

Expediente: S122-2011/SNA-OSCE

LAUDO ARBITRAL

ÁRBITRO ÚNICO:

Dra. Diana María Revoredo Lituma

DEMANDANTE:

Consorcio Vial Bedoya, en adelante el contratista o demandante.

DEMANDADO:

Municipalidad Distrital de Olleros, en adelante la Entidad o demandada.

SECRETARIA ARBITRAL:

Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

En Lima, a los 30 días del mes de Julio del 2014, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Demandante y del Demandado, el Árbitro Único dicta el presente Laudo de Derecho.



I. **ANTECEDENTES:**

EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 17 de diciembre del 2010, las partes celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 0001-2010-Municipalidad Distrital de Olleros para la obra "Mejoramiento de la Carretera desde el Tramo Puente Bedoya hasta la localidad de Huaripampa, Distrito de Olleros - Huaraz - Ancash", por la suma de S/. 967,451.11. En adelante, nos referiremos a éste documento como "Contrato".

A través de la Cláusula Décimo Segunda del Contrato pactaron la Cláusula Arbitral, mediante la cual señalaron lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

12.1. Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato, deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje.

12.2. Se incorpora al presente contrato la cláusula arbitral tipo del SNCA-OSCE cuyo texto es el siguiente: "Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento" (...)"

En tal sentido, las partes convinieron resolver todas las controversias derivadas de la ejecución del Contrato, mediante arbitraje de derecho, de acuerdo a las normas de contratación pública aplicables y bajo la organización y administración del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.



DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO E INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

En el marco de lo previsto en el convenio arbitral del Contrato y lo acordado por las partes, mediante Resolución N° 063-2012-OSCE/PRE emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones (OSCE), se designó como Árbitro Único para resolver la presente controversia, a la Dra. Diana María Revoredo Lituma, quien en la continuación de la Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios llevada a cabo el 24 de abril del 2013, ratificó no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso con las partes y se obligó a desempeñarse con imparcialidad, independencia y probidad su labor.

La audiencia antes comentada se llevó a cabo en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, estando presente el árbitro único, representantes de ambas partes, y la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, ésta última actuando como Secretaría Arbitral.

Cabe resaltar, que ninguna de las partes impugnó o reclamó extremo alguno del Acta de Instalación, por el contrario la suscribieron en señal de conformidad.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

II.1 DE LA DEMANDA

Mediante escrito del 23 de enero del 2012, el Contratista presentó su demanda y formuló las siguientes pretensiones:

“a.- Nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 0139--2011 de fecha 12 de octubre del 2011 que resuelve el Contrato N° 0012010-MDO, de fecha 17 de diciembre 2010, sobre la Obra “Mejoramiento de la Carretera desde el Tramo Puente bedoya



hasta la localidad de Huaripampa, distrito de Olleros - Huaraz, Ancash".

- b.- El pago de la tercera valorización por el importe de S/. 206,817.28 (Doscientos Seis Mil Ochocientos Diecisiete con 28/100 Nuevos Soles), presentado el 25 de julio de 2011 con Carta N° 09-2011-MDO/Supervisor de Obra/EMH.*
- c.- Devolución de la garantía ascendente de S/. 96,745.11 (Noventa y seis Mil Setecientos Cuarenta y Cinco con 11/100 Nuevos Soles).*
- d.- Nulidad de la Segunda Acta de Observaciones.*
- e.- El pago de Cien Mil Nuevos Soles por daños y perjuicios.*
- f.- Pago de Costas y Costos".*

FUNDAMENTO DE LAS PRETENSIONES.

El Contratista sustentó sus pretensiones de la siguiente manera:

"III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES PLANTEADAS.

PRIMERO.- LA RESOLUCIÓN materia de cuestionamiento; viola flagrantemente el debido proceso, por cuanto en sus considerandos se fundamenta en el artículo 176 del Reglamento del Decreto Legislativo 1017, ARTÍCULO QUE ES APPLICABLE SOLO PARA BIENES Y SERVICIOS y no para RESOLUCIONES DE CONTRATO DE OBRAS Y RECEPCIÓN DE LA OBRA Y PLAZOS; pues el Artículo 209 del Reglamento de la Ley citada, REGULA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS, por lo que en forma abusiva se utiliza tal artículo para FUNDAMENTAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, se atenta contra el SISTEMA ESTRUCTURAL al recurrir a los artículos de otros títulos cuando existe especialmente EL CAPÍTULO VII (Del Reglamento del Decreto Legislativo 1017) ES EXPLICITAMENTE PARA OBRAS; y dentro ya está el Artículo 210; y en forma maliciosa taxa una mínima parte del inciso 3 y SE OLVIDA POR COMPLETO LOS OTROS INCISOS QUE REGULAN SOBRE LA RECEPCIÓN DE OBRAS. Más, El inciso 3 del Art. 210 del Reglamento de la LEY citada, indica que EN EL CASO QUE EL CONTRATISTA O EL COMITÉ DE RECEPCIÓN NO ESTUVIERE CONFORME CON LAS OBSERVACIONES O LA SUBSANACIÓN SEGÚN CORRESPONDA, ANOTARÁ LA DISCREPANCIA EN EL ACTA RESPECTIVA; EL COMITÉ DE RECEPCIÓN ELEVARÁ AL TITULAR DE LA ENTIDAD, SEGÚN CORRESPONDA, TODO LO ACTUADO CON UN INFORME SUSTENTANDO DE SUS OBSERVACIONES EN UN PLAZO MÁXIMO DE CINCO



DÍAS.

LA ENTIDAD DEBERÁ PRONUNCIARSE SOBRE DICHAS OBSERVACIONES EN IGUAL PLAZO (No indicó resolver el contrato). (El pronunciamiento es respecto a la observación debiendo dar por fundado o infundadas las observaciones). (Al resolver el contrato se está cometiendo abuso de autoridad por violar el debido proceso y utilizar otros artículos que no corresponden al caso; error de derecho manifiesta). DE PERSISTIR LA DISCREPANCIA ESTA SE SOMETERÁ A CONCILIACIÓN Y/O ARBITRAJE, DENTRO DE LOS 15 DÍAS AL PRONUNCIAMIENTO DE LA ENTIDAD. (La Entidad no entiende que toda RESOLUCIÓN de contrato es por incumplimiento de obligaciones NO POR DISCREPANCIA COMO EL PRESENTE CASO, ahí el error de interpretación).

SEGUNDO.- Respecto de la Tercera Valorización que es la última valorización por el importe de S/. 206,817.28 (Doscientos Seis Mil Ochocientos Diecisiete con 28/100 Nuevos Soles), (presentado el 25 de julio del 2011 con CARTA N° 09-2011 MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH). Al resolver el contrato de obra, deja sin vigencia el contrato y por ende el pago pendiente de la valorización, CUANDO EL PAGO DE VALORIZACIONES PUEDE ESTAR AECTA SOLO CUANDO LA OBRA ESTA EN EJECUCIÓN en el presente caso LA OBRA ESTA CULMINADA, y se encuentra en el proceso de ECEPCIÓN DE OBRA, siendo ello así, no existe en lo mínimo razón para afectar el pago de valorización indicada; sin embargo, el error de derecho en la interpretación de la ENTIDAD E NO PAGAR LA ALORIZACIONES, por ello resuelven el contrato con tal fin. E EVIDENCIA cuando en la RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA en forma abusiva en el ARTICULO 3 (Primero9 INTERVIENEN A LA OBRA al disponer la ENTREGA DE LA OBRA PREVIA CONSTATACIÓN FÍSICA Y ESTABLECER EL SALDO DE LA OBRA REAL, ACCIONES Y términos FUERA DE LA NORMA que regula las CONTRATACIOES CON EL ESTADO, razón por la cual el pago de la valorización es justa y legal.

