



Expediente N.º S-003-2018/SNA-OSCE

LAUDO ARBITRAL

(Contrato N° 40-2016-PNADP) (Adjudicación de menor cuantía N° 03-2016-PNADP derivado del Concurso Público N°08-2015-PNADP) para el "Item 3 "Servicio de limpieza y mantenimiento para la Unidad, Loreto -Iquitos, del Programa Juntos

DEMANDANTE:	:	Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres - Juntos (en adelante, "el Demandante", "la Entidad" o "el Programa", indistintamente)
DEMANDADO:	:	Maxthor SAC (en adelante, "la Contratista" o "el Demandado", indistintamente)
TIPO DE ARBITRAJE:	:	Institucional
TRIBUNAL ARBITRAL	:	Eduardo Adolfo Solis Tafur. - Presidente Tribunal Vladimir Iván Mendoza Benavides. - Árbitro Alex Edson Escobedo Arriola. - Árbitro
SECRETARIA ARBITRAL	:	Patricia C. Dueñas Liendo

RESOLUCIÓN N° 15

En Lima, a los 18 días del mes de marzo del año 2022, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.

El 24 de mayo de 2016, el "Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres – Juntos" y "Maxthor SAC" suscribieron el Contrato N° 40-2016-PNADP, como consecuencia de la adjudicación de menor cuantía N°03-2016-PNADP derivada del Concurso Público N° 08-2015-PNADP para la contratación del ítem 3 servicio de "Limpieza y mantenimiento para la unidad territorial Loreto - Iquitos, del programa Juntos".

De conformidad con lo establecido en la Cláusula décimo séptima del citado CONTRATO, denominada SOLUCION DE CONTROVERSIAS, dispone lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SETIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

Ante cualquier discrepancia contractual, las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. El arbitraje será resuelto mediante arbitraje institucional por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. Para tales efectos, cada una de las partes designará a un árbitro y estos de común acuerdo designarán al tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral, este será designado por el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

Mediante la carta de fecha 31 de julio del 2021, remitida al OSCE, el doctor Eduardo Solís Tafur, cumple con comunicar que no habiendo ningún conflicto de intereses, acepta la designación como árbitro.

II. Normatividad aplicable al proceso arbitral:

Se deja constancia que el proceso se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo 1017, modificado por ley 29873 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF.

Asimismo, se regirá por la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD – Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE, aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de julio de 2016 (en adelante la Directiva)y la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD -Tabla de Gastos Arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los Arbitrajes AD HOC aprobado mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE de fecha 28 de junio de 2016. En lo no regulado por el citado Reglamento el presente proceso se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071 , Decreto Legislativo que norma el Arbitraje , modificado por el Decreto Legislativo N° 1231.

III. De la demanda del Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres - Juntos:

Mediante escrito N° 01 presentado con fecha 08 de enero de 2018, la Entidad interpuso demanda arbitral contra Maxthor, formulando las siguientes pretensiones:

- A. **Primera Pretensión Objetiva Originaria Principal** "Que, el tribunal arbitral declare nula y/o invalida y/o ineficaz la resolución del Contrato N° 40-2016-PNADP y su Adenda N° 01 comunicada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 1058-2017 notificada el 23 de noviembre de 2017".

Mediante la carta de fecha 31 de julio del 2021, remitida al OSCE, el doctor Eduardo Solís Tafur, cumple con comunicar que no habiendo ningún conflicto de intereses, acepta la designación como árbitro.

II. Normatividad aplicable al proceso arbitral:

Se deja constancia que el proceso se regirá por la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Legislativo 1017, modificado por ley 29873 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo 138-2012-EF.

Asimismo, se regirá por la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD – Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE, aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de julio de 2016 (en adelante la Directiva)y la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD -Tabla de Gastos Arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los Arbitrajes AD HOC aprobado mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE de fecha 28 de junio de 2016. En lo no regulado por el citado Reglamento el presente proceso se regirá por el Decreto Legislativo N° 1071 , Decreto Legislativo que norma el Arbitraje , modificado por el Decreto Legislativo N° 1231.

III. De la demanda del Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres - Juntos:

Mediante escrito N° 01 presentado con fecha 08 de enero de 2018, la Entidad interpuso demanda arbitral contra Maxthor, formulando las siguientes pretensiones:

- A. **Primera Pretensión Objetiva Originaria Principal** "Que, el tribunal arbitral declare nula y/o invalida y/o ineficaz la resolución del Contrato N° 40-2016-PNADP y su Adenda N° 01 comunicada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 1058-2017 notificada el 23 de noviembre de 2017".

B. **Primera Pretensión Accesorio-** "Que, se ordene al demandado asuma el íntegro de las costas y costos arbitrales el que tenga que incurrir el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres - Juntos para su mejor defensa en este proceso arbitral."

Fundamentos de Hecho:

Conforme al escrito de demanda, la Entidad ha manifestado lo siguiente:

- 3.1 El 24 de mayo de 2016, se suscribió el Contrato N° 40-2016-PNADP, derivada del CONCURSO PUBLICO N° 08-2015-PNADP, tiene por objeto la CONTRATACION DEL SERVICIO DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO EN LORETO-IQUITOS por el monto de S/103.000.
- 3.2 El 01 de diciembre de 2016, se suscribió la Adenda N°01 del Contrato N°040-2016 -PNADP estableciéndose el nuevo monto de S/117.278.31 por el servicio contratado, en atención al incremento de la remuneración mínima vital de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- 3.3 Mediante Acta de instalación del servicio de limpieza y de mantenimiento suscrito por ambas partes con fecha 04 de julio de 2016 se da inicio al servicio objeto del contrato.
- 3.4 Mediante Carta Notarial N°2696-2017, notificada el 31 de octubre de 2017 el contratista comunica que habiendo transcurrido el plazo para el pago por regularización de los meses de julio-diciembre de 2016 y de julio-octubre de 2017, otorgan el plazo de 5 días para que se cumpla con los pagos.
- 3.5 Mediante Carta Notarial N°1058-2017, notificada el 23 de noviembre de 2017, la Contratista comunica la decisión de resolver el contrato por el incumplimiento en el pago del servicio prestado durante los meses de julio a diciembre de 2016.

- 3.6 Mediante Carta N°657-2017-MIDIS/PNADP/UA, notificada el 27 de noviembre de 2017, la Unidad de Administración le comunica al contratista que se ha cumplido con el pago oportuno como se acredita en las transferencias electrónicas.
- 3.7 Mediante Informe N°28-2017-MIDIS-PNADP-MTT-UTLO de fecha 05 de diciembre de 2017 la Unidad Territorial de Loreto -Iquitos informa la desinstalación de los servicios de limpieza y mantenimiento realizado por el contratista a partir del 05/12/2017.

