



Expediente Arbitral No. A11-2013

LAUDO ARBITRAL

Laudo arbitral de derecho dictado por el árbitro único, Sr. José Antonio del Solar Botto Lercari, designado mediante Resolución No. 372-2012-OSCE/PRE de fecha 20 de noviembre del 2012, en el proceso arbitral iniciado por el Consorcio Dacka Perú SAC – Saul y Hugo Arquitectos Ingenieros Constructores SAC, contra la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Cargas y Mercancías – SUTRAN, sobre dejar sin efecto la resolución del contrato, indemnización por daños y perjuicios y otros.-

Resolución No. 9.-

Lima, 7 de mayo del 2014

VISTOS:

En Lima, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en lo sucesivo, OSCE), a los 7 días del mes de mayo del 2014, en el proceso arbitral iniciado por el Consorcio Dacka Perú SAC – Saul y Hugo Arquitectos Ingenieros Constructores SAC (pudiendo en lo sucesivo ser denominada LA CONTRATISTA o la demandante) contra la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Cargas y Mercancías – SUTRAN (pudiendo en lo sucesivo ser denominada, SUTRAN, LA ENTIDAD, o la demandada), el Árbitro Único emite el siguiente Laudo de Derecho:

(i) Antecedentes.-

Con fecha 28 de diciembre de 2011 LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA celebraron un contrato de Ejecución de Obra: Mantenimiento de Losa de la Estación de Pesaje de Huancayo, bajo la modalidad de suma alzada (que en lo sucesivo se le podrá denominar EL CONTRATO, o el contrato o del contrato), siendo el objeto del mencionado contrato que LA CONTRATISTA entregue a LA ENTIDAD la obra Mantenimiento de Losa de la Estación de Pesaje de Huancayo de acuerdo a los requerimientos técnicos mínimos establecidos en las bases de la Adjudicación de Menor Cuantía No. 049-2011-SUTRAN/08.

El plazo para la ejecución de la obra es de 40 días calendarios contados a partir del día siguiente que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y se acordó una contraprestación ascendente a la suma de S/. 179,285.05.

De acuerdo a la cláusula vigésimo primera de EL CONTRATO, las partes acordaron que las controversias que surjan sobre su ejecución o interpretación se resolverán mediante un arbitraje de derecho.

(ii) Sometimiento de las controversias a arbitraje.-

Mediante comunicación suscrita por LA CONTRATISTA y recibida por LA ENTIDAD el 6 de junio del 2012, LA CONTRATISTA solicitó a LA ENTIDAD el sometimiento a arbitraje de las diversas controversias generadas entre las partes.

El convenio arbitral contenido en la cláusula Vigésimo Primera de EL CONTRATO establece textualmente lo siguiente:

CLAUSULA VIGESIMO PRIMERA : ARBITRAJE

"Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar un arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presente durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210, 211 del Reglamento o, en su defecto, del artículo 52 de la Ley.

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

El Laudo arbitral es vinculante para las partes.

(iii) Nombramiento del árbitro único.-

Mediante Resolución No. 372-2012-OSCE/PRE de fecha 28 de noviembre del 2012, la Presidencia Ejecutiva del OSCE designó al abogado José Antonio del Solar Botto-Lercari como Árbitro Único para que resuelva las controversias surgidas entre las partes, designación que fue aceptada mediante carta de fecha 11 de diciembre del 2012.

(iv) Acta de Instalación del arbitro único.-

El 16 de enero del 2013, en la sede de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE se llevo a cabo la audiencia de instalación (Expediente de Instalación No. 1007-2013) del arbitro único en atención a la solicitud de arbitraje presentada por LA CONTRATISTA, con la concurrencia de LA ENTIDAD y la insistencia de LA CONTRATISTA, estableciéndose que la secretaría arbitral estaría a cargo de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, que el arbitraje será nacional, ad-hoc y de derecho, se fijaron las reglas del respectivo proceso arbitral y se declaro instalado el arbitraje otorgando al demandante el plazo de 10 días para la presentación de la demanda.

(v) Normativa aplicable.-

De acuerdo al numeral 8 del Acta de Instalación, la normativa aplicable al presente arbitraje son las reglas establecidas en la señalada acta, a lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado D.L. No. 1017 (en adelante LCE), su Reglamento, aprobado por D.S. No. 184-2008-EF (en adelante RLCE), y el Decreto Legislativo Nro. 1071 – Decreto Legislativo que regula al Arbitraje. Asimismo, se estableció que en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas en el acta de instalación, el Árbitro Único queda facultado para establecer reglas adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa.

(vi) PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y POSICIÓN DEL DEMANDANTE.-

Por escrito de fecha 28 de enero del 2013, recibido el 30 de enero del 2013, LA CONTRATISTA presento su demanda arbitral, la misma que indica lo siguiente:

A continuación se indicaN las pretensiones que el demandante solicita sean materia de pronunciamiento:

- 1. Se deje sin efecto la resolución del contrato pretendido por la entidad mediante carta notarial No. 166-2012-SUTRAN/08, recibida el 01 de junio del 2012, por medio del cual resuelven el contrato, en vista que la obra se encontraba paralizada por razón exclusiva de la Entidad.**
- 2. Se resuelva el contrato No. 025-2011-SUTRAN, en razón que mediante Carta S/N de fecha 31 de mayo del año 2012, se apercibió a la Entidad, por encontrarse paralizada.**
- 3. Se apruebe la ampliación de plazo No. 03 por ser de conformidad a la Ley, y se reconozca el pago de mayores gastos generales.**
- 4. Que, solicitamos la indemnización por daños y perjuicios de S/. 200,000.00 nuevos soles, por los daños ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.**
- 5. Que, solicitamos la restitución de los respectivos gastos, costos y costas del proceso arbitral por parte de la Entidad.**

FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Mediante anotaciones en el cuaderno de obra, el Consorcio Dacka Peru hace ver las deficiencias con las que cuenta la ejecución de la obra, por las constantes precipitaciones pluviales, por la falta del supervisor de obra, las mismas que perjudicaron su avance.

2. El Terreno donde se emplaza la obra, por estar ubicada en una zona de constantes precipitaciones pluviales, especialmente durante los meses de enero a mayo, hecho que perjudicó el porcentaje de avance de la obra, que fue puesta en conocimiento de la Entidad para solicitar las respectivas ampliaciones de plazo.

3. Conforme a las anotaciones del cuaderno de obra, se dejó constancia que la obra no podía ser ejecutada normalmente desde el inicio de la obra, por lo tanto el retraso en la ejecución de la obra no fue por responsabilidad del contratista, sino por hecho externos de la naturaleza.

4. Durante la ejecución de la obra no se encontraba permanentemente en obra el supervisor designado, hecho que dificultaba el avance de la obra, que sumado a las constantes precipitaciones pluviales, generaron un retraso considerable en la ejecución de la obra, no pudiendo cumplir con el calendario ofrecido.

5. Con fecha 15 de mayo del 2012, se procedió a hacer entrega del informe detallado del expediente técnico, por cuanto durante la ejecución de la obra encontraron deficiencias que perjudicaron el avance de obra.

6. Las ampliaciones No. 01 y No. 02 son aprobadas pero aplicadas retroactivamente, vale decir que antes de que se apruebe, ya había vencido su plazo adicional, hecho que fue comunicado a la Entidad, por lo que se procedió a presentar la ampliación No. 03 pero este fue rechazado por presentarse supuestamente de manera extemporánea.

7. Con fecha 31 de mayo de 2012, se apercibió a la Entidad, toda vez que la obra se encontraba paralizada y sin un frente de trabajo por no tener supervisor.

8. Al momento de resolver el contrato, la entidad actuó arbitrariamente sin tener en cuenta el estado real de la obra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Citan las siguientes normas como fundamento de su demanda:

-Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante DL 1017 y su Reglamento aprobado mediante D.S. No 184-2008-EF;

-Ley No. 27444; y

-Ley de Arbitraje.

MEDIOS PROBATORIOS

Ofrecieron como medios probatorios, el merito de los siguientes documentos:

a) Anotaciones en el cuaderno de obra, donde se establece las deficiencias con las que contaron en la ejecución de la obra;

b) Carta s/n con fecha 15 de mayo del 2012, se presentó el informe detallado del Expediente Técnico, haciendo ver a la entidad las deficiencias con las que contaba la obra; y

c) Carta s/n de fecha 31 de mayo del 2012, mediante la cual se apercibe a la entidad la resolución del contrato por encontrarse paralizada y sin presencia del supervisor de obra.

ANEXOS:

Adjuntaron los siguientes anexos:

Anexo 1.- Copia del DNI del representante legal común del Consorcio Dacka Peru.

Anexo 2.- Copia del Contrato de Consorcio.

Anexo 3.- Copia del Contrato No. 049-2011-SUTRAN

Anexo 4.- Copia de la Carta s/n con fecha 15 de mayo del 2012.

Anexo 5.- Copia de la Carta s/n con fecha 31 de mayo del 2012

Anexo 6.- Copia de la anotación del Cuaderno de Obra.