TERCERO.- Respecto de la devolución de la garantía, se justifica por cuanto con anima adversión se realiza la primera observación indicando cosas genéricas como "a lo largo de la vía no se han talado los arboles", lo que es una falsedad, pues si existiera se hubiera indicado la ubicación y número.

"A lo largo de la vía se observa dalos en la propiedad de los terceros y comunes"; supuestos que no tiene ninguna relación con el expediente de la obra, son observaciones genéricas que no cuestionan nada específico. Por lo que la devolución de la



garantía se justifica.

CUARTO.- SOBRE NULIDAD DE SEGUNDA ACTA DE OBSERVACIONES, sencillamente, porque la ley no permite la segunda observación, respecto a la interpretación del INISO 2 DEL ARTÍCULO 210, pues esta señala que la SUBSANACION es respecto a las observaciones realizadas en la primera oportunidad, el comité de recepción junto con el contratista, solo verificaran la subsanación de las observaciones formuladas en el acta o en el pliego. NO PUDIENDO FORMULAR NUEVAS OBSERVACIONES. (En el presente caso se ha formulado nuevas observaciones. EN FLAGRANCIA AL DEBIDO PROCESO. LA QUE DEBE SER CORREGIDA DESESTIMANDO LAS NUEVAS OBSERVACIONES).

QUINTO.- Respecto al pago de DAÑOS Y PERJUICIOS, toda empresa o consorcio trabaja con préstamos y por día QUE SE RETRASAN EN LOS PAGO SE PAGA LAS MORAS, por la dimensión del retraso de pago de la valorización y la devolución de la garantía, se calculó el monto propuesto.

SEXTO.- Las costas y costos del proceso deben pagar por cuanto LA DECISIÓN DE LA ENTIDAD al resolver el contrato motiva el presente proceso".

III.2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 31 de octubre del 2012, se recepcionó el escrito de contestación de demanda presentado por el Procurador Público de la ENTIDAD, a través del cual solicitó se declare infundada la demanda en todos sus extremos, para lo cual argumentó lo siguiente:

“...ABSOLVIENDO el traslado de la demanda interpuesta por César Elías Mejía Obregón quien actúa como representante legal del consorcio Vial Bedoya sobre nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 0139-2011 de fecha 12 de octubre del 2011, pago de la tercera valorización por el importe de S/. 206,817.28, devolución de la garantía ascendente a la suma de S/. 96,745.11, nulidad de la segunda acta de observaciones y el pago de Cien Mil Nuevos Soles por Daños y Perjuicios y otros, negándola y contradiciéndola, por lo que solicito que al momento de emitir el laudo correspondiente se declare



improcedente o infundada la demanda por los siguientes fundamentos de hecho y de derecho que paso a exponer:

- a) Respecto a la acumulación de pretensiones, nuestro código procesal civil (aplicable supletoriamente) señal en el artículo 427 incisos 5) y 7) señalan que la demanda será declarada improcedente cuando no exista conexión lógica entre los hechos o petitorio o cuando contenga una indebida acumulación de pretensiones. En ese sentido, en la demanda no se ha identificado si las pretensiones demandadas constituyen una acumulación originaria, objetiva y si pretensiones demandadas constituyen una acumulación originaria, objetiva y si éstas son pretensiones accesorias, alternativas o subordinadas, de modo que acorde a dicho dispositivo legal debe ser declarado improcedente.
- b) Con relación a la pretensión de declararse la nulidad de la resolución de Alcaldía N° 01-39-2011 de fecha 12 de octubre de 2011, esta se ha emitido de conformidad con lo dispuesto por el artículo 210 inciso 5 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que señala: "Todo retraso en la subsanación de las observaciones que excede del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a las que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el topo señalado en la ley, el Reglamento o el Contrato, según corresponda", pues el hecho que se haya invocado el artículo 176 del Reglamento con el cual se le otorga un plazo de 5 días para que culmine con el levantamiento de las observaciones, no implica que se haya procedido a resolver el contrato, según el procedimiento señalado en la etapa de ejecución contractual, es decir, antes de la designación del Comité de Recepción de la Obra. Ya que la resolución del contrato al que hace referencia el artículo 210 del Reglamento, es con relación al retraso en la subsanación de las observaciones en el que están fijados los plazos de manera muy precisa, de modo que ni si quiera era necesaria hacer el apercibimiento de los cinco, diez o quince días como pretende afirmar el contratista, pues éstos solo son aplicables en cuanto el contratista o la entidad, incumplen sus obligaciones contractuales antes de la conformación del Comité de Recepción. El caso concreto, es que el contratista no ha cumplido con la subsanación de las observaciones efectuadas el día 25 de agosto del 2011 y no es como pretende justificar que se hizo una segunda observación.
- c) A mayor precisión, respecto a esta pretensión debemos señalar que el artículo 210 el Decreto Supremo N° 184-2008-



EF, señala: "La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir las discrepancias, éstas se someterán a conciliación y/o arbitraje, entre los 15 (quince) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad" sucede que mediante Acta de Observaciones de fecha 25 de agosto del 2011, la Comisión de Recepción de Obra conjuntamente con el contratista plasman una serie de observaciones a la ejecución de la obra "Mejoramiento de la Carretera del Tramo Puente Bedoya hasta la localidad de Huaripampa, distrito de Olleros - Huaraz - Ancash" en esa ocasión el contratista aceptó las observaciones efectuadas, sin embargo, recién cuando se efectúa la verificación de las subsanaciones de la obra, proceden a mostrar su discrepancia, de modo que si no estaban de acuerdo con las observaciones de acuerdo a la norma invocada tenía en plazo de 15 días para acudir a los mecanismos de solución de controversias, y al no haberlo hecho aceptó dichas observaciones efectuadas en el Acta de fecha 25 de agosto de 2011, y como podrá advertir el Acta de fecha 16 de septiembre del año 2011, **no incluye nuevas observaciones**, sino que detalla la persistencia de las observaciones efectuadas en el primer acta, de tal manera que no existe nuevas observaciones como lo prohíbe el artículo 210, inciso 2 del Reglamento de la LCE.

d) En consecuencia si la Entidad apercibió mediante Oficio N° 142-2011-MDO-A de fecha 22 de septiembre del 2011 a fin de que se levanten las observaciones contenidas en el Acta de fecha 25 de agosto de 2011, así como en el acta de fecha 15 de septiembre del 2011, donde en este último, sólo se reproducen las observaciones efectuadas con fecha 25.Ago.2011 donde se le concede un plazo de cinco días para que subsane, por cuanto todos los plazos estaban vencidos, sin embargo, como quiera que el contratista no está de acuerdo con ello, se procede a la resolución del contrato, lo cual implica la aplicación de la penalidad y ejecución de las garantías.

