

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EMITIDO POR EL ARBITRO UNICO ABOG. RODOLFO AREVALO ACURCIO, EN EL PROCESO SEGUIDO ENTRE EL CONSORCIO PALACIOS PAREDES, EN SU CALIDAD DE DEMANDANTE Y LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA, EN SU CALIDAD DE DEMANDADO.

RESOLUCIÓN NUMERO DIECISEIS

Iquitos, 07 de enero de 2011.

VISTOS:

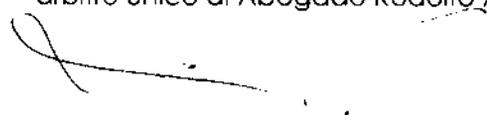
1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 30 de Junio del 2008, **EL CONSORCIO PALACIOS PAREDES** y **LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA**, suscribieron el Contrato de Supervisión de la Obra denominada: "**CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO DEL AA.HH. SAN LORENZO, PACAYA SAMIRIA Y JOAQUIN ABENSUR**", al habersele otorgado la buena pro en el proceso de selección de adjudicación directa pública N° 001-2008-MDSJB/GDUI/CEP, por un monto de S/. 88,835.78 (OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO y 78/100 Nuevos Soles), sin IGV, con un plazo de ejecución de 150 días calendarios.

En la cláusula Décimo Séptima del contrato, las partes estipularon que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluido los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

2. DESIGNACION DE ÁRBITRO E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, **EL CONSORCIO PALACIOS PAREDES** y **LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA**, designaron como árbitro único al Abogado Rodolfo Arévalo Acurcio.

 1 

Con fecha 11 de Diciembre de 2009, se instaló el Arbitro Único. En dicha oportunidad, el árbitro declaró no tener ninguna incompatibilidad con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad.

3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

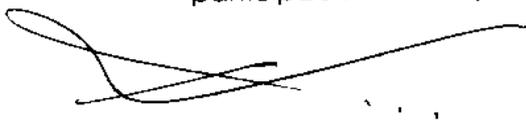
En el numeral 4 del Acta de Instalación, se estableció que el Arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, y en su defecto a lo dispuesto por el T.U.O. de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante simplemente "Ley") y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante simplemente "Reglamento"), Decreto Ley 1071, Ley de Arbitraje, (en adelante LA) y en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Arbitro resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

4. PRETENSIONES Y POSICIONES DE LAS PARTES EN SUS RESPECTIVOS ESCRITOS DE DEMANDA Y ABSOLUCION DE DEMANDA.

4.1. DEMANDA DEL CONSORCIO PALACIOS PAREDES:

Mediante escrito recepcionado, con fecha 28 de Diciembre de 2009, **EL CONSORCIO PALACIOS PAREDES**, (en adelante **EL CONSORCIO**), presentó demanda arbitral contra **LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA** (en adelante **LA MUNICIPALIDAD O LA ENTIDAD**), formulando en su contra las siguientes pretensiones:

- A. Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Unilateral del Contrato de Supervisión de la obra "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista", comunicada por **LA MUNICIPALIDAD** al **CONSORCIO** con Carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB, del 25/09/2009, sobre la causal invocada.
- B. Al haberse ejecutado la obra por parte de **LA MUNICIPALIDAD**, sin participación del Supervisor **EL CONSORCIO** por la Resolución Unilateral del



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

Contrato de Supervisión, se ordene a **LA MUNICIPALIDAD** el reconocimiento del daño emergente y lucro cesante que le produjo **AL CONSORCIO**, como consecuencia de haberle resuelto el Contrato de Supervisión sin mayor sustento técnico ni legal y en forma unilateral, en la suma de S/. 80,307.54, con más pagos del interés que se devenguen hasta la fecha de pago.

- C. Que se condene a **LA MUNICIPALIDAD** el pago de costas y costos así como gastos arbitrales que se deriven del proceso arbitral.

EL CONSORCIO fundamenta sus pretensiones, en los siguientes argumentos:

- **EL CONSORCIO** manifiesta que mediante licitación Pública Proceso de Selección Abreviado N° 002-2007-MDSJB LA MUNICIPALIDAD otorgó la buena pro a la Empresa A&J CONTRATISTAS EIRL para la ejecución de la obra denominada "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur" firmando contrato por el monto de su propuesta económica de Dos Millones Ciento Cuarenta y Nueve Mil, Setenta y Nueve y 00/100 Nueve Soles (S/. 2'149,079.00) sin IGV por un plazo de 150 días calendarios (30 días calendarios para la elaboración de expediente técnico definitivo y 120 días calendarios para la ejecución de obra).
- **EL CONSORCIO**, señala que mediante proceso de Selección de Adjudicación Directa Pública N° 01-2008-MDSJB/GDUI/CEP "**LA MUNICIPALIDAD**" ha otorgado la Buena Pro a "**EL CONSULTOR**" para la Contratación de la Supervisión de la elaboración del expediente técnico y para la ejecución de la obra "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur", bajo el sistema de suma alzada con financiamiento directo de **LA MUNICIPALIDAD** por el monto de la propuesta económica presentada ascendente a la suma de Ochenta y Ocho Mil, Trescientos Treinta y Cinco con 78/100 Nuevos Soles (S/. 88,335.78) sin IGV.
- El día 30 de Junio del 2008 se firmo el Contrato de Supervisión de la Obra "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur", estando a esa fecha la obra paralizada por desacuerdos entre **LA MUNICIPALIDAD** y **EL CONTRATISTA** de ejecución de la obra.

