunciamiento sobre el punto controvertido.

Así, cabe señalar que, expresamente el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado –Decreto Legislativo 1071- faculta a la Entidad a declarar la nulidad de oficio después de celebrados los contratos, en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10° de la presente norma; (referido a los impedimentos para ser postor y/o contratista)*
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;*
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,*
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente”.*

Conforme a la Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A, LA MUNICIPALIDAD ha invocado como causal de Nulidad de Oficio, el supuesto contenido en el inciso d) del citado artículo 56°, esto es, en el considerando **“12. Que, es preciso acotar que en el presente caso ya existen contratos suscritos por lo que resulta aplicable el tercer párrafo del artículo 56° del Decreto Legislativo 1017 que prescribe: “Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos: inc. d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección**

correspondiente”. Siendo del caso que de los análisis efectuados no se ha utilizado el proceso de selección correspondiente por el hecho de haberse fraccionado la contratación”.

Como puede apreciarse el fundamento que sostiene el acto administrativo declarando la nulidad de EL CONTRATO es la supuesta existencia de un Fraccionamiento Indebido con el objeto de no realizar el debido proceso de selección: **“8. Que, de la revisión de los documentos se puede apreciar que la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización de la CC.NN. Puerto Tundunza” cuenta con su expediente técnico debidamente aprobado por Resolución de Alcaldía, siendo el monto presupuestado la suma de S/. 591,843.09 (Quinientos noventiuno Mil Ochocientos cuarentitres y 09/100 Nuevos Soles), lo que significa que en su conjunto tuvo que haberse efectuado un Proceso de Selección de Adjudicación Directa Selectiva, no debiendo haberse fraccionado por cuanto se infringe lo prescrito por el Art. 19 del D.Leg. 1017, respecto a que “Queda prohibido fraccionar la contratación de bienes, servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo del proceso de selección que corresponda según la necesidad anual. No se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapa, tramos, paquetes o lotes posibles en función a la naturaleza del objeto de la contratación o para propiciar la participación de las pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva”, lo que se regula en el artículo 20 del D.S. N° 184-2008-EF en donde se aclara que “La prohibición de fraccionamiento a que se refiere el artículo 19° de la Ley significa que no debe dividirse una contratación para dar lugar al cambio del tipo de proceso de selección”. Siendo que en el presente caso se han realizado hasta cuatro (04) PROCESOS DE SELECCIÓN, que en sí se han orientado a cambiar el tipo de selección de ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA que debe realizarse sólo para la ejecución de la Obra y no para servicios o adquisición de materiales u otros para la ejecución de una obra que cuenta con un expediente técnico integral, debidamente aprobado”.**

Conforme se establece en reiteradas Opiniones del órgano rector de las Contrataciones del Estado, el OSCE define que:

“... el fraccionamiento se configurará cuando la Entidad, teniendo la posibilidad de prever sus necesidades y, en consecuencia, programarlas, determina de forma deliberada la realización de varios procesos menores en lugar de uno mayor, a fin de evitar la rigurosidad de este último.

En consecuencia, el fraccionamiento sólo puede producirse cuando el proceso de selección se disgrega o desagrega en múltiples procesos de selección menores cuya finalidad es procurar un resultado irregular” (OPINIÓN N° 085-2012/DTN 10 de Agosto de 2012)

Como bien advierte MORÓN URBINA, el fraccionamiento, subdivisión, desdoblamiento o fragmentación es una figura imprecisa y genera opiniones divergentes, ya que ***“...sucede que dentro de este término resulta posible distinguir una suerte de fraccionamiento reprochable jurídicamente, y, por otro lado, otras estrategias logísticas, que compartiendo el elemento objetivo de la división del objeto contractual, no aparecen persiguiendo una finalidad elusiva o fraudulenta, sino una finalidad de eficiencia desde el punto de vista de gestión de logística o la gestión gubernamental”***⁴.

Dicho autor advierte que son válidas ciertas estrategias contractuales a favor del agrupamiento y en otros casos del desdoblamiento de procesos de contratación.