e) Es más, estas observaciones efectuadas por el Comité de Recepción de Obra han sido advertidas en el informe pericial elaborado por los Ing. Benito Hilario Toledo Jara y el Ing. Elencio Melchor Mejía Oncoy y con mayor detalle las deficiencias constructivas, las que se efectuaron sin respetar el expediente técnico de la referida obra.

f) De acuerdo al contrato suscrito y de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el contratista se encuentra obligado a ejecutar la obra de acuerdo a las especificaciones técnicas del expediente técnico de la obra, previamente aprobada por la entidad, por ello



se obligan a entregar una fianza por la garantía de fiel cumplimiento, sin embargo, del contenido del informe pericial se advierte que la obra cuenta con serie de observaciones que hacen que la Entidad no está obligado a pagar la contraprestación, más al contrario la resolución del mismo se encuentra dentro de las facultades y dentro del procedimiento establecido en la norma.

g) Finalmente con relación a la pretensión de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 139-2011-MDO-A de 12 de octubre del 2011 con el cual se resuelve el contrato, no constituye un acto administrativo estricto sensu, sino una manifestación de voluntad con el cual la Entidad hace conocer su decisión de resolver el contrato de ejecución de la obra, por lo tanto, el demandante no ha precisado las causales de nulidad, tampoco ha señalado que la nulidad demandada está dirigido a un acto administrativo o un acto jurídico si se trata de éste último, debió indicar con precisión en cuál de las causales de nulidad del acto jurídico sustenta su pretensión, toda vez, que al no haberlo realizado de manera clara y precisa está limitando el derecho de defensa que tiene la entidad para poder dirigir su defensa como mejor corresponde, pues una cosa es la nulidad de un acto administrativo, cuyas causales de nulidad las encontramos en el artículo 10 de la Ley N° 27444 y otra es la nulidad del acto jurídico que se sustenta en las normas del código civil, máxime si la ley de contrataciones del Estado, no regula sobre el sistema nulidades de la decisión que tienen las partes para resolver un contrato. Al respecto, debe tenerse en cuenta, que no se ha demandado la ineficacia de la resolución del contrato, sino que ha incidido en la nulidad, por lo que al momento de laudar se debe fundamentar conforme está dirigido la pretensión.

h) Con relación a la segunda pretensión acumulada originariamente, relacionada al pago de la tercera valorización, el demandante no ha acreditado cual es la controversia surgida con relación a dicha valorización, pues del contenido de la resolución del Alcaldía N° 0139-2011 de fecha 12 de octubre de 2011, en ninguno de sus considerandos ni en la parte resolutiva hace referencia a alguna controversia surgida en la tercera valorización, por lo tanto, al no existir controversia sobre dicha valorización, mal hace el demandante de demandar el pago de la tercera valorización, máxime si ésta para que proceda con el pago debe contar con la conformidad del área usuaria, además el demandante no ha probado ningún medio probatorio que la tercera valorización haya sido observada o que se haya presentado a la entidad por el monto que se pretende que se ordene el pago.



i) Asimismo, con relación a la pretensión de devolución de la garantía, no ha precisado a qué tipo de garantía se refiere, ya que de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado, existen varios tipos de garantías, tampoco ha precisado que si tal garantía del cual solicita su devolución se encuentra representado en algún título valor, como es la carta fianza. Pero además, si se refiere a la garantía del fiel cumplimiento, como puede solicitarse la devolución de ésta, si todavía no se ha producido la liquidación del contrato ya que ésta procede cuando ésta haya quedado consentida, conforme lo señala el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones que transcribo a continuación: "Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras", en tal sentido, carece de todo fundamento legal, demandar la devolución de la garantía si el caso de autos, todavía no se ha realizado la liquidación de la obra por cuanto el contratista no ha cumplido con levantar las observaciones realizadas por el Comité de Recepción.

j) Con relación a la cuarta pretensión de declararse nula la segunda acta de observaciones, se debe tener en cuenta que no existen nuevas observaciones que se hayan incluido en la segunda acta, pues éstas son las mismas observaciones incluidas en la primer acta, con la diferencia que no se han incluido aquellas observaciones que se hicieron en la primer acta realizada el día 25 de agosto del año 2011, y que han sido levantadas o subsanadas, de modo que el demandante pretende confundir señalando que existen nuevas observaciones, lo cual no es cierto, pues al persistir las observaciones realizadas inicialmente se consideran por no subsanadas, y por el plazo establecido para el levantamiento de la subsanación eran excesivas y viendo que el contratista se negaba a subsanarla, presentando una discrepancia contra dichas observaciones, pese a no haberlo consignado en el acta correspondiente, es que mi representada opta por resolver el contrato, por cuanto el contratista no tuvo la intención de subsanar o levantar dichas observaciones, lo cual se encuentra justificado. En cualquier caso, si existe discrepancia respecto de las observaciones, debió acudir a la conciliación u arbitraje dentro del plazo de caducidad.



k) Con relación a la pretensión del pago de daños y perjuicios, no ha expresado cuales son los daños que se le ha ocasionado, no ha explicado la forma o circunstancia que mi representada está ocasionando al contratista, por lo que no puedo contradecirlo al no expuesto hechos, de modo que éste punto deberá declarar improcedente, por falta de aspectos fácticos¹.

DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Con fecha 10 de octubre del 2013, se recepcionó el escrito a través del cual el CONTRATISTA presentó la acumulación de pretensiones, argumentando lo siguiente:

"(...)

I. PETITORIO

PRETENSIONES

- 1. Se deje sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A de fecha 12 de octubre de 2011, emitida por la Entidad, mediante la cual se resolvió el Contrato N° 001-2010-MDO, emitida por la Municipalidad Distrital de Olleros, mediante el cual se resuelve el Contrato N° 001-2010-MDO, ya que existe una vulneración al debido procedimiento de resolución del contrato.*
- 2. Que la Municipalidad de Olleros nos pague la suma de S/. 7,255.88 (equivalente al 75/10000 del monto del contrato), por habernos entregado el terreno en forma extemporánea.*
- 3. Que se ordene a la demandada para que nos pague y/o reembolse la suma de S/. 21,969.16 por concepto de todos los gastos administrativos, costos y costas del proceso arbitral que hemos tenido que asumir.*

II. FUNDAMENTOS DE HECHO

(...)

A. CON RELACIÓN A LA FORMA DE NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 0130-2011-MDO/A LA CUAL VULNERA EL DEBIDO PROCEDIMIENTO PARA RESOLUCIÓN DE CONTRATO.

- 4. Con relación a éste extremo debemos precisar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece de forma imperativa que: "si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones", la parte perjudicada deberá requerirla*

¹ Cita textual del escrito de contestación de demanda presentado por la Entidad el 31 de octubre del 20123, páginas en las páginas 1 a 5.

MEDIANTE CARTA NOTARIAL para que las satisfaga, bajo apercibimiento de resolver el contrato y/o 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, tal como citamos a continuación: (...)

5. Teniendo en consideración, la base legal aplicable para el PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO y si supuestamente procedía la resolución de contrato por no haber cumplido con el levantamiento de las observaciones, basta que la Entidad comunicara a nuestro consorcio MEDIANTE CARTA NOTARIAL la decisión de resolver el contrato; sin embargo, este presupuesto ha sido desconocido y vulnerado por la Entidad ya que supuestamente nos ha resuelto el contrato mediante la RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 0130-2011-MDO/A (NO HA SIDO DILIGENCIADO VÍA NOTARIAL).