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

no pudiendo ejecutar sus funciones el Supervisor externo al no haber ejecución de la obra.

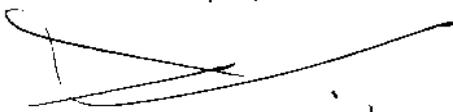
- Con comunicaciones reiterativas el Supervisor Externo pidió a **LA MUNICIPALIDAD**, suspensión del plazo de la supervisión de la obra al pasar los meses del 2008 y parte del 2009 sin que se reinicie la obra por causas ajenas al supervisor externo, amparándose en el tercer párrafo de la cláusula octava del contrato de Supervisión, que dice: "TERCER PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA OCTAVA DEL CONTRATO DE SUPERVISIÓN: LAS PARTES acuerdan que en caso se paralice o no se haya dado inicio a la ejecución de la obra se suspenderá también la prestación de la consultoría. En este caso se suscribirá la respectiva addenda a fin de que sea materia contractual respecto al plazo de ejecución y la retribución de la consultoría". Las comunicaciones cursadas por el supervisor fueron las siguientes:
 - Informe N° 04-2008-CPP/GDUI-MDSJB del 17 de Septiembre del 2008.
 - Carta N° 01-2008-CPP/AMDSJB del 13 de Octubre del 2008.
 - Informe N° 05-2008-CPP/GDUI-MDSJB del 18 de Noviembre del 2008.
 - Carta N° 01-2009-CPP/AMDSJB del 17 de Julio del 2009.
 - Carta N° 02-2009-CPP/AMDSJB del 21 de septiembre del 2009.
- **EL CONSORCIO**, establece que **LA MUNICIPALIDAD** por su parte incumplió lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula Octava del Contrato de Supervisión a pesar de los reiterados pedidos del Supervisor Externo hechos con las comunicaciones señaladas en el párrafo anterior.
- **LA MUNICIPALIDAD** además con oficio N° 501-2008-GM-MDSJB y con carta Notarial N° 52-2008-GM-MDSJB propuso al Supervisor Externo la resolución de Contrato de Supervisión de mutuo acuerdo argumentando en dichos documentos... que actualmente el Contrato de Obra del Proyecto "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur", ha sido resuelto por **EL CONTRATISTA** y cuya controversia se resolverá vía arbitraje, en virtud de ello es imposible continuar con la ejecución del contrato de Supervisión, ya que no hay contrato de obra vigente, y siendo el Contrato de Supervisión, un Contrato accesorio, este depende de las eventualidades a la que está sometido el contrato principal.

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

Actualmente se ha presentado una circunstancia que impide el normal desarrollo de una relación contractual, como es la resolución del contrato de obra por **FL CONTRATISTA** cuya validez ha sido sometida a arbitraje; en tal sentido corresponde a esta Municipalidad y su representada resolver el contrato por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a las partes, por caso fortuito o fuerza mayor, ya que se ha presentado una situación sobreviniente (resolución del contrato de obra), la cual reúne las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad.

En virtud de lo expuesto proponemos a usted la resolución del Contrato de Supervisión por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a las partes, ya que es posible continuar con la supervisión, debido a que el Contrato principal está resuelto.

- En respuesta al oficio N° 501-2008-GM-MDSJB y a la carta notarial N° 52-2008-GM-MDSJB de **LA MUNICIPALIDAD**, el Supervisor Externo con carta N° 01-2009-CPP/AMDSJB, hace una tercera reiteración de su pedido de suspensión del plazo del contrato de Supervisión de acuerdo a lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula octava del Contrato de Supervisión, y le manifiesta a **LA MUNICIPALIDAD** que el oficio y la carta Notarial que le ha hecho llegar "... no tiene fundamento legal, toda vez que en ellos proponen a mi representada una resolución de contrato de mutuo acuerdo con el argumento que ya no hay Contrato de Obra vigente (con el Contratista de Obra de ese entonces A&J) por cuanto dicho contrato estaba resuelto. La falta de fundamento legal de la posición de **LA MUNICIPALIDAD** está en que, en la cláusula segunda del contrato de Supervisión se manifiesta expresamente: "CLÁUSULA SEGUNDA DEL CONTRATO DE SUPERVISIÓN: Es objeto del presente Contrato, la prestación de consultoría para supervisión de la obra Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiría y Joaquín Abensur por parte de **EL CONSULTOR** bajo el sistema de suma alzada con le financiamiento directo de **LA MUNICIPALIDAD** y de acuerdo con lo dispuesto en los siguientes fundamentos, los mismos que forman parte integrante del Contrato:
 - Propuesta técnica-Económica presentada por **EL CONSULTOR** en adelante la propuesta.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

- El Supervisor de la obra, en adelante EL SUPERVISOR.
- Bases del proceso de la Consultoría.
- Bases del proceso de la elaboración y ejecución de la obra".

