

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

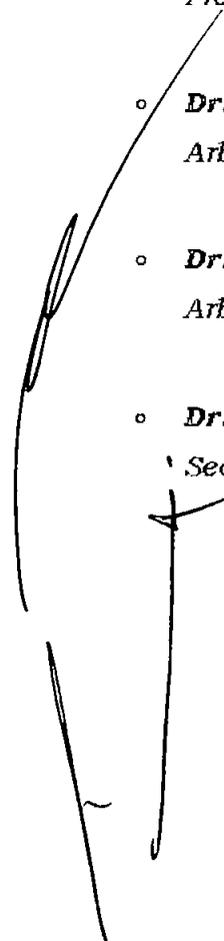
Resolución Nº 16

Lima, 11 de febrero de 2011

NOMBRE DE LAS PARTES:

- 
- **SERVICIO Y CONSTRUCCIONES EN GENERAL LUREN EIRL**
En adelante el Demandante o La Contratista
 - **PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO-TUMBES**
En adelante El Demandado o La Entidad

MIEMBROS DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 
- **Dr. JUAN LEONARDO QUINTANA PORTAL**
Presidente del Tribunal Arbitral
 - **Dr. JOSE CARLOS ARROYO REYES**
Arbitro
 - **Dr. LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ**
Arbitro
 - **Dr. JORGE ANTONIO MORAN ACUÑA**
Secretario del Tribunal

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 20 de marzo del 2006, las partes suscribieron el Contrato N°005-2006-INADE-PEBPT-8701 "CONSTRUCCION DE TRES POZOS TUBULARES Y MEJORAMIENTO DE SISTEMA DE RIEGO SECTORES CANARIO II – AGUAS VERDES; LOMA SAAVEDRA – AGUAS VERDES Y LOS CEIBOS – LOMA SAAVEDRA – AGUAS VERDES", por un monto de S/. 1'094,443.62 incluido IGV y un plazo de ejecución de 175 días calendario.

PL
En la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato se estipuló que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, se resolverá mediante arbitraje, conforme a lo dispuesto en el artículo 274° del Reglamento aprobado por el D.S N° 084-2004-PCM.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros.

Cada una de las partes designará a un árbitro y ambos árbitros designan a su vez al tercero, este último presidirá el Tribunal Arbitral.

Por tanto, el Tribunal constata la existencia de un convenio arbitral válido.

I. DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al haberse suscitado controversias entre las partes, la demandante designó como Arbitro al Dr. José Carlos Arroyo Reyes y el Demandado al Dr. Luis Felipe Pardo Narváez, acordando ambos designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Juan Leonardo Quintana Portal.

Con fecha 29 de enero de 2010, se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad sus miembros se ratificaron en la aceptación del cargo conferido y declararon bajo juramento no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a ejercer el cargo con imparcialidad e independencia.

II. HECHOS REFERIDOS A LA CONTROVERSIA MATERIA DE ARBITRAJE

Con fecha 20.03.2006, se suscribió de común acuerdo entre las partes el Contrato de Ejecución de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701 "Construcción de 03 Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Canario II – Aguas Verdes; Loma Saavedra – Aguas Verdes y Los Ceibos – Loma Saavedra – Aguas Verdes", con un costo total de S/. 1'094,443.62 incluido IGV y por un plazo de ejecución de 175 días calendario, con el objeto de colocar, montar, instalar y poner en actividad los equipos y accesorios necesarios para la construcción y electrificación de pozos tubulares en los sectores comprometidos, teniendo como contrapartida la entrega por parte de los agricultores de las Electrobombas.

La Ficha Técnica de la Obra es la siguiente:

Obra:	Construcción de 03 Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Canario II – Aguas Verdes; Loma Saavedra – Aguas Verdes y Los Ceibos – Loma Saavedra – Aguas Verdes
Ubicación:	Tumbes
Provincia:	Zarumilla
Distrito:	Aguas Verdes
Modalidad:	Contrata a precios unitarios
Contrato:	005-2006-INADE-PEBPT-8701
Entidad:	PROYECTO ESPECIAL PUYANGO TUMBES
Contratista:	EMPRESA SERVICIOS Y CONSTRUCCIONES EN GENERAL LUREN EIRL
Residente:	Ing. Luis Amando Espinoza Herrera
Supervisor de Obra:	Ing. Oswaldo Vivar Parraga
Supervisión:	Ing. Eusebio Valencia Castro

Monto Presup. Contratado:

S/. 1'094.443.62

Monto Presup. Referencial:

S/. 1'112,359.86

Plazo Ejecución: 175 d.c.

Entrega Terreno: 29.04.2006

Prorrogas: 0 días calendario

Deducibles: S/. 0.00

Mayores Gastos Generales:

S/. 445,943.69

Anticipo Directo: S/. 218,888.72

Fecha anticipo: abril-2006

Adelanto Materiales: S/. 153,222.10

Fecha adelanto: abril-2006

Fecha Inicio: 05.04.2006

Fecha Terminó: 26.09.2006

Estado: Resuelto por la Entidad 20.05.2009

Mediante Oficio N° 031-2006-INADE-PEBPT-COMITÉ PERMANENTE de fecha 02 de marzo de 2006, la Entidad en virtud al estado de emergencia declarado por el Gobierno en la Región Tumbes mediante D.S. N° 101-2005-PCM y D.S. 007-2006-PCM, procede a través del Comité Permanente a convocar al proceso de selección "Construcción de 3 pozos tubulares y mejoramiento de sistema de riego sectores Loma Saavedra, Los Ceibos-Loma Saavedra, Canario II-Aguas Verdes", invitando a la Empresa Servicios y Construcciones en General Luren EIRL para participar en dicha convocatoria, a la cual aceptaron mediante carta s/n de fecha 06 de marzo de 2006, adjuntando la propuesta técnica y económica.

Mediante Oficio N° 038-2006-INADE-PEBPT-COMITÉ PERMANENTE de fecha 09 de marzo de 2006, la Entidad notifica a la actual demandante

respecto al consentimiento de otorgamiento de la Buena Pro, la misma que fue otorgada en mérito al Acta de Reunión N° 12-2006-INADE-PEBPT-CEP de fecha 8 de marzo de 2006.

De conformidad a la adjudicación de Buena Pro del referido proyecto, la contratista procedió a adjuntar la documentación requerida para la suscripción del respectivo contrato, el mismo que fue signado el 20 de marzo de 2006.