Fundamentos de las pretensiones:

Respecto de la primera pretensión principal:

"Que, el tribunal arbitral declare nula y/o invalida y/o ineficaz la resolución del Contrato N° 40-2016-PNADP y su Adenda N° 01 comunicada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 1058-2017 notificada el 23 de noviembre de 2017".

- 3.8 A este respecto, la parte demandante sostiene que el fundamento utilizado por la Contratista para que le resuelva el contrato carece de asidero factico y legal.
- 3.9 Que, la principal motivación del contrato N° 40-2016-PNADP en su Décimo cuarta considerando señala lo siguiente:

"Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, Inciso c), y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 167° y 168° de su Reglamento. De darse el caso, el PROGRAMA procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es causal de resolución del contrato celebrado entre LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA, la verificación por parte de la Entidad de algún incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de EL CONTRATISTA.4 En tal caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a

lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.”.

3.10 Asimismo, citan los artículos 168° del RLCE sobre las causales de resolución contractual, artículo 169° del RLCE sobre el procedimiento establecido para la resolución contractual y el artículo 40° de la LCE, sobre la cláusula de resolución de contrato por incumplimiento, precisando que las normas que se consignan en el contrato se encuentran recogidas en la LCE y su reglamento aplicable al presente caso, esto es en la Ley 30255 y su reglamento, conforme a la octava Disposición Complementaria Final de la Ley 30255 se establece que la misma entrará en vigencia a los 30 días calendarios contados a partir de la publicación de su reglamento, el cual fue publicado el 09 de diciembre de 2015, por lo que esta ley y su reglamento entraron en vigencia el 09 de enero de 2016. Siendo ello así, la convocatoria de la adjudicación de menor cuantía N° 03-2016-PNADP derivada del Concurso Publico N° 08-2015-PNADP fue publicada el 18 de abril de 2016, conforme se consigna en el numeral 1.2 de la cláusula primera del contrato materia sub litis, de conformidad con lo establecido en la segunda disposición complementaria transitoria, refiere la demandante que corresponde aplicar al presente caso la Ley 30255 y su reglamento.

3.11 Aunado a ello, precisan que el contratista realizó el requerimiento de pago con fecha 31 de octubre de 2017 por los periodos julio a diciembre de 2016 y julio a octubre de 2017, cuando la Entidad ya había procedido a efectuar la cancelación mediante transferencia electrónica remitidas al contratista mediante la Carta 657-2017-MIDIS.PNADP-UA, con lo cual, desacreditarían el presunto incumplimiento contractual denunciando por la Contratista.

Respecto de la primera pretensión accesorio:

“Que, se ordene al demandado asumir el íntegro de las costas y costos arbitrales el que tenga que incurrir el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres - Juntos para su mejor defensa en este proceso arbitral.”

3.12 Señalan que los gastos del presente arbitraje que se deberán realizar, son atribuibles al contratista y no a la Entidad; por ende corresponde disponer que el demandado asuma el pago de las Costas y Costos del presente arbitraje.

IV. De la contestación de la demanda presentada por MAXTHOR S.A.C

Mediante escrito presentado el 26 de marzo de 2018, MAXTHOR SAC, contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, señalando los siguientes argumentos:

- 4.1 Que, es cierto que mediante Carta Notarial N° 2696-2017 notificada el 31 de octubre de 2017, se le comunicó a la Entidad que habiendo transcurrido el plazo para el pago por concepto de regularización de los periodos de julio a diciembre de 2016 y desde el periodo de 04 de junio hasta el 03 de octubre de 2017, sin que el programa efectivice tales pagos, se le otorgó un plazo de cinco días luego de recibido la carta notarial; sin embargo, la Entidad no cumplió con pagar por los servicios prestados.
- 4.2 Aunado a ello, la Contratista señala que ha dado cumplimiento al Art. 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente a la fecha de suscripción de contrato, respecto al procedimiento de Resolución de Contrato, asimismo como parte perjudicada a la Resolución del Contrato total, la Entidad debe reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados hasta la culminación del contrato en concordancia con el Art. 170 de dicho Reglamento.
- 4.3 Mediante escrito de subsanación de la contestación presentado el 25 de abril de 2018, la Contratista solicita al tribunal se adecúe su escrito de contestación a uno de Reconvencción, en el extremo que se ha deducido el pago de la indemnización por los daños y perjuicios irrogados hasta la culminación del contrato en concordancia con el Art. 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al haber señalado la pretensión de pago de indemnización y pago por

servicio prestado:

- Pago por Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados
- S/ 34,293.35 soles conforme se acredita en el Acta de Conciliación N°111-2018 del Exp. N° 004-2018.
- Obligación de Dar suma de Dinero, por el importe de S/22,714.96, en el cual se verifica del cuadro de facturación.
- Devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento retenido el importe de S/ 9,740.89.

Sumando el importe total de S/ 66,749.20 soles.

Además, considere el pago de la Garantía de Fiel Cumplimiento, así como por el servicio prestado según el cuadro adjunto de obligaciones.

- 4.4 Cabe precisar que **al presentarse de manera extemporánea la Reconvención, esta se tuvo por no presentada**, conforme se estableció en la Resolución 11 de fecha 20 de agosto de 2021

V. Del proceso arbitral.

Instalación del Tribunal Arbitral:

- 5.1 Con fecha 11 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación Arbitral, en la cual el Tribunal Arbitral ratificó su aceptación al cargo y reiteró que no posee ninguna incompatibilidad alguna para ejercerlo, ni a hechos o circunstancias que lo obliguen a inhibirse, al no tener compromiso alguno con las partes, con sus representantes y/o con sus respectivos abogados y asesores. Asimismo se fijaron las Reglas del proceso y las normas aplicables al mismo.
- 5.2 Asimismo, se precisó en cuanto a las normas aplicables al presente proceso arbitral, que este se regiría por la Ley de Contrataciones del estado aprobada mediante Decreto Legislativo 1017, modificada por Ley 29783; y, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto

Supremo N° 138-2012-EF

Asimismo, se registrá por la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD – Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE, aprobada mediante Resolución N° 275-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de julio de 2016 (en adelante la Directiva) y la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD -Tabla de Gastos Arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los Arbitrajes AD HOC aprobado mediante Resolución N° 238-2016-OSCE/PRE de fecha 28 de junio de 2016 .En lo no regulado por el citado Reglamento el presente proceso se registrá por el Decreto Legislativo N° 1071 , Decreto Legislativo que norma el Arbitraje , modificado por el Decreto Legislativo N° 1231.

