

Expediente N° A032-2012

Arbitraje seguido entre

CONSORCIO KALEB

y

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE TICRAPO

LAUDO DE DERECHO

Árbitro Único

Dr. Nilo Vizcarra Ruiz

Secretario Arbitral

Dr. José Rosales Rodrigo

Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE

LAUDO DE DERECHO

Resolución N° 31

Lima, 23 de enero de 2015

- Demandante:** Consorcio KALEB, conformado por las empresas Young Contratistas Generales S.R.Ltda. y Corporación Learc S.A.C. (en adelante, "el Consorcio", "Kaleb" o "el Contratista", indistintamente).
- Demandado:** Municipalidad Distrital de Ticrapo (en adelante, "la Entidad" o "la Municipalidad", indistintamente).
- Materia:** Declaración de consentimiento de resolución del contrato de obra y pago de indemnización.

I. VISTOS:

I.1. ANTECEDENTES

1. El Árbitro Único estima pertinente enunciar los antecedentes siguientes como las principales ocurrencias y actuaciones previas al presente proceso arbitral, sin perjuicio de las demás que constan en autos. Se deja constancia general que la documentación referida obra en el expediente.

La relación contractual, la ley aplicable según el Contrato y la existencia de un convenio arbitral

2. Con fecha 1 de junio de 2010, la Entidad y el Contratista celebraron el "Contrato de Ejecución de Obra", que en copia simple obra en el expediente (en adelante, el "**Contrato**"), por la suma de S/. 3'594,567.56 (Tres millones quinientos noventa y cuatro mil quinientos sesenta y siete y 56/100 Nuevos Soles) y un plazo de ejecución de doscientos cuarenta (240) días calendario.
3. El Contrato, conforme se enuncia en el texto de su Cláusula Quinta, cuenta entre su base legal a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 1017 (en adelante, la "**Ley**"), su respectivo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en lo sucesivo, el "**Reglamento**"), sus modificatorias y el Código Civil vigente, del modo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

En los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato, regirán las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y sus modificatorias y el Código Civil vigente."

4. De acuerdo a la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, cuyo texto se cita a continuación, las partes acordaron que cualquier controversia que pudiese surgir de su ejecución e interpretación, incluidas las relacionadas a su nulidad e invalidez, sería resuelta de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, conforme a la normativa sobre contrataciones del Estado.

"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: ARBITRAJE

Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado."

Hechos relevantes de la controversia generada

5. Según refiere la propia Entidad, como consecuencia del sismo sucedido en el año 2007, el 15 de agosto de 2007, se solicitó la Reconstrucción del Puesto de Salud de la Localidad de Ticrapo, distrito de Ticrapo, provincia de Castrovirreyna.
6. Mediante Informe Técnico N° 016-2010-MDT/MNG-JAI del 11 de mayo de 2010, la Jefatura del Área de Gestión de Proyectos e Infraestructura de la Municipalidad Distrital de Ticrapo se dirigió al Alcalde de dicha municipalidad con el objeto de requerir la ejecución de la obra "Reconstrucción del Puesto de Salud de la Localidad de Ticrapo, distrito de Ticrapo, provincia de Castrovirreyna".
7. Mediante Informe Legal N° 004-2010-ALE/MDT/MDT-PC-RH del 11 de mayo de 2010, el Asesor Legal de la Municipalidad Distrital de Ticrapo se dirigió al Alcalde de dicha municipalidad con el objeto de informarle que los Decretos de Urgencia Nos. 026-2007 y 003-2008 facultan la realización de un proceso de selección en vía de exoneración para la ejecución de la obra "Reconstrucción del Puesto de Salud de la Localidad de Ticrapo, distrito de Ticrapo, provincia de Castrovirreyna".
8. Mediante Informe N° 175-2010-MDT-JPA del 11 de mayo de 2010, el Jefe del Área de Abastecimiento de la Entidad concluyó que el valor referencial

para la Reconstrucción del Puesto de Salud de la localidad de Ticrapo, distrito de Ticrapo, Provincia de Castrovirreyna era de S/. 3'594,567.56 y que correspondía llevar a cabo un proceso exonerado.

9. Mediante Resolución de Alcaldía N° 017-2010-AMDT-JPA de fecha 11 de mayo de 2010, se resolvió aprobar el expediente de contratación para la ejecución de la obra anteriormente señalada.
10. Mediante Resolución de Alcaldía N° 018-2010-MDT de fecha 12 de mayo de 2010, se resolvió aprobar el Proceso de Selección por Exoneración N° 002-2010MDT/CEPA para la ejecución de la obra "Reconstrucción del Puesto de Salud de la Localidad de Tricrapo, provincia de Castrovirreyna, en el departamento de Huancavelica"; por la suma de S/. 3'594,567.56 (Tres millones quinientos noventa y cuatro mil quinientos sesenta y siete y 56/100 Nuevos Soles) y un plazo de ejecución de doscientos cuarenta (240) días calendario.
11. El 14 de mayo de 2010 el Comité Especial de la Entidad otorgó la Buena Pro a favor del Contratista.
12. El 1 de junio de 2010, la Entidad y el Contratista celebraron el "Contrato de Ejecución de Obra", por la suma de S/. 3'594,567.56 (Tres millones quinientos noventa y cuatro mil quinientos sesenta y siete y 56/100 Nuevos Soles) y un plazo de ejecución de doscientos cuarenta (240) días calendario.
13. Mediante Carta N° 001/2010/CONSORCIO KALEB de fecha 31 de mayo de 2010 y recibida por la Entidad el día 2 de junio de 2010, el Consorcio solicitó el adelanto directo de materiales, adjuntando para tales efectos las Cartas Fianzas Nos. AD-001-06-2010-CACFG y AM-001-06-2010-CACFG.
14. Con fecha 5 de julio de 2010, las partes iniciaron la ejecución del Contrato, conforme al Acta de Inicio de Obra.
15. Durante la ejecución del Contrato, de acuerdo a lo manifestado por el Contratista, se suscitaron una serie de actos que hicieron que no se pueda finalizar la obra.
16. Mediante Carta Notarial N° 028-2011-AMDT de fecha 25 de julio de 2011 y notificada el día 26 de julio de 2011, la Entidad comunicó al Contratista la resolución de Contrato aduciendo que éste:
 - (i) Incumplió injustificadamente con sus obligaciones contractuales, legales reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;

- (ii) Acumuló el máximo de penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; y,
- (iii) Paralizó o redujo injustificadamente la ejecución de las prestaciones a su cargo, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

17. Por otro lado, mediante Carta de fecha 2 de agosto de 2011, notificada el 9 de agosto de 2011, el Contratista comunicó a la Entidad la resolución del Contrato *"por causal atribuible a la Entidad y detallada en los Asientos del Cuaderno de Obra Nos. 5, 7, 11, 13, 15, 161, 167, 261, 263 y 275 del Cuaderno de Obra y que entre otros son los siguientes: la no disponibilidad del terreno, el Informe de compatibilidad con el terreno y la no existencia de un Expediente Técnico y Planos Finales para la continuación de la obra"*, calificando dichas obligaciones como "esenciales".