El 29 de abril de 2006, las partes contratantes proceden a suscribir el Acta de Entrega de Terreno donde se ejecutará la obra, con la participación del Ing. Cesar Zanora Castañeda – Director de Infraestructura, Ing. Oswaldo Párraga – Jefe de Supervisión e Ing. Luis Espinoza Herrera en calidad de Residente de Obra.

Con fecha 06 de junio de 2006, mediante carta N° 021-2006-SCGL-2006, la contratista procedió a entregar la Valorización N° 01 correspondiente al periodo de mayo 2006.

Mediante Carta N° 024-2006-LUREN EIRL de fecha 30 de junio de 2006, la contratista procede a valorizar las actividades correspondientes al mes de junio, indicando que la totalidad del monto valorizado sea deducido como amortización de los adelantos recibidos.

La Entidad a través del Oficio N° 528-2006-INADE-PEPBT-8701-D-INF de fecha 03 de julio de 2006, solicita las características de los pozos tubulares que han sido perforados a la fecha, asimismo requieren las características técnicas y especificaciones de los equipos a utilizar para el bombeo de los referidos pozos (Motor y Bomba), información que según la contratista fuera remitida mediante Carta N° 047-2006-SCL-EIRL de fecha 31 de agosto de 2006.

A través del Oficio N° 773-2006-GR-TUMBES-DRAT-ATDRT de fecha 03 de julio de 2006, se adjunta la Resolución Administrativa N° 120-2006-GR TUMBES-DRAT-ATDRT de fecha 03 de julio de 2006, mediante la cual se suspenden los trabajos que viene ejecutando el

Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes, hasta que dicha Entidad subsane las observaciones efectuadas a los 11 expedientes técnicos por parte del INRENA.

Mediante Carta N° 034-2006-SCGL-2006 de fecha 06 de julio de 2006, la contratista remitió a la entidad la Valorización N° 2 correspondiente a junio de 2006, asimismo se procedió a requerir oportunamente las demás valorizaciones para el pago correspondiente.

Con Carta N° 051-2006-SCGL-GG-ENM-TUMBES de fecha 12 de setiembre de 2006, la contratista solicitó a la entidad la recepción parcial de obra en lo referente a la parte eléctrica, en tanto se determine la fecha y hora para el acto de entrega y recepción de la misma.

Con fecha 02 de octubre de 2006, la contratista y la entidad celebraron la Addenda N° 01 al referido contrato de obra, mediante la cual se estableció:

“Respecto a la ejecución de las partidas de obra relacionadas directamente con la disponibilidad oportuna en obra del Equipo de Bombeo y su respectivo motor eléctrico, las partes acuerdan lo siguiente:

Aprobar la suspensión del contrato sin reconocimiento de pago de gastos generales hasta la entrega de las Electrobombas por parte de los agricultores beneficiados al contratista, luego de lo cual este cumplirá con la ejecución de las siguientes partidas de obra por cada pozo:

07.07.00 Coberturas

07.10.00 Carpintería Metálica

07.11.00 Pintura en Caseta de Bombeo

08.07.00 Pintura en Poza de Descarga

09.01.00 Equipamiento de Pozo Tubular, incluye tablero de distribución eléctrico.”

Decisión que se toma por cuanto las actividades señaladas se relacionan entre sí con la instalación de los equipos de bombeo cuya adquisición de los mismos está a cargo de los agricultores de la obra” (...)

Mediante Carta N° 065-SCGL-2006 de fecha 31 de octubre de 2006, la contratista alcanzo a la entidad el informe final de los trabajos de perforación.

La entidad mediante Oficio N° 171-2007-INADE-PEBT-8704 de fecha 16 de febrero de 2007, efectúa observaciones a la obra ejecutada, motivo por el cual la contratista a través de la Carta N° 022-2007-SCGL de fecha 27 de febrero de 2007, procedió a efectuar los descargos correspondientes, invitando al Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes a constatar dichas subsanaciones.

Por intermedio de la Carta N° 020-2007-LUREN de fecha 21 de marzo de 2007, la contratista remitió a la Entidad la valorización final de obra, con un saldo de S/. 135,179.52 nuevos soles.

Con fecha 30 de marzo de 2007, llegaron a la Entidad 11 equipos de bombeo destinados para el Valle de Zarumilla; sin embargo, la supervisión mediante Informe N° 011-2007/SUPERVISORES/POZO/OVP-CARP/PEBPT/INADE de fecha 03 de abril de 2007, expresó que tan solo 7 equipos podrían utilizarse, previa revisión y pruebas de sus componentes y para el resto deberán buscarse bombas de menor caudal, de lo que se colige que las bombas donadas por el Ministerio de Agricultura no reúnan las especificaciones técnicas requeridas en el Expediente Técnico de la Obra, en tal sentido, no se había cumplido con efectivizar la contrapartida, en consecuencia continuaba la causal de paralización de obra.

Mediante Resolución Directoral N° 156-2007-INADE-PEBPT-8701 de fecha 10 de julio de 2007, la entidad deja sin efecto la suspensión de contrato de obra acordada de mutuo acuerdo mediante Addenda N° 01 y ordena el reinicio de los trabajos, pese a que la causal de paralización no había concluido.

Mediante Acta de Entrega-Recepción de fecha 11 de setiembre de 2007, la Comisión de Regantes de Zarumilla procede a efectuar la entrega a la

contratista de 3 equipos de bombeo de pozo profundo, para su instalación en los pozos tubulares.

Mediante la Carta N° 010-2008/Ing. YUC. de fecha 29 de abril de 2008 , remitido al Director de la Oficina de Infraestructura del INADE, se alcanza un informe técnico elaborado por el Ing. Yonder Urrarte Carrasco, mediante el cual se indica acerca de las observaciones detectadas en campo de los equipos electromecánicos de bombeo.

El Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes, mediante Carta N° 073-2009-INADE-PEBPT-8701-D.INF de fecha 21 de enero de 2009, solicita una reunión conjuntamente con la contratista a fin de resolver la problemática de los tres pozos tubulares a cargo de la misma.

Con fecha 18 de agosto de 2009, la entidad notifica a la contratista la Resolución Directoral N° 880/200-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de agosto de 2009, mediante la cual resuelve el contrato.