6. Conforme se podrá apreciar el documento de la entidad donde nos comunica que el contrato queda resuelto NO HA SIDO REMITIDO POR LA VÍA NOTARIAL; por lo tanto NO TIENEN EFECTO LEGALES.

Bajo esta premisa, LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 0130-2011-MDO/A (donde la Entidad nos resuelve el contrato) no cumple con el procedimiento previsto en el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado, motivo por el cual estamos ante una causal de NULIDAD, prevista en el numeral 1) y 3) del artículo 10 de la Ley 27444 - Ley del procedimiento administrativo general, el cual citamos a continuación:

(...)

7. Con ello queda evidenciado la consumación de NO CUMPLIMIENTO con el procedimiento previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (DILIGENCIADO POR LA VÍA NOTARIAL) es decir los motivos por el cual estamos ante una causal de NULIDAD, prevista en el NUMERAL 1) Y 3) DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 27444.

B. CON RELACIÓN A LA ENTREGA DE TERRENO REALIZADO EN FORMA EXTEMPORÁNEA POR LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OLLEROS

8. Con relación a este punto debemos señalar que nuestro consorcio celebró el contrato de ejecución de obra N° 001-2010-MUNICIPALIDAD DE OLLEROS el 17 de diciembre del 2010, pero en forma injustificada la entrega del terreno se realizó el 21 de marzo del 2011, es decir después de 94 días.

por lo que en aplicación al artículo 184º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde el reconocimiento de la máxima penalidad a favor de mi representada.

(...)

9. Por lo antes mencionado es legal y justo que la ENTIDAD EDIL nos pague la suma de S/.7,255.88, por los daños y perjuicios ocasionados al CONSORCIO VIAL BEDOYA, por la excesiva demora en la entrega del terreno.

C. CON RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONSORCI VIAL BEDOYA Y LAS DOS ACTAS DE RECEPCIÓN DE OBRA.

10. Con respecto a este punto debemos señalar que el CONSORCIO VIAL BEDOYA cumplió con la ejecución de la Obra "Mejoramiento de la Carretera desde el tramo PUENTE BEDOYA hasta la localidad de Huaripampa, Distrito de Olleros – Huaraz – Ancash", como se puede constatar mediante el Acta de terminación de la obra de fecha 21-07-2011, debidamente suscrita por el Supervisor de Obra ingeniero Emiliano Martirena Huaman, el representante legal del consorcio VIAL BEDOYA y Ingeniero Residente de Obra.

11. Es menester señalar que en la ejecución de la obra comunicamos inconveniencias, como en la partida de afirmado, afectando el cronograma de ejecución de la obra, según Carta N 010-2011-CONSORCIO VIAL BEDOYA/RL, CARTA 014-2011-CONSORCIO VIAL BEDOYA/RL, sin embargo, la obra fue culminada satisfactoriamente.

12. Relevante acotar que la pista está siendo usada hasta la actualidad por que es la única vía de acceso a la localidad, y que por motivos políticos el nuevo alcalde de la localidad se ha negado rotundamente a honrar las obligaciones contraídas por la entidad edil, perjudicando irreparablemente a los empresarios que hemos invertido nuestro capital para el cumplimiento de nuestras obligaciones.

13. Asimismo, para disipar cualquier tipo de duda acerca de nuestra posición, adjuntamos al presente escrito un CUADRO COMPARATIVO entre la primera y segunda Acta de Observaciones, donde se podrá reflejar que existen "NUEVAS OBSERVACIONES", lo cual está prohibido por ley.

D. CON RESPECTO A NUESTRA TERCERA PRETENSIÓN.

14. Con relación a este punto debemos señalar que la entidad demandada **debe pagarnos y/o reembolsarnos todos los gastos administrativos, costos y costas** del presente proceso arbitral que **hemos tenido que asumir hasta la actualidad.**

Precisar que nuestro consorcio a consecuencia del inicio del proceso arbitral ha efectuado los siguientes pagos:



PAGO	CONCEPTO
<i>Interposición de demanda arbitral</i>	180.00
<i>Honorarios de Árbitro Único "50% a cargo del consorcio</i>	4,217.81
<i>Honorarios de la Secretaría Arbitral 50% a cargo del consorcio</i>	2,571.35
<i>Honorarios de Estudio Jurídico</i>	15,000.00
<i>Total</i>	21,969.16

Conforme se podrá apreciar en forma objetiva, solicitamos al ARBIRRO UNICO ordene a la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE OLLEROS para que nos pague y/o reembolse la suma de S/. 21,969.16 por concepto de todos los gastos administrativos, costos y costas del presente proceso arbitral que he tenido que asumir.

E. CON RESPECTO AL ERROR MATERIAL EN LA SEGUNDA PRETENSIÓN DE NUESTRA DEMANDA ARBITRAL DE FECHA 15-10-2011.

15. Con relación a este punto, debemos señalar y reiterar que el CONSORCIO VIAL BEDOYA en cumplimiento de sus obligaciones contraídas con la Municipalidad Distrital de Olleros, mediante Contrato de Ejecución de Obra N° 0001-2010 debidamente suscrito por ambas partes, cuyo objeto es el "MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA DESDE EL TRAMO PUENTE BEDOYA HASTA LA LOCALIDAD DE HUARIPAMPA DISTRITO DE OLLEROS – HUARAZ – ANCASH", LA CUAL HA SIDO CUMPLIDA SATISFACTORIAMENTE COMO LO HEMOS SEÑALADO LÍNERAS ARRIBA Y LA Municipalidad Distrital de Olleros no ha honrado con el pago correspondiente de la Valorización Final de Obra por la suma de S/. 206,817.28... presentada mediante Carta N°09-2011-MDO-SUPERVISOR OBRA/EMH.

(...)

19. Que, siendo así, es necesario ratificar el error material que se advierte en nuestra demanda arbitral de fecha 125 de octubre del 2011, quedando nuestra Segunda Pretensión de la siguiente forma:

"El pago de la Valorización Final por el importe de S/. 206,817.88 (...)

21. De otro lado, como lo hemos demostrado que la resolución de contrato es NULA de pleno derecho corresponde que la Entidad nos reembolse/devuelva la suma de S/. 96,745.11..., monto retenido indebidamente por concepto de GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO (...)".



Cabe precisar que, mediante Resolución N° 11 del 21 de octubre del 2013, se puso en conocimiento de la ENTIDAD el escrito de acumulación de pretensiones. Sin embargo, dicha parte no absolvio el traslado ni formuló cuestionamiento alguno a los argumentos ni documentos ofrecidos por el CONTRATISTA.

III.3. DEL PROCESO ARBITRAL

III.3.1 AUDIENCIA DE INSTALACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

El 24 de abril del 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; diligencia en la cual las partes manifestaron su conformidad con los puntos en controversia fijados por el árbitro único, en los términos siguientes:

- Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 139-2011 de fecha 12 de octubre de 2011, que resuelve el Contrato N° 001-2010-MDO, de fecha 17 de diciembre de 2010.
- Determinar si corresponde el pago de la tercera valorización por parte del demandado por el importe de S/. 206,817.28, presentado con Carta N° 09-2011 MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH.
- Determinar si corresponde que la entidad devuelva la garantía ascendente a S/. 96,745.11.
- Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Segunda Acta de Observaciones.
- Determinar si corresponde el pago al contratista de S/. 100 000.00 por daños y perjuicios
- Determinar a quién corresponde atribuir la condena de costos y costas del proceso.