Asimismo, en dicha misiva señaló fecha para la constatación física de la obra y requirió el pago de S/. 1'500,000.00 como indemnización.

Finalmente, y a través de la misma Carta, el Contratista sometió a arbitraje la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 028-2011-AMDT, nombrando a su árbitro.

18. Mediante Carta Notarial N° 030-2011-AMDT de fecha 15 de agosto de 2011, la Entidad requirió a la empresa Fianzas y Garantías Ltda., emisora de las garantías del Contratista, la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

19. Mediante comunicación de fecha 15 de agosto de 2011, notificada a la Entidad el 19 de agosto de 2011, la empresa Fianzas y Garantías Ltda. rechaza la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento aduciendo que el requerimiento de la Entidad es "extemporáneo" pues *"de conformidad con el artículo 1898° del Código Civil, el plazo previsto para requerir la cancelación de una Carta Fianza expira a los 15 días posteriores a la fecha en que el contrato que se garantiza con dicha Carta Fianza se extingue"* y *"en fecha 26 de julio de 2011, el contrato de ejecución de obra (...) quedó definitivamente resuelto"*.

En dicha misiva, la citada empresa además deja *"constancia que esta situación tiene su origen en la negligencia de su gestión al no haber realizado el requerimiento que les correspondía hacer dentro del plazo de ley"*.

20. Mediante Carta Notarial N° 031-2011-AMDT de fecha 22 de agosto de 2011, la Entidad comunicó al Contratista que la resolución de contrato había quedado consentida.

21. Mediante una segunda comunicación de fecha 31 de agosto de 2011, notificada a la Entidad el 12 de setiembre de 2011, el Contratista, resumió -según su posición- los hechos acaecidos, explicando las razones que le impidieron efectuar la notificación de su resolución contractual a través del notario o juez de paz y reiterando el sometimiento a arbitraje de la resolución contractual efectuada por la Entidad con fecha 26 de julio de 2011.
22. Mediante Carta Notarial N° 034-2011-AMDT de fecha 23 de setiembre de 2011, la Entidad comunicó al Contratista de una nueva resolución de contrato por acumulación del máximo de penalidad por mora.

Asimismo, en dicha misiva la Entidad requirió al Contratista la remisión de nuevas garantías que se encuentren emitidas por *"entidades financieras que se encuentren bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's, que establezcan garantía real de su obligación contractual y de los adelantos recibidos, por cuanto las Cartas Fianzas que han entregado no cumplen con los requisitos establecidos en la Ley..."*

I.2. PROCESO ARBITRAL

23. El Árbitro Único estima pertinente enunciar los hechos siguientes como las principales ocurrencias y actuaciones realizadas como parte del presente proceso arbitral, sin perjuicio de las demás que constan en autos. Se deja constancia general que la documentación referida obra en el expediente.

Designación, aceptación e instalación del Árbitro Único

24. Actuando a solicitud del Contratista, mediante Resolución N° 681-2011-OSCE-PRE, de fecha 30 de noviembre de 2011, la Presidencia Ejecutiva de OSCE designó al abogado Nilo Vizcarra Ruiz como Árbitro Único para que resuelva las controversias surgidas entre las partes.
25. Mediante comunicación de fecha 7 de diciembre de 2011, el Árbitro Único aceptó la designación efectuada por el OSCE, conforme a ley.
26. Con fecha 15 de marzo de 2011, según consta en el acta correspondiente, en la sede institucional del OSCE, se procedió a la instalación del Árbitro Único con la concurrencia de los representantes de ambas partes, estableciéndose que la Secretaría Arbitral estaría a cargo de la Dirección de Arbitraje Administrativo de OSCE, que el arbitraje sería *ad hoc*, nacional y de derecho, y fijándose finalmente las reglas del respectivo proceso arbitral.

Demanda

27. Con fecha 29 de marzo de 2012, el Contratista interpone su demanda arbitral, solicitando:
- a) Que se ratifique el consentimiento de la resolución de Contrato hecha por el Contratista con fecha 9 de agosto 2011 y reiterada el día 12 de setiembre de 2011, al no haberse sometido dicha resolución por parte de la Entidad a ningún mecanismo de solución de controversias dentro del plazo indicado en el Contrato respectivo y en las normas de contrataciones;
 - b) Que se cumpla con pagar a la Contratista la suma de S/. 1'500,000.00 (Un millón quinientos mil y 00/100 Nuevos Soles), por concepto de indemnización derivada de la resolución del Contrato consentida; y
 - c) Que la Entidad asuma el pago de las costas y costos del proceso arbitral.
28. Con relación a la indicada demanda, mediante Resolución N° 7, de fecha 11 de julio de 2012, el Árbitro Único admitió la demanda arbitral presentada por el Contratista, así como los medios probatorios ofrecidos y los anexos, disponiendo que se corra traslado a la Entidad por un plazo de diez (10) días hábiles, de conformidad con las reglas aplicables del Acta de Instalación.

Contestación de la demanda y reconvención

29. Con fecha 6 de agosto de 2012, la Entidad presenta su escrito deduciendo excepción de representación defectuosa, contestando la demanda, negando y contradiciendo esta última en su totalidad, así como solicitando que la misma sea declarada infundada por carecer de fundamento legal, así como también formuló reconvención.
30. Mediante Resolución N° 8, de fecha 29 de diciembre de 2012, se tuvo por no presentado el escrito presentado por la Entidad el 6 de agosto de 2012, mediante el cual, formuló excepción de representación defectuosa, contestó la demanda arbitral y formuló reconvención.

Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos

31. Mediante Resolución N° 13, de fecha 25 de junio de 2013, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
32. Con fecha 23 de julio de 2013, en la sede institucional del OSCE y conforme consta del acta correspondiente, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la participación de los representantes de ambas partes. En dicha audiencia, el Árbitro Único declaró saneado el proceso y, atendiendo a que no fue

posible para las partes arribar a una solución conciliada sobre sus controversias, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos conforme a lo siguiente:

- a) Determinar si corresponde o no que se ratifique el consentimiento de la resolución de contrato realizada por el Contratista con fecha 9 de agosto de 2011 y reiterada con fecha 12 de setiembre de 2011.

En dicho acto, el Procurador de la Entidad dejó constancia que, según su dicho, *"La resolución del contrato efectuada por nuestra parte ante el incumplimiento realizada por el señor contratista la misma que se efectuó conforme Ley mediante carta notarial resolviendo el contrato indicando el incumplimiento del mismo el citado contrato aparejó la entrega de tres cartas fianzas de distintos momentos y fechas ante los desembolsos efectuados, cartas fianzas que fueron inejecutables por no haber sido emitidas por Entidades del Sistema Bancario"*

- b) Determinar si corresponde o no pagar al Contratista, la suma de S/. 1'500,000.00 por concepto de indemnización derivada de la resolución del Contrato.
- c) Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

Conforme a la señalada acta, el Árbitro Único se reservó el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden señalado de los puntos controvertidos, pudiendo inclusive omitir, con expresión de causa, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Tratándose de los medios probatorios ofrecidos conforme a los escritos de demanda y de fecha 12 de julio de 2013, ambos presentados por el Contratista, y los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de fecha 26 de marzo de 2013, los mismos fueron admitidos sin restricciones.

- 33. Por último, conforme consta del acta, el Árbitro Único convocó a las partes para la Audiencia Especial de Ilustración de Hechos, la misma que se llevó a cabo el día 13 de agosto de 2013.

Cierre de etapa probatoria, alegatos, informes orales y plazo para laudar

- 34. Mediante Resolución N° 23, de fecha 25 de julio de 2014, se declaró cerrada la etapa probatoria del proceso arbitral, se otorgó a las partes el plazo de

cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos y se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales.

35. Con fecha 15 de agosto de 2014, el Contratista presentó sus respectivos alegatos escritos, mientras que la Entidad presentó los suyos el día 26 de agosto de 2014.
36. El día 28 de octubre de 2014, luego de sucesivas reprogramaciones, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, fecha en la que se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que podía ser prorrogado, como en efecto se ha hecho mediante Resolución N° 30, por treinta (30) días hábiles adicionales, siendo que el referido plazo fenece el 26 de enero de 2015.

II. CONSIDERANDO:

II.1. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar, como en efecto se hace, lo siguiente:
 - (i) Que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
 - (ii) Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
 - (iii) Que el Contratista presentó su demanda dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación, habiendo ejercido plenamente su derecho a accionar por una tutela jurisdiccional efectiva;
 - (iv) Que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiendo tenido la oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa;
 - (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, presentar alegatos e, inclusive, informar oralmente;
 - (vi) Que, en todo momento, se ha respetado el debido proceso como garantía jurisdiccional, no habiéndose formulado impugnación alguna en ese sentido; y,
 - (vii) Que el Árbitro Único ha procedido a dictar el presente laudo dentro del plazo acordado con las partes.
2. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración

conjunta de los mismos, así como utilizando una apreciación razonada, buscando en todos los casos esclarecer los puntos controvertidos, de manera que, aunque en el análisis contenido en los siguientes considerandos no se haga mención a algún argumento o medio probatorio admitido y actuado, esto no debe interpretarse como una ausencia de valoración de dicho argumento o medio probatorio por el Árbitro Único, sino tan solo como una priorización de las referencias a aquéllos que a juicio del Árbitro Único han sido considerados como más relevantes.

II.2. MARCO LEGAL APLICABLE

3. De manera previa al análisis de las materias a resolver en este arbitraje, el Árbitro Único considera necesario delimitar las normas aplicables, considerando las discrepancias suscitadas entre las partes, en relación a este tema.
4. Desde el punto de vista sustantivo, teniendo en consideración la fecha de convocatoria del proceso de selección respecto de la cual se deriva el Contrato celebrado entre las partes, la norma aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (a la que venimos denominando, la "Ley"), y su respectivo Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (al que venimos denominando, el "Reglamento").
5. Asimismo, desde el punto de vista procesal, y en aplicación de lo dispuesto en el numeral cuarto del Acta de Instalación de Árbitro Único, se aplican al arbitraje las reglas establecidas en la referida Acta, siendo de aplicación supletoria las reglas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje),
6. Finalmente, se estableció que en caso de deficiencia o vacío de las normas que anteceden, el Árbitro Único resolvería de manera definitiva de la manera que estime más apropiada, aplicando principios generales del Derecho.

II.3. DE LAS DEFENSAS DE FORMA PRESENTADAS POR LA ENTIDAD

Sobre la excepción de representación defectuosa

7. Siendo que en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos se señaló, en relación con la excepción sobre excepción de representación defectuosa deducida por la Entidad con su escrito de contestación de demanda, que ésta se resolvería al momento de laudar, corresponde pronunciarse ahora sobre dicha excepción.

8. Sobre el particular, y atendiendo que el escrito de contestación de demanda de fecha 6 de agosto de 2012, incluyendo la excepción de representación defectuosa contenida en él, se ha tenido por no presentada, conforme a lo dispuesto mediante Resolución N° 8 de fecha 29 de diciembre de 2012, y a que dicha resolución no ha sido revertida a lo largo de este proceso, corresponderá confirmar lo señalado en dicha resolución y, por su efecto, tener por no presentada la excepción de representación defectuosa deducida por la Entidad.