Pago de los gastos arbitrales y otros:

- 5.3 Mediante Resolución N° 1 de fecha 13 de diciembre de 2019, se resuelve facultar a la Entidad para que en el plazo de 10 días hábiles asuma el pago íntegro de los gastos arbitrales, bajo apercibimiento de archivo ante el incumplimiento de las partes de acreditar el pago de los gastos arbitrales.
- 5.4 Mediante escrito con fecha de presentación 10 de enero de 2020, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS, actuando en representación del Programa Nacional de Apoyo Directo a los más pobres- JUNTOS, cumple con remitir la constancia de pago de pago mediante transferencia e electrónica de los gastos arbitrales.
- 5.5 Mediante Resolución N° 2 de fecha 23 de enero de 2020, se resuelve otorgar el plazo de 10 días hábiles a la Entidad como parte interesada para acreditar el pago de los honorarios arbitrales que le corresponden en subrogación de la contraparte.
- 5.6 Mediante escrito con fecha de presentación 27 de febrero de 2020, la Procuraduría

Publica del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS, presenta las constancias de pago mediante transferencia electrónica de los dos recibos por honorarios profesionales de los árbitros Eduardo Adolfo Solís Tafur y Vladimir Iván Mendoza Benavides, así como de los impuestos respectivos; y señala tener por cancelados los gastos arbitrales con excepción del árbitro Alex Escobedo Arriola el cual se encuentra en trámite.

- 5.7 Mediante Resolución N° 3 de fecha 10 de julio de 2020, y en el marco del Estado de Emergencia Nacional decretado por el Covid-19, se resuelve declarar que los plazos del proceso y su tramitación se encontraron suspendidos desde el 16 de marzo hasta el 10 de junio de 2020; se dispone la variación del domicilio procesal de la Entidad mpprocuraduria@midis.gob.pe; se le requiere a la contratista señalar un correo como nuevo domicilio procesal y se dispone la conformación de un expediente virtual digitalizado, complementario al físico existente.
- 5.8 Mediante Resolución N° 4 de fecha 12 de octubre de 2020, se resuelve otorgar un plazo adicional de 3 días hábiles a efectos de que la Contratista cumpla con señalar el nuevo domicilio procesal. Asimismo, se dispone que a partir del 1 de octubre de octubre de 2020, la presentación de escritos se realizará a través de la Mesa de Partes Digital del OSCE.
- 5.9 Mediante Resolución N° 5 de fecha 05 de noviembre de 2020, se resuelve dejar constancia que a la fecha la Contratista no ha cumplido con señalar nuevo domicilio procesal y otorgar 05 días hábiles para que las partes manifiesten la existencia de otra solicitud que no haya contado con pronunciamiento del colegiado.
- 5.10 Mediante Resolución N° 6 de fecha 21 de diciembre de 2020, se resuelve disponer la variación del domicilio procesal de la Contratista maxthorsac@hotmail.com y dejar constancia que la Entidad ha cumplido con acreditar los gastos administrativos de la Secretaría SNA-OSCE en subrogación del Contratista y los honorarios profesionales de los señores árbitros Eduardo Adolfo Solís Tafur y

Vladimir Iván Mendoza Benavides.


5.11 Mediante Resolución N° 7 de fecha 18 de marzo de 2021, se resuelve otorgar un plazo de 20 días para que la Entidad cumpla con acreditar el pago de los honorarios del árbitro Alex Edson Escobedo Arriola y el pago de los honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral en subrogación del Contratista.


5.12 Mediante Resolución N° 8 de fecha 10 de mayo de 2021, se resuelve tener por acreditado el pago de los honorarios profesionales de los señores árbitros Eduardo Adolfo Solís Tafur y Vladimir Iván Mendoza Benavides.

5.13 Mediante Resolución N° 9 de fecha 15 de junio de 2021, se resuelve acceder al pedido de la Entidad, por tanto, el cómputo del plazo otorgado en la Resolución N° 7 para cumplir con el pago de los honorarios debe contarse desde el día 11 de mayo de 2021.

Fijación de los puntos controvertidos:

5.14 Mediante Resolución N° 10 de fecha 25 de junio de 2021, se resuelve otorgar 05 días para que las partes presenten sus propuestas de puntos controvertidos, así como su propuesta conciliatoria, de corresponder.

 5.15 Mediante Resolución N° 11 de fecha 26 de julio de 2021, se resuelve fijar los siguiente puntos controvertidos del presente proceso:

 **PRIMERA PRETENSIÓN:** Determinar si corresponde o no que "Se declare nula y/o invalida y/o ineficaz la resolución del Contrato N° 40-2016-PNADP y su Adenda N° 01 comunicada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 1058-2017 notificada el 23 de noviembre de 2017".

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA: Determinar si corresponde o no que "Se ordene al demandado asuma el íntegro de las costas y costos arbitrales el que

tenga que incurrir el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres - Juntos para su mejor defensa en este proceso arbitral."

Asimismo, se declara concluida la etapa probatoria del presente proceso arbitral y se otorga el plazo de 05 días hábiles para la presentación de sus alegatos.

- 5.16 Mediante Resolución N° 12 de fecha 27 de setiembre de 2021, se resuelve tener por no presentados los alegatos solicitados mediante la Resolución N° 11. No obstante ello, se cita a las partes a la Audiencia de Informes programada para el martes 19 de octubre de 2021 a horas 11:00 am.

Informes orales y conclusiones finales:

- 5.17 Mediante Acta de Audiencia de Informes Orales del día 25 de octubre de 2021, se deja constancias que las partes realizaron la exposición virtual de sus alegatos finales, y el Tribunal Arbitral procedió a formular algunas preguntas relativas a la materia controvertida, las mismas que fueron debidamente absueltas por las partes asistentes, dándose por concluida la Audiencia virtual.

- 5.18 Mediante Resolución N° 13 de fecha 25 de octubre de 2021, se resuelve otorgar a las partes un plazo de 05 días hábiles a efectos que presenten sus conclusiones finales respecto a lo informando en la presente audiencia, así como manifiesten la existencia de cualquier pronunciamiento de fondo pendiente por parte del Tribunal Arbitral.

Plazo para Laudar

- 5.19 Mediante Resolución N° 14 de fecha 07 de febrero de 2022, se resuelve fijar el plazo para laudar de veinte (20) días hábiles, computados desde el día siguiente de notificada (a ambas partes) la presente resolución, **PRORROGANDOSE AUTOMÁTICAMENTE** en quince (15) días hábiles adicionales, luego de culminado el plazo, sin necesidad de acto resolutive que lo declare.