Posteriormente, mediante escrito presentado con fecha 10 de octubre de 2013, el Consorcio Vial Bedoya solicitó la acumulación de pretensiones de la demanda y la rectificación de un error material advertido en la segunda pretensión de la demanda de fecha 25 de octubre de 2011; pedido que fue declarado procedente mediante Resolución N° 12 de fecha 12 de diciembre de 2013, por lo que en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios complementaria, llevada a cabo el 07 de marzo del 2014, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 139-2011 de fecha 12 de octubre de 2011, que resuelve el Contrato N° 001-2010-MDO, de fecha 17 de diciembre de 2010.
- Determinar si corresponde o no el pago de valorización final por parte de la Entidad por el importe de S/. 206,817.28, presentada el 25 de julio de 2011 con Carta N° 09-2011 MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH.
- Determinar si corresponde o no que la entidad devuelva la garantía ascendente a S/. 96 745.11.
- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Segunda Acta de Observaciones.
- Determinar si corresponde o no que el pago al contratista de S/. 100,000.00 por daños y perjuicios
- Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A de fecha 12 de octubre de 2011, emitida por la Entidad, mediante la cual se resolvió el Contrato N° 001-2010-MDO, alegando la existencia de vulneración al debido procedimiento de resolución del contrato.
- Determinar si corresponde o no que la Entidad pague la suma de S/. 7,255.88 (equivalente al 75/10000 del monto del contrato), por haber entregado el terreno en forma extemporánea.



- Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 21,969.16 por concepto de todos los gastos administrativos, costos y costas del proceso arbitral.

Acto seguido, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Del CONTRATISTA

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentada con fecha 25 de octubre de 2011, signados en el acápite IV “*OFRECIMIENTO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES PLANTEADAS*” del numeral 1 al 6.

Asimismo, y respecto a las pretensiones acumuladas, se deja constancia que de acuerdo a lo indicado en el acápite IV del escrito de fecha 10 de octubre de 2013 (“Medios Probatorios”), el Contratista se remitió a los anexos señalados en la demanda principal de fecha 25 de octubre de 2011.

De la ENTIDAD

Se admitieron los los medios probatorios presentados en su escrito de contestación de fecha 31 de octubre de 2012 signados en el acápite “*MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN*” literales A) al G).

III.3.2 AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN.

El día 27 de septiembre del 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Puntos Controvertidos; en la cual se otorgó el uso de la palabra a ambas partes a fin de que fundamenten sus posiciones y todo aquello que consideren pertinente a su derecho.



III.3.3 AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

El día 16 de junio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la cual se otorgó el uso de la palabra a ambas partes a fin de que expongan oralmente sus respectivos informes, además de otorgarles el derecho de réplica y dúplica.

Cabe precisar, que en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios complementaria, llevada a cabo el 07 de marzo del 2014, se otorgó el plazo de cinco días a fin de que las partes presenten sus alegatos escritos.

III.3.4 PLAZO PARA LAUDAR

En la Audiencia de Informes Orales se estableció el plazo para laudar en 30 días hábiles contados a partir del día siguiente de llevada a cabo dicha diligencia; plazo prorrogable hasta por 15 días hábiles adicionales. Dicho plazo fue ampliado a través de la Resolución N° 17.

IV. CONSIDERANDOS:

IV.1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

1. Que, el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes y a solicitud del Contratista, sujetándose al Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE.
2. Que, en ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o efectuó reclamó alguno contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el presente proceso.



3. Que, el marco legal aplicable al presente caso, de acuerdo a lo señalado en el Contrato, es la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF, así como en lo no previsto por el contrato y las normas antes indicadas serán de aplicación el Código Civil y demás normas concordante.
4. Que, la demanda fue presentada dentro del plazo correspondiente y de acuerdo al Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE.
5. Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, contestándola dentro del plazo conferido, ejerciendo plenamente su derecho de defensa a través de su Procurador Público.
6. Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive informar oralmente.
7. Que, se ha procedido a laudar dentro del plazo establecido en el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje (SNA).

IV.2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Corresponde a continuación se realice el análisis de los puntos controvertidos que fueran fijados en la Audiencia de Instalación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios complementaria, llevada a cabo el 07 de marzo del 2014, a fin de determinar la procedencia o no de las pretensiones planteadas en la demanda incoada por el Contratista y su escrito de acumulación de pretensiones.



ANÁLISIS DEL PRIMER Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

- *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 139-2011 de fecha 12 de octubre de 2011, que resuelve el Contrato N° 001-2010-MDO, de fecha 17 de diciembre de 2010.*
 - *Determinar si corresponde o no que se deje sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A de fecha 12 de octubre de 2011, emitida por la Entidad, mediante la cual se resolvió el Contrato N° 001-2010-MDO, alegando la existencia de vulneración al debido procedimiento de resolución del contrato.*
1. A través del proceso, ha quedado acreditado que el Contrato N° 001-2010-MDO suscrito por ambas partes, fue resuelto por la Entidad mediante la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A del 12 de octubre del 2011, por lo que ambos puntos controvertidos, los mismos que tienden a dejar sin efecto dicha decisión, serán tratados en los siguientes puntos.
 2. El contrato está definido como aquel negocio jurídico celebrado por dos o más partes quienes en uso de su autonomía y voluntad establecen derechos y obligaciones que le son atribuibles a cada una de ellas, dentro del marco legal aplicable. En esa línea, Manuel de la Puente y Lavalle precisa que el contrato es *“un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otros Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él”*².
 3. Conforme a los medios probatorios que obran en autos, ambas partes suscribieron el Contrato N° 001-2010-MDO, para la ejecución de la obra “Mejoramiento de la Carretera desde el

² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Volumen XI. Primera Parte, Tomo I, Lima 1991. Página 360.

Tramo Puente Bedoya hasta la localidad de Huaripampa, Distrito de Olleros - Huaraz - Ancash", por la suma de S/. 967,451.11.

Es a través de dicha relación contractual que una parte se obligaba a ejecutar una obra y la otra a pagar la contraprestación correspondiente.

4. En el presente caso, mediante la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A del 12 de octubre del 2011, la Entidad resolvió el contrato de obra, afirmando que el contratista no había cumplido con subsanar las observaciones formuladas por el Comité de Recepción el 25 de agosto del 2011. Sin embargo, el contratista afirma inicialmente, que dicha resolución viola flagrantemente el debido proceso, por cuanto sus considerandos se fundamentan en el artículo 176° del Reglamento del Decreto Legislativo 1017, artículo que es aplicable sólo para bienes y servicios y no para el caso de Obras donde se debe aplicar el artículo 209° del mismo texto legal.

Por su parte, la Entidad afirma que el haber invocado el artículo 176° del Reglamento con el cual se le otorga un plazo de 5 días para que culmine con el levantamiento de las observaciones, no implica que se haya procedido a resolver el contrato, según el procedimiento señalado en la etapa de ejecución contractual, es decir, antes de la designación del Comité de Recepción de la Obra, ya que la resolución del contrato al que hace referencia el artículo 210° del Reglamento, es con relación al retraso en la subsanación de las observaciones en el que están fijados los plazos de manera muy precisa.