En mérito a la resolución contractual la contratista procede mediante carta s/n de fecha 26 de agosto de 2009 a someter dicha controversia a arbitraje ad-hoc, la misma que fue aceptada mediante Oficio N° 1578-2009-AG-PEBPT-DE/OAJ de fecha 01 de setiembre de 2009, proceso instalado mediante Acta de Instalación N° 13-2009-AH/OSCE de fecha 29 de enero de 2010.

III. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EFECTUADA POR LA EMPRESA SERVICIO Y CONSTRUCCIONES EN GENERAL LUREN EIRL CON FECHA 12 DE FEBRERO DE 2010 Y LA PRECISIÓN A LA MISMA DE FECHA 10 DE MAYO DE 2010.

El contratista empresa Servicio y Construcciones en General Luren EIRL, interpone demanda arbitral con fecha 12 de febrero de 2010, procediéndola a precisar con fecha 10 de mayo de 2010, contra el Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes, con la finalidad de declarar la nulidad e ineficacia de la Resolución Directoral N° 880/2009-

AG-PEBPT-DE de fecha 17 de agosto de 2009, y en consecuencia fenecido el Contrato de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701.

La demandante indica de acuerdo a lo manifestado en los antecedentes de la demanda, que con fecha 18 de agosto de 2009, la demandada notifica la Resolución Directoral N° 880/200-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de agosto de 2009, mediante la cual resuelve el contrato, bajo supuesta y negada acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones contractuales, pese a que la causa que motivo la suscripción de la addenda por paralización no había concluido, debido a que los agricultores no entregaron los equipos de bombeo. en tal sentido no existía causal objetiva para optar por dicha resolución contractual.

En tal sentido, en mérito a la resolución contractual procedió mediante carta s/n de fecha 26 de agosto de 2009 a someter dicha controversia a arbitraje ad-hoc, la misma que fue aceptada mediante Oficio N° 1578-2009-AG-PEBPT-DE/OAJ de fecha 01 de setiembre de 2009, proceso instalado mediante Acta de Instalación N° 13-2009-AH/OSCE de fecha 29 de enero de 2010.

En este sentido, indica que queda evidenciado el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los agricultores beneficiados de la obra, hecho que motivo la suscripción de la Addenda N° 01, las cuales afectaban directamente la ejecución del Contrato N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701, de conformidad a los hechos manifestados en la demanda, los cuales indican que no le son imputables, debido a que no se entregó el Equipo de Bombeo y su respectivo motor eléctrico, motivo por el cual refiere que la demandada de manera arbitraria procedió a resolver el referido contrato sin la aplicación de las normas pertinentes del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Motivo por el cual, refiere que la resolución contractual efectuada no ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 226° del Reglamento a

la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que establece lo siguiente:

"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 (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o 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, mediante carta notarial. (...)"

Supuestos que no fueron debidamente aplicados por el Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes, con la finalidad de respetar un debido proceso administrativo, teniendo en consideración que los incumplimientos y retrasos generados en la ejecución de la obra fueron efectuados por terceros, de conformidad a lo antes manifestado.

Al respecto, precisa que el artículo 225° del Reglamento establece lo siguiente:

"La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° 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 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.

En este orden de ideas, reitera que dichos supuestos no se encuentran aplicados al presente caso, debido a que el incumplimiento de las obligaciones contractuales han sido generadas por el incumplimiento de los agricultores de la zona, de conformidad a las obligaciones establecidas en la Addenda N° 01 anteriormente acotada, pese a los reiterados requerimientos para el cumplimiento de sus obligaciones.

En tal sentido, procede a manifestar que el Artículo 267° del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respecto a la resolución contractual, establece lo siguiente:

Artículo 267° 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 Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269°.

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 222° y 226°, pudiendo la Entidad optar por culminar lo que falte de la obra mediante administración directa o por convenio con otra Entidad, o previa convocatoria al proceso de selección que corresponda, de acuerdo con el valor referencial respectivo.

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 cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.

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.

De acuerdo al procedimiento establecido en la referida norma, la contratista indica que la entidad no procedió a resolver el referido contrato a través de las formalidades establecidas en los artículos 225° y 226° del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, procediendo a resolver el contrato de manera directa y sin pre aviso, mediante la Resolución Directoral N° 880/200-AG-PEBPT-DE, pese a que conocía perfectamente que los incumplimientos contractuales fueron generados por los agricultores de la zona, no existiendo inspección previa en obra que refleje la constatación de la misma.

Dejando plenamente establecido que dichas inejecuciones, demuestran que la resolución efectuada no se adecua al procedimiento establecido por el CONSUCODE (hoy OSCE); además de no acreditar las imputaciones vertidas a nuestra representada.

Prosigue dicho comentario, indicando lo siguiente:

(...) "Debe precisarse sin embargo que en este caso de planteamientos de resolución de Contrato (sea por la Entidad, sea por el Contratista) de existir controversia de alguna de las partes, existen los procedimientos de conciliación o arbitraje, los cuales tienen su metodología establecida en el propio Reglamento. (...)"

En mérito al referido comentario, informamos que en aplicación a la Cláusula Arbitral del Contrato de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701, procedieron a solicitar arbitraje contra dicha Entidad, instalándose el presente Tribunal mediante Acta de Instalación N° 13-2009-AH/OSCE de fecha 29 de enero de 2010.

Asimismo, respecto al procedimiento de resolución contractual, CONSUCODE (hoy OSCE) dispone:

(...)En el documento donde se resuelve (sea la resolución o sea la carta notarial) se debe precisar el lugar, día y hora en que se llevara a cabo la constatación física e inventario de materiales, con una anticipación no menor de 2 días naturales, es decir 3 tres mínimo.

A este acto asisten el Contratista, la Entidad, el inspector o supervisor, Notario Público o Juez de Paz, este último si en la zona donde se ejecuta la obra no hay Notario.

Las personas señaladas inspeccionarán la obra verificando los avances realmente ejecutados, partida por partida, así como hacer un inventario de los materiales que se encuentren en obra (almacén, campo, talleres, etc.) distinguiendo entre los que han sido suministrados por el Contratista, los que han sido suministrados por la Entidad y los que han sido comprados con los adelantos otorgados por la Entidad (básicamente el adelanto para materiales).

Como resultado de esto se levanta un ACTA que deberá ser firmada por los participantes, y se entregará una copia a cada uno.

Si una de las partes no se presenta al Acto de Constatación Física, sea la entidad o sea el contratista, el acto se lleva a cabo de todas maneras.