VI. CONSIDERANDO:

6.1 CONSIDERACION PREVIAS

De manera previa al análisis de los puntos controvertidos del presente proceso se deben tener en consideración los siguientes alcances generales:

El Contrato celebrado encuentra su fundamento natural en la relación existente entre todas las prestaciones, en el "entrecruzamiento de obligaciones recíprocas"¹.

Así tenemos que, la prestación de servicios a cargo de la Contratista tenía por objeto el *Servicio de Limpieza y Mantenimiento para la Unidad Territorial de Loreto - Iquitos, correspondiente al ÍTEM 03, conforme a los Términos de Referencia del proceso de selección que dio origen al contrato.*

El Contrato originó, por tanto, una relación objetivamente colectiva que se presenta *"siempre que las prestaciones a cargo de una misma persona o deudor y a favor de un mismo acreedor sean varias"*².

En relación con este tema, ha expresado Díez- Picazo que: *"Los supuestos de pluralidad de prestaciones pueden articularse u ordenarse de dos maneras distintas, según que las diferentes prestaciones que el deudor debe ejecutar se*

GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 72.

² DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos. Op. Cit. Pág. 516.

encuentren situadas todas ellas en el mismo plano y posean todas ellas, desde el punto de vista de la finalidad empírica, la misma trascendencia para la satisfacción del interés del acreedor, o bien que una de ellas deba considerarse como principal y otras como accesorias. Llamaremos al primer supuesto "conjunción de prestaciones" y al segundo "conurrencia de una obligación principal con una o varias obligaciones accesorias"³.

En el Contrato bajo análisis, todas las prestaciones a cargo de las partes se encuentran situadas en el mismo plano, no porque tengan similares valores económicos, sino porque desde la celebración misma del Contrato las partes persiguieron a través de todas ellas, la finalidad empírica común descrita en la Cláusula correspondiente del Contrato, es decir, la prestación de servicios de Limpieza y Mantenimiento a cambio del pago de una suma de dinero.

Se trata, por tanto, de una relación obligatoria objetivamente colectiva con conjunción de prestaciones. Este supuesto se produce, en palabras de Díez-Picazo, *"cuando el deudor debe diversas prestaciones y el acreedor tiene derecho a todas ellas, encontrándose todas en un mismo plano y poseyendo todas ellas idéntica importancia desde el punto de vista económico en orden a la satisfacción de los fines empíricos a cuyo logro la obligación se dirige"*⁴.

El Contrato es con prestaciones recíprocas cuando ambas partes son deudoras y acreedoras la una de la otra, con total independencia de la cantidad de prestaciones a la que cada una de ellas estuviera obligada respecto de la otra.

En este orden de ideas, ha sostenido Ramela que los contratos con prestaciones recíprocas son aquéllos en los que *"las ventajas que procuran a una u otra de las partes no les es concedida sino por una prestación que ésta le ha hecho o que se*

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

*obliga a hacerle*⁶; en otros términos, se trata de aquellos contratos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr por medio del contrato celebrado son recíprocos.

Así tenemos que entre las prestaciones recíprocas se genera *"un nexo especial que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas"*⁶, por el cual cada parte no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, a su turno, debe otras prestaciones. En suma, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.

La reciprocidad, entonces, tal como debe ser entendida, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones o, en otras palabras, en la conexión de las ventajas y sacrificios que obtienen o están llamadas a obtener las partes contratantes.

Como apuntan Garrido y Zago, es *"en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas"*⁷.

Esto quiere decir que el Contrato materia del presente análisis es un acuerdo integral por el que la Entidad y la Contratista se obligaron a realizar una pluralidad de prestaciones la una a favor del otro.

⁵ RAMELA, Anteo E. Resolución por incumplimiento. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1975. Pág. 144.

⁶ Ibídem. Pág. 218.

⁷ GARRIDO, Roque Fortunato y ZAGO, Jorge Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1989. Pág. 66.

Estas prestaciones recíprocas deben valorarse "in totum", es decir, en su integridad.

Respecto de la Buena Fe en la ejecución de los contratos, debe considerarse que la buena fe contractual, supone que, desde la negociación, gestión hasta la finalización, cualesquiera que fuese el motivo, las partes deben comportarse de manera honesta y correcta respecto de la otra. Demás está decir que la buena fe constituye un pilar básico o un principio elemental de toda relación contractual, reconocido y amparado por el derecho y por la ley. En consecuencia, no es admisible que dentro de un contrato, cualquiera que fuese el tipo y naturaleza de éste, se puedan amparar actitudes de las partes contrarias a dicho principio elemental.

El artículo 1362º del Código Civil recoge este principio, el mismo que trasciende a cualquier tipo de contrato, incluyendo a los celebrados por el Estado, pues no resultaría admisible sostener que en los contratos públicos se pueda violentar este principio por alguna atribución especial del Estado y que ello se encuentre amparado por el derecho, tal como lo señala el profesor argentino Eduardo Mertehikian al referirse a lo establecido por la Corte Suprema de ese país; *"al principio de buena fe, que debe animar la ejecución de los contratos administrativos"*⁸.

A la luz de lo anterior el Colegiado considera que en la ejecución de un contrato:

- Se espera que las partes actúen conforme a las situaciones regulares al tipo de contrato en el cumplimiento de las actuaciones que les corresponden.

⁸ MERTEHIKIAN, Eduardo. Estudios de Derecho Administrativo. Ediciones RAP. Buenos Aires 2007. Pág. 151

- Se espera que la actuación de las partes se base en una relación de mutua confianza y de respeto de los compromisos que se vienen asumiendo a lo largo del mismo.

- Que las partes sean consecuentes con las concesiones que puedan haberse hecho durante la ejecución del contrato, a fin de lograr la finalidad del mismo, en la medida que ello no esté expresamente prohibido por la ley ni resulte ilegal.

Por tanto, el comportamiento y esencialmente los compromisos que las partes tienen y asumen a lo largo de la ejecución de un contrato sin haber hecho reserva alguna, debe entenderse que se realiza de buena fe, no siendo acorde con este principio que posteriormente ello se pretenda desconocer por alguna de ellas, salvo que demuestre fehacientemente la existencia de un vicio que acarree su nulidad, ya que lo contrario sí afectaría este principio elemental.

6.2 PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS PRETENSIONES:

6.2.1 Determinar si corresponde o no que se declare nula y/o inválida y/o ineficaz la resolución del Contrato y su Adenda materia de la controversia.