5. Al respecto, resulta necesario mencionar que es el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (y no el 176° citado por la Entidad en la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A), el que regula la Recepción de Obra y las consecuencias por la no subsanación de observaciones oportunamente. Veamos:

"Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún



concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.



6. *Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.*

7. *Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.*

8. *Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos".*

6. Ahora bien, de la simple lectura de la Resolución de Alcaldía se desprende que la Entidad no sólo ha sustentado erradamente el requerimiento formulado al CONTRATISTA para que levante las observaciones advertidas en el Acta de fecha 25 de agosto del 2011, en lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sino también la decisión adoptada a través de dicha resolución, tal como se desprende de los párrafos noveno y décimo primero de la parte considerativa, así como de los artículos segundo, cuarto y quinto de la parte resolutiva de la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A.

7. Por otro lado, el CONTRATISTA ha afirmado que la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A incurre en las causales de nulidad tipificadas en los numerales 1 y 3 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al no cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 169°



del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por no haber sido notificada por conducto notarial.

Respecto de éste argumento, pese a encontrarse debidamente notificada, la ENTIDAD no efectuó contradicción alguna.

8. Sobre el particular, en la Cláusula Décimo Cuarta del contrato suscrito por ambas partes, se precisa lo siguiente:

"DÉCIMO CUARTA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

14.1. La ENTIDAD podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) de artículo 40 de la Ley y el Artículo 209 del Reglamento en los casos en los que EL CONTRATISTA:

14.1.1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

14.1.2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o

14.1.3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

14.2. 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°..." (El resaltado es agregado).

Por su parte, el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prevé:

"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 44 de la Ley. (...)". (El resaltado es agregado).

Es así que en caso una de las partes desee resolver el contrato, deberá verificar el cumplimiento del procedimiento establecido en la norma de la materia, esto es el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones que prevé:

"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".* (El resaltado es agregado).



Hasta este punto, es claro concluir que la decisión a través de la cual se resuelve el contrato debe ser notificada por conducto notarial, ya sea que dicha decisión haya sido adoptada por el Contratista o la Entidad.

En el presente caso, la ENTIDAD no ha acreditado haber cumplido con el procedimiento antes referido, pues no existe constancia alguna de que haya notificado la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A por conducto notarial.

9. Al respecto, la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo 10° prevé:

"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.".*

Conforme a la norma antes citada, es evidente que la resolución de alcaldía materia de cuestionamiento se encuentra viciada por dos razones acreditadas en el presente proceso: 1) haber sido emitida sustentándose en norma distinta a la que corresponde; y, 2) al no haberse cumplido con la formalidad que la norma requiere para tal fin, esto es notificar por



conducto notarial la resolución del contrato contenida en la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A.

10. Por todo lo antes expuesto, corresponde declarar fundada la primera y sexta pretensión y por ende dejar sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 0130-2011-MDO/A de fecha 12 de octubre de 2011, emitida por la Entidad, mediante la cual se resolvió el Contrato N° 001-2010-MDO.

ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.

- *Determinar si corresponde o no el pago de valorización final por parte de la Entidad por el importe de S/. 206,817.28, presentada el 25 de julio de 2011, con Carta N° 09-2011 MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH.*
11. Inicialmente y a través de su escrito de demanda, el CONTRATISTA solicitó el pago de la tercera valorización final del contrato, la misma que habría sido presentada a la Entidad por el Supervisor de Obra el 25 de julio del 2011, mediante Carta N° 09-2011 MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH y por la suma de S/. 206,817.28.

Al respecto, la ENTIDAD expuso en su escrito de contestación, que no procedía dicho pedido en la medida que no existía controversia alguna en relación al pago de la tercera valorización, ya que en la resolución de alcaldía no se hacía mención a la misma, y no solo ello, sino que tampoco habría acreditado que la misma haya sido observada o presentada a la Entidad por el monto ahora demandado.



Posteriormente a ello y mediante el escrito de acumulación de pretensiones el CONTRATISTA precisó que existía un error material en la pretensión planteada, por lo que corrigiendo el mismo solicitó se entienda que la pretensión se refería a la valorización final y no a la tercera valorización. Cabe precisar, que respecto de éste punto, la ENTIDAD no presentó escrito alguno objetando o contradiciendo dicho argumento, pese a encontrarse debidamente notificada.

12. Al respecto, ha quedado acreditado de autos que mediante Carta N° 17-2011 CONSORCIO VIAL BEDOYA/RL de fecha 22 de julio del 2011, el CONTRATISTA presentó al Supervisor de Obra la valorización final de la obra y mediante Carta N° 09-2011MDO/SUPERVISOR OBRA/EMH de la misma fecha, el Supervisor remitió a la Entidad dicha valorización.
13. Siendo ello así, corresponde verificar el procedimiento establecido para el pago de dicha valorización según el contrato suscrito por las partes y lo señalado en la norma de la materia, a fin de verificar si corresponde o no se proceda a su pago.

El Contrato suscrito por ambas partes precisa que:

"SEPTIMA: VALORIZACIONES Y METRADOS

7.1 Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período mensual previsto en las Bases, por el Inspector o Supervisor de obra y EL CONTRATISTA, en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad de valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a ese monto se agregará el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.



7.2. Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el inspector o supervisor de obra y EL CONTRATISTA, y presentados a LA ENTIDAD dentro del plazo establecido en el contrato.

(...)

7.4. Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el supervisor o inspector o LA ENTIDAD, según sea el caso, se resolverá en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Solo será posible un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los 15 (quince) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al 5% del contrato actualizado..." (El resaltado es agregado).

Por su parte, el artículo 197° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prevé:

"Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.



En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo..." (El resaltado es agregado).

14. De la normativa aplicable al presente caso y lo acordado por las partes en el contrato, queda claro que una vez presentada la valorización, ésta debe ser evaluada por la Entidad y de existir discrepancia alguna será sometida a conciliación o arbitraje, según sea el caso. Sin embargo, en el presente caso la ENTIDAD no ha manifestado ni acreditado que exista alguna discrepancia con la valorización presentada, toda vez que no ha cuestionado la existencia ni los montos de la valorización en reclamo, por lo que no existiría, al menos no expresado ni acreditado en el presente proceso, razón alguna para negar el pago de la valorización que ahora reclama el demandante.

15. Por todo lo antes expuesto, corresponde declarar fundada la segunda pretensión y por ende ordenar a la Entidad cumpla con pagar la valorización final por el importe de S/. 206,817.28,



presentada el 25 de julio de 2011, con Carta N° 09-2011
MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH.

ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

- *Determinar si corresponde o no que la entidad devuelva la garantía ascendente a S/. 96,745.11.*

16. Respecto de éste punto controvertido, el CONTRATISTA ha precisado a lo largo del proceso, que la garantía cuya devolución pretende, es la garantía de fiel cumplimiento.

Sobre el particular, la ENTIDAD ha manifestado que no corresponde devolver dicha garantía en tanto aun no se ha procedido a la liquidación del contrato.

17. Al respecto, la garantía de fiel cumplimiento *"cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva por cuanto lo que pretende es compelir u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato (y/o en la Ley y en el Reglamento), y, en su caso, a la ejecución de las garantías presentadas por él. Es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista"*³.