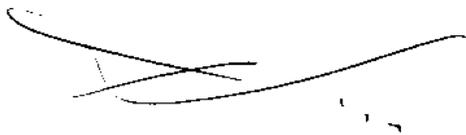
Como se puede apreciar en ninguna parte de la cláusula segunda del contrato de supervisión se supedita el cumplimiento de dicho contrato a la vigencia del Contrato de obra con el primer contratista de la obra (A&J), por lo que el argumento o causal de no vigencia del contrato principal de la obra con el contratista de la obra A&J no es causal para una resolución del contrato de supervisión.

El argumento irrefutable y válido para la Resolución del Contrato de Supervisión de mutuo acuerdo pudo haber sido la decisión de **LA MUNICIPALIDAD** de no ejecutar la obra, lo que no ha sido así por cuanto **LA MUNICIPALIDAD** decidió continuar con la ejecución de la obra a partir de los primeros meses del año 2009, y la viene ejecutando actualmente habiendo dejado a la supervisión sin participación en la obra.

- Con carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25/09/09 **LA MUNICIPALIDAD** comunica al Consorcio su decisión unilateral de resolver el Contrato de Supervisión de "mutuo acuerdo" aún cuando tenía planeado seguir ejecutando la obra.

Esto se demuestra con los otorgamientos de Buena Pro para adquisición de materiales para la obra realizados por **LA MUNICIPALIDAD** el día 07/10/2009 de los siguientes procesos de selección:

- ADP Procedimiento clásico 4-2009/MDSJB-CE para adquisición de materiales de relleno para la obra Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur por S/. 63,000.00 para arena blanca y por S/. 167,000.00 para material de relleno A-2-4.
- ADP Procedimiento clásico 6-2009/MDSJB-CE para la adquisición de materiales de ferretería para la obra Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur por S/. 147,704.40 para acero corrugado de ½, por S/. 75,341.84 para acero corrugado de 3/8, y por S/. 42,075.00 para cajas de registro para desagüe.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur – San Juan Bautista"

- **SOBRE LA EXPRESA CONDENA A LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA DE PAGO DE COSTAS Y COSTOS Y GASTOS ARBITRALES QUE SE DERIVEN DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL:** Se Justifica plenamente este extremo del petitorio tomando en cuenta que nos hemos visto obligados a incoar el presente proceso arbitral obligados por el abuso de la autoridad llevado a cabo por **LA MUNICIPALIDAD** al denegarnos nuestras solicitudes reiterativas de cumplimiento de la Cláusula Octava del Contrato de Supervisión por causas ajenas al Supervisor Externo, a pesar de asistimos la razón, lo cual quedará demostrado en el presente proceso arbitral.

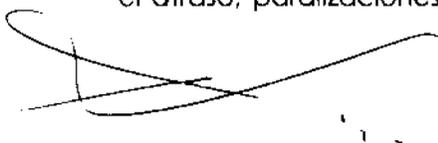
4.2. Posición de LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA, respecto de las pretensiones formuladas por EL CONSORCIO PALACIO PAREDES

Con fecha de recepción por parte de la secretaria arbitral, 18 de Marzo de 2010, dentro del plazo establecido en las reglas del presente proceso arbitral **LA MUNICIPALIDAD** contesta la demanda interpuesta, solicitando se declare **IMPROCEDENTE** o en todo caso INFUNDADA, sobre la base de los siguientes supuestos:

- **LA ENTIDAD** manifiesta que el escrito de demanda contiene una serie de omisiones, imprecisiones y carece de una adecuada fundamentación y descripción de los hechos referidos al procedimiento de resolución de contrato sub litis.

4.2.1. ASPECTOS GENERALES: ANTECEDENTES:

- **LA ENTIDAD** manifiesta que en el proceso arbitral, la relación contractual que se tuvo con la Empresa A&J Contratista EIRL, quién ejecutaría la obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur – San Juan Bautista (Contrato Principal)". Durante la ejecución de la obra "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur – San Juan Bautista". Surgieron inconvenientes, situaciones imprevistas que dieron origen el atraso, paralizaciones parciales en los trabajos programadas (de acuerdo



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

al calendario de avance de obra), llegando finalmente a una suspensión definitiva en los trabajos con fecha 01 de Junio de 2008, manifestando por el residente de obra, en el asiento N° 90 del cuaderno de obra, lo cual quedo constatado en el proceso arbitral seguido con la Empresa A&J Contratista EIRL y posteriormente establecido en el Laudo Arbitral de derecho, que se adjunta como medio probatorio.

A raíz de los problemas sucitados, las partes suscribientes del Contrato Principal ("Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"), desarrollaron un arbitraje en el que, uno de los puntos controvertidos fue la resolución de contrato, donde se definiría la continuación de las relaciones contractuales o no y los efectos legales que conllevaría.

Con fecha 15 de febrero de 2010, mediante Resolución N° 22, el Tribunal Arbitral, expidió el Laudo Arbitral, en el que se resolvió el punto antes referido entre otros puntos controvertidos (que no amerita mencionarlos, por no tener mayor relación), en el que se Laudo: La Resolución del Contrato de Ejecución de Obra dando término a la relación Contractual entre LA MUNICIPALIDAD Y LA EMPRESA A&J CONTRATISTAS EIRL.