6.2.1.1 Atendiendo a las respectivas posiciones asumidas por ambas partes en relación a la presente pretensión, el Colegiado procederá a hacer el análisis correspondiente, teniendo en cuenta en forma conjunta los puntos materia de la presente pretensión, los medios probatorios actuados en el proceso, y al final se concluirá con la posición y expedirá su decisión.

En tal sentido, a fin de determinar si la resolución del contrato ha sido efectuada válidamente, son dos los elementos que el Colegiado considera necesario examinar, por un lado, a) El

cumplimiento de las formalidades y/o el procedimiento para la resolución del contrato establecidos en ley, y b) si se ha producido el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad que sustente la resolución contractual.

- 6.2.1.2 Respecto al cumplimiento de los requisitos para la resolución de los contratos, la cláusula Décimo Cuarta del Contrato establece el régimen de resolución contractual de la siguiente manera:

"Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, inciso c), y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 167° y 168° de su Reglamento. De darse el caso, el PROGRAMA procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es causal de resolución del contrato celebrado entre LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA, la verificación por parte de la Entidad de algún incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de EL CONTRATISTA.4 En tal caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

Siendo así, el procedimiento de resolución de contrato aplicable al presente caso es el establecido en la Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento; por lo que corresponde a analizar el contenido de las normas anteriormente citadas. El literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado (En adelante La Ley), en relación a la resolución de contrato por incumplimiento establece textualmente lo siguiente:

"En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento".

A su turno, el artículo 44° de La Ley señala que:

"Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

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

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio a la

ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo”.

Por su parte y en relación a la resolución del contrato, el artículo 167° del Reglamento de La Ley de Contrataciones (En adelante El Reglamento) precisa lo siguiente:

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

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

Por otro lado, la precitada norma, en el artículo 168° establece las causales de resolución, siendo estas las siguientes:

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

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

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

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

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

Asimismo, en el artículo 169°, El Reglamento establece el procedimiento de resolución del contrato, conforme a los siguientes términos:

"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 podrá resolver 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.

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento".

Tal como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto los supuestos en los cuales las partes de un contrato celebrado bajo su ámbito pueden resolverlo; siendo que en el presente caso, la Contratista ha resuelto el contrato aduciendo que se ha configurado un supuesto de incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la Entidad.

Debe tenerse en cuenta que la resolución consiste en un acto que tiene por finalidad que los efectos de los contratos cesen, por situaciones sobrevinientes al momento de su celebración, es

decir, tiene como consecuencia la pérdida de eficacia de la indicada relación contractual.

En tal sentido, dada la gravedad de las consecuencias de la resolución, el Derecho impone formalidades que deben ser seguidas en estricto por aquella parte, que desea resolver el contrato, de tal modo que de no cumplir con dichas formalidades, el acto resolutorio devendría en ineficaz, y no producirá los efectos extintivos del contrato.

En el ámbito de la contratación pública, el cumplimiento de la formalidad y el procedimiento para la resolución de contratos, es tan esencial, que en diversos pronunciamientos el Tribunal de Contrataciones del Estado ha establecido que *"el incumplimiento del procedimiento de resolución del Contrato determina que no se configure la responsabilidad administrativa por la presunta comisión de la infracción consistente en ocasionar que la Entidad resuelva el Contrato (...)">⁹ y (...), aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo la Entidad exclusiva responsabilidad¹⁰."*

En ese sentido, las partes - en este caso la Contratista- estaba obligada a seguir el procedimiento de resolución previsto en el artículo 169 del Reglamento. Así, el requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y **que debe contener, además, la advertencia de que, transcurrido inútilmente el término, el**

⁹ Resolución N° 00605-2022-TCE-S2, 18/02/2022

¹⁰ Resolución N° 1608-2021-TCE-S2, 15/07/2021

contrato se considerará resuelto de pleno derecho.

La exigencia en cuanto a formalidad tiene por objetivo la protección tanto del acreedor que realiza el requerimiento, como del deudor a quien se le exige cumplir. Y es que mediante la carta notarial se evita que el deudor que es requerido pueda aducir que no fue intimado, pero —a su vez— se evita que el acreedor pueda mentir aduciendo que requirió el pago cuando en realidad no lo hizo.

En tal orden de idea, resulta conveniente destacar en esta parte de nuestro análisis que la intimación a que se refiere la norma, debe contener necesariamente lo siguiente: (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y conminándola para que la satisfaga. (ii) La fijación de un plazo de cinco (5) días, o 15 según sea el caso. (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato. Así, la intimación, es un acto unilateral y recepticio, sujeto a requisitos de forma y de contenido.

De tal modo **debemos indicar que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento decretado (es decir, se debe comunicar al deudor que se procede a resolver el contrato).**

En ese sentido, debe existir un **apercibimiento resolutorio expreso**; es decir, que en caso no se cumpla con satisfacer la obligación, el contrato queda resuelto. Por consiguiente, bajo los alcances del artículo 169 antes acotado, no será suficiente exigir o compeler el cumplimiento de la obligación, sino que además es necesario indicar de manera expresa e inequívoca que la consecuencia, en caso de persistir el incumplimiento, será la resolución del contrato.

La finalidad de hacer el apercibimiento expreso es que la parte infiel o incumplidora tenga absoluto conocimiento y consciencia de que, de persistir en el incumplimiento imputado, la relación contractual quede sin efecto, al amparo de lo dispuesto en la ley.

El "apercibimiento resolutorio" o la "Intimación Resolutoria", otorga a la parte cumplidora, el derecho de exigir conjuntamente, en principio, el cumplimiento del contrato; o, sustitutoriamente, o en defecto de éste, resolver el mismo. Como lo que se exige entonces, a través de esta intimación, es en primer lugar el cumplimiento del contrato y, subsidiariamente, la resolución del mismo; dicho cumplimiento debe estar acompañado de un apercibimiento, el cual consiste precisamente en la situación subsidiaria o que en defecto del cumplimiento, ocurra: la resolución. Puede apreciarse, en consecuencia, que la esencia de esta intimación es **el apercibimiento resolutorio**. Se intima bajo apercibimiento de resolución para obtener prioritariamente el cumplimiento del contrato, consiguiéndose ésta sólo cuando se hace efectivo dicho apercibimiento¹¹.

¹¹ TORRES MENDEZ, Miguel, "Pacto Comisario, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria", Revista IUS ET VERITAS3(4), 59-65. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15331>

En tal orden de ideas, en el presente caso, corresponde analizar, si la Contratista cumplió con el procedimiento establecido por el citado artículo del Reglamento para la resolución del Contrato.