Resolución No. 1 (4 de febrero del 2013).-

Mediante esta resolución se admitió la demanda arbitral presentada por el Consorcio Dacka Perú y por ofrecido los medios probatorios que indican, e incluidos a los autos los documentos anexos que presentan; se corrió traslado de la demanda arbitral presentada por el Consorcio Dacka Perú a Sutran para que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente resolución, la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvención, debiendo ofrecerse los medios probatorios que respalden sus argumentos y/o las pretensiones planteadas; tener por cancelados los honorarios arbitrales y gastos administrativos de la secretaría arbitral a cargo de la contratista, y otorgar a la Entidad el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la presente resolución para que cumpla con efectuar el pagos de los honorarios arbitrales y los gastos de la secretaría arbitral.

(vii) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REALIZADA POR SUTRAN.-

Por escrito de fecha 26 de febrero del 2012, recibido el 27 de febrero del 2013, SUTRAN contesto la demanda en virtud a las siguientes consideraciones:

La demandante solicita el pronunciamiento sobre los siguientes puntos:

- a. Se deje sin efecto la Resolución del Contrato comunicado por Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08, del 1 de junio del 2012; en vista que la obra se encontraba paralizada, por cuanto ello sería por razón exclusiva de SUTRAN;
- b. Se resuelva el Contrato No. 025-2011-SUTRAN, pero porque mediante Carta s/n del 31 de mayo del 2012; se habría apercibido a la SUTRAN por encontrarse la obra paralizada;
- c. Se apruebe la ampliación del plazo No. 3, por ser conforme a Ley, y se le reconozca el pago de mayores gastos generales;
- d. Se le indemnice por daños y perjuicios por el monto de S/.200,000.00 nuevos soles por los daños que le habría ocasionado, dice, la Resolución del Contrato; y
- e. Solicita finalmente la restitución de gastos, costas y costos de este proceso arbitral.

La indebida actuación de la demandante como encargada de llevar a cabo la obra de Mantenimiento de la Losa de la Estación de pesajes Huancayo, conforme a los términos y dentro de los plazos señalados en el Contrato No. 025-2011-SUTRAN, originados en los términos de la Adjudicación de Menor cuantía No. 049-2011-SUTRAN/08; la hizo incurrir en una debida y legal Causal de Resolución de Contrato de obra Pública; por lo que la expedición por parte de SUTRAN, en defensa de intereses que son públicos, tanto de la Resolución de Superintendencia No. 038-2012-SUTRAN/02, del 20 de abril del 2012, que deniega la Ampliación de Plazo No. 3 solicitado por la demandante, como de la Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08, del 1 de junio del 2012, que declara la Resolución del Contrato; no son arbitrarias ni afectan ningún principio de legalidad y tipicidad; y por ello, los argumentos de la demandante no se ajustan a Ley ni a los hechos ocurridos; pues ni SUTRAN, ni sus funcionarios, al expedir dichos documentos han actuado fuera de Ley, ni por tanto incurrido en un ilícito en su perjuicio.

Por ello solicitan, se sirva declarar INFUNDADA la demanda, y por tanto, subsistente el valor, tanto de la Resolución de Superintendencia No. 038-2012-SUTRAN/02, como de la Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

1. Indebidos argumentos de la demandante.-

La demandante pretende que tanto la Resolución de Superintendencia No. 038-2012-SUTRAN/02 como la Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 y en general todo documento emitido por SUTRAN en el proceso de seguimiento del avance del Contrato de obra celebrado con la demandante que culmina con la resolución de su contrato serían Nulos, en consideración a los siguientes insubsistentes argumentos:

a) Conforme a sus Fundamentos de Hecho No. 1, 4 y 7; como constaría en las Anotaciones en su Cuaderno de obra, para lo cual ofrece copia de 55 asientos de ese Cuaderno, que van desde el Asiento No. 1 del 12 de enero del 2012, el Asiento No. 60, del 15 de Abril del 2012; con excepción de los asientos No. 6, 8, 15, 16, y 19, que no figuran; dichas deficiencias obedecerían a las constantes precipitaciones fluviales, y a la falta de un Supervisor de Obra; todo lo cual perjudicaba su avance.

Así pues, el avance de obra se dificultaba por no hallarse permanentemente en la obra el Supervisor designado, y las precipitaciones fluviales, y ello le impedía cumplir con el calendario ofrecido; y finalmente se apercibe al Consorcio el 31 de mayo del 2012, cuando la obra estaba paralizada (sic) y sin un frente de trabajo, por no tener Supervisor.

Sin embargo; se desprende de la lectura de los 55 Asientos citados, que al recibir el Contratista a conformidad el 12 de enero (Asiento No. 1) ya el 14 (Asiento No. 2) trabajando en coordinación con funcionarios de SUTRAN y de acuerdo al plano y especificaciones técnicas del Proyecto (sic), la movilización de equipos se afecta por las condiciones climáticas, que persisten y por las cuales se les concede 2 prórrogas de plazo, lluvias cuyo impacto sobre la Obra no logra resolver, entre otras razones, aparte quizás de su inexperiencia, mas bien, por no seguir las recomendaciones del Supervisor.

Así, el 19 de enero (Asiento No. 4) pone a conocimiento de la Supervisión y SUTRAN, el espesor de la Losa; y el Supervisor anota en el Asiento No. 21, el 9 de febrero del 2012 que el Contratista debía usar motobombas para evacuar el agua, y que debía cubrir la zona de la

excavación con plásticos o una cobertura en forma de galpones para evitar las lluvias (sic) que seguían, como constata el Supervisor en el Asiento No. 22.

Luego, en el Asiento No. 23, el Supervisor señala la suspensión de los trabajos por las lluvias; y por Asiento No. 25 del 13 de febrero del 2012, pide motobombas para secar el material mojado, y por Asiento No. 26 del 15 de febrero del 2012, dice, por primera vez, que hay avance lento y se ha disminuido injustificadamente el ritmo de los trabajos; y que el Contratista debía contar con un especialista en el desmontaje de la balanza, de acuerdo a lo establecido en sus términos de referencia y contrato (sic).

Por Asiento No. 28 del 15 de febrero del 2012, el Supervisor reclama también la presencia de un Topógrafo para la etapa de excavación; y por Asiento No. 30 del 17 de febrero del 2012, pide entre otros, se proteja las zonas donde se ha demolido la Losa para evitar así la formación de material saturado por el agua (sic), reclama la presencia del especialista en desmontaje de balanzas y dice que el avance es lento y con personal mínimo (sic).

El Supervisor, por Asiento No. 32 del 18 de febrero del 2012 dice que no se trabaja por la lluvia; reitera que el Contratista debía cubrir la zona de trabajo con plásticos y galpones para evitar el inundamiento de agua, y vuelve a pedir motobombas; ante lo cual, por Asiento No. 33 del 22 de febrero del 2012, el Ingeniero residente dice que el área de trabajos está protegida con cubiertas plásticas; pero por Asiento No. 34 del 25 de febrero del 2012, el Supervisor reitera que el área debía protegerse con galpones especiales.

El Supervisor, luego por Asiento No. 36, pide al contratista reiniciar trabajos, pues cesó la lluvia; y que el material granular está saturado y debe eliminarse, seguramente pues no lo cubrieron como quiso el Supervisor; y por Asiento No. 37 del 1 de marzo del 2012 y Asiento No. 38 del 2 de marzo del 2012, el Contratista habla solo de plásticos instalados sobre el área de trabajo; y por primera vez, que se va a coordinar con el especialista en balanzas que contactó, y por Asiento No. 41, acepta que su material está a la intemperie.

Por Asiento No. 42 del 8 de marzo 2012, ante las lluvias, indica que reducirá su personal obrero, lo que comunicará a SUTRAN y a la Supervisión; y por Asiento No. 43, del 9 de marzo del 2012, que solicitará la paralización temporal de la obra.

Por Asiento No. 43 del 13 de marzo 2012, el contratista retirará el agua sobre las coberturas plásticas; y por Asiento No. 46 del 15 de marzo 2012 indica que el 19 vendría el especialista que desmontaría la balanza, que no actúa, dice, por falta de planos y documentación solicitada; y por Asiento No. 51 del 26 de marzo 2012, el Contratista admite que el agua de lluvia penetró debajo de las cubiertas plásticas, y se está retirando también el 29 de marzo del 2012, según Asiento No. 54; y por Asiento No. 58, dice que se volverá a citar a la especialista en balanzas; y finalmente, por Asiento No. 60 del 15 de abril 2012, el Contratista dice haber paralizado la obra por lluvias, carecer de información técnica para desmontar la balanza y que el Supervisor está ausente.

Pero el supervisor, Ing. David Galván, si estaba cumpliendo sus funciones, y remite a la SUTRAN la carta No. 030-2012-SUTRAN, del 2 de abril del 2012, informando lo mismo que dice el Contratista; que la Obra estaba abandonada -sin personal-, y que para marzo del 2012 el Contratista estaba nuevamente debajo del 80% de ejecución de lo programado, lo que ameritaría RESOLVER el contrato o cuando menos una sanción económica.