- **DEL CONTRATO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA OBRA: "CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO DEL AA.HH. SAN LORENZO, PACAYA SAMIRIA Y JOAQUÍN ABENSUR - SAN JUAN BAUTISTA":** LA MUNICIPALIDAD convoco al proceso de Selección Adjudicación Directa Pública N° 001-2008-MDSJB/GDUI/CEP, y otorgó la Buena Pro al CONSORCIO PALACIOS PAREDES, para la Supervisión de la elaboración y ejecución de la obra denominada: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"
- **Según la Cláusula Primera:** Antecedentes
Mediante Licitación Pública Abreviado N° 002-2007-MDSJB, se realizo el proceso de selección para la ejecución de la citada obra, en el que se otorgó la Buena Pro a la Empresa A&J Contratistas EIRL. Asimismo, en el segundo párrafo se refiere al proceso de selección que tuvo como objeto contratar a un consultor para la Supervisión de la elaboración y ejecución de

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

la obra denominada: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur" Suscribiéndose el Contrato de Consultoría para la Supervisión de la Obra antes mencionada con fecha 30 de Junio de 2008 (Contrato Vinculado al Principal).

- En ese sentido, es obvio a todas luces y como lo estipula la normativa en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que el Contrato de Supervisión de obra, siempre es en mérito a la existencia del Contrato de ejecución de Obra (contrato principal) reflejado un vínculo directo al contrato principal que ahora pretende desconocer el CONSORCIO.

- **Según la Cláusula Quinta: Del Plazo**

El plazo del Contrato de consultoría para la supervisión es de 150 días calendarios computados en: 30 días calendarios por elaboración del expediente técnico y 120 días calendarios por ejecución de obra y este empezaría a regir en la misma fecha en que se inicie la ejecución de la obra (inicia con la elaboración del expediente técnico).

- De la Cláusula descrita, se entiende que el plazo empezaría a computarse desde el inicio de la elaboración del expediente técnico y a la fecha (30 de Junio de 2008) de suscripción del "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

- Contrato vinculado la obra se encontraba suspendida, sin efectuar trabajo alguno en la obra, por lo que, este primer supuesto no podría concretarse contractualmente.

- **Según la Cláusula Séptima y Octava: Del Pago de la Consultoría y de la Oportunidad de Pago de la Retribución.**

El monto se estableció por la suma de S/. 88,835.78 (Ochenta y Ocho Mil Ochocientos Treinta y Cinco y 78/100), la misma que será coherente con los servicios realmente prestados de la consultoría y la retribución sería siempre posterior a la prestación de la obra consultoría, lo cual se acreditaría con la previa presentación de un informe mensual del avance de obra (...). Las partes acuerdan que en caso se paralice o no se haya dado inicio a la ejecución de la obra, se suspenderá también la prestación de LA

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

CONSULTORÍA por parte de EL CONSULTOR y por consiguiente el pago de la retribución. En este caso se suscribirá la respectiva addenda a fin de que sea materia contractual respecto al de ejecución y la retribución de LA CONSULTORÍA.

- De esta Cláusula se desprende, que la retribución se efectuaría posterior a la prestación Real de la Consultoría, la misma que acreditaría con la prestación de un informe mensual de avance de obra ya que se encontraba paralizada y por lo tanto no existiría una consultoría (supervisión) posterior ni mucho menos un informe mensual de avance de obra.
- En otro supuesto, se señala que: en caso se paralice o no se haya dado inicio a la ejecución de la obra, se suspenderá también la prestación la consultoría, suscribiéndose la addenda respectiva.
 - ✓ Al respecto, señor árbitro esta cláusula establece que para suscribirse la addenda respectiva se deben dar uno de los dos supuestos:
 - a) Que la obra se paralizará, ésta paralización de obra, debe entenderse que ocurriese siempre y cuando el Contrato de Supervisión se encontrase en ejecución y como vemos a la fecha de suscripción del Contrato de Supervisión (30 de Junio de 2008), la obra ya se encontraba paralizada desde el 01 de Junio de 2008, por lo tanto, este supuesto no puede tomarse en consideración, por los hechos presentados.
 - b) Que la ejecución de la obra no se haya iniciado, pero en este caso, la obra ya había tenido un comienzo y a la fecha de suscripción del contrato vinculado (supervisión) se encontraba paralizada, por lo que este supuesto, tampoco se puede tomar como fundamento para la firma de la addenda respectiva, evidenciándose claramente que la postura del



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

consorcio de que se debía firmar una addenda, no se
ajusta contractualmente.

- **Según la Cláusula décimo sexta:** De la Resolución del Contrato

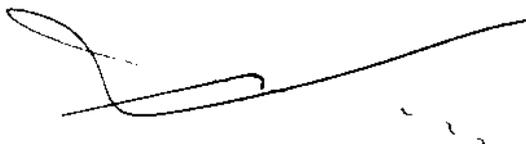
{...} Las partes podrán resolver el Contrato por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas o por caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente acreditados, mediante el envío de una carta notarial, en cuyo caso se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada. **EL CONTRATO** queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de esta carta notarial.