En el primer caso, las ventajas de esa modalidad las describe OSCE : ***“se advierte que nuestra normativa de contratación pública recoge la tendencia logística del agrupamiento de los objetos contractuales, en virtud de la cual se busca acumular adecuadamente los bienes, servicios u obras esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y economía de escala, y simplificar las relaciones contractuales, hecho este último que se ve reflejado cuando la Entidad se entiende con un solo proveedor”*** (OPINIÓN N° 085-2012/DTN 10 de Agosto de 2012)

Como señala MORÓN, ***“Por la segunda estrategia, se emplea la contratación fragmentaria con el objetivo de obtener prontamente la satisfacción a las necesidades de aprovisionamiento individual, favorecer a los proveedores especializados en determinados bienes, servicios u obras, y distribuir el riesgo de eventuales incumplimientos o demoras de un solo proveedor. A esta estrategia responden las figuras de las excepciones a los procesos licitatorios, las adquisiciones de caja chica, las ampliaciones de contrato y las prestaciones adicionales”***⁵.

⁴ Juan Carlos Morón Urbina: “El fraccionamiento ilícito en la contratación administrativa”. En *Advocatus*, Revista de Derecho de la Universidad de Lima. Número, 2002-II. Página 326.

⁵ *Ibidem*, Página 328.

Siguiendo a dicho autor, para optar por una u otra modalidad, hay que considerar diversos factores: **“elemento tiempo, la capacidad institucional para dirigir múltiples contratos, la necesidad de favorecer la competencia, la estructura comercial promedio de los proveedores potenciales, y el costo de las licitaciones”**⁶.

A criterio del Árbitro esas variables permiten evaluar si en un caso concreto se presentan o no los elementos constitutivos del “Fraccionamiento Indebido”.

Ahora bien, citando nuevamente a MORÓN URBINA, la doctrina reconoce que para la configuración de una fragmentación indebida deben concurrir dos elementos necesarios:

**“- Un elemento objetivo y tangible constituido por la división artificial de una adquisición o contratación unitaria
-Un elemento subjetivo que motiva al ejecutor a realizar la acción, consistente en la finalidad perseguida al cambiar la modalidad del proceso de selección**

Tales son los elementos suficientes para la configuración del ilícito administrativo bajo análisis, no requiriéndose ningún otro factor adicional, como pueden ser la concreción del segundo contrato fraccionado, que ambos contratos sean adjudicados al mismo proveedor, la existencia de connivencia con los postores, o sobrepregios en las adquisiciones. Todas son circunstancias adicionales al tipo, que presentan particularidades adicionales que agravan la responsabilidad para el autor, pudiendo conllevar a que el hecho asuma connotaciones penales, pero no son indispensables para la consumación del fraccionamiento indebido”⁷.

Respecto del primer elemento constitutivo del Fraccionamiento Indebido, esto es, el desdoblamiento de una contratación que debería ser unitaria, en el presente caso, se debe tener en consideración que los cuatro procesos de contratación sirven a un mismo fin la ejecución de una obra específica.

En efecto, dicha obra es el **“Proyecto MEJORAMIENTO DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y LETRINIZACIÓN DE LA CC.NN. PUERTO TUNTUZA”**, cuyo Expediente Técnico contempla la ejecución por Administración

⁶ Ibidem. Página 328.

⁷ Ibidem. Página 336.

Directa. A este efecto, LA MUNICIPALIDAD llevó a cabo cuatro procesos de selección de los cuales se derivaron cuatro contratos

- **Contrato de Adquisición de Materiales de Construcción N° 019-2010-MPC/CA**, suscrito con Inversiones Santa Yuliana E.I.R.L, para la Adquisición de materiales de construcción destinados a ser utilizados en la ejecución de la obra: “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 020-2010 MPC-CEPCA.
- **Contrato de Mano de Obra N° 041-2010-MPC/A**, para la prestación del servicio de mano de obra a suma alzada para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 022-2010-MPC-CEPCA.
- **Contrato de Adquisición de Agregados N° 028-2010-MPC/A**, para la contratación de servicios de acarreo de material agregado a suma alzada para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 023-2010-MPC-CEPCA.
- **Contrato de Mano de Obra en Carpintería de Madera N° 037-2010-MPC/A**, para la contratación del servicio de mano de obra en carpintería de madera a suma alzada para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Sistema de Agua Potable y Letrinización del Puerto Tundunza”, derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010-MPC-CEPCA.