Culminada la constatación e inventario y suscrita el Acta, la obra queda bajo responsabilidad de la entidad, es decir la entidad debe disponer de inmediato guardianía o seguridad para la obra. Si no lo hace y por ejemplo hay un robo o daño en la obra, la responsabilidad es de la Entidad.

Supuesto que no se encuentra debidamente sustentado y acreditado por la demandada.

Lo antes expuesto encuentra correlato en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que establece:

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LA ENTIDAD

Artículo 210.- Fallas o defectos percibidos por el contratista

El contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado.

La Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación a partir de ese momento, de ser el caso.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación del objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones.

Artículo 211.- Responsabilidad de la Entidad

La Entidad es responsable de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquéllos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos.

La Entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones permisos, servidumbre y similares para la ejecución de las obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación estará a cargo del contratista.

Debido a ello, la contratista indica que advirtió acerca de los incumplimientos, el mismo que fue de conocimiento de la Entidad quien en ningún momento entregó una respuesta satisfactoria a fin de solucionar estos inconvenientes.

Motivo por el cual, siguiendo este orden de ideas y de acuerdo a lo indicado por FELIPE OSTERLING PARODI en un artículo titulado "Inejecución de Obligaciones", publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, indica que respecto al artículo 1314° del Código Civil, el mismo que establece:

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, dicha prescripción normativa, refiere el autor, determina que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, estableciendo la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular, determinando así la ausencia de culpa, que en el presente caso se encuentran determinadas por el incumplimiento parcial, tardío y defectuoso de las obligaciones a cargo de los agricultores de la zona, las cuales están acreditadas por los requerimientos diligentemente informados por nuestra representada entre otra documentación remitida oportunamente, motivo por el cual, al haberse configurado la ausencia de culpa por parte de nuestra representada, se deberá evaluar dichas acciones a fin de determinar la responsabilidad incurrida y la diligencia del cumplimiento de obligaciones por parte de nuestra representada en los plazos establecidos normativamente.

De acuerdo a lo indicado, se debe aplicar además lo establecido en el Art. 1321°, norma que establece:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño moral como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

El primer párrafo del referido artículo, determina que la indemnización, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor, en el presente caso a nuestra representada, en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación asumida por la demandada se hubiese cumplido.

Por eso el segundo párrafo de dicha norma, determina a favor de la parte afectada la exigencia del resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante.

Refiere que las pérdidas sufridas son como consecuencia del incumplimiento generado corresponden al daño emergente, mientras que las utilidades dejadas de percibir el lucro cesante, determinadas de manera más adecuada como el empobrecimiento de nuestro patrimonio y el legítimo enriquecimiento que se ha visto frustrado por nuestra representada.

Debido a ello, habiéndose actuado diligentemente en el presente caso, informando oportunamente a la Entidad acerca de los incumplimientos de las obligaciones asumidas, evidenciando la falta de culpabilidad en nuestro actuar, la Entidad procedió a resolver arbitrariamente el contrato suscrito de manera conjunta, por causales imputables a terceros.

IV. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EFECTUADA POR EL PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO-TUMBES DE FECHA 09 DE ABRIL DE 2010.

La demandada por su parte solicita que el Tribunal Arbitral declare infundado la demanda arbitral, la misma que tiene por finalidad que se declare nula e ineficaz la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de agosto de 2009, con la cual se procedió a resolver de

manera arbitraria el Contrato de Ejecución de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-870 y en consecuencia, se ordene a nuestra representada al pago de S/.70,500.00 más intereses, costas y costos del proceso, pretensión que negamos y contradecemos en todos sus extremos.

Procediendo a indicar lo siguiente:

Respecto al primer fundamento, en primer lugar indica que concuerda con el demandante, pues con fecha 20 de marzo del 2006 suscribieron el Contrato de Ejecución de la Obra: "Construcción de Tres (03) Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Canario II – Aguas Verdes; Loma Saavedra – Aguas Verdes y los Ceibos – Loma Saavedra – Aguas Verdes", con un costo total de S/.1'094,443.62 incluido IGV, y un plazo de ejecución de 175 días calendario; sin embargo, indican que en el mencionado proyecto, en la fase de preinversión, se estableció que los beneficiarios del mismo (agricultores de la zona) se comprometían en financiar el costo de funcionamiento de cada Pozo Tubular, requisito exigido por el SNIF, para lo cual se suscribieron las constancias de compromiso de financiamiento de los equipos de bombeo por los Directivos de los Comités de Riego, por ello, tanto en las Bases Administrativas del Proceso de Selección como en el Expediente Técnico (Capítulo 03) se incluía, dentro del Presupuesto, las partidas de equipamiento del Pozo Tubular, instalación y adquisición de equipos en la misma, tal como se desprende del análisis de costos unitarios que se adjunta a la presente; en tal sentido, le correspondía al demandante la adquisición de los equipos de bombeo a ser utilizados en el Obra.

Respecto al tercer fundamento, advierten que si bien el 02 de octubre del 2006 la Entidad y la Empresa demandante suscribieron la Addenda N° 01, mediante el cual se aprueba la suspensión del Contrato son reconocimiento de mayores gastos generales hasta la entrega de las electrobombas por parte de los agricultores a contratista; sin embargo, el Supervisor de la parte eléctrica, mediante Informe N° 042-2007-INADE-PEBPT-8704-SUP/CARP del 06 de julio del 2007 advirtió que dentro del Presupuesto de Obras está considerado la partida de adquisición de

equipos de bombeo, razón por la cual recomienda se declare la nulidad de la aludida Addenda y se reanuden los trabajos de obra, debiendo el contratista en un plazo no mayor de 07 días calendario presentar ante la Entidad el Calendario reprogramado, en razón a ello, es que mediante Resolución Directoral N° 156/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007 se tiene por resuelta la Addenda N° 01 del Contrato de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701 del 02 de octubre del 2006 suscrito entre el Proyecto Especial Binacional Puyango – Tumbes y la Empresa Servicios y Construcciones Luren EIRL y en consecuencia de deja sin efecto la suspensión del Contrato de Obra, acto administrativo que no fuera impugnado por el demandante, en tal sentido adquirió la calidad de firme y consentido, conforme lo prescribe el artículo 212° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

En relación al sexto fundamento, advierten que en efecto, tal como lo manifestó la Dirección de Infraestructura con Informe N° 220/2009-AG-PEBPT-D.INF del 23 de junio del 2009, el periodo máximo de la penalidad en el Contrato de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701 que asciende a 27 días calendarios, había sido superado excesivamente, toda vez que con Resolución Directoral N° 156/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007 se deja sin efecto la suspensión del Contrato de Obra acordada mediante Addenda N° 01, por lo que corresponde aplicar lo normado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es por ello que la Oficina de Asesoría Jurídica, mediante Informe N° 605/2009-AG-PEBPT-OAJ del 07 de agosto del 2009 opina por resolver el aludido Contrato de Obra, debiendo notificarse al Contratista vía Carta Notarial.