II.4. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que se ratifique el consentimiento de la resolución de contrato realizada por el Contratista con fecha 9 de agosto de 2011 y reiterada con fecha 12 de setiembre de 2011.

a) Fundamentación del Contratista

9. De acuerdo a lo expuesto en la demanda, el Contratista alega que "en el marco de la ejecución contractual, se suscitaron una serie de actos, ajenos a la voluntad de EL CONSORCIO" e "imposibles de ser manejados" por el Contratista, "todos los cuales fueron recogidos en su oportunidad en el cuaderno de obra", por lo que se solicitó a la Entidad que, "atendiendo a lo sucedido, autorizaran ampliaciones de plazo que posibilite concluir la obra".
10. Agrega el Contratista que "la Entidad amparándose en argumentos subjetivos y erróneos, sólo les dio una ampliación de plazo ocasionando a la Contratista una serie de perjuicios".
11. Señala también el Contratista que, "sin embargo, no se solucionaron los problemas de fondo que hacen inviable la continuación de la obra que entre otros son (...) la no disponibilidad del terreno, el informe de compatibilidad con el terreno y la no existencia de un expediente técnico y planos finales para la continuación de la obra".
12. Los hechos de los que da cuenta el Contratista en su demanda y que, a su vez, relaciona con los Asientos del Cuaderno de Obra son los siguientes:

FECHA	CUADERNO DE OBRA	ANOTACIÓN	HECHO
10/07/2010	Asiento 3	Del Residente	Solicita Planos al Proyectista
12/07/2010	Asiento 5	Del Residente	Informa sobre área de terreno menor a la señalada en el Expediente Técnico
12/07/2010	Asiento 6	Del Supervisor	Coincide con declaración del Residente sobre área de terreno

13/07/2010	Asiento 7	Del Residente	Deja constancia de falta de remisión de Planos de Topografía, rampa y cerco perimétrico.
15/07/2010	Asiento 11	Del Residente	Informa de Remisión de Carta al Alcalde para definición del área definitiva de terreno
12/08/2010	Asiento 53	Del Residente	Reitera solicitud de Plano Topográfico
13/08/2010	Asiento 54	Del Residente	Solicita al Supervisor aprobación de Juntas de Columnas (tema constructivo)
	Asiento 88		Reunión de Trabajo - Deficiencias constructivas
22/10/2010	Asiento 167	Del Residente	Solicita al Supervisor que requiera al Proyectista Planos del Proyecto
20/12/2010	Asiento 261	Del Residente	Solicita al Supervisor Planos de Puertas y Ventanas
21/12/2010	Asiento 263	Del Residente	Solicita al Supervisor Planos del Cerco Perimétrico
03/01/2011	Asiento 275	Del Supervisor	Informa sobre poner en conocimiento del Alcalde la falta de Planos

13. Alega el Contratista que, mientras continuaba con la ejecución de la obra, cumplía con dar cuenta de los hechos que se sucedían en el Cuaderno de Obra, de conformidad con lo señalado en el artículo 195° del Reglamento.
14. Menciona el Contratista que, *"al hacerse imposible la continuación de la obra y además no habiendo entendimiento entre las partes"*, el Contratista planteó su resolución del Contrato respectiva.
15. Señala también el Contratista que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168° del Reglamento, *"la parte que no está de acuerdo con la resolución contractual debe de impugnarla mediante las formas establecidas previamente por las partes"*, siendo que *"la Entidad nunca realizó ni dentro ni fuera de los plazos establecidos por la Ley, el cuestionamiento de nuestra resolución contractual"*.

b) Fundamentación de la Entidad

16. Conforme a la Resolución N° 8, de fecha 29 de diciembre de 2012, el Árbitro Único tuvo por no presentado el escrito de contestación a la demanda arbitral y reconvención presentado por la Entidad el día 6 de agosto de 2012, con lo que se tiene por no contestada la demanda arbitral.

c) Análisis arbitral

17. En el presente caso, el objeto de análisis se circunscribe a determinar si se debe ratificar el consentimiento de la resolución del Contrato efectuado por el Contratista a la Entidad con fecha 9 de agosto de 2011.

18. De acuerdo a lo expresado por el Contratista, la resolución del Contrato operó en virtud de la imposibilidad de continuar con la obra debido a una serie de acontecimientos ocurridos durante la ejecución del Contrato imputables a la Entidad.
19. Respecto de la resolución del contrato formulada por el Contratista, debe destacarse que, mediante Carta de fecha 2 de agosto de 2011, recibida por la Entidad el 9 de agosto de 2011, e invocando la aplicación del artículo 209° del Reglamento, el Contratista resuelve el contrato invocando causal atribuible a la Entidad detallada en los Asientos del Cuaderno de Obra Nos. 5, 7, 11, 13, 15, 161, 167, 261, 263 y 275.
20. Veamos. El artículo 209° del Reglamento, usado por el Contratista como sustento de su resolución contractual, señala lo siguiente:

"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.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211°.

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 164° y 165°.

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 44° 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."

(el resaltado es nuestro)

21. Como puede apreciarse de la lectura de lo dispuesto en el artículo 209° del Reglamento, "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".
22. Según sostiene el Contratista, y según ha podido corroborarse de la revisión de los actuados en el presente proceso, dicha resolución contractual no fue objeto de impugnación por parte de la Entidad, por lo que correspondería en principio conceder dicha pretensión.
23. Sin embargo, el artículo 169° del Reglamento, establece lo siguiente:

"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 nuestro)

24. De otro lado, el artículo 168 del Reglamento señala que:

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento
(...)

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos que la Entidad incumpla 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 nuestro)

25. También respecto al procedimiento para resolver el contrato, el literal c) del artículo 40° de la Ley señala que el Contratista podrá resolver el contrato:

"Artículo 40°.- Cláusulas obligatorias en los contratos
(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento:
(...)

Igual derecho (el de resolución contractual) 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."

(el resaltado es nuestro)

26. Como puede verse, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver¹ el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de éstas.

¹ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

27. Sin embargo, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública.
28. Así, mientras el interés del Contratista es uno de carácter particular, el de la Entidad es uno de carácter público, relacionado con el beneficio de la comunidad en general.
29. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que:

"11. El interés público tiene que ver con aquéllo 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.

*La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público."*²

(el resaltado es nuestro)

"7. El interés público es un concepto indeterminado lo cual no significa que su contenido pueda ser librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración.

El interés público, es típicamente un concepto indeterminado. Es decir, se trata de un concepto que hace referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en su enunciado, pero que sin embargo podrá ser concretizado en cada caso en atención a las circunstancias.

Así, no se trata de un concepto librado enteramente a la discrecionalidad de la Administración, pues ello supondría en muchos casos justificar la arbitrariedad, sino que se trata de un concepto cuyo contenido deberá ser explicitado en cada caso en atención a circunstancias concretas que además hacen razonable poner fin a la concesión.