Para el Árbitro Único la obra es una sola pero su ejecución requiere diversos componentes que configuran las partidas de la misma. En el presente caso, aprecia que existió un desdoblamiento o fragmentación de la obra por sus componentes, a efectos de su ejecución, lo que dio lugar a cuatro contratos que, dada la naturaleza integral de la obra deberían ser objeto de un procedimiento unitario.

El hecho que la obra se ejecute bajo la modalidad de Administración Directa, no supone per se que no se pueda presentar fraccionamiento. En efecto, tal como detalla MORÓN URBINA uno de las clases de fraccionamiento indebido es el que dicho autor denomina “**Fraccionamiento del objeto contractual en sus componentes**”. Según dicho autor, “*es la modalidad más común de fraccionamiento, por lo que se desdobra un bien, servicio u obra en sus elementos componentes, para seguir procedimientos adquisitivos*”.

independientes. Así sucede, si en ves de adquirir un vehículo se adquieren por separado los diversos componentes del bien, y se integra por administración directa”.

En el presente caso, el Árbitro Único observa que la modalidad de ejecución bajo Administración Directa prevista en el Expediente Técnico de la Obra configuraría el vehículo que integraría los diversos componentes de la obra que en lugar de contratarse mediante un procedimiento unitario se ha desdoblado indebidamente.

Ahora bien, cabe notar que no basta con que se presente el elemento objetivo para configurar un supuesto de “Fraccionamiento Indebido”, se requiere además la concurrencia del elemento subjetivo, cual es, la finalidad del desdoblamiento. Se busque modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual, de manera que se cambia de modalidad de uno más riguroso a otro más simple.

Nuevamente siguiendo las explicaciones doctrinarias de MORÓN URBINA, ***“en tal sentido, es necesaria la producción del aspecto perseguido por el funcionario: la variación del proceso de selección de uno o más complejo (por ende con mayor apertura, concurrencia y tratamiento igualitario a los postores), a otros menos complejo (con menor apertura, limitada concurrencia y mayor discrecionalidad del funcionario para seleccionar a los postores). (...) Apuntamos que la idea de la exigibilidad previa de un proceso más riguroso es importante para la caracterización, por cuanto no calificaría dentro de tal infracción, si por la materia no fuera necesario un proceso selectivo de mayor rigurosidad, como por ejemplo, los servicios de publicidad que tienen un régimen especial de adquisición simplificado o si sumados los montos de las adquisiciones realizadas no acumulan un mínimo necesario para hacer exigible un proceso más complejo”.***

En el caso bajo controversia, como lo señala LA MUNICIPALIDAD en su Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A para la ejecución de la mencionada Obra, se debió hacer un proceso único que comprenda el conjunto de componentes y no contratarlos por separado. Ello, exigía un Proceso de Selección de Adjudicación Directa Selectiva, modalidad que se evitó en dos contratos que se originaron en Adjudicaciones de Menor Cuantía (**Contrato de Adquisición de Agregados N° 028-2010-MPC/A , Contrato de Mano de Obra en Carpintería de Madera N° 037-2010-MPC/A**).

Si bien en el caso de INVERSIONES SANTA YULIANA no se eludió la Adjudicación Directa Selectiva, dicho contrato es parte de la ejecución de la obra, su alcance respecto a un componente de la misma, configuró parte del medio para ver reducido en los otros componentes el proceso más complejo que correspondía.

Por esa razón, para el Árbitro Único sí se ha presentado el segundo elemento teleológico que configura la existencia de un supuesto de Fraccionamiento Indebido.