Es decir: de lo visto en los propios Asientos ofrecidos por la demandante se desprende:

- El Supervisor, ingeniero Galván, si estuvo permanentemente en la obra, pero no se seguían sus continuas recomendaciones para que el Contratista usara motobombas para evacuar el agua y, sobre todo, cubriera la zona de la excavación con una cobertura en forma de galpones para evitar las lluvias, a lo cual el ingeniero residente, Ing. Hugo Ortiz, decía que el área de trabajos se encontraba protegido, solo, con cubiertas plásticas; por lo cual admitió luego el Contratista, finalmente que el agua, por las lluvias penetró debajo de las cubiertas plásticas, malogrando el trabajo avanzado y el material.
- Siempre hubo un avance lento, muy justo de maquinas, materiales y personal; y se alude tres o cuatro veces, en distintas circunstancias, por el Ing. Residente o por el Ing. Supervisor, a la escasez de personal hasta llegar a paralizarse la obra, como afirmaba el Supervisor el 2 de abril del 2012, que ello se había producido desde marzo del 2012.
- Siempre hubo un avance lento y se disminuía injustificadamente el ritmo de los trabajos; y el contratista no contaba con un especialista en el desmontaje de balanza, de acuerdo a lo establecido en sus términos de referencia y contrato, del cual dice haberlo llevado a la obra, pero no describe de quien se trata, ni tampoco, con un topógrafo.
- El avance era lento y con personal mínimo, casi siempre debajo del 80% de ejecución de lo programado y su material estaba a la intemperie, señala el mismo contratista, hasta terminar abandonada la obra, sin personal para marzo del 2012.

b) Por lo visto, no cabe exonerar la responsabilidad al demandante, por el retraso en el avance de obra, para lo cual se le dio 2 ampliaciones de Obra; pues no hubo ausencia del Supervisor, y la referida demora en ejecución si bien cabría imputarla en parte a las lluvias, no se instalan los galpones que pedía el Supervisor, sino solo cubiertas de plástico que colapsan; lo que da la impresión; al margen de la buena fe con que pueda haber actuado el Contratista, como contaba con poco personal, poca maquinaria, y sin experto en balanzas y el material a la intemperie, etc.; que, ó no conocía el escenario en el que iba a actuar, o se hallaba justo de recursos, o ambas cosas combinadas.

Es decir, no cabe imputar a SUTRAN -que cumplía las prestaciones a que se obligaba por el contrato-, la demora, y luego imposibilidad de la Actora de seguir con la Obra.

c) Igualmente, no se puede tomar en cuenta el supuesto apercibimiento dado por la demandante, a SUTRAN por Carta Notarial de cifra Carta s/n 2012-CDI, del 31 de marzo del 2012, realmente recibida el 1 de junio del 2012, que ofrece como recaudo a su demanda y por la cual sostiene que la obra estaba paralizada porque el expediente técnico tenía vicios ocultos, y además, daba un plazo de 5 días para solucionarlo, bajo apercibimiento; sobre lo cual cabe citar, como se ha expuesto, que el Supervisor ya había remitido a la SUTRAN la carta No.030-2012-SUTRAN el 2 de abril del 2012 (dos meses antes), por la que informaba precisamente lo mismo que decía entonces la contratista; es decir, que la OBRA ya desde entonces abandonada, sin personal, y para marzo del 2012 el contratista estaba nuevamente debajo del 80% de ejecución de lo programado; lo que ameritaba una RESOLUCION DEL CONTRATO, o cuando menos una intervención o sanción económica; por lo cual la SUTRAN dispuso la Resolución del Contrato que comunicó a la demandante por Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 el 1 de junio del 2012, por hallarse la obra paralizada hacia 2 meses, por exclusiva responsabilidad de la demandante.

d) Es decir, los argumentos de la demandante no resisten el menor análisis, y se basan en meras afirmaciones, alejadas de la realidad que no acreditan que la demandante, -que no pudo llevar a cabo la Obra como se comprometió contractualmente-; ahora alegue haber sido afectada por acciones de SUTRAN que cumplió sus compromisos, pero que teniendo la

obligación de supervisar, y fiscalizar, el transito con la balanza de Huancayo para los vehículos de transporte publico que transitaran por ella; no podía permanecer impávida, viendo que la Contratista, ahora Demandante, no hacía avanzar la obra, impidiéndole cumplir esa función, sin hacer caso a las recomendaciones del Supervisor, y finalmente, abandonando la obra, lo que obligó a la **resolución del contrato No. 025-2011-SUTRAN** que, por lo dicho, esperamos que el señor arbitro único la encuentre conforme a Ley.

1- Insubsistencia de la pretensión de la Demandante de que la indemnicen por daños y perjuicios por S/. 200,000.00 por daños ocasionados a consecuencia de la Resolución del Contrato.

Así, no pueden pronunciarse sobre este punto, y consideran que así lo entenderá en su momento el señor Arbitro único al resolver; pues el demandante pide una indemnización que no desarrolla ni sustenta; de modo que no pueden saber a que daños se refiere ni de que magnitud serían, por lo que no hay como contradecirlos; aunque cabe resaltar que estuvieron arreglados a Ley, al denegarle al demandante un tercer plazo ampliatorio, y resolver su vínculo contractual, por incumplir, lo que culmina con el abandono de obra.

2- Indebida pretensión de que se pague a la Demandante, gastos, costas y costos del Arbitraje.

Por lo dicho, y como el demandante solo funda razones en meras afirmaciones y dichos; que no sustenta ningún mecanismo de cobranza, tales como instrumentales, peritajes y otros, que permitan formar convicción en el Juzgador; consideramos por ello, que tras el trámite de Ley, su Despacho lo verá así también, y declarará INFUNDADA esta acción, y por ello, sin lugar al resarcimiento al demandante de gastos, costas y costos.

IV- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Además, de la inconsistencia de los argumentos de hecho de la Demandante, basados solo en dichos, que intentan inútilmente enervar la validez de la **Resolución de Contrato**, ello tiene su correlato en normas alusivas cuya observancia es función de SUTRAN; en actitud que debe ser enérgica; al ser de dominio publico que las empresas de Transporte Publico incurren constantemente en niveles de inseguridad y desprotección para sus usuarios que se refleja en frecuentes accidentes de tránsito, ocurridos muchas veces con consecuencias mortales, por lo cual es necesario que tengamos en buen estado las Balanzas en las Estaciones de Pesaje, a fin de asegurar que sus vehículos se hallen, por elemental seguridad, dentro de los parámetros de peso bruto vehicular, PVB, permitidos.

Por ello, si un Contratista, como en este caso, incumple un Contrato de obra que tiene por objeto mantener una Balanza, dilatando, y luego paralizando su refacción; es evidente que la SUTRAN, para poder cumplir sus funciones arriba detalladas como la Autoridad administrativa correspondiente, en uso del Principio de Legalidad establecido en la Constitución, en su Art. 2º, Literal d), inciso 24); y en el numeral 1.1 del Art. IV Título Preliminar, de la Ley No 27444; debe proceder a resolver dicho Contrato.

1- Así SUTRAN, resuelve el Contrato No. 025-2011-SUTRAN sin que ello constituya un abuso del derecho; emitiendo debidamente sus Resoluciones, conforme al debido proceso.

a) Así, SUTRAN emite debidamente la Resolución No. 038-2012-SUTRAN/02 del 20 de abril de 2012, que deniega una 3era. Ampliación de plazo a la Contratista; pues el Supervisor, según sus funciones que desempeñó siempre, como evidencia los documentos alusivos que generó, y a la que hemos hecho constante alusión; frente al pedido del Contratista de una

3era. Prórroga de plazo; por Carta No. 033-2012-SUTRAN, del 10 de abril del 2012, dijo que NO PROCEDIA LA PRORROGA, pues su presentación no cumplía los plazos establecidos en el Reglamento de Contrataciones del Estado, como confirma la Sub Dirección de Fiscalización de Vehículos por informe No. 072-2012-SUTRAN-9.3.

Cabe resaltar además, que al pedirse la 3era. Prórroga, como se ha referido líneas arriba, el Supervisor ya había señalado –como reconocía la propia contratista- , que la obra se hallaba abandonada, sin personal desde marzo del 2012 y por debajo del 80% de ejecución de lo programado; lo que ameritaba la Resolución de Contrato, o cuando menos una intervención o sanción económica; y todo ello hacia prever que aun de darse esa 3era. Ampliación de plazo; era poco probable que la Contratista terminara la Obra.

b) Luego, SUTRAN emite debidamente la Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08, del 31 de mayo del 2012, que comunica al Contratista, por lo abundantemente expuesto, la Resolución del Contrato No. 025-2011-SUTRAN que celebrara con ella.

Así, y como allí se indica, el Contratista pese a haber recibido 2 ampliaciones de plazo, no culminaba la obra, que estaba en abandono, y acumulaba el monto Máximo de penalidad por mora; y causaba serios inconvenientes a la operatividad de SUTRAN, que no podía contar con la Balanza operativa, y siendo que esa situación de incumplimiento no puede ser revertida; se le notifica formalmente la Resolución del vínculo contractual emanado del Contrato; de conformidad a lo expuesto por el párrafo 3er. Del art. 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, D.S. No. 184-2008-EF.

c) Luego, como cabía, un notario redacta “in situ” el Acta de Constatación Física de Obra, el 6 de junio del 2012 en presencia del Supervisor y el representante del CONSORCIO, cumpliéndose dentro del plazo el Art. 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

2- Debida Motivación de las Resoluciones Directoriales impugnadas.