Las demás causales de Resolución establecidas en el TUO y el Reglamento deberán seguir el mismo procedimiento establecido a partir del envío de la segunda carta notarial señalada en el primer párrafo de presente cláusula, en lo que fuere pertinente.

- De ésta cláusula, se puede extraer que las partes voluntariamente se han sujetado a un procedimiento de resolución establecido en el Contrato y en los cuerpos normativos antes mencionados (la Ley y su Reglamento).
- En esta cláusula, se puede observar que existen tres tipos de causales para proceder a la resolución del Contrato (por causas imputables al contratista y por causas imputables a la Entidad), siendo la tercera que: las partes podrán resolver el Contrato por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas o por caso fortuitos o de fuerza mayor, debidamente acreditados, mediante envío de una carta notarial, en cuyo caso se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada. El Contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de esta carta notarial.

Se disgregará los supuestos y hechos recogidos en este párrafo:

- a. Al respecto, solo se tomará la tercera causal por los hechos acontecidos, que es la primera resolución del Contrato por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas, o por causa fortuita o fuerza mayor, situación que se presentó;

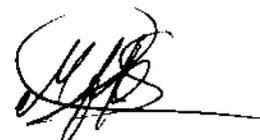


Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

- b. Que se encuentra debidamente acreditado, que la paralización total de la obra, sumada a esta el inicio de u proceso arbitral con la Empresa A&J Contratistas EIRL -La Contratista-, para determinar y acreditar que el evento fue imprevisible e irresistible por el cual se daría el término definitivo de la relación contractual entre la empresa y la Municipalidad (Contrato Principal), y en consecuencia, el Contrato de supervisión (Contrato Vinculado) perdería su razón de ser, supuesto que se presenté;
- c. Que el procedimiento para la resolución del Contrato, se debía efectuar mediante envío de una carta notarial, procedimiento que cumplió la Municipalidad, mediante el envío de la carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de setiembre de 2009, corroborado por el mismo **CONSORCIO**, en su escrito de demanda;
- d. En cuyo caso se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada, en este caso no resulta necesario realizar mayor análisis, porque el contrato de supervisión no llegó a ejecutarse en ningún extremo, por razones extraordinarias no previsibles por parte de la Entidad, tal como se ha acreditado;
- e. Finalmente, que el Contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de esta carta notarial, entendiéndose que el procedimiento seguido por la Municipalidad se ajustó literalmente a lo establecido contractualmente, quedando e. Contrato legalmente resuelto de pleno derecho, con fecha 25 de setiembre de 2009.

- **Según Cláusula Decimo Novena:** Modificaciones

Cualquier aspecto no previsto expresamente en El Contrato, se determinará y resolverá conforme a las normas del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones de Estado y su Reglamento aprobados



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

mediante DS N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM, respectivamente,
Supletoriamente, se aplicará las normas del Código Civil.

- Al respecto, resulta claro que las partes se sometieron en primera instancia a lo dispuesto en el Contrato de Supervisión suscrito, en segunda instancia la norma en Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y última instancia las normas del Código Civil.

La ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

Artículo 36°.- Del Contrato.- El contrato deberá celebrarse por escrito , se ajustará a la proforma incluida en las bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección.

El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases y podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio objeto, plazo calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección.

De la lectura de este artículo, se puede colegir que es completamente válido que se puedan incorporar modificaciones al Contrato, esto quiere decir, que las partes acordaron el procedimiento para la resolución de contrato, quedando éste resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la carta notarial, dentro de un marco legal.

- En ese sentido, nos referiremos a algunos artículos del Código civil, los mismos que señalan lo siguiente:

Artículo 1351.- Noción de Contrato.- El Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Artículo 1352.- Perfección de Contratos.- Los Contratos se perfeccionan por el Consentimiento de las partes excepto aquellos que además deben observar la forma señalada por la Ley bajo sanción de nulidad.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

Artículo 1354.- Contenido de los Contratos.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del Contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Artículo 1356.- Primacía de la Voluntad de Contratantes.- Las disposiciones de la Ley sobre contratos son supletorios de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

Artículo 1359.- Conformidad de voluntad de la Partes.- No hay contratos mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

Artículo 1361.- Obligatoriedad de los Contratos.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato corresponde a la voluntad común de las partes y quién se niegue esa coincidencia debe probarla.

Quédando establecido que las partes voluntariamente se sujetaron perfeccionaron el contrato de supervisión, en todos sus extremos suscribiéndolo con fecha 30 de Junio de 2008.

- **Del Contrato Principal y del Contrato Vinculado:**

Corresponde determinar si el Contrato de supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra.

Al respecto debemos tener presente que, de acuerdo con el artículo 247° del Reglamento, toda obra debe contar de modo permanente y directo con un inspector o un supervisor, quedando prohibido la presencia simultánea de ambos. El mismo artículo precisa que, mientras el inspector será un profesional funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta; el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin.

Por su parte el artículo 250° del Reglamento señala que la Entidad controlará los trabajos efectuados por el ejecutor de la obra a través de inspector o supervisor, quién será el responsable de velar directa y permanente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del Contrato.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

Así, mientras en el contrato de obra un contratista se obliga a ejecutar una obra a favor de la Entidad, mediante el Contrato de Supervisión la Entidad verifica que el contratista cumpla con las condiciones de ejecución de la obra. En otras palabras, mediante el contrato de supervisión se controla lo que se ejecuta mediante el contrato de obra.