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, con fecha 18 de agosto del 2009, la Entidad notifica al Contratista mediante Carta Notarial la Resolución N° 880/2009-AG-PEBPT-DE del 17 de agosto del 2009, mediante el cual se resuelve de pleno derecho el Contrato de Ejecución de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701 para la ejecución de la Obra: “Construcción de Tres (03) Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Canario II – Aguas Verdes; Loma Saavedra – Aguas Verdes y los Ceibos – Loma Saavedra – Aguas Verdes” y se dispone la

realización de la Constatación Física e Inventario de Obra el mismo que se llevó a cabo el día 21 de agosto del 2009 a las 10:00 am.

Indicando que el artículo 226° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prescribe de manera clara que en caso de incumplimiento de obligaciones de alguna de las partes, el perjudicado deberá requerir mediante Carta Notarial para que las satisfaga en un periodo no mayor de 15 días, sin embargo en el caso de penalidades por mora en la ejecución de prestaciones, cuando éstas lleguen a cubrir el monto máximo, carece de objeto requerir se satisfaga el incumplimiento advertido, pues es una situación que no se podrá revertir, es por ello que el actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-208-EF en su artículo 169° ha suprimido dicha exigencia por considerarla innecesaria.

V. AUDIENCIA DE INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL SANEAMIENTO, Y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 16 de julio de 2010, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, Saneamiento y Determinación de Puntos Controvertidos, en la que estuvo los representantes legales de las partes intervinientes.

En este acto se dio por saneado el proceso, no pudiéndose arribar a conciliación posible, debido a que las partes manifestaron que no es factible llegar a una posible conciliación.

Luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda arbitral y contestación a la demanda, el Tribunal Arbitral conjuntamente con las partes intervinientes procedieron a establecer los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no, declarar la ineficacia y/o se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17

de agosto de 2009, con la cual el Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes procede a resolver el Contrato de Ejecución de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701.

2. Determinar si corresponde o no, reconocer los mayores gastos generales efectuados por la empresa Servicio y Construcciones en General Luren E.I.R.L ascendentes a S/. 455,840.31 Nuevos Soles; así como los gastos irrogados por el servicio de guardiana ascendente a la suma de S/. 64,500.00 Nuevos Soles.
3. Determinar si corresponde o no, reconocer los gastos generados por la empresa Servicio y Construcciones en General Luren E.I.R.L derivados del mantenimiento de las Cartas Fianzas ascendente a la suma de S/. 6,000.00 Nuevos Soles.
4. Determinar a quién y/o quienes corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral y de ser el caso en que proporciones.

VI. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante escrito presentado el 20 de setiembre de 2010, el Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes, alcanzó al Tribunal sus Alegatos escritos.

Mediante escrito presentado el 21 de setiembre de 2010, la Empresa Servicios y Construcciones en General Luren E.I.R.L, alcanzó al Tribunal sus Alegatos escritos.

VII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 18 de octubre de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, sin la participación de las partes intervinientes, pese a estar debidamente notificados, procediéndose a notificar dicho acto a través de la Secretaria Arbitral.

VIII. CUESTIONES PRELIMINARES

En forma previa al análisis de las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por este Tribunal en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó conforme al Convenio Arbitral existente entre las partes y sin que ninguna de ellas expresara objeción alguna a su conformación; (ii) Que, el Demandante presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, el Demandado fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y acción; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y, (v) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la Prueba, entre otros.

IX. MARCO LEGAL APLICABLE

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos controvertidos es necesario que el Tribunal Arbitral precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De conformidad al contrato se celebrado como resultado de un proceso de selección convocado bajo las reglas contenidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento, cuyos T.U.O. han sido aprobados por los Decretos Supremos Nos. 083-2004-PCM y 084-2004-PCM. .

En consecuencia, a la luz de lo reseñado, el Tribunal Arbitral aprecia que el contrato celebrado entre las partes y las controversias que deriven de él, le son aplicables la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

y su reglamento, cuyos T.U.O. han sido aprobados por los Decretos Supremos Nos. 083-2004-PCM y 084-2004-PCM.

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- ✓ Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
- ✓ La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
- ✓ Ni el Contratista ni la Entidad recusaron a ningún miembro del Tribunal Arbitral, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- ✓ El Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Entidad demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y planteando una reconvención, la cual fue respondida también por el Contratista.
- ✓ Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos, y ejerciendo ambas el derecho a realizar sus respectivos informes orales.

En tal sentido, este colegiado procede a exponer las motivaciones que fundamentan su decisión.

X. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, declarar la ineficacia y/o se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de agosto de 2009, con la cual el Proyecto Especial Binacional Puyango-Tumbes procede a resolver el Contrato de Ejecución de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701.

*Que, siendo que la **Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 083-2004-PCM**, no regula los presupuestos y condiciones que deben concurrir para declarar la nulidad de un acto administrativo en el ámbito de la contratación pública; este colegiado procederá invocar los dispositivos legales que considera pertinentes, de acuerdo a las reglas de interpretación del derecho administrativo, para resolver el caso de autos.*

*En efecto, no cabe duda que, la resolución cuya nulidad se pretende declarar, esto es, la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009; **constituye un acto administrativo**, toda vez que se trata de una declaración de una Entidad determinada, en el marco del derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre una situación concreta, que en este caso deriva de un contrato administrativo; por lo que le resulta aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en cuyo artículo 10° se establece las **causales de nulidad del acto administrativo**:*

“Artículo 10.- Causales de nulidad

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

- 1) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*

- 
- 2) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
 - 3) Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
 - 4) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

A primera vista, se puede descartar que, en el presente caso, se den las causales 3) y 4) del artículo anteriormente citado, toda vez que, no existen los presupuestos de un acto administrativo de aprobación automática o por silencio administrativo positivo; tampoco se trata de un acto constitutivo de algún ilícito penal o derivado de este. Por consiguiente, las causales nulidad susceptibles de haberse incurrido en el presente caso serían los establecidos en los numerales 1) y 2) del artículo en mención.