Así se verifica que en el expediente obra la carta notarial N° 2696-2017, fechada el 25/10/2017, y recepcionada en la mesa de partes del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, Programa Nacional de Apoyo directo a los más pobres – Juntos, el 31/10/2017, remitida por la Contratista a la persona de Janina Huaman Chappa, Jefa de la Unidad de Administración de La Entidad, con el siguiente tenor:

[Handwritten signature]

[Handwritten mark]

[Handwritten signature]

CARGO **CARTA NOTARIAL DILIGENCIADA**

MAXTHOR SAC.
Av. Atencio Idurregui N° 627 -A- - Teléf. 063-354679 - Yurimaguas- Loreto.

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

CARTA NOTARIAL

Yurimaguas, 25 de Octubre de 2017.

RECIBIDO
30 OCT. 2017
HORA 12:52 PM

Señora:

Jenina Huamán Chappa,
Jefa de la Unidad de Administración,
Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres,
Calle Sheli N°310- Miraflores - Lima.

RECIBIDO
31 OCT. 2017
HORA 10:00 AM

Asunto : Comunica Pre aviso.

Referencia : 1).- Contrato N°40-2016-PNADP.
2).- Carta N°03-2017-MSAC/G.G.

Por medio de la presente nos dirigimos a Ud., a efecto de comunicarle que habiendo transcurrido en exceso el plazo para efectuar los pagos por concepto de regularización del servicio prestado la misma que viene desde el 04/07/2016 el periodo de inicio de ejecución del servicio en la U.T. Inuitos, y que hasta la fecha no han sido honradas el cual cuenta con la Factura N°001-000000622, emitido con fecha 28/12/2016 por concepto antes mencionado.

Así mismo se adeuda también los periodos que se detallan a continuación:

Factura	N°	Importe	Fecha	Estado	Observaciones
Factura	N°00000688	4,922.49	04/06/2017-03/07/2017	QUITOS	PENDIENTE
Factura	N°00000704	4,922.49	04/07/2017-03/08/2017	QUITOS	PENDIENTE
Factura	N°00000709	4,922.49	04/08/2017-03/09/2017	QUITOS	PENDIENTE
Factura	N°00000714	4,922.49	04/09/2017-03/10/2017	QUITOS	PENDIENTE

Por cuanto se le requiere de cumplimiento a los pagos requeridos, y estando a lo prescrito en la cláusula décimo cuarta del contrato suscrito con vuestra

CERTIFICADO: QUE ESTA COPIA ES AUTÉNTICA A SU ORIGINAL SEGUN CONFRONTACIÓN DE LEY.

Yurimaguas, 24 MAR 2018

HALTER VILLANUEVA SANCHEZ
NOTARIO - ABOGADO
YURIMAGUAS

16

**CARTA NOTARIAL
DILIGENCIADA**

MAXTHOR SAC.
Av. Atencio Idurregui N° 627 -A - Tel: 065-354623 - Yurimaguas- Loreto.

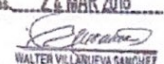
representada, REQUERIMOS QUE DENTRO DEL PLAZO PERENTORIO DE CINCO (5) DIAS de recibido la presente carta Notarial cumpla con pagar las obligaciones contraídas con mi representada.

Esperando que vuestra representada satisfaga los incumplimientos antes señalados, me suscribo de usted.


Atentamente


CERTIFICADO: QUE ESTA COPIA ES AUTENTICA A SU ORIGINAL SEGUN CONFRONTACIÓN DE LEY.

Yurimaguas, 24 MAR 2018


WALTER VILLANUEVA SANCHEZ
NOTARIO - ABOGADO
YURIMAGUAS


NOTARIA VILCA MONTEBUCIO
AV. ATENCION 2400 - 0501. 0400
TEL: 075-0045 / 075-2235


NOTARIA VILCA MONTEBUCIO
AV. ATENCION 2400 - 0501. 0400
TEL: 075-0045 / 075-2235

Además, obra en el expediente, la Carta Notarial N° 1058-2017, emitida con fecha 21/11/2017 y recepcionada el 23/11/2017 por la mesa de partes del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social-

En tal sentido, se advierte que la Contratista procedió a resolver el contrato mediante carta notarial N° 1058-2017, en tanto la Entidad no habría cumplido con cancelar los periodos devengados del año 2016, periodo julio a diciembre del 2016, y los periodos de junio a octubre del 2017, correspondiente a la contraprestación por los servicios de limpieza y mantenimiento a que se refiere el Contrato N° 40-2016-PNADP, para lo cual previamente le remitió carta notarial N° 2696-2016, en la cual le requería el pago de dichos periodos, otorgándole el plazo de 5 días, para el cumplimiento.

Ahora bien, revisada la carta notarial N° 2696-2017, se advierte que en efecto la Contratista imputó a la Entidad, el incumplimiento de la prestación a su cargo; esto es, el no haber pagado la factura N° 622 emitida con fecha 28/12/2016 -sin precisar el monto-, y adicionalmente las Facturas N° 698 del periodo 04/06/2017 -07/07/2017, N° 704 del periodo 04/07/2017 al 03/08/2017, N° 709 del periodo del 04/08/2017 al 03/09/2017, N° 714 del 04/09/2017 al 03/10/2017, cada una por la suma de S/ 4,922.49 (cuatro mil novecientos veintidós con 49/100 Soles). Asimismo, de la indicada carta notarial se advierte que la Contratista requirió la Entidad, el cumplimiento de los pagos de las mencionadas facturas, otorgándole un plazo de 5 días para cancelarlas.

Sin embargo, no se aprecia de la indicada carta notarial que la Contratista haya cumplido con la intimación resolutoria, o el apercibimiento expreso, de que, en caso la Entidad no cumpla con su obligación de pagar las facturas en el plazo otorgado, el contrato quede resuelto de pleno derecho.

Si bien es cierto que en la mencionada carta notarial se hace referencia a la cláusula decimocuarta del contrato, dicha cláusula a su vez remite a la ley y su reglamento, en las que, como hemos analizado en líneas anteriores, exige que el requerimiento de cumplimiento se haga bajo apercibimiento expreso de resolución de contrato.

Es pertinente preciar que la resolución por justa causa o por incumplimiento, constituye ejercicio de un poder de autotutela del sujeto, como un remedio para los supuestos en que la continuación de la relación o la inejecución del contrato se tornen intolerables.¹³ De modo tal, que el ejercicio de la resolución en estos casos, no se puede imputar de válido o inválido, sino que el mismo es eficaz o ineficaz, por cuanto el ejercicio de los derechos se desarrolla en el momento de la ejecución del contrato y no en el momento de la celebración de este por razones externas a la validez del contrato.