Atendiendo a esas consideraciones, el Árbitro Único llega a la convicción racional que en el presente caso no existe fundamento para dejar sin efecto la Nulidad de Oficio dispuesta por LA MUNICIPALIDAD, en consecuencia, la primera pretensión principal de la Demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

IV.3.1.1. PUNTOS SUBORDINADOS AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

“ASIMISMO, EN CASO SE DECLARE PROCEDENTE EL PUNTO CONTROVERTIDO ANTES MENCIONADO; EL ÁRBITRO ÚNICO DEBERÁ ESTABLECER SI CORRESPONDE:

ORDENAR QUE INVERSIONES SANTA YULIANACULMINE CON LA EJECUCIÓN TOTAL DEL CONTRATO; O, DE NO SER POSIBLE QUE SE ORDENE QUE LA ENTIDAD PAGUE A INVERSIONES SANTA YULIANAEL PAGO DE S/. 14,983.69 NUEVOS SOLES POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE.

ORDENAR QUE LA ENTIDAD CANCELE A INVERSIONES SANTA YULIANAEL PAGO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 80,153.35 NUEVOS SOLES, MÁS INTERESES LEGALES A LA FECHA DE PAGO, POR HABER EJECUTADO EL 61.61% DEL CONTRATO.

ORDENAR QUE LA ENTIDAD PAGUE A INVERSIONES SANTA YULIANA LA SUMA ASCENDENTE A S/. 15,000.00 POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE O LA SUMA DE 1,600 NUEVOS SOLES MENSUALES CONTABILIZADOS DESDE LA PRESTACIÓN DE LA DEMANDA HASTA LA FECHA DEL PAGO EFECTIVO MÁS LOS INTERESES LEGALES RESPECTIVOS.

Tal como se ha concluido en el primer punto controvertido de las materias de pronunciamiento de este Laudo, el Árbitro Único ha declarado **INFUNDADA** la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la DEMANDA.

En la medida que las pretensiones accesorias a dicha principal están sujetas a que dicha pretensión sea declarada fundada, siguen la suerte de ésta.

Consecuentemente, siendo Infundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda, corresponde que le Árbitro único declare **INFUNDADAS** la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Accesorias a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

IV.3.2 SEGUNDO Y QUINTO PUNTOS CONTROVERTIDOS

“DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD PAGUE A INVERSIONES SANTA YULIANALA SUMA DE S/. 110,137.04 NUEVOS SOLES, COMO INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS”

“

“DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD PAGUE A INVERSIONES SANTA YULIANALA SUMA DE S/. 77, 769.00 NUEVOS SOLES, POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE NEGOCIO”

Habiendo establecido el Árbitro Único que no resulta procedente amparar la Primera Pretensión Principal de la Demanda, corresponde analizar las Pretensiones Subordinadas a éstas.

Estos tres puntos controvertidos corresponden a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal (incluyendo su ampliación), que conlleva una pretensión de Indemnización de daños y perjuicios.

INVERSIONES SANTA YULIANA ha alegado que la situación de “fraccionamiento indebido” de ninguna manera puede ser atribuida como responsabilidad de los postores, puesto que éstos no intervienen en la formulación de los actos preparatorios de los procesos de selección que convocan las Entidades, por cuanto de acuerdo a LA LEY y EL REGLAMENTO, es de única y exclusiva responsabilidad de LA MUNICIPALIDAD, la formulación de los actos preparatorios, los cuales deben estar contenidos en el Expediente de Contratación previamente aprobado, como requisito para que se convoque un proceso de selección, tal como lo establece el artículo 10º de EL REGLAMENTO.

Cabe analizar si corresponde o no una eventual indemnización de la administración por daños y perjuicios derivados de la nulidad generada por el accionar de los funcionarios de LA MUNICIPALIDAD que decidieron el Fraccionamiento.

En este extremo, MORÓN URBINA es de la opinión que, ***“Frente a esta consecuencia podría alegarse la afectación injustificada del contratista, quien sería perjudicado en sus intereses y derechos de adjudicatario por una acción exclusivamente imputable a la propia administración. No obstante ello, cabe tener en cuenta que los procedimientos licitatorios, sus montos, modalidades y exigencias de acumulación, son de público conocimiento y amparados incluso en la presunción de conocimiento de la norma, por lo que los contratistas difícilmente pueden argumentar buena fe y perjuicio ilegítimo, cuando son contratados bajo una modalidad que no le corresponde. Esta situación, incluso puede agravarse cuando se trate de una concertación indebida entre la administración y el contratista”***⁸.