² Numeral 11 de los Fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

*De este modo, la conceptualización del interés público en cada caso concreto justifica y sustenta el poder de resolución unilateral de que goza el Estado y constituye un límite a la arbitrariedad."*³

30. Como vemos, de acuerdo a la normativa sobre contratación pública nacional, existe una disparidad entre las obligaciones cuyo incumplimiento puede dar origen a la resolución de contrato.
31. Pero además, se advierte que, en todos los casos incluyendo aquel vinculado al incumplimiento de obligaciones esenciales a cargo de la Entidad, la normativa de contratación pública le exige al Contratista la realización de un requerimiento o emplazamiento previo a la resolución de contrato, de modo que la Entidad tenga la oportunidad de revertir dicho incumplimiento o simplemente manifestar lo concerniente a su derecho.
32. En efecto, aun cuando existe la posibilidad de no requerir previamente la subsanación del incumplimiento de las obligaciones de un contrato cuando, conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento, 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 cuyo caso bastará comunicar mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato; dicha situación no es de aplicación al Contratista al que la normativa aplicable exige en todos los casos la realización de un requerimiento o emplazamiento previo.
33. En ese sentido, la validez de la resolución contractual con el Estado tiene como requisito procedimental para los contratistas en todos los casos la notificación del requerimiento o emplazamiento previo a las entidades para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en la forma y modo que señala el Reglamento.
34. De modo que, si no se satisfacen las exigencias formales y modales del procedimiento de resolución contractual, éste carecerá de valor pues no se encontrará acorde al procedimiento establecido por la normativa en materia de contrataciones con el Estado.
35. Así, el Contratista sólo estará facultado para resolver el contrato por causal imputable a la Entidad siempre que haya cumplido con la formalidad de requerir el cumplimiento de sus obligaciones previamente.
36. Dicho emplazamiento o requerimiento previo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad, según se aprecia de los medios

³ Numeral 7 de los Fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2488-2004-AA/TC. Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02488-2004-AA.html>

probatorios y, en general, de la documentación obrante en autos, no ha sido efectuado por el Contratista en ningún caso, el mismo que sólo remitió la carta de fecha 2 de agosto de 2011, recibida por la Entidad el 9 de agosto de 2011, mediante la cual resolvía el Contrato por supuesto incumplimiento de la Entidad, directamente, sin efectuar pre-aviso, requerimiento o emplazamiento previo alguno, razón por la que la resolución efectuada por éste carece de validez al haber incumplido el requisito procedimental previsto por los artículos 40° de la Ley así como 168° y 169° del Reglamento.

37. Por otro lado, y conforme a lo reseñado previamente, la normativa aplicable sobre contratación pública exige también que, tanto la comunicación con la que se emplaza a la Entidad por el incumplimiento de alguna obligación esencial como aquella con la que se resuelve el contrato, deban realizarse cumpliendo la formalidad de su remisión a través de una comunicación realizada por conducto notarial.
38. Sobre el particular, y al igual que en el caso del requerimiento o emplazamiento previo, la validez de la resolución contractual con el Estado tiene como requisito procedimental, en este caso para cualquiera de las partes, la notificación del requerimiento o emplazamiento previo así como de la resolución misma, a través de la vía notarial.
39. Al igual que en el caso del emplazamiento previo, si no se satisfacen las exigencias formales y modales del procedimiento de resolución contractual, éste carecerá de valor pues no se encontrará acorde al procedimiento establecido por la normativa en materia de contrataciones con el Estado.
40. En este sentido, el Contratista sólo estará facultado para resolver el contrato por causal imputable a la Entidad siempre que haya cumplido con la formalidad de requerir el cumplimiento de sus obligaciones y de resolver el contrato mediante carta notarial.
41. Dicha formalidad –la remisión de las comunicaciones de emplazamiento o requerimiento previo para el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Entidad así como de resolución misma-, según se aprecia de los medios probatorios y, en general, de la documentación obrante en autos, tampoco ha sido efectuada por el Contratista en ningún caso.
42. En relación con el incumplimiento de dicho requisito, aun cuando durante el proceso arbitral no ha argumentado sobre el particular, el Contratista señaló en su comunicación de fecha 31 de agosto de 2011, recibida por la Entidad el 12 de setiembre de 2011, que *"no se usó el conducto notarial"*

(por) las imposibilidades que se tiene para ello y es más cuando el Juez de Paz Letrado no puede tramitar ninguna comunicación a su Despacho por temor a las represalias de los pobladores de la zona que se encuentran mal informados sobre los verdaderos motivos de la no ejecución contractual".⁴

43. Aun cuando no lo ha señalado de manera expresa, la aseveración del Contratista conlleva implícita la referencia a un hecho que podría calificar como una excepción a la obligación contenida en la normativa de contratación pública para usar el conducto notarial.
44. Sobre el particular, sin embargo, debe señalarse que, ni el artículo 169° del Reglamento en particular, ni la normativa de contratación pública en general, contemplan excepción alguna a la obligación de notificar el requerimiento o emplazamiento previo y la propia resolución de contrato mediante carta notarial, razón por la que los alegatos del Contratista en ese sentido carecen de asidero legal.
45. En consecuencia, no sólo no se remitió un requerimiento previo, conforme se ha señalado precedentemente, sino que la comunicación de fecha 2 de agosto de 2011, recibida por la Entidad el 9 de agosto de 2011, mediante la cual el Contratista resolvió el Contrato por supuesto incumplimiento de la Entidad, fue remitida directamente sin intervención de notario público, razón por la que –en adición a lo ya expuesto- la resolución efectuada por aquél carece de validez al haber incumplido el otro requisito procedimental previsto por los artículos 40° de la Ley y 169° del Reglamento.
46. En tal sentido, siendo que la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causal imputable a la Entidad mediante comunicación de fecha 2 de agosto de 2011, recibida por la Entidad el 9 de agosto de 2011, carece de validez por haber incumplido con los requisitos procedimentales previstos por los artículos 40° de la Ley así como 168° y 169° del Reglamento, mal podría declararse como consentida, de modo que la pretensión del Contratista en este extremo deviene en infundada.
47. Finalmente, además de la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causal imputable a la Entidad mediante comunicación de fecha 2 de agosto de 2011, recibida por la Entidad el 9 de agosto de 2011, respecto de la cual este Árbitro Único ha realizado extenso previo análisis, de manera previa y posterior a dicha resolución de contrato se han efectuado dos (2) resoluciones de contrato a cargo de la Entidad por causal imputable al Contratista, conforme se ha reseñado en los

⁴ Numeral 5 de la página 3 de dicha comunicación.