Que, para determinar si se ha incurrido en el numeral 2) del artículo 10° mencionado en el párrafo precedente, debemos analizar, el artículo 3°¹ de la Ley 27444 que establece cuáles son los **requisitos de validez de un acto administrativo**; requisitos que doctrinariamente han sido clasificados teniendo en cuenta elementos subjetivos del acto

¹ Artículo 3° de la Ley 27444.- **Requisitos de validez de los actos administrativos**

" Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, **posible física y jurídicamente**, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."

administrativo (la "Competencia"), elementos objetivos (como por ejemplo: el "Objeto" física y jurídicamente posible, el "Fin" público y lícito), y por último, teniendo en cuenta aspectos formales (como por ejemplo: la "Motivación" suficiente y "Debido Procedimiento").

RL

Respecto a "la competencia" como requisito de validez del acto administrativo, debemos señalar que, en el presente caso, teniendo a la vista la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, y el Contrato de Ejecución N°005-2006-INADE-PEBPT-8701 "CONSTRUCCION DE TRES POZOS TUBULARES Y MEJORAMIENTO DE SISTEMA DE RIEGO SECTORES CANARIO II - AGUAS VERDES; LOMA SAAVEDRA - AGUAS VERDES Y LOS CEIBOS - LOMA SAAVEDRA - AGUAS VERDES", suscrito entre la empresa SERVICIO Y CONSTRUCCIONES EN GENERAL LUREN EIRL y EL PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES, (se llega a determinar que el funcionario público que suscribe la resolución que decide resolver el contrato, es del mismo nivel jerárquico de aquel que suscribió el contrato, conforme lo exige inciso c) del artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 083-2004-PCM; por ende, se puede afirmar que se cumple con este requisito de validez del acto administrativo.

Respecto a los elementos objetivos para la validez del acto administrativo, como son: el "Objeto" física y jurídicamente posible y, el "Fin" público y lícito; debemos indicar que, la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701, documento que constituye un contrato administrativo y en cuyas cláusulas primera y segunda, se pone en evidencia que se había contratado la empresa CONTRATISTA para la CONSTRUCCION DE TRES POZOS TUBULARES Y MEJORAMIENTO DE SISTEMA DE RIEGO SECTORES CANARIO II - AGUAS VERDES; LOMA SAAVEDRA - AGUAS VERDES Y LOS CEIBOS - LOMA SAAVEDRA - AGUAS VERDES, ejecución de una obra que denota un fin público y lícito. En ese sentido, derivando la Resolución Directoral N° 88/2009-AG-PEBPT-DE de un contrato administrativo, también se puede afirmar

que se cumple con los siguientes requisitos de validez: "Objeto" física y jurídicamente posible y, el "Fin" público y lícito.

Ahora bien, quedaría por analizar si se ha cumplido con la motivación y el debido procedimiento, los dos últimos requisitos de validez establecidos en el artículo 3° de la Ley 27444.

Respecto a la motivación como requisito de validez del acto administrativo, así como el requisito referido al "debido procedimiento", debemos señalar que merecerán un análisis en conjunto, teniendo en cuenta que lo que se pretende que se declare nulo es la decisión de LA ENTIDAD de resolver el contrato; y por ello centraremos nuestra atención en examinar dos aspectos subyacentes y de total relevancia en el tema de la "resolución de contrato". El primero, es el aspecto formal, esto es, si el procedimiento para resolver el contrato ha sido el correcto, sin que haya existido ningún vicio que afecte su validez; y de ser ello así, procederemos a analizar el aspecto de fondo, el mismo que consiste en verificar si existió o no incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Del análisis de la normativa pertinente, tenemos que, el Artículo 225° del Reglamento² prescribe que **la Entidad podrá resolver el contrato en tres supuestos: i)** cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo pese a haber sido requerido para ello; **ii)** cuando se haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o, **iii)** cuando se paralice o reduzca injustificadamente la

² "Art. 225.- Causales de resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1) Cuando el contratista 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 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 41 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 226."

ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

Al respecto, CONSUCODE (hoy OSCE) mediante el "Manual de Adquisición Pública de Bienes y Suministro"³, establece lo siguiente:

(...)

"10.1.11.1 Concepto - causales de resolución contractual

En virtud de la resolución se deja sin efecto el contrato por causas sobrevinientes o posteriores a su suscripción (artículo 224 del Reglamento).

Podemos decir que la resolución contractual opera cuando las partes han perdido interés en la ejecución de las prestaciones del contrato ya sea por:

- las prestaciones - de ambas partes o de alguna de ellas - ha devenido en imposible sin culpa de las partes*
- una de las partes ha incurrido en incumplimiento y*
- lo acuerdan las partes ya sea en interés de ambas o de alguna de ellas*

Ahora bien, cuando se regula normativamente la resolución contractual se consideran los siguientes aspectos:

*◦ **Distribución de los costos económicos:** gastos de celebración del contrato, gastos de ejecución de las prestaciones cuando alguna de éstas ya se ha realizado, lucro cesante. En este punto nuestro sistema parte del principio de la culpa: la parte culpable indemniza a la otra, si estamos en caso de que las prestaciones sean imposibles sin culpa de las partes cada uno asume sus costos.*

*◦ **Restitución de la situación Jurídica originaria :** La resolución del contrato afecta su eficacia (es decir la posibilidad de exigir las prestaciones) y no su validez, razón por la cual no opera retroactivamente. Sus efectos son los de restituir las prestaciones que*

³ *Manual de Adquisición Pública de Bienes y Suministro, publicado por el CONSUCODE en el año 2005, bajo la presidencia del Dr. Ricardo Salazar Chávez.*

alguna de las partes haya recibido sin que a su vez haya ejecutado la contraprestación a su cargo o, en todo caso, de tomar inexigibles las prestaciones si aún no se han ejecutado.

- **Efectos frente a terceros ajenos al contrato:** como regla general no se perjudican derechos adquiridos por terceros de buena fe. Se entiende por buena fe, en este supuesto, a la falta de conocimiento del eventual vicio o problema que afectaba al derecho adquirido.

En el caso de la LCAE y su Reglamento, la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la LCAE, cuando 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 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.