El Árbitro Único no comparte este parecer del citado autor, en la medida que los postores y en este caso INVERSIONES SANTA YULIANA no han participado en la decisión de fraccionar, y no se ha probado la concertación indebida entre la administración.

Ahora bien, cabe tener presente dos aspectos.

Primero, conforme al artículo 238.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ***“la declaración de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización”***.

Segundo, la Nulidad del Contrato conlleva la inexistencia de vínculo contractual. En ese sentido, no puede sostenerse que existe contrato sobre el cual fundar una pretensión por daños contractuales derivados de incumplimientos.

La eventual responsabilidad de LA MUNICIPALIDAD derivada de la decisión administrativa de declarar la NULIDAD de OFICIO de EL CONTRATO, tiene para el Árbitro Único una fuente legal, esto es, de naturaleza extra-contractual que debe hacerse valer en la vía correspondiente.

Como nota MORÓN URBINA, ***“las notas características de esta responsabilidad patrimonial de la Administración, son las siguientes: responsabilidad directa, extracontractual (al margen de cualquier relación jurídica que pudiera establecerse entre ambos), objetiva (es un mecanismo objetivo de reparación de perjuicios y no sanción por determinados comportamientos inadecuados, por lo que es independiente del concurso de la culpa, negligencia o dolo de sus funcionarios), y de determinación judicial (la cuantificación e***

⁸ Op. Cit. Página 342.

imposición del mandato de indemnización corresponde a las autoridades jurisdiccionales)⁹.

En efecto, conforme al artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1071- ***“las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes ...”*** .

Es únicamente sobre estos temas que la Ley de Contrataciones habilita el acceso obligatorio de las controversias a arbitraje. Para el Árbitro Único una pretensión sobre indemnización por responsabilidad extracontractual de la administración por las consecuencias dañosas que sus actos pueden generar no está cubierta por esta reserva legal.

En este extremo, la pretensión de la demanda escapa, como consecuencia de los efectos de la Nulidad de Oficio, al ámbito del vínculo contractual y responsabilidad contractual, que reserva el citado artículo 52º de la Ley.

Por tanto, las pretensiones vinculadas a este punto controvertido, es decir, fundadas en una reclamación de daños y perjuicios derivados del Acto Administrativo de Declaración de Nulidad de Oficio, como son la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, debe ser declarada **IMPROCEDENTE**.

IV.3.3 TERCER Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

“DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD PAGUE A INVERSIONES SANTA YULIANALA SUMA DE S/. 80,153.35 NUEVOS SOLES, MÁS INTERESES LEGALES POR CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE LA ENTIDAD PAGUE A INVERSIONES SANTA YULIANALA SUMA DE S/. 29,983.69 NUEVOS SOLES, POR LOS DAÑOS CAUSADOS AL HABER DECLARADO LA NULIDAD DE CONTRATO”

Como se ha indicado en el punto anterior, el Árbitro Único ha concluido que no resulta fundado dejar sin efecto la Nulidad del Contrato, esto es no cabe amparar la

⁹ Juan Carlo Morón Urbina: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaceta Jurídica. Página 538

Primera Pretensión Principal de la Demanda, por lo que debe analizar las Pretensiones Subordinadas a éstas.

Este punto controvertido corresponde a la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, así como la Pretensión Accesorio a la misma (incluyendo su ampliación), que conlleva una pretensión de Indemnización por Enriquecimiento sin causa.

En este extremo, cabe tener advertir que el enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en el artículo 1954° del Código Civil que establece. **“aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”**.

El Árbitro Único destaca que la acción por enriquecimiento sin causa es **“residual”**, esto es, uno de sus presupuestos es la **“ausencia de toda otra acción”**.

Como explica MOSSET ITURRASPE **“el empobrecido, titular de la actio in rem verso, debe carecer de otra acción dirigida a restablecer el equilibrio estático de los patrimonios, nacida de la ley, contrato, acto ilícito, gestión de negocios, voluntad unilateral o ejercicio abusivo de un derecho”**¹⁰.