Siendo que, en este caso, al no haberse cumplido la formalidad exigida por ley, en el procedimiento para la resolución del contrato, dicha resolución devendría en ineficaz.

6.2.1.3 Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, y con relación al segundo elemento de análisis, esto es si se ha producido el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad que sustente la resolución contractual; debemos indicar que el Colegiado considera necesario revisar y analizar este

¹³ BIANCA Massimo. *Derecho Civil, El contrato*, III. Traducción de Fernando Hinostroza y Édgar Cortés, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 754-755.

elemento, en tanto las partes han introducido dicho debate al proceso, como sustento de cada una de sus posiciones.

Efectivamente en el escrito de demanda, la Entidad alega que "cuando el contratista nos realiza el requerimiento de pago con fecha 31 de octubre del 2017, por los periodos julio a diciembre del 2016, y julio a octubre del 2017, la Entidad ya había procedido a efectuar la cancelación, lo cual lo acreditamos con las correspondientes constancias de pago mediante transferencia electrónica que adjuntamos a la presente, las cuales fueron remitidas al contratista mediante carta N° 657-2017-MIDIS.PNAD-UA, que adjuntamos a la presente."

Agregando a continuación que: "Por lo expuesto, consideramos que se encuentra acreditado que el contratista sin ningún sustento fáctico y jurídico procedió a resolver el contrato, es decir, con los medios probatorios que acompañamos a la presente se encuentra demostrado que no hubo incumplimiento por parte de la Entidad en sus obligaciones y menos que no se haya cumplido con subsanar algún incumplimiento que haya meritado resolver en forma total el contrato, tal como lo efectivizó el contratista"

En respuesta a tales alegaciones, la Contratista ha expresado en su escrito de contestación de demanda, que "las boletas presentadas en su presente demanda arbitral corresponde a pagos que se realizaron meses anteriores como se puede apreciar en el cuadro presentado como medios probatorios de la presente contestación de la demanda arbitral, y que los pagos corresponden a periodos no requeridos como se manifestara en la carta notarial antes de haber resuelto el contrato, por cuanto

la carta en mención remitida por el Programa Juntos, se emitió luego de la emisión de la resolución del contrato entre mi representada y la entidad".

Al respecto, el Colegiado considera pertinente indicar que conforme al artículo 40 de la Ley, el contratista tiene derecho a resolver el contrato, **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".

Asimismo, el artículo 168 del Reglamento, establece que 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°.

Sobre el particular, la Dirección Técnica Normativa del OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones), ha precisado 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. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado".

En tal sentido, dicho organismo ha señalado que *"una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato"*.¹⁴

El indicado organismo teniendo en cuenta la normativa de contrataciones aplicable a este caso, señaló *"En el caso de la Entidad, la principal obligación esencial que debía **cumplir era la del pago**, pudiendo, sin embargo, existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas. En esa línea, la determinación de qué obligaciones de la Entidad tenían carácter de esenciales (cuyo incumplimiento, por tanto, podía dar lugar a la resolución del contrato por parte del contratista), dependía de las características y condiciones de cada contrato y su configuración"*.¹⁵

Por consiguiente, la imputación efectuada por la Contratista, respecto a un incumplimiento de pago de la contraprestación por servicios de limpieza y mantenimiento, se encuadra en lo que sería el incumplimiento de una obligación esencial por parte de la Entidad.

Ahora bien, conforme a la carta notarial N° 2696-2017, la Contratista imputó como incumplimientos por parte de la Entidad el no haber pagado la factura N° 622 emitida con fecha 28/12/2016 sin precisar el monto, y adicionalmente las Facturas

¹⁴ Opinión N° 027-2014/DTN

¹⁵ Opiniones N° 162-2015/DTN, N° 092-2019-DTN

N° 698 del periodo 04/06/2017 -07/07/2017, N° 704 del periodo 04/07/2017 al 03/08/2017, N° 709 del periodo del 04/08/2017 al 03/09/2017, N° 714 del 04/09/2017 al 03/10/2017, cada una por la suma de S/ 4,922.49 (cuatro mil novecientos veintidós con 49/100 Soles).

Expresando en la carta N° 1058-2017 mediante la cual resuelve el contrato, que la Entidad no ha cumplido con cancelar los periodos devengados del año 2016, es decir, del periodo julio a diciembre del 2016, así como los periodos señalados en la carta de preaviso en donde se detallan los periodos de junio hasta la fecha de la indicada carta.

Por su parte, la Entidad en su demanda, ha señalado que si cumplió con cancelar los periodos requeridos por lo cual remitió carta notarial N° 000657-2017-MIDIS/PNADP-UA, de fecha 27 de noviembre del 2017, la misma que obra en el expediente, en la que refieren que "en sistema integrado de administración financiera, SIAF, se tiene registrado el cumplimiento de los pagos oportunos dentro de los plazos de ejecución, por lo que remite en adjunto las constancias de pago en las que se acredita la transferencia electrónicas del pago del servicio brindada en la UT Loreto- Iquitos.

Asimismo, la Entidad demanda ha presentado como medios probatorios de su demanda, las indicadas transferencias electrónicas, que a su entender, acreditarían el pago de las obligaciones imputadas como incumplidas por parte de la contratista.

Sin embargo, revisadas las indicadas constancias de transferencia, el Colegiado aprecia que están referidas al pago de facturas distintas a las que, fueron señaladas en la carta notarial de requerimiento y posterior resolución.

Así tenemos lo siguiente

<u>Constancia de Pago N°</u>	<u>Factura N°</u>	<u>Fecha de pago</u>	<u>Monto S/</u>
<u>081-16002721</u>	<u>001-567</u>	<u>05/10/2016</u>	<u>2643.34</u>
<u>081-16002728</u>	<u>001-580</u>	<u>05/10/2016</u>	<u>3433.34</u>
<u>081-16003582</u>	<u>001-586</u>	<u>20/12/2016</u>	<u>3433.34</u>
<u>081-17000290</u>	<u>001-604</u>	<u>20/01/2017</u>	<u>3433.34</u>
<u>081-17000297</u>	<u>001-613</u>	<u>30/01/2017</u>	<u>3433.34</u>
<u>081-17001250</u>	<u>001-668</u>	<u>07/06/2017</u>	<u>4064.16</u>
<u>081-17001251</u>	<u>001-670</u>	<u>07/06/2017</u>	<u>4064.16</u>
<u>081-17001252</u>	<u>001-671</u>	<u>07/06/2017</u>	<u>4064.16</u>
<u>081-17001253</u>	<u>001-669</u>	<u>07/06/2017</u>	<u>4064.16</u>
<u>081-17001790</u>	<u>001-692</u>	<u>02/08/2017</u>	<u>4064.16</u>
<u>081-17001791</u>	<u>001-693</u>	<u>02/08/2017</u>	<u>4064.16</u>