Antecedentes, una anterior efectuada mediante Carta Notarial N° 028-2011-AMDT de fecha 25 de julio de 2011, notificada al Contratista el día 26 de julio de 2011, a través de la cual se adujo la existencia de diversos incumplimientos, y la otra posterior efectuada mediante Carta Notarial N° 034-2011-AMDT de fecha 23 de setiembre de 2011, a través de la cual se adujo la acumulación del máximo de penalidad por mora.

48. Sobre el particular, y dado que, antes y durante el proceso arbitral, se ha generado controversia entre las partes sobre la validez, eficacia y/u oponibilidad de dichas resoluciones, así como sobre la validez y/o ejecutabilidad de las garantías presentadas por el Contratista, el Árbitro Único considera necesario señalar y subrayar que corresponde a este tribunal unipersonal circunscribir su actuación únicamente a la resolución de la materia controvertida, sin exceder los términos fijados por las partes, por lo que, siendo que el Contratista ha limitado su pretensión a que se declare a su favor el consentimiento de la resolución del contrato efectuada por su representada, el Árbitro Único carece de competencia para pronunciarse sobre la validez, eficacia y/u oponibilidad de las resoluciones de contrato realizadas por la Entidad, así como sobre la validez y/o ejecutabilidad de las garantías presentadas por el Contratista, razón por la que deja constancia que las partes, si así lo consideran conveniente a sus intereses, podrán hacer valer sus derechos relacionados con dichos aspectos en la vía y oportunidad que les franquee la ley aplicable.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, ordenar que se pague a favor del Contratista la suma de S/. 1'500,000.00 (Un millón quinientos mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización derivada de la resolución del Contrato.

a) Fundamentación del Contratista

49. En relación con el pedido de indemnización, en su demanda, además de citar el artículo 209° del Reglamento, Contratista ha señalado literalmente lo siguiente:

"2.4. DEL PEDIDO DE INDEMNIZACIÓN

(...)

19. En el presente caso la Obra tuvo las siguientes características:

- *PRESUPUESTO DE OBRA:*
S/. 3'594,567.56 NUEVOS SOLES
- *ADICIONAL DE OBRA:*
S/. 510,426.40 NUEVOS SOLES

- El IGV no pagado por la entidad equivalente al 19%:
S/. 779,948.85 NUEVOS SOLES
- EL SALDO POR EJECUTAR ES DE S/. 1 300,000.00
NUEVOS SOLES POR LO QUE LA UTILIDAD PREVISTA DEL
10% SERÍA:
S/. 130,000.00 NUEVOS SOLES

20. Asimismo la entidad arbitrariamente realizó la apropiación de materiales y maquinaria de mi representada sin presencia de nuestro representante en la obra por un valor de S/. 450,000.00 NUEVOS SOLES.

21. Esta misma acción ha hecho imposible una liquidación final en campo, sin embargo en su oportunidad se remitirá prueba de ello".⁵

50. Asimismo, en su escrito de fecha 14 de febrero de 2014, el Contratista señaló también de manera literal:

"CON RESPECTO AL PEDIDO DE INDEMNIZACIÓN:

ESTE PEDIDO ESTÁ CONFORMADO POR LO SIGUIENTE:

- A) UTILIDAD MÍNIMA PREVISTA: 10% DEL VALOR CONTRACTUAL.
 - B) PAGO DE IGV: 19%
 - C) GASTOS GENERALES NO RECONOCIDOS: 15%
 - D) GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LEGALES: 200,000 NUEVOS SOLES
- SIN PERJUICIO DE LO INDICADO Y COMO SE INDICÓ EN LA ÚLTIMA AUDIENCIA, MI REPRESENTADA RENUNCIA AL COBRO DE ESTOS MONTOS, SOLO SI ES BENEFICIADA CON LA RESOLUCIÓN ARBITRAL".⁶

51. Finalmente, en su escrito de fecha 5 de mayo de 2014, el Contratista señaló expresamente lo siguiente:

"2. SOBRE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

1. La indemnización de daños y perjuicios tiene por objeto ...
2. Así tenemos que el artículo 1331 del Código Civil establece ...
3. Sobre el particular, con relación al daño, cabe manifestar que el mismo es conceptualizado de manera general como ...
4. En tal sentido, el daño implica ...

⁵ Página 6 de su Escrito de demanda.

⁶ Página 29 de su Escrito presentado el 14 de febrero de 2014.

5. Que (...) el daño, dependiendo del interés que afecta, puede ser calificado como ...
6. (...) el daño debe reunir determinadas características que incidirán (...) para efectos de su resarcimiento ... (tales como) ... ser cierto, ... ser subsistente ... contar con una especialidad ... y ... ser injusto.
7. (...) la responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos ...

EN EL CASO CONCRETO:

- SE HA PROBADO QUE EL CONTRATO SE RESOLVIÓ POR CULPA DE LA ENTIDAD (FACTOR DE ATRIBUCIÓN – ANTIJURICIDAD)
- QUE DICHA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL QUEDÓ CONSENTIDA AL NO UTILIZAR LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR PARTE DE LA ENTIDAD (NEXO CAUSAL)
- QUE ANTE DICHA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL MI REPRESENTADA DEJÓ DE PERCIBIR MONTOS QUE COMO MÍNIMO SON DEL 10% DEL VALOR DE LA OBRA (DAÑOS PROBADO)".⁷

b) Fundamentación de la Entidad

52. Conforme a la Resolución N° 8, de fecha 29 de diciembre de 2012, el Árbitro Único tuvo por no presentado el escrito de contestación a la demanda arbitral y reconvención presentado por la Entidad el día 6 de agosto de 2012, con lo que se tiene por no contestada la demanda arbitral.

c) Análisis arbitral

53. En el presente caso, el objeto de análisis se circunscribe a determinar la procedencia del pedido de indemnización por daños y perjuicios supuestamente irrogados al Contratista como consecuencia de la actuación de la Entidad.
54. El artículo 209° del Reglamento, que fuera citado por el Contratista para sustentar su pedido indemnizatorio, señala en su parte pertinente lo siguiente:

**"Artículo 209°.- Resolución del Contrato de Obras
(...)"**

⁷ Páginas 6 a 9 de su Escrito presentado el 5 de mayo de 2014.