De lo anterior se desprende que, si bien puede existir contrato de obra sin que exista un contrato de supervisión (ya que dicha obligación puede ser cumplida por un profesional, funcionario o servidor de la Entidad, expresamente designado por esta como inspector), no podríamos tener un contrato de supervisión sin la existencia de un contrato de obra dado que si no existe una obra que se ejecute no puede existir control de la ejecución. De ellos se desprende que, si bien para la entera satisfacción de la necesidad que busca satisfacer la Entidad mediante la ejecución de una obra, las actividades que realizan tanto el ejecutor como el supervisor resultan complementarias, el contrato de supervisión se encuentra supeditado a la existencia y ejecución del contrato de obra. Si se tiene presente que el contrato de Supervisión se encuentra supeditado a la existencia, ejecución y desarrollo de un contrato de obra, podemos afirmar que el Contrato de Supervisión de obra es un contrato vinculado al contrato de obra.

4.2.2. DE LAS PRETENSIONES:

- **A la primera pretensión, LA MUNICIPALIDAD,** sostiene que el demandante pretende que se declara la nulidad o eficacia de la carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de setiembre de 2009, mediante el cual, se resuelve el Contrato, por no tener un fundamento legal, ya que el Consorcio no considera que sea primordial la existencia del contrato de obra vigente (Contrato Principal), para la continuación de la relación contractual entre **LA ENTIDAD** y **EL CONSULTOR**. Asimismo, fundamentan su pretensión en lo dispuesto en la cláusula segunda del Contrato de Supervisión, por lo que el Consorcio imagina que el Contrato de Supervisión no se encuentra supeditada a la vigencia del contrato de Ejecución de Obra (Contrato

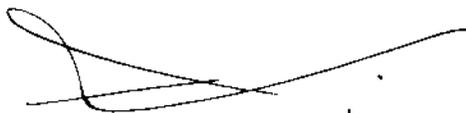
Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

Principal), y por lo tanto, no es causal para una resolución de Contrato de Supervisión (Contrato Vinculado).

Es más, **EL CONSORCIO** ensaya proponiendo que era un mejor motivo o causal para la resolución del contrato, el que **LA MUNICIPALIDAD** adujera su decisión de no continuar con la ejecución de la obra.

Al respecto LA MUNICIPALIDAD REFIERE:

1. **LA MUNICIPALIDAD**, en todos sus actos se sujeto a lo dispuesto en el Contrato suscrito entre las partes, tomando como causal de Resolución de Contrato por causas no atribuibles a éstas o caso fortuito o fuerza mayor, que según el artículo 1315° del Código Civil, consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
2. En este caso se impidió la ejecución de la obligación de una manera total, al encontrarse paralizada la obra, inmersos en un proceso arbitral, en el que se daría término de la relación contractual con el Contratista (Empresa A&J), es decir, ya no existiría el Contrato Principal, el cual resulta esencial para la existencia del Contrato de Supervisión.
3. Bajo estos hechos, **LA MUNICIPALIDAD** amparado por lo dispuesto en el Contrato de Supervisión, en reiterados documentos propuso **EL CONSORCIO** dar término por mutuo acuerdo al Contrato de Supervisión, por un hecho exógeno, imprevisto, extraordinario a la voluntad de LA ENTIDAD, y sobre todo porque se encontraba dentro de los alcances contractuales que ambas partes habían consentido.
4. En ese sentido, **LA ENTIDAD** mediante carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de setiembre de 2009, efectuando el procedimiento indicado en la cláusula décimo sexta del contrato notificó **AL CONSORCIO** la Resolución del Contrato, quedando resuelto de pleno derecho.
5. Que por los hechos expuestos y de los documentos que obran en el expediente y como medios probatorios se acredita fehacientemente



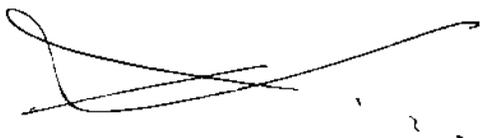
Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

la causal para la Resolución de Contrato, encontrándose legalmente fundamentado, por lo que se desvirtúa totalmente la posición del demandante y por ende se debe desestimar esta pretensión.

6. Por otro lado, resulta fuera de todo contexto legal, el de poder argüir y considerar válida para una correcta resolución de contrato, exponer como causal la decisión de **LA MUNICIPALIDAD** de no querer continuar con la ejecución de la obra, causal que obviamente no se encuentra recogida en ninguna norma legal y resulta solaz dicha propuesta.
7. Adicionalmente, la carta Notarial no deviene en nula, por cuanto su contenido se encuentra arreglada a derecho. Por lo que: De conformidad con el artículo 9º de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda, no siendo competente el tribunal arbitral o árbitro único para declararlo nulo.