Nótese que las obligaciones incumplidas por el contratista son diferentes al simple retraso (denominado cumplimiento tardío, pues éste es materia de la penalidad por mora); el retraso será causal de resolución cuando se haya alcanzado el tope máximo de la penalidad por mora.

Cabe también señalar que no es suficiente para evitar la resolución del contrato un cumplimiento parcial o defectuoso, por ejemplo, si el contratista se obligó a suministrar determinado bien a nivel nacional, señalando 14 destinos distintos, la prestación no se considerará ejecutada mientras no se haya entregado los bienes en todos esos destinos. Un cumplimiento defectuoso se produce por ejemplo, si se encuentran fallas en el equipo que está siendo entregado.

Por su parte, el contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° 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 226°.

Es también posible resolver el contrato por mutuo acuerdo entre las partes, siempre que medie, caso fortuito o fuerza mayor (artículo 45 de la LCAE).

Cabe señalar que la resolución de contrato obedece a una decisión de gestión de la Entidad, en la que deberá evaluar y sopesar los pro y contra de dicha medida. Se trata en definitiva de una atribución en la que deberá considerarse, para ser ejercida, la magnitud del incumplimiento, la naturaleza de las prestaciones, la facilidad y el tiempo que requerirá sustituir al contratista, qué medidas deberán adoptarse para que la Entidad no se vea desabastecida.

10.1.11.2 Procedimiento

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 adquisición o 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, mediante carta notarial.

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 (artículos 224 y 226 del Reglamento).

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

Ahora bien, considerando que la causal invocada para la resolver el contrato es haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo de LA CONTRATISTA, este colegiado precisa que, en el procedimiento para resolver un contrato por acumulación de máxima penalidad, **resulta inútil un requerimiento previo antes de resolver el contrato, toda vez que no existe la posibilidad de enmendar un incumplimiento**; razón por la cual, aún cuando el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no mencione específicamente que el requerimiento previo es innecesario para la resolución del contrato por acumulación de máxima penalidad; resulta lógico entenderlo así, y por tanto, a criterio de este Tribunal Arbitral, ha sido correcto que LA ENTIDAD no le haya requerido, previamente, a LA CONTRATISTA el cumplimiento de sus obligaciones contractuales antes de resolver el contrato, basándose en la causal de acumulación de máxima penalidad.

En el plano contractual se puede advertir que, en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato las partes no han establecido un procedimiento de resolución de contrato específico para la causal de acumulación de máxima penalidad, por lo que es necesario remitimos a los dispositivos legales de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Desde un punto de vista formal, pareciera que el procedimiento para resolver el contrato ha sido el correcto, sin embargo, veamos si existen cuestiones de fondo que la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, ha pasado por alto.

De los documentos que obran en el expediente se observa que, existió la Addenda N° 01 al Contrato de Obra N° 005/2006-INADE-PEBPT-8701 de fecha 02 de octubre de 2006, mediante el cual **las partes acuerdan la suspensión del contrato sin reconocimiento de pago de gastos**

generales hasta la entrega de las electrobombas por parte de los agricultores beneficiarios al contratista.

No obstante, el acuerdo al que se arribó en la Addenda N° 01, posteriormente, LA ENTIDAD advirtió un error respecto al suministro de equipos de bombeo, señalando en la contestación de la demanda que, dentro del Presupuesto de Obras estaba considerado la partida de adquisición de equipos de bombeo, razón por la cual se decidió tener por resuelta la aludida Addenda para que LA CONTRATISTA suministre los equipos de bombeo y reanude los trabajos de obra, y así se dispuso en la Resolución Directoral N° 156/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007 (Véase el Anexo 1-E de la contestación de la demanda).

Ahora bien, revisada la Resolución Directoral N° 156/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007, que dispone se resuelva la Addenda N° 01 del Contrato; se llega a determinar que ésta adolece de algunos defectos que vician su validez; y por consiguiente, también afectan la validez de los actos consecutivos vinculados a ella, en aplicación supletoria del Artículo 13° de la Ley N° 27444⁴.

Uno de estos defectos o irregularidades de la Resolución Directoral N° 156/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007, es que se ha dejado sin efecto la Addenda N° 01 de manera unilateral, lo cual va en contra del principio de obligatoriedad de los contratos (ya que la addenda es parte del contrato) y del principio de pacta sunt servanda que son parte de nuestro ordenamiento jurídico. Y es que aún cuando en los contratos administrativos la Administración Pública posee determinadas prerrogativas, éstas no pueden contravenir el ordenamiento jurídico, pues si la intención era dejar sin efecto la Addenda N° 01, cualquiera sea la razón, se debió dejar sin efecto por ambas partes, o en todo caso, LA ENTIDAD debió someter a arbitraje, no la resolución de la Addenda N° 01 (toda vez que

⁴ **Artículo 13.- Alcances de la nulidad**

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

(...)

ésta se da por causas sobrevinientes al contrato), sino la rescisión de la addenda N° 01, por causal (error) existente al momento de la suscripción de la misma.

No es materia de controversia establecer la nulidad de la Resolución Directoral N° 156/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007, pero, LO QUE SÍ SE PUEDE CONCLUIR CON LO EXPLICADO HASTA EL MOMENTO ES QUE, LA SUSPENSIÓN DE LA OBRA EN VIRTUD DE LA ADDENDA N° 01, EXIME DE RESPONSABILIDADES POR PRESUNTA MORA EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, TODA VEZ QUE HA SIDO SUSCRITA VÁLIDAMENTE POR LAS PARTES Y NO SE HA ACREDITADO MALA FE.

En efecto, la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, ha pasado por alto motivar la existencia de un incumplimiento o atrasos injustificados por parte de LA CONTRATISTA, es más, se ha llegado a determinar que existió una confusión respecto al suministro de los equipos de bombeo que hizo que se dilatara el plazo para la terminación de la obra.

Si bien, pudo haber existido atrasos que dieron lugar a la acumulación de máxima penalidad, se puede concluir que no han sido responsabilidad de LA CONTRATISTA conforme a los hechos que se han acreditado, circunstancias que no se han tomado en cuenta en la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, acto administrativo con el que LA ENTIDAD resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 002-2006-INADE-PEBPT-8701.

El artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, expresamente señala lo siguiente:

“Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de **retrazo injustificado** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del

monto contractual (...)"