No obstante, al cotejar dichas constancias, con la información presentada por el Contratista en el documento denominado como "Cuadro de emisión de facturas y pagos a fin de verificarse la fecha de emisión y pago por parte del programa JUNTOS", el cual no ha sido tachado, o cuestionado en modo alguno por la demandante, se aprecia que las facturas N° 567, N° 580, N° 586,

N° 604, N° 613, si corresponderían a los periodos imputados como incumplidos por la Contratista, de julio-agosto 2016, agosto-septiembre 2016, septiembre-octubre 2016, octubre-noviembre 2016 y noviembre- diciembre del 2016, respectivamente; periodos respecto de los cuales se registran abonos según los montos consignados en dichas constancias de transferencias presentadas por la Entidad, antes del requerimiento efectuado mediante carta notarial del 23/11/2017, tal como también lo señaló la representante de la Contratista en la audiencia de informes orales¹⁶.

Sin embargo, en el expediente no existe documentación que acredite pago alguno por las facturas N° 698 N° 704, N° 709, N° 714, correspondiente a los periodos junio-julio 2017, julio-agosto 2017, agosto-septiembre 2017, septiembre-octubre 2017, respectivamente.

Con relación a ello, el representante de la Entidad que participó en la audiencia de informes orales, si bien señaló que la entidad había cumplido con el pago de las facturas N° 704 y N° 709, y que las facturas N° 698 y N° 714, habían sido retenidas por penalidades, también reconoció que no habían presentado en el expediente documentación que acreditara dichos pagos.¹⁷

Por consiguiente, la Entidad, no ha podido acreditar en este proceso, el cumplimiento del pago de las facturas por todos los periodos que le fueron requeridos mediante carta notarial N°

¹⁶ Así consta en minuto 41'49'' al minuto 42'21'' de la audiencia de informes orales, registrada en audio y video.

¹⁷ Así consta en Minuto 37'55'' al minuto 45'24'' de la audiencia de informes orales registrada en audio y video.

2696-2017, según lo expuesto anteriormente; por lo cual el Colegio considera pertinente dejar constancia de ello, dejando a salvo el derecho de las partes, para que lo hagan valer en el modo y forma que consideren conveniente a sus intereses.

No obstante, como ha sido precisado anteriormente la resolución del contrato efectuada mediante carta N° 1058-2017 de fecha 23/11/2017 resulta ineficaz, por no haberse cumplido con las formalidades y el procedimiento establecido por la Ley y el Reglamento; al no haber efectuado la intimación resolutoria expresa, de manera previa a la resolución del contrato.

En consecuencia, estando a lo antes expuesto y no habiéndose seguido el proceso correspondiente para resolver el contrato, la pretensión principal debe declararse fundada.

6.2.2 Determinar si corresponde o no que se ordene al demandado asumir el íntegro de las costas y costos arbitrales el que tenga que incurrir el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres - Juntos para su mejor defensa en este proceso arbitral.

6.2.2.1 Al respecto, el artículo 70 del Decreto Legislativo 1071, que regula el arbitraje, estipula que los costos del arbitraje comprenden, los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario arbitral, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier asistencia requerida por el tribunal arbitral, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje y los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Asimismo, el artículo 73 Num.1 precisa que, 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.

En el mismo sentido el numeral 8.3.26 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD, Reglamento del Régimen Institucional del Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE, precisa que "el árbitro único por el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo respecto a la distribución de los gastos del arbitraje, y establecerá cuál de las partes debe de pagarlos en que proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral; caso contrario, el árbitro único o el tribunal arbitral decidirá a su entera discreción quien y en que montos deben ser asumidos.

6.2.2.2 En el presente caso, no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma cómo se van a distribuir los costos y costas del arbitraje, en ese sentido, estando a lo dispuesto por las normas antes acotadas, corresponde que el Tribunal que, en atención a las circunstancias y actuaciones en el presente proceso, evalúe si los costos y costas del presente proceso arbitral, deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas, tal como lo petitiona la demandante, o si deben ser distribuidos entre ambas, y en qué proporción.

En tal sentido, luego de analizar y evaluar las posiciones de las partes, y teniendo en cuenta el sentido de este laudo respecto a

las pretensiones planteadas, y, adicionalmente, advirtiéndole que ambas partes han tenido suficientes y atendibles motivos para litigar, y la actuación de ellas en el proceso, el Colegiado estima razonable que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y cada una de las partes asuma los honorarios y gastos arbitrales que les corresponde.

- 6.2.2.3 Por lo cual verificándose que la Entidad pagó en subrogación de la Contratista, los honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral, que le correspondían a esta; el Colegiado dispone que la Contratista cumpla con reintegrar o devolver el monto cubierto por la entidad por tales conceptos, conforme a la liquidación de gastos que obra en el expediente.

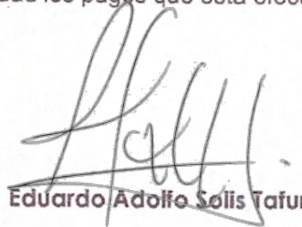
En consecuencia, la pretensión accesorio de la demanda deviene en infundada.

Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, los árbitros por unanimidad y en Derecho **LAUDAN DECLARANDO:**


Primero: FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia se declara Ineficaz la resolución del contrato N° 40-2016-PNADP y su Adenda N° 01 comunicada por el contratista mediante carta notarial N° 1058-2017, notificada el 23 de noviembre de 2017.

Segundo: INFUNDADA la pretensión accesorio, disponiéndose que cada una de las partes asumir en proporciones iguales los gastos arbitrales (honorarios de Tribunal

Arbitral, de Secretaría Arbitral y gastos administrativos); así como los costos que fueron irrogados por cada una de las partes para hacer valer sus derechos; debiendo la demanda reintegrar a la entidad los pagos que esta efectuó en su subrogación.



Eduardo Adolfo Solís Tafur
Presidente del Tribunal Arbitral



Alex Edson Escobedo Arriola
Arbitro

Vladimir Iván Mendoza Benavides
Arbitro



Firmado digitalmente por:
MENDOZA BENAVIDES
VLADIMIR IVAN FIR 09998018 ha
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/03/2022 00:17:25-0600