Además, todo documento hecho por SUTRAN en la supervisión del Contratista, y luego al resolverle el vínculo contractual ha sido motivado, al emitirse según los Fundamentos y Conclusiones de anteriores Informes y Constataciones por parte del Supervisor, conforme a la Ley No. 27444, Art. 6to. De que ello es posible a condición que se identifiquen de modo certero, con lo que se pasan a constituir parte integrante del respectivo Acto, como aquí.

Es decir, los documentos emitidos por SUTRAN han estado motivados, al emitirse según los fundamentos y conclusiones de los informes del Supervisor, cuyo mérito no ha sido enervado, y al Estado comprobado de los hechos; observándose así lo dispuesto por el Art. 6º de la Ley No. 27444; por lo que no se aprecia que al expedirlos se haya incurrido en algún vicio del Acto Administrativo a que alude el **artículo 10 de la Ley 27444** y por ello gozan de plena validez; y son adecuado sustento de nuestra decisión, amparada en derecho y en defensa de nuestro legítimo interés de resolver el vínculo contractual.

Cabiendo traer a colación que se ha cumplido con analizar debidamente los argumentos y pedidos del CONSORCIO; a tal punto que se le concedió 2 ampliaciones de plazo; pero NO se les ha encontrado mérito para una 3era.; y como se desprende del propio tenor de los documentos que hemos emitido para ello, éstos se hallan debidamente sustentados.

Y, tampoco se viola el derecho de la Demandante a una debida motivación de la Resolución previsto en el numeral 5 del art. 139º de la Constitución, pues el numeral 1.2, Art. IV del título Preliminar de la Ley No. 27444 define el principio del Debido Procedimiento, y dice

que el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, "... no significa que la administración quede obligada a considerar en sus decisiones todos los argumentos expuestos o desarrollados por los administrados, sino solo aquellos cuya importancia y congruencia con la causa, tengan relación de causalidad con el asunto y la decisión a emitirse" ...; según Morón Urbina, "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General", 7ma. Edición, revisada y actualizada por Gaceta Jurídica.

Entonces, en el entendido que la exigencia de argumentar la orientación de los actos administrativos se reconoce como el mecanismo necesario para permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de la actuación de la Administración Pública, en tanto que obliga al Funcionario a razonar y reflexionar la justificación y fundamento de su acto como el objetivo perseguido con su emisión, con lo que se brinda mayores posibilidades de evaluar si es competente y actúa en términos de objetividad, legalidad e interés público; ello se ha producido en este Proceso Administrativo, según Ley.

Y se desprende de la simple lectura de los documentos emitidos por SUTRAN; que están bien motivados, describen prolíjamente, paso a paso, el Proceso Administrativo seguido, y las normas en que se amparan para implementar la acción respectiva.

Luego, pues, todo el Proceso de autos se ha desenvuelto según Ley.

3. No se ha afectado el principio de Legalidad al Resolverse el Contrato:

Ello pues hubo un debido Proceso (debido procedimiento Administrativo) y tutela Jurisdiccional Efectiva, como indica el inc. 3. Del art. 139º de la Constitución, que "...ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos...", lo que nos remite al Art. IV numeral 1.2 de la Ley 27444, que dice que: "los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho...".

2. Indebida probanza de las pretensiones de la Demandante

La Demandante solo funda sus razones en meras afirmaciones y dichos; y no cumple con la carga de la prueba por la que le correspondería acreditar lo afirmado con mecanismos objetivos de probanza, tales como instrumentales, peritajes y otros, que permitan formar convicción al respecto en el Juzgador; circunstancia que rogamos tener en cuenta a la hora de resolver, y esperamos así lo considere el señor Árbitro Único en su oportunidad.

V- PRUEBAS:

Ofrecieron como medios probatorios los siguientes:

- a) El mérito del Expediente técnico No. 001.2013.SUTRAN/06.1.3 del 17 de enero del 2013, con Anexos detallados que le corren adjunto; que sustentan nuestra posición.
- b) El merito de la Carta No. 030.2012-SUTRAN del 2 de abril del 2012, por la que el Supervisor informa que la Obra estaba en abandono, sin personal, y en marzo del 2012 el Contratista estaba nuevamente por debajo del 80% de ejecución de lo programado.
- c) El merito de las Resoluciones de Superintendencia No. 022-2012-SUTRAN/02, del 8 de marzo del 2012, y No. 025-2012-SUTRAN/02, del 15 de marzo del 2012; por las cuales se

concedió 2 ampliaciones de plazo al Contratista; acreditando nuestra voluntad de apoyar dentro de lo legal su actuación para poder finalmente contar con la Balanza funcionando.

d) El merito de la copia del documento interno No. 139-2013-SUTRAN/06.1.

VI. ANEXOS:

- 1- Copia del Expediente Técnico No. 001-2013.SUTRAN/06.1.3, del 17 de enero del 2013, como ANEXO 1-A
- 2- Copia de la Carta No. 030.2012-SUTRAN, como ANEXO- 1-B
- 3- Copia de las Resoluciones de Superintendencia No 022-2012-SUTRAN/02 y No. 025-2012-SUTRAN/02, como ANEXO 1-C
- 4- Copia del documento interno No. 139-2013-SUTRAN/06.1, ANEXO 1-D.

Resolución No. 2 (1 de abril del 2013).-

Mediante esta resolución se resolvió TÉNGASE por contestada la demanda por parte de Sutran dentro del plazo establecido y por ofrecidos los medios probatorios que indica, e incluidos a los autos los documentos anexos que presentan; **CÓRRASE TRASLADO** de la contestación de demanda arbitral presentada por Sutran mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2013 a Consorcio Dacka Perú para que en el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada, de considerarlo pertinente, impugne o cuestione los medios probatorios presentados; **OTORGAR** a Sutran un plazo adicional de cinco (05) días hábiles para que cumpla con acreditar el pago de los gastos arbitrales, bajo apercibimiento de facultar a la contratista a que se subrogue en los pagos; y **TÉNGASE** por apersonados en el presente proceso arbitral, en representación del Consorcio Dacka Perú a los señores Alan Félix Díaz Ramos, identificado con DNI No. 42997179 y al señor Max Luis Montoya Choccechanca, identificado con DNI No. 45956017, autorizando la lectura del expediente arbitral.

Resolución No. 03 (26 de julio del 2013).-

Mediante esta resolución se otorgó a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías un plazo excepcional de cinco (05) días hábiles para que acredite el pago de los gastos arbitrales, bajo apercibimiento de facultar al Consorcio Dacka Perú a que se subrogue en los pagos en caso de incumplimiento.

Resolución No. 04 (18 de setiembre de 2013).-

Mediante esta resolución se tuvo por cancelados los honorarios arbitrales y gastos administrativos de la secretaría arbitral a cargo de la Entidad; se citó a las partes a la Audiencia Única de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de Medios Probatorios e Informes Orales para el día 27 de setiembre a las 10.00 horas en la sede del arbitraje; y se otorgó a las partes el plazo de tres (03) días de notificada la presente resolución para que presenten su propuesta de puntos controvertidos.

(viii) AUDIENCIA ÚNICA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS E INFORMES ORALES.-

En Lima, siendo las 10.00 horas del 27 de setiembre de 2013, en la sede institucional de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del

Estado – OSCE, con la participación de los representantes del Consorcio Dacka Perú y el Procurador Público de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías, en la cual se declaro saneado el proceso, no se llegó a una conciliación y se fijaron los puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías mediante Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 y recibida por el Consorcio Dacka Perú el 01 de junio de 2012, debido a que la obra se encontraba paralizada por razón exclusiva de la Entidad.
2. Determinar si corresponde resolver el Contrato No. 025-2011-SUTRAN, debido a que mediante Carta s/n de fecha 31 de mayo de 2012, el Consorcio Dacka apercibió a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías porque la obra se encontraba paralizada.
3. Determinar si corresponde aprobar la Ampliación de Plazo No. 03 y se reconozca el pago de los mayores gastos generales.
4. Determinar si corresponde ordenar que la por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías pague a favor del Consorcio Dacka, la suma de S/. 200,000.00 nuevos soles, por los daños ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.
5. Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso.

El Árbitro Único dejó establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reservaba el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Las partes manifestaron estar de acuerdo. Asimismo, el Árbitro Único dejó indicado que, en el caso de llegar a la conclusión de que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos expresando las razones de dicha omisión. Las partes manifestaron estar de acuerdo. Finalmente, el Árbitro Único dejó constancia de que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que se podría omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo. Las partes manifestaron estar de acuerdo.

Asimismo se admitieron los siguientes medios probatorios:

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito de demanda de fecha 30 de enero de 2013, en el acápite “V.- Medios Probatorios”, documentos “a” al “c” y los anexos 1 al 6.

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda de fecha 27 de febrero de 2013, en el acápite “V.- Medios Probatorios”, “a” al “c” y los anexos 1 al 4.