18. Sobre este punto, resulta importante citar lo dispuesto en el artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que precisa:

"Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento

³ Opinión N° 025-2011/DTN

*Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y **tener vigencia** hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o **hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.***

*De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el **consentimiento de la liquidación del contrato**". (El resaltado es agregado).*

19. En tal sentido, conforme a la norma antes citada, es evidente que la garantía de fiel cumplimiento no puede ser devuelta al contratista sino hasta que la liquidación del contrato quede consentida, hecho que no ha sido acreditado de autos.
20. Por todo lo antes expuesto, corresponde declarar infundada la tercera pretensión.

ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

- *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Segunda Acta de Observaciones.*
21. El CONTRATISTA solicita se declare la nulidad de la denominada "Segunda Acta de Observaciones", afirmando que la ley no permite la formulación de segundas observaciones y que lo previsto en el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, está referido a la subsanación de



observaciones formuladas en una primera oportunidad y no la formulación de nuevas observaciones.

Sobre este tema, la ENTIDAD ha afirmado que no existen nuevas observaciones que se hayan incluido en la segunda acta y que más bien se han excluido aquellas ya subsanadas por el contratista; por lo que al persistir las observaciones señaladas en la primera acta, se procedió a resolver el contrato.

22. Al respecto, tanto el CONTRATISTA como la ENTIDAD ofrecieron como medios probatorios las Actas de Observaciones del 25 de agosto y 16 de septiembre del 2011, suscritas por los miembros del Comité de Recepción de la Obra, representantes del Contratista y la Supervisión de Obra.

Del tenor de ambos documentos, no se advierte que el CONTRATISTA haya dejado constancia de discrepancia alguna respecto de las mismas y menos aún de la denominada "Segunda Acta de Observaciones", la misma que ahora pretende cuestionar. Sin perjuicio de ello, en el Acta antes referida, el Comité de Recepción, dejó expresa constancia que:

"IV. DESARROLLO DE LA RECEPCIÓN

Durante el recorrido de la Obra, la Comisión ha efectuado la verificación física de los trabajos realizados por el Contratista para el Levantamiento de Observaciones, encontrándose no conformes con el Levantamiento de Observaciones formuladas en el Acta del 25/08/2011, finalizando dicho acto a las 13 horas del 16/09/2011.

En consecuencia se da por concluida el acto, suscribiéndose en señal de conformidad la presente, en la Localidad de Olleros, a las 13 horas del día 16 de setiembre del 2011." (El resaltado es agregado).



Tal como se puede apreciar del documento antes citado, los miembros del Comité de Recepción de la Obra, dejaron expresa constancia que no se encontraban conforme con el levantamiento de observaciones formuladas el 25 de agosto del 2011, para lo cual, en el desarrollo de dicho documento, repitieron las observaciones que subsistían, entre ellas encontramos las siguientes:

"(...)

Respecto de las Obras preliminares

1. Existe a lo largo de la Vía Arboles que no han sido talados y Retirados, y como consecuencia de ello se ha alterado el alineamiento horizontal de las Cunetas y de la Superficie de Rodadura.

(...)

Respecto al Pavimento

5. A lo largo de la Vía, no se ha realizado la limpieza de la Superficie de Rodadura.

6. A lo largo de la vía, el Afirmado tendido presenta el desgaste del Material fino Granular..."

Es decir, que sí subsistían las observaciones formuladas en el Acta de fecha 25 de agosto del 2011 y si bien es cierto, al documento en referencia se le denominó "Segunda Acta de Observaciones", se desprende que el Comité de Recepción pretendía verificar el levantamiento de observaciones formuladas el 25 de agosto del 2011.

23. En tal sentido, ha quedado acreditado que la denominada "Segunda Acta de Observaciones" fue suscrita tanto por el Comité de Recepción, como los representantes del CONTRATISTA y el Supervisor, con la finalidad de verificar el levantamiento de las observaciones formuladas mediante el Acta de Observaciones del 25 de agosto del 2011 y que los intervenientes en ambas diligencias dieron su conformidad a la misma, pues no dejaron constancia de discrepancia alguna con
- 

el contenido del documento en referencia.

24. Finalmente, es necesario mencionar que a través del presente proceso, el CONTRATISTA no ha acreditado que haya levantado o subsanado las observaciones advertidas por la ENTIDAD el 25 de agosto del 2011 y si bien es cierto en su escrito de acumulación de pretensiones, presentó un cuadro comparativo de las Actas de Observaciones, no se acredita el levantamiento de observaciones.
25. Por todo lo antes expuesto, corresponde declarar infundada la cuarta pretensión.

ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

- *Determinar si corresponde o no que el pago al contratista de S/. 100,000.00 por daños y perjuicios.*
26. El CONTRATISTA ha solicitado el pago de la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles), afirmando que el retraso en el pago de la última valorización y la devolución de la garantía le habría generado daños y perjuicios económicos al tener que asumir la mora por el retraso en el pago de los préstamos de los que sería titular; daños y perjuicios que deben ser resarcidos.

Por su parte, la ENTIDAD ha afirmado que el contratista no habría expresado cuáles son los daños ocasionados, ni la forma o circunstancia a través de la cual se habrían concretado dichos daños y perjuicios.



27. Al respecto, resulta importante precisar que *“para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que éste produzca un perjuicio a quien lo alega.”*⁴
28. La responsabilidad civil derivada de una relación contractual, implica, en caso de producirse daños o perjuicios contra una de las partes, el pago de una indemnización que busque resarcir el daño o perjuicio ocasionado y debidamente acreditado.
29. Según Javier Pazos, *“la regla es que el resarcimiento por la inejecución de la obligación comprende el daño emergente, así como el lucro cesante, en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”*⁵.
30. En ese sentido, para establecer si corresponde o no el pago de una indemnización a favor del CONTRATISTA, se debe tener en cuenta que la indemnización consiste en la acción que tiene el perjudicado por algún acto indebido, de exigir al causante de tal daño la reparación que tenga como fin compensar o reparar el daño causado (daño emergente) así como cubrir lo que ha dejado de percibir a raíz de la referida acción (lucro cesante). En esa línea, el perjuicio no sería otro que la afectación patrimonial debidamente acreditada que haya sufrido el afectado a consecuencia de la actividad u omisión del causante del daño.

 ⁴ Exp.1026, Lima, Gaceta Jurídica N° 40, p.1-C.

⁵ PAZOS, Javier. “Factor atributivo de responsabilidad. Quantum indemnizatorio”. En: Código Civil comentado por 100 mejores especialistas, Tomo VI Derecho de Obligaciones. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2010 pp. 872

31. Respecto del daño, Trazegnies⁶ señala que cualquiera sea su naturaleza, éste debe ser cierto y probado por la parte accionante, a fin de que pueda ser resarcido, caso contrario ello no procedería.
32. Por su parte, según lo dispuesto en el artículo 1331° del Código Civil, la prueba de los daños y perjuicios y la cuantía de éstos corresponde al perjudicado.
33. En tal sentido, resulta necesario que a efectos de indemnizar un daño, la parte interesada cumpla con cuantificar el mismo y proporcionar todos los medios probatorios necesarios para generar convicción ante quien se solicita la misma, a fin de crear certeza que la suma solicitada corresponderá efectivamente al daño que se pretende reparar.
34. Pues bien, para el caso de autos, el CONTRATISTA en su demanda ha afirmado que el daño causado se refleja en el hecho de haber asumido el pago de la mora por el retraso en el pago de los préstamos de los que sería titular. Asimismo, en la Audiencia de Informes Orales, el CONTRATISTA afirmó que el daño también se vería reflejado en los pagos a trabajadores, proveedores y empresas del sistema financiero, entre otros. Sin embargo, no se ha logrado identificar la relación de causalidad entre el daño y la conducta de la ENTIDAD y menos aún cuantificar las mismas.