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, calculado sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante fórmulas de reajuste hasta la fecha en la que se efectuó la resolución del contrato.

(...)"

(el resaltado es nuestro).

55. En relación con el sustento legal utilizado por el Contratista, debe señalarse previamente que éste establece como requisito para su procedencia que se haya efectuado una resolución y que ésta haya sido realizada por causa atribuible a la Entidad.
56. En relación con la determinación de la existencia de una resolución de contrato y de la parte a la que le es imputable la resolución del Contrato, el Árbitro Único, como se ha señalado precedentemente, carece de competencia para sobre dichos hechos, pues la materia ha sido limitada a confirmar el consentimiento de la resolución del contrato efectuada por el Contratista, cuestión que, por lo demás, ha sido rechazada.
57. En tal sentido, no habiéndose determinado la existencia de una resolución de contrato ni tampoco la parte a la que dicha resolución le es imputable, se incumple con uno de los requisitos para proceder a determinar la procedencia de la indemnización a la que hace referencia el artículo 209º del Reglamento.
58. Pero además, el artículo 209º del Reglamento exige también dicho concepto indemnizatorio sea incluido "en la liquidación que se practique", de modo que fija también la oportunidad en la que se hará efectivo, de ser procedente.
59. Ahora bien, la competencia del Árbitro Único en el presente proceso arbitral que ha sido otorgada por las propias partes no ha incluido la liquidación de cuentas del Contrato, sino que, como se ha señalado previamente, se ha limitado a confirmar el consentimiento de la resolución del contrato efectuada por el Contratista, cuestión que, por lo demás, no ha sido amparada.
60. En tal sentido, la pretensión del Contratista para que se ampare una indemnización por daños y perjuicios incumple también el requisito vinculado a la oportunidad en la que debe ser formulado –en la liquidación final–, cuestión que queda fuera de la competencia del Árbitro Único en el presente caso.

61. Sin perjuicio de lo expuesto, pero también en relación con los daños y perjuicios, la parte pertinente del artículo 44° de la Ley establece que:

"Artículo 44°.- Resolución de los Contratos

(...)

Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)"

(el resaltado es nuestro).

62. Por su parte, la parte correspondiente del artículo 170° del Reglamento prescribe que:

"Artículo 170°.- Efecto de la resolución

(...)

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

(...)"

(el resaltado es nuestro).

63. Pues bien, con independencia de lo establecido en el artículo 209° del Reglamento para la procedencia del pago de una indemnización por daños y perjuicios, cuyas condiciones no se cumplen conforme a lo señalado precedentemente, tanto el artículo 44° de la Ley como el artículo 170° del Reglamento exigen que los daños y perjuicios reclamados sean los efectivamente "ocasionados" o "irrogados".
64. Dicha exigencia para que los daños y perjuicios sean los efectivamente "ocasionados" o "irrogados, supone que éstos se encuentren debidamente acreditados, pues de otro modo no podría determinarse si éstos han sido efectivamente "ocasionados" o "irrogados".
65. Ello se condice además con la doctrina especializada en materia de responsabilidad civil⁸, la misma que establece que, para la configuración de los supuestos de responsabilidad civil contractual, se deben dar los siguientes requisitos de manera concurrente:
- (i) Antijuricidad o ilicitud,
 - (ii) el daño efectivamente causado y acreditado,
 - (iii) la relación o nexo de causalidad, y
 - (iv) la imputabilidad o factor de atribución.

⁸ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual. Lima: Grijley, 2° Edición: 2003, p. 32.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos significa la ausencia de un supuesto de responsabilidad civil contractual.

66. En este orden de ideas, para poder determinar la existencia de un supuesto de indemnización por responsabilidad contractual, el Contratista debe probar la existencia de todos estos requisitos, incluyendo el daño efectivamente causado y acreditado.

Así, en el supuesto que no acredite alguno de ellos, la pretensión indemnizatoria, deberá ser declarada infundada.

67. En relación con el daño, debe señalarse que la doctrina señala que la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando el incumplimiento de su obligación ha causado un daño al acreedor.

Este requisito es considerado el más importante de la responsabilidad civil, pues si no se demuestra su existencia no se podrá de ninguna manera demandar la indemnización. Sin daño sencillamente, no existe responsabilidad.

Etimológicamente la palabra daño procede de la voz latina "*damnum*" que significa pérdida, perjuicio o gasto. El daño se puede definir como la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica del sujeto producido por un hecho voluntario o producto de la negligencia que genera la obligación de indemnizar.

El daño puede ser de dos categorías: daño patrimonial y daño extrapatrimonial; el primero constituido por el daño emergente y el lucro cesante; el segundo por el daño moral o daño a la persona.

Su importancia es tal, que de faltar, sería inoficioso el investigar si el cumplimiento es imputable al agente, pues para que opere la indemnización de daños, éstos deberán existir realmente. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, dado que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

Doctrinariamente, se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. Fernando de Trazegnies, citando a Alfredo Orgaz dice:

"Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero ante todo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación, el daño, cualquiera sea su naturaleza debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación, presente o futuro,

*pero cierto. No puede ser eventual o hipotético, el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño"*⁹.

De lo señalado precedentemente podemos afirmar que el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, entendiendo como daño eventual el hipotético, aleatorio, fundado en suposiciones o conjeturas. Así también el daño indemnizable debe ser directo, esto es, debe provenir directamente del incumplimiento de la obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento contractual y el daño. Finalmente, el daño moral es indemnizable, entendiéndose por tal todo el sufrimiento, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

Asimismo, todo daño debe probarse, pues los daños no se presumen. El tal sentido, el acreedor debe probar los daños sufridos y cuantificarlos para que sean indemnizados.