Finalmente, se otorgó el uso de la palabra por el lapso de diez (10) minutos a las partes.

(ix) Escrito de fecha 09 de octubre de 2013 presentado por Consorcio Dacka Perú..

Por escrito de fecha 09 de octubre de 2013, el Consorcio Dacka Perú cumplió con presentar un detalle documentado de lo acontecido en la obra; en este sentido, el Árbitro Único a

efectos de salvaguardar el derecho de defensa de la Entidad considera oportuno notificarle el mencionado escrito para que manifieste lo conveniente a su derecho.

Resolución No. 05 (25 de noviembre del 2013).-

Mediante esta resolución se otorgó a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías el plazo de diez (10) días hábiles de notificada la presente resolución para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto del escrito de fecha 09 de octubre de 2013, presentado por el Consorcio Dacka Perú.

(x) Escrito de fecha 10 de diciembre de 2013, presentado por SUTRAN.-

Por escrito de fecha 10 de diciembre de 2013, la SUTRAN dio respuesta al escrito de fecha 9 de octubre del 2013 presentado por la demandante.

Resolución No. 06 (13 de enero del 2014).-

Mediante esta resolución se tuvo presente el escrito de fecha 10 de diciembre de 2013, presentado por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías con conocimiento de Consorcio Dacka Perú y se fijo en veinte (20) días hábiles de notificada la presente resolución el plazo para laudar, el cual podrá ser prorrogado en un plazo adicional de treinta (30) días hábiles a sola discreción del Árbitro Único.

(xi) Recurso de Reconsideración y presentación medios probatorios.-

Por escrito de fecha 27 de enero de 2014, la Contratista presentó un recurso de reconsideración contra lo resuelto en la Resolución No. 06, manifestando que aún no se había llevado a cabo la audiencia de informes orales.

El Árbitro Único advirtió que con el 9 de octubre y 10 de diciembre de 2013, la Contratista y la Entidad presentaron nuevos medios probatorios, los cuales ya han sido puestos en conocimiento de cada una de ellas para que manifiesten lo conveniente a su derecho; en este sentido, corresponderá admitirlos como nuevos medios probatorios; razón por la cual, el Árbitro Único considera conveniente a efectos de evitar nulidades futuras dejar sin efecto el plazo para laudar y admitir como medios probatorios los documentos presentados por las partes.

Resolución No. 07 (14 de febrero del 2014).-

Mediante esta resolución se dejó sin efecto el plazo para laudar decretado Resolución No. 06 de fecha 13 de enero de 2014; se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el Consorcio Dacka Perú con fecha 27 de enero de 2014, se admitieron los medios probatorios presentados por el Consorcio Dacka Perú con fecha 09 de octubre de 2013 y por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2013; se declaró improcedente la solicitud formulada por el Consorcio Dacka Perú en el primer otrosí digo de su escrito de fecha 27 de enero de 2014 y se fijo en veinte (20) días hábiles de notificada la presente resolución el plazo para laudar, el cual podrá ser prorrogado en un plazo adicional de treinta (30) días hábiles a sola discreción del Árbitro Único.

Resolución No. 08 (14 de febrero de catorce).-

Mediante esta resolución se dispuso prorrogar en 30 días hábiles el plazo para laudar contabilizados a partir del vencimiento del primer plazo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 38 del Acta de Instalación de fecha 16 de enero del 2013.

CONSIDERANDO:

Conforme a la Audiencia Única de conciliación, fijación de puntos controvertidos, admisión de medios probatorios e informes orales, los puntos controvertidos a resolver son los siguientes:

1. Determinar si corresponde dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías mediante Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 y recibida por el Consorcio Dacka Perú el 01 de junio de 2012, debido a que la obra se encontraba paralizada por razón exclusiva de la Entidad.
2. Determinar si corresponde resolver el Contrato No. 025-2011-SUTRAN, debido a que mediante Carta s/n de fecha 31 de mayo de 2012, el Consorcio Dacka apercibió a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías porque la obra se encontraba paralizada.
3. Determinar si corresponde aprobar la Ampliación de Plazo No. 03 y se reconozca el pago de los mayores gastos generales.
4. Determinar si corresponde ordenar que la por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías pague a favor del Consorcio Dacka, la suma de S/. 200,000.00 nuevos soles, por los daños ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.
5. Determinar a qué parte le corresponde asumir el pago de las costas y costos del proceso.

A continuación paso a desarrollar cada pretensión:

1) PRIMERA PRETENSION..-

1. Determinar si corresponde dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías mediante Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 y recibida por el Consorcio Dacka Perú el 01 de junio de 2012, debido a que la obra se encontraba paralizada por razón exclusiva de la Entidad.-

1.1) A fin de resolver la presente pretensión el arbitro único va a proceder a relatar los hechos tal y como han sido relatado por las partes.

Los únicos hechos que alegó el demandante en su demanda son los siguientes:

(i) Mediante anotaciones en el cuaderno de obra, el demandante hace ver las deficiencias con las que cuenta la ejecución de la obra, por las constantes precipitaciones pluviales, por la falta del supervisor de obra, las mismas que perjudicaron su avance.

(ii) El Terreno donde se realiza la obra, por estar ubicada en una zona de constantes precipitaciones pluviales, especialmente durante los meses de enero a mayo, hecho que perjudicó el porcentaje de avance de la obra, que fue puesta en conocimiento de la Entidad para solicitar las respectivas ampliaciones de plazo.

(iii) Conforme a las anotaciones del cuaderno de obra, se dejó constancia que la obra no podía ser ejecutada normalmente desde el inicio de la obra, por lo tanto el retraso en la ejecución de la obra no fue por responsabilidad del contratista, sino por hecho externos de la naturaleza.

(iv) Durante la ejecución de la obra no se encontraba permanentemente en obra el supervisor designado, hecho que dificultaba el avance de la obra, que sumado a las constantes precipitaciones pluviales, generaron un retraso considerable en la ejecución de la obra, no pudiendo cumplir con el calendario ofrecido.

(v) Con fecha 15 de mayo del 2012, el demandante procedió a hacer entrega del informe detallado del expediente técnico, por cuanto durante la ejecución de la obra encontraron deficiencias que perjudicaron el avance de obra.

(vi) Las ampliaciones No. 01 y No. 02 son aprobadas pero aplicadas retroactivamente, vale decir que antes de que se apruebe, ya había vencido su plazo adicional, hecho que fue comunicado a la Entidad, por lo que se procedió a presentar la ampliación No. 03 pero este fue rechazado por supuestamente encontrarse en extemporáneo.

(vii) Con fecha 31 de mayo de 2012, el demandante apercibió a la Entidad, toda vez que la obra se encontraba paralizada y sin un frente de trabajo por no tener supervisor.

(ix) Al momento de resolver el contrato, la entidad actuó arbitrariamente sin tener en cuenta el estado real de la obra.

Las únicos medios probatorios aportados en el escrito de demanda son los siguientes:

a) Anotaciones en el cuaderno de obra, donde se establece las deficiencias con las que contaba en la ejecución de la obra;

b) Carta s/n con fecha 15 de mayo del 2012, se presentó el informe detallado del Expediente Técnico, haciendo ver a la entidad las deficiencias con las que contaba la obra; y

c) Carta s/n de fecha 31 de mayo del 2012, mediante la cual se apercibe a la entidad la resolución del contrato por encontrarse paralizada y sin presencia del supervisor de obra.

Las medios probatorios aportados por el demandante en su escrito de fecha 9 de octubre del 2013 son los siguientes:

e) Convocatoria del proceso de selección;

f) Bases del proceso de selección;

g) Solicitud de paralización de obra;

h) Reporte de precipitaciones del Senamhi (enero – marzo);

i) Carta de informe técnico a SUTRAN;

j) Apercibimiento del consorcio Dacka a Sutran;

k) Nombramiento de Inspector y dos supervisores de obra;

l) Cuaderno de Obra;

m) Acta de constatación física de la Obra;

n) Copia del correo del Supervisor donde acreditamos que labora en otra obra, y

o) Diapositiva que indica los procesos para la construcción de Losa, en condiciones normales y en condiciones adversas.

Las únicos medios probatorios aportados por la demandada (SUTRAN) en su escrito de contestación de demanda son los siguientes:

1. El mérito del Expediente técnico No. 001.2013.SUTRAN/06.1.3 del 17 de enero de 2013, con Anexos detallados que le corren adjunto;
2. El merito de la Carta No. 030.2012-SUTRAN del 2 de abril del 2012, por la que el Supervisor informa que la Obra estaba en abandono, sin personal, y en marzo del 2012 el Contratista estaba nuevamente por debajo del 80% de ejecución de lo programado;
3. El merito de las Resoluciones de Superintendencia No. 022-2012-SUTRAN/02, del 8 de marzo del 2012, y No. 025-2012-SUTRAN/02, del 15 de marzo del 2012; por las cuales se concedió 2 ampliaciones de plazo al Contratista; acreditando nuestra voluntad de apoyar dentro del marco legal la actuación del demandante, para poder finalmente contar con una Balanza operativa.
4. El merito del memo interno No. 139-2013-SUTRAN/06 1, en el que un funcionario de la entidad hace de conocimiento a otro funcionario de la misma entidad que para el pago de los honorarios del arbitro es necesario contar previamente con los recibos de honorarios del arbitro.