Se concluye que LA ENTIDAD, en la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE, ha invocado incorrectamente el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 084.2004-PCM como causal de resolución de contrato, toda vez que, conforme ha quedado acreditado, NO HA EXISTIDO UNA MORA INJUSTIFICADA, circunstancia que no ha sido desvirtuada en la motivación de dicha resolución, lo cual constituye un vicio que afecta su validez. En consecuencia, habiéndose encontrado vicios que afectan la validez de la resolución del Contrato, por haberse contravenido el ordenamiento jurídico, como lo prevé el inciso 1) del artículo 10° de Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444; se concluye que la pretensión de nulidad entablada por LA CONTRATISTA, debe ser declarada fundada.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, reconocer los mayores gastos generales efectuados por la empresa Servicio y Construcciones en General Luren E.I.R.L ascendentes a S/. 455,840.31 Nuevos Soles; así como los gastos irrogados por el servicio de guardiana ascendente a la suma de S/. 64,500.00 Nuevos Soles.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, considerando que la Resolución Directoral N° 880/2009-AG-PEBPT-DE que resuelve el Contrato N° 005-2006-INADE-PEBPT-8701 es nula, tal como ha sido determinado por el Tribunal en los considerandos previos, los gastos generales incurridos por la contratista deben ser debidamente reconocidos.

Al respecto, el artículo 1331° del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado; así al haberse acreditado en las consideraciones anteriores que existe un daño atribuible a LA ENTIDAD, al

pretender resolver el contrato imputando al contratista causales que no se encuentran acreditadas; el Tribunal declara la responsabilidad de LA ENTIDAD, por tanto da mérito a que ésta pague la suma de S/. 455,840.31 Nuevos Soles por gastos generales; así como los gastos irrogados por el servicio de guardiana ascendente a la suma de S/. 64,500.00 Nuevos Soles.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, reconocer los gastos generados por la empresa Servicio y Construcciones en General Luren E.I.R.L derivados del mantenimiento de las Cartas Fianzas ascendente a la suma de S/. 6,000.00 Nuevos Soles.

Debido a que la contratista, para proceder con la ejecución del contrato en lo que respecta a las obligaciones asumidas, debía mantener vigente las mismas, motivo por el cual los gastos irrogados derivados en el mantenimiento de las Cartas Fianzas deben ser asumidos por dicha empresa, hecho que determina el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas inicialmente de conformidad con lo establecido en el artículo 215° y ss del Reglamento a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

No obstante ello, cabe indicar que los artículos 215° y 219° del REGLAMENTO, señalan que la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO, debe mantenerse vigentes hasta el consentimiento de la liquidación final, la garantía de adelanto directo hasta la amortización total del adelanto otorgado y el adelanto para materiales hasta la utilización de los materiales a satisfacción de la Entidad; ello implica una obligación por parte LA CONTRATISTA de mantener vigentes las referidas garantías, como se presume se ha venido haciendo, toda vez que no ha sido materia de contradicción por parte de LA ENTIDAD. Sin embargo, es importante señalar que en el presupuesto de obra se considera el costo financiero solo por el periodo de ejecución de la obra, consecuentemente, al haber este Tribunal Arbitral declarado nula

la resolución de contrato, los costos financieros que ha venido asumiendo por causas atribuibles a LA ENTIDAD; corresponden que éstos también sean reconocidos, debiéndose disponer que se pague la suma de S/. 6,000.00 por concepto de mantenimiento de cartas fianzas.

En consecuencia, debe declararse fundada el Tercer Punto Controvertido.

PUNTO COMUN PARA AMBAS PARTES

Determinar a quién y/o quienes corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral y de ser el caso en que proporciones.

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución los costos indicados en su artículo 70°, asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral, lo pactado en el convenio arbitral; además tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta la circunstancias del caso.

En el convenio arbitral, las partes no se han establecido pacto alguno acerca de los costos indicado al artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071.

Que, en este mismo orden de ideas, el colegiado considera que, ambas partes han seguido la secuela del proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, razón por el cual, en aplicación del principio de equidad ambos deberán asumir las costas y costos del presente proceso arbitral en forma equitativa.

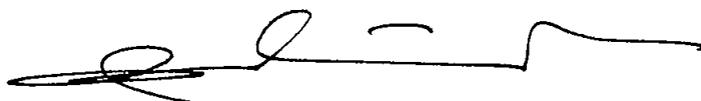
Considerando la apreciación de los hechos y lo indicado por el Tribunal Arbitral, se procede a emitir el siguiente:

XI. LAUDO

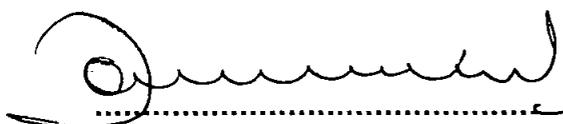
El Tribunal Arbitral por Unanimitad determina de conformidad a los puntos controvertidos establecidos de común acuerdo en el Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 12 de noviembre de 2009, lo siguiente:

1. **DECLARAR FUNDADA las pretensiones de la demanda arbitral que han sido analizadas en los puntos controvertidos 1, 2 y 3.**
2. **DISPONER que ambas partes asumen en partes iguales las costas y costos del proceso arbitral.**
3. **CONSENTIDO el presente Laudo Arbitral de Derecho, póngase en conocimiento del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado OSCE mediante una copia; así como, las resoluciones de Aclaración, Corrección, e Integración si los hubiere.**

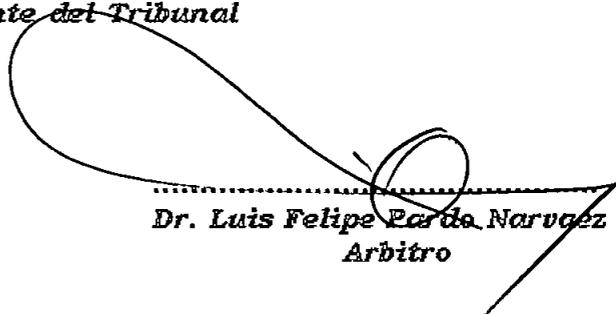
Notifíquese a las partes.



.....
Dr. Juan Leonardo Quintana Portal
Presidente del Tribunal



.....
Dr. José Carlos Arroyo Reyes
Arbitro



.....
Dr. Luis Felipe Pardo Narvaéz
Arbitro



.....
Dr. Jorge Antonio Morán Acuña
Secretario Arbitral