Asimismo, es importante tener presente, el artículo 14º de la Ley antes referida, la misma que pretende la conservación del acto, si esta se encuentra afectada por un vicio en el cumplimiento de sus elementos de validez esta no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora, así mismo los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes conservan su contenido:

- El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
- El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
- El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

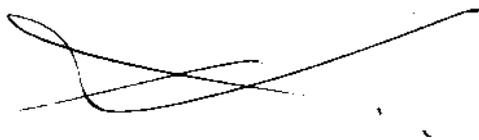


Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

- Cuando se concluya indubitablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
 - Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial. Cabe precisar que el documento antes acotada, no se puede declarar su ineficacia debido a que la misma fue debidamente notificada, de acuerdo a lo que señala el artículo 16° de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que la eficacia del acto administrativo está referida a los que produce la notificación.
- **Respecto a la segunda pretensión, LA MUNICIPALIDAD**, sostiene que la normativa es clara al señalar que no podrá haber inspector y supervisor al mismo tiempo en una obra y si bien es cierto que en un principio se contaba con un inspector, **LA ENTIDAD**, con la mejor predisposición convocó al proceso de selección para contratar a un consultor que se encargaría de la supervisión de la obra, pero como ya ha quedado demostrado, por motivos ajenos, extraordinarios e imprevisibles, a **LA MUNICIPALIDAD** el contrato de supervisión no se concretó ni pudo surtir sus efectos, puesto que el Contrato principal (que da origen a la existencia del Contrato de supervisión de obra el cual se encuentra totalmente vinculado al principal), se encontraba a punto de ser resuelto a petición de las partes en el proceso arbitral y lo que resolvería el Tribunal Arbitral, era a cuál de las partes se le imputaría dicho suceso.

Entendiéndose que al quedar resuelto el contrato principal de todas maneras, el contrato de supervisión perdería su razón de ser, tal como se determina en el análisis recogido de la opinión N° 046-2009/DTN, corroborándose una vez más que los fundamentos para la resolución del contrato de supervisión utilizados por **LA ENTIDAD** son totalmente legítimos.

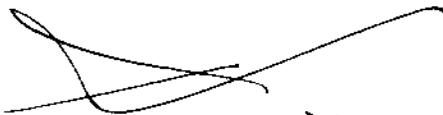
Ahora bien, el demandante solicita que **LA ENTIDAD** reconozca el daño emergente y lucro cesante como consecuencia de haberle resuelto el contrato de supervisión sin mayor sustento técnico ni legal, como ya se ha



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

expresado ampliamente sobre este punto y al haber quedado comprobado que **LA ENTIDAD** actuó dentro de los parámetros legales y que si se encuentra acreditada la causal para la resolución del Contrato, siguiendo con el procedimiento estipulado en el Contrato, se puede agregar lo siguiente:

1. Que al haberse resuelto el Contrato de Supervisión por caso fortuito o fuerza mayor, sin imputación a las partes y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1315° y 1317° del Código Civil y si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1321° del mismo cuerpo legal, se puede determinar que, sólo queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quién no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; situación que no se presentó.
2. Bajo este esquema, LA ENTIDAD, no estaría sujeto a dicho resarcimiento (daño emergente y lucro cesante) puesto que la causal de resolución del Contrato no es imputada a ninguna de las partes, por lo que, esta pretensión debe desestimarse por no encontrarse en los supuestos legales.
3. Sin perjuicio de lo anteriormente esgrimido y planteado un supuesto negado, si el demandante pretende que se le reconozca el daño emergente y el lucro cesante, debe probar realmente el perjuicio indubitadamente causado y no solo adjuntando dos Contratos privados generados por el mismo Consorcio y sus representantes, donde se podrá apreciar que la suma de los montos por concepto de "remuneración mensual" entre los dos superan largamente el monto contratado por la Supervisión, muestra inequívoca de la generación de documentos con la finalidad de "probar" el supuesto daño inferido, al margen de la impertinencia del sustento legal invocado, como es el artículo 1159°, que se refiere obligaciones de no hacer.
4. Asimismo, el demandante pretende sorprender alegando que se le debe de reconocer el daño emergente por el pago de "equipo en stand by", usando en el equipo de alquiler de maquinaria. Al respecto es increíble que el demandante pretenda que se la reconozca estos conceptos, puesto que el Consorcio siempre ha tenido conocimiento



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

de la situación de la obra principal, que ésta se encontraba paralizada y en un segundo supuesto, el demandante tendría que acreditar dicho pago adjuntando ya sea boletas, facturas o en todo caso, el contrato de arrendamiento de las maquinarias que dice haber alquilado.

No basta la sola mención a presuntos daños sino que el demandante se encuentra en la obligación de probar el presunto daño y en autos no se aprecia medio probatorio alguno que corrobore haberse perjudicado; ya que de acuerdo al artículo 196º del Código Procesal Civil le corresponde la carga de la prueba.

- **A la Tercera Pretensión, LA MUNICIPALIDAD**, sostiene que debe ser desestimada, teniendo en cuenta que la resolución de contrato es por causas no atribuibles a las partes, por lo tanto si el Contratista se hubiera sujetado a lo establecido en el contrato, no se estaría irrogando gastos en el presente proceso arbitral.

LA MUNICIPALIDAD alega que **EL CONTRATISTA** debe asumir todos los gastos incurridos en el presente proceso arbitral, viéndonos afectados económicamente en el transcurso del mismo.