Dentro del Expediente técnico No. 001.2013.SUTRAN/06.1.3 y Anexos se encuentra la carta notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 de fecha 31 de mayo del 2012, mediante la cual SUTRAN resuelve el contrato.

Mediante escrito de fecha 10 de diciembre del 2013 SUTRAN presento el documento interno No. 1101-2013-SUTRAN/07.1.3 de fecha 5 de diciembre del 2013 mediante el cual el Sub-Director de Fiscalización de Vehículos, Sr. Edilberto Reinoso Ramírez dio respuesta al escrito de fecha 9 de octubre del 2013 presentado por LA CONTRATISTA.

1.2) A continuación transcribo los artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicables al caso de incumplimiento de contrato, resolución y penalidades:

Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{Monto F} \times \text{Plazo en días}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60)días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: F = 0.25.
 - b.2) Para obras: F = 0.15.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.

Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

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

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169.

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Artículo 209.- Resolución del contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44º de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 21º.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164º y 165º.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44º de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.

A continuación transcribo el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado relativo a las formalidades de la resolución del contrato:

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

- a) Garantías: La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo.
- b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.
- c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

1.3) De acuerdo a lo establecido en el artículo 168 del Reglamento las partes se encuentran facultadas para resolver el contrato en uno cualquiera de los siguientes supuestos:

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

1.4) Así las cosas, paso a analizar la causa en virtud de la cual LA ENTIDAD resuelve EL CONTRATO:

- a. Del informe No. 156-2012-SUTRAN/08.03 se desprende que el contratista ha sobrepasado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; incurriendo así en la causal de resolución establecida en el numeral 2 del artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- b. En virtud a ello LA ENTIDAD resuelve el contrato por haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.

1.5) Para efectos de determinar si la resolución del contrato se ha sujetado a las normas de contratación con el estado, es preciso determinar, en primer lugar, si a la fecha de resolución del contrato LA CONTRATISTA había acumulado el monto máximo de la penalidad dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para estar en condiciones de resolver el contrato, y en segundo lugar, si la resolución del contrato, se llevo a cabo conforme a la formalidad establecida en el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.6) Para determinar si LA CONTRATISTA cumplió tardíamente con las prestaciones a su cargo resulta necesario establecer cual es el plazo contractual establecido. De la lectura del contrato se puede establecer que el contrato venció el 22 de febrero del 2012, fue ampliado

el plazo hasta el 2 de marzo del 2012 (RS No. 022-2012-SUTRAN/02) y luego fue ampliado el plazo hasta el 15 de marzo del 2012 (RS No. 025-2012-SUTRAN/02).

1.7) En virtud a ello, el arbitro único debe determinar de manera objetiva si a la fecha de resolución del contrato se había llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo. En este sentido, resulta necesario calcular a que fecha se habría llegado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo. Para ello es necesario saber a cuanto asciende el 10% de S/. 179,285.05 lo cual arroja el monto de S/. 17,928.50.

1.8) Así mismo, resulta necesario calcular a cuanto asciende la penalidad diaria:

$$\frac{0.10 \times S/. 179,285.05}{0.40 \times 40 \text{ días}} = S/. 1,120.00$$

0.40 x 40 días

1.9) A fin de establecer a que fecha se habría llegado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, tenemos que dividir:

$$\frac{17,928.50 \text{ (10% del contrato)}}{1,120 \text{ (penalidad diaria)}} = 16 \text{ días}$$

1,120 (penalidad diaria)

1.10) A la luz de la información antes citada llegamos a establecer los siguientes hechos:

- a. El plazo para el cumplimiento de la obligación venció el 15 de marzo del 2012 (incluidas las 2 ampliaciones de plazo);
- b. Al 31 de marzo del 2012 se alcanzo el monto máximo de la penalidad diaria;
- c. No se emitió resolución administrativa alguna para efectos de resolver el contrato; y
- d. Se resolvió el contrato por comunicación de fecha 31 de mayo del 2012.

1.11) En ese sentido, el árbitro único constató que al 31 de mayo del 2012 el demandante no había cumplido con las prestaciones establecidas en el contrato y había alcanzado el monto máximo de la penalidad diaria. Por ende se configuro el supuesto de hecho previsto en el numeral 2 del artículo 168 del Reglamento, es decir, la demandante llego a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo, encontrandose así la entidad facultada para resolver el contrato.

1.12) Asimismo, es oportuno tener en consideración lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley No. 27444 para efectos de determinar si se ha incurrido en alguna causal de nulidad:

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

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

1.13) En cuanto a la formalidad establecida en el artículo 40 de la Ley de contrataciones del Estado se pudo constatar que no existe en el expediente la resolución administrativa suscrita por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella en la que LA ENTIDAD haya manifestado la decisión y el motivo que justifica la resolución del contrato.

En cuanto a la contravención de la Ley de Contrataciones del Estado, debido a la omisión de remitir el documento en el que se manifieste la decisión de resolver el contrato y el motivo que la justifica, suscrita por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato, puedo apreciar que la normativa aplicable dispone y ordena la remisión de un documento aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato; cuestión que en el presente caso no ha sucedido, motivo por el cual existe contravención a la Leyes y se configura una de las causales de nulidad del acto administrativo prevista en el artículo 10 de la Ley No. 27444.

En el presente caso no cabe la nulidad de oficio que prescribe el artículo 202.1 de la Ley 27444 y definida como la que puede ser declarada únicamente “en cualquiera de los casos enumerados en el artículos 10, aun cuando hayan quedado firmes y siempre que agravien el interés público”, ya que no se ha agraviado el interés público tal como está definido en el siguiente párrafo. El interés público debe primar sobre el interés particular, el cual de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa” (Fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 0090-2004-AA/TC).

1.14) Ahora bien, la única alegación de hecho y la única argumentación legal del demandante al solicitar “**se deje sin efecto**” la resolución del contrato (mediante carta notarial No. 166-2012-SUTRAN/08) es **(i)** en vista que la obra se encontraba paralizada por razón exclusiva de la Entidad y **(ii)** que la entidad actuó arbitrariamente sin tener en cuenta el estado real de la obra.

Por su parte SUTRAN indica que envió la Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 del 31 de mayo del 2012, mediante la cual comunica al Contratista la Resolución del Contrato No. 025-2011-SUTRAN de conformidad a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.15) En este estado el arbitro único se encuentra con dos hechos relevantes, por un lado, el demandante ha omitido en solicitar la nulidad de la resolución del contrato y no ha señalado en base a que hecho se configura la nulidad de la resolución del contrato, y del otro lado, el demandado ha contravenido lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Contrataciones, debido a que no ha adjuntado, ni remitido a la comunicación de resolución del contrato, el documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, debiendo dicho documento ser aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato.

De la misma manera, la entidad ha omitido con hacer una liquidación del contrato conforme lo establece el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que esta norma indica: culminada la constatación física e inventario en el lugar de la obra, la Entidad procede a la liquidación conforme a lo establecido en el artículo 211.

1.16) Como lo he dicho en párrafos precedentes la demanda solicita “**se deje sin efecto**” la resolución del contrato realizada mediante carta notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 en base tan solo al hecho que la obra se encontraba paralizada por razón exclusiva de la Entidad y por que la entidad actuó arbitrariamente sin tener en cuenta el estado real de la obra. En ninguna parte de la demanda, se argumenta que la nulidad de la resolución del contrato se deba a la omisión del documento en el que se manifieste la decisión de resolver el contrato y el motivo que la justifica, debiendo dicho documento ser aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. En este sentido, se observa que **tal argumento u hecho no ha sido formulado por el demandante**; y resolver aquello que no ha sido formulado por el demandante vulnera lo dispuesto en el artículo VII del T.P. del Código de Procedimientos Civiles que señala a la letra lo siguiente:

Articulo VII.- Juez y Derecho.-

“El juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

En efecto, el principio de congruencia procesal, se encuentra recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual señala que “El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir mas allá del petitorio ni fundamentar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Asimismo, la doctrina lo reconoce como la concordancia entre “el pedimento planteado por las partes y la decisión que de tal pedido desprende el Arbitro”.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación No. 1308-2001 CALLAO (recaída en la sentencia de fecha 07 de setiembre del 2001) establece que:

“... el principio de congruencia procesal implica por un lado que, el juez no pueda ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas la alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o medios impugnatorios...”

De otro lado, sobre el principio de congruencia, el Tribunal Constitucional ha señalado en su STC No. 3151-AA/TC, lo siguiente:

“En lo que aquí importa, un órgano judicial no podría sustentar su decisión en hechos que no hayan sido alegados por las partes, ni resolver sobre pretensiones que no hayan sido formuladas (congruencia).”

A mayor abundamiento, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema mediante la Cas. No. 5227-2011-Callao, que declara fundado el recurso interpuesto en el marco de un proceso de nulidad de acto jurídico, indica lo siguiente:

“Cuando los jueces, sin modificar los hechos expuestos en la demanda, opten por aplicar la norma pertinente en virtud del principio *iura novit curia*, deben indicar de manera expresa que están haciendo uso de dicha facultad y explicar las razones del porque lo hacen.”