68. Al respecto, más allá de la cita que se hace en la demanda al artículo 209º del Reglamento, no consta ni de la demanda ni de los escritos presentados por el Contratista a lo largo del proceso, evidencia alguna de desarrollo de su posición respecto a la acreditación de los daños sufridos, como se desprende de la transcripción que se ha hecho de sus escritos precedentemente.
69. Por el contrario, si bien el Contratista ha señalado los montos de la indemnización que reclama en diversos escritos, no sólo no ha desarrollado el sustento de ellos sino que incluso los propios montos señalados resultan contradictorios o equívocos.
70. En efecto, se aprecia del cuadro siguiente los montos que el Contratista reclama por concepto de indemnización en los dos (2) escritos en los que ha hecho referencia a ellos:

MONTOS RECLAMADOS (S/.)		
CONCEPTO	ESCRITO EN EL DETALLÓ MONTOS	
	Demanda 29.MAR.12	Escrito 14.FEB.14
Gastos Generales (15%)	No mencionados	No Especificados
Utilidad (10% saldo)	130,000.00	No Especificados
IGV no pagado	779,948.85	No Especificados
Materiales y Maquinaria	450,000.00	No mencionados
Gastos Adm y Legales	No mencionados	200,000.00
TOTAL	1,359,948.85	200,000.00

⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001.

71. Como puede apreciarse, el propio Contratista no preserva coherencia ni puede precisar de manera inequívoca el monto o montos reclamados pues en un caso menciona unos y en otro menciona otros; en uno incluye unos conceptos y en otro no los menciona; en uno no especifica unos y en otro no especifica otros; y, finalmente, en ningún caso, los montos mencionados suman el monto reclamado (S/. 1'500,000.00).
72. En ese sentido, y aun cuando la determinación de la cuantía de la indemnización reclamada por parte del Contratista resulta un requisito mínimo fundamental para poder analizar la procedencia de su pretensión, en el presente caso el Contratista no ha podido fijarla de manera inequívoca, lo cual impide determinar su procedencia.
73. Pero además y más importante aún, como puede verse de la revisión de la fundamentación hecha por el Contratista que hemos transcrito precedentemente, no se advierte la existencia de sustento alguno a las pretensiones indemnizatorias del Contratista, por lo que el Arbitro Único, además de lo expuesto precedentemente, no puede sino concluir con certeza que el pedido de indemnización por concepto de resarcimiento por daños y perjuicios no se encuentra sustentado.
74. Por las consideraciones antes expuestas, se determina declarar infundada la pretensión indemnizatoria en favor del contratista.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

a) Fundamentación del Contratista

75. En relación con el pago de las costas y costos del proceso arbitral, el Contratista señaló textualmente en su demanda lo siguiente:

"2.5. DE LA SOLICITUD DE PAGO DE COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO
*Atendiendo a que todo el proceso arbitral DERIVA DE UNA CULPA DE LA ENTIDAD, como en el presente caso hemos demostrado, solicitamos que al momento en que se expida el laudo arbitral se ordene que LA ENTIDAD cumpla con abonar el íntegro de las costas y costos que el presente proceso irrogue."*¹⁰

b) Fundamentación de la Entidad

76. Conforme a la Resolución N° 8, de fecha 29 de diciembre de 2012, el Árbitro Único tuvo por no presentado el escrito de contestación a la demanda

¹⁰ Primer párrafo de la página 7 de su Escrito de demanda.

arbitral y reconvencción presentado por la Entidad el día 6 de agosto de 2012, con lo que se tiene por no contestada la demanda arbitral.

c) **Análisis arbitral**

77. Conforme a lo establecido por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, los costos comprenden
- (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; y,
 - (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.


78. En relación con dichos costos del arbitraje, los artículos 69° y 73° de la Ley de Arbitraje señalan lo siguiente:

"Artículo 69°.- Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título."

"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 prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
(...)"*



79. Como puede apreciarse, las normas citadas disponen que el árbitro tenga 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 árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
80. En el presente caso, el Árbitro Único aprecia el sentido final del laudo en relación con las pretensiones de las partes y considera que no existe elemento alguno que permita razonablemente modificar la regla general establecida por el citado artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

81. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo, corresponde ordenar que sólo una de las partes asuma el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.
82. En consecuencia, el Árbitro Único resuelve que los costos del presente arbitraje deberán ser de cargo del Contratista.
83. En consecuencia, se resuelve que el Contratista cubra tanto sus propios gastos arbitrales como los del Contratista, así como los gastos arbitrales comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la secretaría arbitral) en su totalidad, por lo que deberá pagar y/o reembolsar a la Entidad la totalidad de los gastos que éste ha asumido como consecuencia del presente proceso arbitral por concepto de costas y costos del proceso arbitral, más los intereses legales correspondientes; por lo que se declara infundada la tercera pretensión contenida en la demanda.

Sobre la base de los antecedentes precedentemente enunciados, del análisis realizado respecto de las diversas materias objeto de controversia y de las conclusiones alcanzadas en cada caso, el Árbitro Único en Derecho y conforme a lo siguiente:

III. LAUDA:

PRIMERO: Declarando **INFUNDADA** la primera pretensión del Contratista contenida en su demanda y, en consecuencia, declarando que la resolución de contrato efectuada por el Contratista carece de validez y, en esa medida, no corresponde ser declarada como consentida.

SEGUNDO: Declarando **INFUNDADA** la segunda pretensión del Contratista contenida en su demanda y, en consecuencia, declarando que no corresponde ordenar que se pague al Contratista suma alguna por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la resolución del Contrato.

TERCERO: **DEJANADO A SALVO** el derecho de las partes para hacerlo valer en la vía y oportunidad que les franquee la ley aplicable, si así lo consideran conveniente a sus intereses, en relación con las controversias que pudiesen mantener sobre la validez, eficacia y/u oponibilidad de las resoluciones de contrato realizadas por la Entidad mediante Cartas Notariales N° 028-2011-AMDT, de fecha 25 de julio de 2011, y N° 034-2011-AMDT, de fecha 23 de setiembre de 2011, sobre la validez y/o ejecutabilidad de las garantías presentadas por el Contratista, así como sobre cualquier otra materia que no ha sido objeto de pronunciamiento en el presente proceso arbitral.

CUARTO: Fijando los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente pagados por las partes.

QUINTO.- Declarando **INFUNDADA la tercera pretensión del Contratista** contenida en la demanda y, en consecuencia, ordenar al Contratista que pague y/o reembolse a la Entidad la totalidad de los gastos que ésta ha asumido como consecuencia del presente proceso arbitral por concepto de costas y costos del proceso arbitral, más los intereses legales correspondientes.

SEXTO.- Disponiendo que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a OSCE para los fines que corresponda.

Notifíquese a las partes.



NILO VIZCARRA RUIZ
Árbitro Único