En Doctrina, este carácter se conoce como “subsidiaridad”, que como señala COMPAGNUCCI DE CASO, **“afirmar la subsidiariedad de la acción significa que si existe otra vía para reclamar por el empobrecimiento sin razones, se impide ejercer la actio de in rem verso. Es decir, esta pretensión específica no puede venir a suplir a otra acción que esté prescripta, o haber sido rechazada la demanda con una sentencia pasada en cosa juzgada, o bien se encuentre en la imposibilidad de probar la otra acción, etcétera. Por lo tanto, habiendo otra acción – pendiente o fracasada- no es posible promover la derivada del enriquecimiento sin causa”**¹¹.

El Código Civil recoge este requisito en el artículo 1955°^o, al establecer expresamente que: **“La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización”**.

¹⁰ JORGE MOSSET ITURRASPE: “Contratos”. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1998. Página 516.

¹¹ RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO: “Manual de Obligaciones”. Astrea. Buenos Aires. 1997. Página 78.

Este requisito de admisibilidad tiene por objeto evitar un “fraude a la ley”. Como advierte, MOSSET ITURRASPE ***“admitir que se reclame por esta vía aquello que la ley niega por los caminos normales, sería acoger el fraude a la ley”***.

En el presente caso, como se ha señalado al analizar la primera pretensión subordinada, INVERSIONES SANTA YULIANA tiene la vía de la responsabilidad extracontractual de la administración como remedio legal para ***“restablecer el equilibrio estático de los patrimonio”*** y mitigar la incidencia económica del los eventuales daños derivados como consecuencia del acto administrativo de Declaración de Nulidad de Oficio de EL CONTRATO.

Sin perjuicio de la acción por daños patrimoniales de la administración municipal, en la medida que al haber quedado firme la inexistencia del CONTRATO, INVERSIONES SANTA YULIANA tiene pleno derecho de solicitar a LA MUNICIPALIDAD la restitución o su equivalente económico de todos los suministros que haya ejecutado hasta la fecha en que EL CONTRATO existió, esto es, los que fueron entregados en el Almacén de la Comunidad Nativa CC NN de Puerto Tundusa y que fueron constatados por el Juez de Paz según Acta de Constatación de Materiales de fecha 28 de febrero de 2011.

En consecuencia, para el Árbitro Único no puede admitirse una pretensión por enriquecimiento sin causa, cuando el Demandante tiene otras acciones que la ley le franquea para hacer valer su pretensión indemnizatoria por fundamentos.

Por lo cual debe declararse **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda, así como su pretensión accesoria.

IV.3.4 SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

“DETERMINAR SI CORRESPONDE CONDENAR A LA ENTIDAD AL PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO”

En la Cláusula Décima Cuarta de EL CONTRATO, no existe estipulación alguna acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

Sobre este particular, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje establece que 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”.

Atendiendo a que no existe disposición específica en el convenio arbitral sobre las costas y costos y, considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Árbitro Único considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del árbitro, de la Secretaría Arbitral, su defensa, entre otros.

V. DECISIÓN

En tal sentido, por los argumentos expuestos en puntos anteriores y de acuerdo al orden de las pretensiones expuestas, el Árbitro Único **EN DERECHO LAUDA:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**; en consecuencia **NO CORRESPONDE** dejar sin efecto deje sin efecto la Nulidad del Contrato de Adquisición de Materiales de Construcción N° 019-2010-MPC/CA, declarada mediante Resolución de Alcaldía N° 028-2011-MPC/A de fecha 03 de febrero de 2011

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADAS** la **PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA y CUARTA PRETENSIONES ACCESORIAS** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

QUINTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA** a la **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA** a la **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

SEXTO: **DISPÓNGASE** que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Árbitro Único, del secretario arbitral, su defensa legal, entre otros.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes, poniéndose en conocimiento del OCSE.

ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN
ARBITRO ÚNICO

FABIOLA PAULET MONTEAGUDO
SECRETARIO