Como se observa, el demandante no se refiere, no indica, no manifiesta, no señala, ni mucho menos cuestiona la siguiente omisión: el no haber remitido el documento en el que se manifieste la decisión de resolver el contrato y el motivo que la justifica, firmada por

autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato para efectos de resolver el contrato.

Por tanto, este hecho no invocado en la demanda no puede ser subsanado mediante la aplicación del principio *"iura novit curia"* por cuanto el arbitro tendría que decir dos cosas para ello: (i) Entiendo que la solicitud "dejar sin efecto" implica e importa solicitar la nulidad de la resolución del contrato y (ii) que de los actuados se infiere que el demandante denuncio o advirtio que la demandada no remitio el documento en el que se manifiesta la decisión de resolver el contrato y el motivo que la justifica, firmada por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato, dado que de los actuados me resulta imposible afirmar los dos puntos antes indicados, al no existir como argumento de hecho la falta de remision del documento referido, y porque, para el arbitro unico, dejar sin efecto, no significa solicitar la nulidad de la resolución del contrato. En este sentido, se puede dejar sin efecto un contrato valido mediante la resolución del mismo o al amparo de lo establecido en el artículo 1313 del Código Civil. Además, es criterio del arbitro único que de aceptar el punto (ii) antes citado generaría un estado de indefensión e inseguridad jurídica para el demandado, al no poder este último defender su posición sobre hechos no alegados por el demandante y no conocidos por el demandado.

1.17) El arbitro único considera que de resolver la nulidad de la resolución del contrato en base a que el demandado omitió el documento en el que se manifieste la decisión de resolver el contrato y el motivo que la justifica, firmada por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato, al ser una nulidad no solicitada y al no existir una denuncia sobre la falta de formalidad en el acto de resolución del contrato, constituiría una clara vulneración al principio de Congruencia Procesal (pronunciamiento extra petita), al principio de Legalidad, al aforismo *iura novit curia*, al derecho de defensa, al juez imparcial, e interdicción de la arbitrariedad previstos en el artículo numeral 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en el Artículo VII del Titulo Preliminar y el artículo 50.6 del Código Procesal Civil. La vulneración del Principio de Congruencia Procesal (artículo VII del Titulo Preliminar del Código Procesal Civil) determinaría que se expida un fallo extrapetita, es decir, el arbitro estaría resolviendo algo distinto a lo solicitado por el demandante.

En virtud a las consideraciones expuestas el arbitro único considera que la presente pretensión debe declararse infundada.

2) SEGUNDA PRETENSION.-

2. Determinar si corresponde resolver el Contrato No. 025-2011-SUTRAN, debido a que mediante Carta s/n de fecha 31 de mayo de 2012, el Consorcio Dacka apercibió a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías porque la obra se encontraba paralizada.

Mediante esta pretension la demandante solicita se declare la resolución del contrato, debido a que mediante Carta s/n de fecha 31 de mayo de 2012, apercibió a la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías porque la obra se encontraba paralizada y en su escrito de demanda no hace ninguna otra alegación más que la antes realizada y no indica, ni ha cumplido con acreditar la presunta inejecución o incumplimiento contractual que le atribuye a la LA ENTIDAD.

~~En dicha carta la demandante indica lo siguiente:~~

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con la finalidad de comunicarle nuestra preocupación e incomodidad por los problemas que viene acarreando el incumplimiento del contrato de la referencia, mas aun si consideramos que en fecha 15 de mayo del presente año, se presentó la carta S/N 2012, la misma que tiene como finalidad hacer ver los inconvenientes con los que cuenta el contratista para poder proseguir con el desarrollo de la obra y que a la fecha la mencionada carta no ha sido objeto de respuesta por parte de la Entidad.

Asimismo, debemos expresar nuestra incomodidad por el incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales en vista de que el expediente técnico cuenta con vicios ocultos, deficiencias y omisiones que son importantes para el cumplimiento de las metas previstas, que evidentemente afectan la ruta crítica.

Actualmente la obra se encuentra paralizada por las deficiencias que muestra su Entidad a no dar una pronta solución, sumado a ello, el hecho que en obra no se contó y no se cuenta con un supervisor permanente, hecho que no hacen más que retrasar la obra, por no contar con un frente de trabajo.

Es de conocimiento de su representada que a la fecha existen asientos de cuaderno de obra que demuestran la incomodidad del contratista para poder desarrollar el trabajo de forma normal, todo esto debiéndose a vicios ocultos que hacen insuperable esta situación.

En este sentido y estando estos supuestos al alcance del Art. 167 del Reglamento de Contrataciones del Estado, el cual indica: "...cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo..." Asimismo que alcance del Art. 169 del Reglamento, que indica "...si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial, para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato..."

Siendo esto así y asistiendo el derecho apercibimos a su representada para que en un plazo no mayor de cinco días se sirvan dar solución a los problemas expuestos.

Por su parte la demandada manifiesta que no se puede tomar en cuenta el supuesto apercibimiento dado por la demandante a SUTRAN por Carta Notarial de cifra Carta s/n 2012-CDI, del 31 de marzo del 2012 en la que sostiene que la obra estaba paralizada porque el expediente técnico tenía vicios ocultos, y daba un plazo de 5 días para solucionarlo, bajo apercibimiento.

Además la demandada indicó que el Supervisor remitió a SUTRAN la carta No. 030-2012-SUTRAN el 2 de abril del 2012, en la que informó que la obra estaba abandonada, sin personal, y para marzo del 2012 el contratista estaba nuevamente debajo del 80% de ejecución de lo programado; lo que ameritaba una RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, o cuando menos una intervención o sanción económica; por lo cual la SUTRAN dispuso la Resolución del Contrato que comunicó a la demandante por Carta Notarial No. 166-2012-SUTRAN/08 el 1 de junio del 2012, por hallarse la obra paralizada hacia 2 meses, por exclusiva responsabilidad de la demandante.

El demandante señala que la entidad ha incumplido sus obligaciones contractuales en vista de que el expediente técnico cuenta con vicios ocultos, y ello no puede ser considerado como un incumplimiento o una causal para resolver el contrato. En efecto, el acto (vicios ocultos) por el cual se pretende dejar sin efecto un contrato es una causal existente al momento de su celebración, y la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración (artículo 1371 del Código Civil). No solo ello sino que además el vicio oculto en el expediente técnico no ha sido acreditado. Entonces el arbitro único considera que esta causal (vicio oculto) no resulta aplicable para solicitar la resolución del contrato.

La otra causal invocada por el demandante para resolver el contrato es que la obra se encuentra paralizada porque en la obra no se contó y no se cuenta con un supervisor permanente, hecho el cual no ha sido acreditado por el demandante.

El arbitro único considera que debido a los argumentos antes indicados y debido a que ha considerado que la primera pretensión debe declararse infundada y que en virtud a ello el contrato se encuentra resuelto al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo de LA CONTRATISTA, esta segunda pretensión debe declararse infundada.

3) TERCERA PRETENSION.-

3. Determinar si corresponde aprobar la Ampliación de Plazo No. 03 y se reconozca el pago de los mayores gastos generales.

La demandante indica que la primera y segunda ampliación solicitada por LA CONTRATISTA fueron aprobadas pero aplicadas retroactivamente, vale decir que antes de que se apruebe, ya había vencido su plazo adicional, hecho que fue comunicado a la Entidad, por lo que se procedió a solicitar una tercera ampliación, pero esta fue rechazada por presentarse supuestamente de manera extemporánea.

En el expediente no he encontrado documento alguno mediante el cual LA CONTRATISTA haya solicitado la ampliación del plazo por tercera vez y tampoco existe comunicación o resolución administrativa de la entidad mediante la cual haya denegado la tercera ampliación del plazo contractual.

En la demanda y en el expediente no existe y no se indica el monto que la demandante solicita por gastos generales y tampoco existe medio probatorio alguno o pericia que acredite este extremo.

El arbitro único considera que debido a los argumentos antes indicados y debido a que ha considerado que la primera pretensión debe declararse infundada y que en virtud a ello el contrato se encuentra resuelto al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo de LA CONTRATISTA, esta tercera pretensión debe declararse infundada.

4) CUARTA PRETENSION.-

4. Determinar si corresponde ordenar que la por la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías pague a favor del Consorcio Dacka, la suma de S/. 200,000.00 nuevos soles, por los daños ocasionados como consecuencia de la resolución del contrato.

Antes de entrar a resolver la presente pretensión el arbitro único considera útil y necesario realizar algunas definiciones y establecer algunos conceptos.

El daño patrimonial consiste en aquella “*lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada*”¹. Éste a su vez se clasifica en daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector de la doctrina italiana, “*la disminución de la esfera patrimonial del dañado*”².

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Gaceta Jurídica. Cuarta Edición, 2006, Pág. 226.

² Ibidem. Págs. 157 y 158.

Mientras que el lucro cesante lo conforma todo aquello que se ha dejado de percibir como consecuencia del evento dañoso.