En efecto, el CONTRATISTA no ha acreditado el daño en el que se sustenta la pretensión, pues no se puede determinar fehacientemente si el CONTRATISTA pagó o no los conceptos que precisa.

⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen VI-Tomo II. Editorial de la PUCP, 2003. Pp. 21-24.



35. En palabras de Jorge Beltrán para probar cuantitativamente el daño emergente “se deberá demostrar que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto antes del evento dañoso y que, como consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que en el primero de los casos se requerirá de testigos o de algún otro medio que acredite la existencia del bien como parte del patrimonio”⁷; y, para el caso de lucro cesante “deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño, así debe acreditarse la expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del demandante, de no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico), demostrándose lo último mediante cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico procesal, como es el caso de testigos, declaraciones de parte, inspecciones, entre otros”.
36. En ese sentido, de los medios probatorios presentados se desprende que no hay documentación alguna que obre en el expediente que pruebe de manera fehaciente y cuantitativamente los daños y perjuicios alegados por el CONTRATISTA y que puedan ser imputados en forma directa a la ENTIDAD.
37. Por todo lo antes expuesto, corresponde declarar infundada la pretensión indemnizatoria.

ANÁLISIS DEL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

- *Determinar si corresponde o no que la Entidad pague la suma de S/. 7,255.88 (equivalente al 75/10000 del monto del contrato), por haber entregado el terreno en forma extemporánea.*

⁷ BELTRÁN, Jorge. “Prueba de los daños y perjuicios”. En: Código Civil comentado por 100 mejores especialistas, Tomo VI Derecho de Obligaciones. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2010 pp. 944.



38. El CONTRATISTA ha mencionado en su escrito de acumulación de pretensiones, que el terreno en el que se ejecutaría la obra le fue entregado el 21 de marzo del 2011, esto es, después de 94 días de suscrito el contrato, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solicita el reconocimiento de la máxima penalidad a su favor.
39. Al respecto, el artículo 184° del Reglamento de Contrataciones del Estado en el que se sustenta la pretensión demandada, precisa lo siguiente:

*"Artículo 184.- Inicio del plazo de Ejecución de Obra
El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:*

- 1. Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*
- 2. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
- 3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;*
- 4. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;*
- 5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187.*

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al



resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000). Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad". (El resaltado es agregado).

De la norma antes referida se desprende que en caso exista atraso injustificado en la entrega del terreno por causas imputables a la Entidad, el Contratista tendrá derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que dicho atraso le haya originado, siempre y cuando éstos se encuentren debidamente acreditados.

40. En el caso de autos, el CONTRATISTA no ha precisado cuáles serían los daños y perjuicios ocasionados por el atraso en la entrega del terreno y menos aún ha ofrecido medio probatorio alguno que acredite los mismos tal como lo requiere la norma.
41. Por todo lo antes expuesto, corresponde declarar infundada la séptima pretensión.

ANÁLISIS DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

- *Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad pague al Contratista la suma de S/. 21,969.16 por concepto de todos los gastos administrativos, costos y costas del proceso arbitral.*
42. Al respecto, de lo dispuesto en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el arbitraje, se desprende que corresponde al árbitro único pronunciarse sobre la asunción de los costos del arbitraje.



En esa misma línea, el artículo 73° del Decreto Legislativo bajo comentario⁸, prevé que corresponderá al árbitro determinar si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecer cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente lo pactado en el convenio arbitral, de ser el caso.

Por otro lado, señala el citado artículo que para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado del proceso arbitral.

Asimismo, el artículo 59° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje aprobado mediante Resolución N° 016-2004-CONSUCODE/PRE⁹, precisa que el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse, en el laudo, sobre los gastos arbitrales.

Los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

⁸ **“Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.**

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

⁹ **“Artículo 59. Gastos del arbitraje y laudo**

El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA CONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes (...).



43. Al respecto, es necesario mencionar que en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato, referida a la Solución de Controversias, no se ha establecido sobre quién o quiénes pesa la carga de asumir los costos para llevar a cabo el arbitraje. Sin embargo, el CONTRATISTA requiere que la ENTIDAD sea quien asuma no sólo los honorarios arbitrales, sino también los honorarios de su abogado patrocinante, sin adjuntar medio probatorio que acredite los mismos.
44. En tal sentido y considerando que en el presente proceso arbitral ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han acudido al arbitraje convencidas de sus posiciones ante la controversia, cada una de ellas deberá asumir los costos del arbitraje, así como los gastos en los que hayan incurrido, es decir, que cada parte deberá asumir sus propios costos y costas.
45. Siendo ello así y considerando que mediante Liquidaciones de fecha 03 de abril del 2012 y 13 de marzo del 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, aplicando la Tasa de Gastos Arbitrales del OSCE, estableció en su conjunto los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral, corresponderá a cada una de las partes asumir en partes iguales dicho monto, esto es el 50% de dicho monto a cada parte.

Por lo que el Árbitro Único en **DERECHO**:



LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADO** el primer y sexto punto controvertido y por tanto dejar sin efecto legal la Resolución de Alcaldía N° 139-2011 de fecha

12 de octubre de 2011, que resuelve el Contrato Nº 001-2010-MDO, de fecha 17 de diciembre de 2010, por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADO** el segundo punto controvertido y ordenar a la ENTIDAD cumpla con el pago de de valorización final por parte de la Entidad por el importe de S/. 206,817.28, presentada el 25 de julio de 2011 con Carta Nº 09-2011 MDO/SUPERVISOR DE OBRA/EMH, por las consideraciones expuestas.

TERCERO: Declarar **INFUNDADO** el tercer punto controvertido, referido a la devolución de la garantía ascendente a S/. 96 745.11, por las consideraciones expuestas.

CUARTO: Declarar **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido, referido a declarar la nulidad de la Segunda Acta de Observaciones, por las consideraciones expuestas.

QUINTO: Declarar **INFUNDADO** el quinto punto controvertido referido al pago de S/. 100,000.00 por daños y perjuicios, por las consideraciones expuestas.

SEXTO: Declarar **INFUNDADO** el séptimo punto controvertido, referido al pago de S/. 7,255.88 (equivalente al 75/10000 del monto del contrato), por haber entregado el terreno en forma extemporánea, por las consideraciones expuestas.

SEPTIMO: Declarar **INFUNDADO** el octavo punto controvertido, referido al pago de S/. 21,969.16 por concepto de todos los gastos administrativos, costos y costas del proceso arbitral, debiendo cada parte asumir los gastos en los que haya incurrido y el pago del 50% de los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral conforme a las Liquidaciones de fecha 03 de



abril del 2012 y 13 de marzo del 2014, elaboradas por la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, por las consideraciones expuestas.

OCTAVO: Disponer que se remita al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, copia del presente laudo.

Notifíquese a las partes.



Dra. Diana María Revoredo Lituma
ÁRBITRO ÚNICO