El lucro cesante viene a ser pues aquello que ha impedido que el acreedor perciba una ganancia a la que tenía derecho. Se trata de la "ganancia frustrada o ganancia dejada de obtener, que es el incremento patrimonial que el acreedor debería recibir como consecuencia del cumplimiento o el que deja de obtener como consecuencia del incumplimiento"³.

En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus dos manifestaciones, se necesita de la probanza de la certeza del daño, lo que significa que los únicos daños resarcibles serán los que tengan certeza fáctica y lógica y, además, que hayan sido probados en su existencia.

En este orden de ideas, la certeza del daño no solo significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal. En palabras de ZANNONI⁴, la "(...) certidumbre del daño (...) constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria (...)".

Por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado "daño eventual" o "hipotético", entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica y natural del hecho dañoso, lo que significa que el daño, como evento resultado, será material y lógicamente imposible de ser probado⁵.

Por lo dicho, resulta evidente que, tratándose del resarcimiento del daño emergente y el lucro cesante, el actor debe aportar la prueba de la certeza del daño, sin olvidarse que dicha prueba no guarda la misma proporcionalidad en uno y en otro. La certeza del daño emergente, toda vez que éste se trata de un evento que sustrae una entidad o utilidad que ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, apunta justamente a la necesidad de probanza de la existencia de dicha utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida.

En cambio, la probanza de la certeza del lucro cesante, no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas que no se tenían al momento del siniestro. Más bien, como ha afirmado FRANZONI⁶, "(...) en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin que el mismo se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en

³ DIEZ-PICASO, LUIS. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Tecnos. Tomo 1. Pág. 687.

⁴ Ob. Cit. Pág. 52.

⁵ Lo que diferencia, por ejemplo, el resarcimiento de la pérdida de una chance, como variante singular del "daño emergente", del resarcimiento de la pérdida del resultado que se "esperó" obtener, el cual, al constituir un resultado incierto, representa un "daño eventual" no resarcible. Constituye típico ejemplo de esto, los daños originados al propietario de un caballo de carrera que, por causa imputable a su transportista, no llega a tiempo al hipódromo para correr en un gran premio. No hay duda, que al no correr en la carrera, pierde la posibilidad de ganarla (y, en este sentido, la pérdida de esta oportunidad es resarcible, pues el coste de la posibilidad constituye un daño cierto); empero, aún de haber corrido la carrera, nada aseguraría que la ganara (lo que significa que el resarcimiento del resultado - pérdida del premio - no es posible de ser demandado, al constituir un daño incierto).

⁶ FRANZONI, Massimo. *Fatti Illeciti. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano*. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043°-2059°. Zanichelli Editore-Bologna e Il Foro Italiano - Roma, Italia. 1993. Pág. 823.

el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro (...)".

En consecuencia, en lo que atañe al lucro cesante, la doctrina es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que éste se delimita por un *juicio de probabilidad*. A estos efectos, se ha señalado que a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso. Ese juicio de probabilidad plantea el problema del momento en que ha de hacerse, por quién ha de ser hecho y con qué criterio ha de hacerlo. En cuanto al primer punto, también a diferencia del daño emergente que se produce en el momento del hecho que lo causa, para el lucro cesante ha de esperarse el curso ulterior de los sucesos. Este pronóstico ulterior nos ha de llevar a concretar un interés cierto del perjudicado, ya que no pueden protegerse intereses inseguros o inciertos, pero cuidando de no exigir una certeza absoluta incompatible con el concepto de "ganancia frustrada".

Como puede apreciarse de la lectura de la demanda, la demandante no ha alegado, ni ha acreditado lo expresado líneas arriba.

Dicho en otras palabras, el arbitro único considera que para hablar con fundamento sobre la existencia de responsabilidad civil contractual, existen una serie de elementos constitutivos y presupuestos jurídicos que deben ser efectivamente probados y acreditados para que finalmente se llegue a determinar o no que en el presente caso se ha producido la pretendida responsabilidad civil de la demandada. En este sentido, paso a analizar cada uno de los elementos constitutivos para poder determinar si es que en realidad se configura o no la responsabilidad civil contractual de la entidad en los siguientes párrafos.

Como se sabe, dichos elementos son los siguientes: la existencia de la relación contractual; la inejecución o incumplimiento de obligaciones contractuales (la ilicitud o antijuridicidad de la presunta conducta infractora); el factor atributivo de responsabilidad (responsabilidad subjetiva u objetiva); la imputabilidad (en el caso de responsabilidad subjetiva); el daño (su existencia y su cuantía), y, finalmente, la relación de causalidad adecuada (nexo causal) que debe existir entre la inejecución o incumplimiento contractuales y el daño ocasionado al demandante.

En otras palabras, para que efectivamente exista una responsabilidad civil de tipo contractual como la que demandante pretende atribuir a LA ENTIDAD, la demandante no sólo debe alegar sino fundamentalmente **ACREDITAR Y PROBAR** que efectivamente se han producido todos y cada uno de los siguientes elementos:

- a) La existencia de una relación jurídico-patrimonial (contrato);
- b) La inejecución o incumplimiento de alguna obligación contractual por parte de LA ENTIDAD;
- c) Que la inejecución o incumplimiento de obligaciones contractuales obedezcan a causas directamente imputables a LA ENTIDAD;
- d) Que la inejecución o incumplimiento contractuales de la parte infractora (presuntamente la LA ENTIDAD) hayan ocasionado efectivamente un DAÑO a la parte perjudicada;
- e) Que el DAÑO ocasionado a la parte perjudicada esté debidamente cuantificado; y

- f) Que exista una relación de causalidad adecuada entre la inejecución o el incumplimiento contractual de la parte infractora y el DAÑO causado a la parte perjudicada.

Cabe precisar también que para que se configure la pretendida responsabilidad contractual de LA ENTIDAD debe presentarse de manera concurrente todos y cada uno de los elementos constitutivos de esta figura jurídica, bastando que no se logre acreditar alguno –cualquiera- de estos presupuestos para que no se presente un supuesto de responsabilidad civil contractual.

En los párrafos siguientes vamos a desarrollar los siguientes puntos que deben presentarse y acreditarse para hablar de responsabilidad civil contractual:

a) La existencia de una relación jurídico-patrimonial (contrato).-

En efecto existe una relación jurídica patrimonial entre las partes, ya que con fecha 28 de diciembre del 2011 LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA celebraron un contrato de obra.

b) La inejecución o incumplimiento de alguna obligación contractual por parte de LA ENTIDAD y la existencia o no del daño.-

Como ya se mencionó anteriormente, para que se configure la pretendida responsabilidad civil de tipo contractual de LA ENTIDAD deben presentarse de manera concurrente todos y cada uno de los elementos constitutivos de esta figura jurídica, bastando que la empresa demandante no logre acreditar alguno –cualquiera- de estos presupuestos para que no se presente un supuesto de responsabilidad civil contractual que se pretende atribuir a LA ENTIDAD.

Como quiera que, en el presente caso, LA CONTRATISTA no ha cumplido con acreditar la presunta inejecución o incumplimiento contractual que le atribuye a la LA ENTIDAD y tampoco ha cumplido con acreditar la imputabilidad de LA ENTIDAD en los presuntos e inexistentes incumplimientos contractuales que se le atribuyen, en realidad todo esto me exime de entrar a realizar un análisis riguroso del daño y la cuantía del DAÑO y de los demás elementos necesarios para que se llegue a configurar un supuesto de responsabilidad contractual de LA ENTIDAD.

c) Algunas consideraciones puntuales en cuanto al daño y la cuantía del presunto DAÑO por causa de las supuesta inejecución de obligaciones contractuales a cargo de LA ENTIDAD.-

No existe una sola alegación y ni un solo medio probatorio que acredite el daño, ni la cuantía de los supuestos daños que se habrían configurado.

d) Consideraciones finales en cuanto a la inexistencia de una relación de causalidad adecuada (nexo causal) entre los pretendidos (y no probados) incumplimientos contractuales atribuidos a LA ENTIDAD.-

Entendiendo el nexo causal, como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido, es decir, que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de quien lo provocó, y habiéndose establecido que no existió incumplimiento por parte de la entidad, por ende, el arbitro único concluye que tampoco existe una relación de causalidad adecuada.

En virtud a lo antes expuestas, el arbitro único considera que la presente pretensión debe declararse infundada.

FALLO:

PRIMERO.- Declaro *INFUNDADA* la primera pretensión en razón a la argumentación legal indicada en los considerandos precedentes.

SEGUNDO.- Declaro *INFUNDADA* la segunda pretensión en virtud a la argumentación legal indicada en los considerandos precedentes.

TERCERO.- Declaro *INFUNDADA* la tercera pretensión en razón de la argumentación jurídica indicada en la parte considerativa.

CUARTO.- Declaro *INFUNDADA* la cuarta pretensión, en razón de la argumentación jurídica indicada en la parte considerativa.

QUINTO.- En cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, cada parte deberá asumir las costas y costos pagados por cada uno de ellos.

Notifíquese a las partes,

JOSE ANTONIO DEL SOLAR BOTTO LERCARI
Arbitro único

ANTONIO CORRALES GONZALES
Director de Arbitraje Administrativo