4.3.- RECONVENCION FORMULADA POR LA ENTIDAD

En el primer Otrosí de la absolución de la demanda, **LA ENTIDAD** formula reconvención con el siguiente petitorio:

Primera Pretensión.- Solicita que se declare consentida la carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de setiembre de 2009, puesto que **LA ENTIDAD** cumplió con el procedimiento legal establecido en la cláusula décimo sexta del Contrato de Supervisión, y en consecuencia resuelto el Contrato de pleno derecho por causas no imputables a las partes.

Segunda Pretensión.- Solicita que se ordene que los costos y costas originadas en el presente proceso arbitral sean pagados por el demandante.

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

LA ENTIDAD, fundamente sus pretensiones en lo siguiente:

- Considerando que la causal invocada para la resolución del contrato de supervisión {contrato vinculado} por **LA MUNICIPALIDAD**, se encuentra debidamente acreditada por los hechos acontecidos, asimismo **LA ENTIDAD** cumplió fielmente el procedimiento legal establecido en el Contrato y consentido por las partes, para efectuar la referida resolución del Contrato, la misma que se encuentra debidamente sustentada y con arreglo a derecho tanto en la forma como en el fondo, surtiendo todos sus efectos por estar correctamente notificada.
- **EL CONTRATISTA** debe de asumir todos los gastos incurridos en el presente proceso arbitral, por no sujetarse a lo contractualmente establecido nos vemos afectados económicamente, obligándonos a efectuar pagos no planificados.

Con resolución N° 04 de fecha 19 de Marzo de 2010, se admite a trámite el escrito de contestación de demanda y se admite la reconvencción formulada.

4.4.- ABSOLUCIÓN A LA RECONVENCIÓN POR EL CONSORCIO

Mediante escrito de fecha de recepción por parte de la secretaria arbitral, 26 de Marzo de 2010, dentro del plazo establecido en las reglas del presente proceso arbitral **EL CONSORCIO** absuelve la reconvencción interpuesta por **LA MUNICIPALIDAD**, sobre la base de los siguientes supuestos:

- **Al fundamento de la Primera Pretensión.- EL CONSORCIO** señala que la causal invocada por **LA MUNICIPALIDAD** para resolver el Contrato de Supervisión debe existir mientras que exista el Contrato de un primer contratista de ejecución de obra, no es legal, no está establecido en ninguna parte y que se demostró concluyentemente, que la vinculación de ambos contratos es sólo en lo referente a la ó las ampliaciones de plazo que pudiera tener el Contrato de Obra. Se debe tener en cuenta la condición de unilateral de la Resolución del Contrato de Supervisión, ya que dicha Resolución nunca fue de mutuo acuerdo como lo manifiesta **LA MUNICIPALIDAD**.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

- **Al fundamento de la Segunda Prefensión.- EL CONSORCIO**, manifiesta que se le atropelló el derecho de ejecutar el Contrato de supervisión de Obra, al haber resuelto **LA MUNICIPALIDAD** en forma unilateral y por causal no válida, transgrediendo la normativa vigente, lo único que cabe es disponer que sea **LA MUNICIPALIDAD** quién asuma todos los gastos incurridos en el presente proceso.

4.5.- EXHIBICIÓN

Mediante escrito de fecha 10 de Junio de 2010, **LA CONTRATISTA**, presenta su escrito sobre de la documentación de **EXHIBICIÓN** que se le solicitó en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos del 31/05/10:

- El pago por el plantel listo para realizar el trabajo de Supervisión.
- El pago del "Equipo en Stand By" usado en el servicio de alquiler de maquinarias.

EL CONSORCIO manifiesta lo siguiente:

- El pago por el **Plantel listo** para realizar el trabajo de Supervisión ha sido un medio probatorio ofrecido por **LA MUNICIPALIDAD** en el párrafo 6 de su escrito de contestación de la demanda y reconvencción. Por parte del **CONSORCIO** señala que dicho pago se encuentra pendiente de hacer hasta la fecha por falta de liquidez del **CONSORCIO**, debido a que este no ha tenido ingreso alguno, por supervisión de la Obra, por cuanto la Resolución Unilateral del Contrato de Supervisión por parte de **LA MUNICIPALIDAD** no le permitió realizar ningún porcentaje de la Supervisión y en consecuencia no pudo realizar ninguna cobranza por este servicio.
- El pago del "**Equipo de Stand By**" usado en el servicio de alquiler de maquinarias también es un medio probatorio ofrecido por **LA MUNICIPALIDAD** en el párrafo 6 de su escrito de contestación de demanda y reconvencción. **EL CONSORCIO** señala que en los petitorios del escrito 01 de demanda manifiesta "Cuantitativamente aplicando el concepto de pago de "Equipo de Stand By" usado en el servicio de alquiler de maquinarias calculamos que



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

el tiempo que el equipo del Supervisor Consorcio Palacios Paredes ha estado a la expectativa para hacer su trabajo ha tenido un costo de:

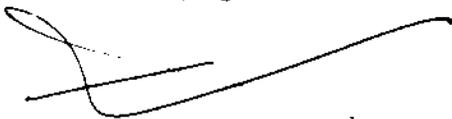
$$\begin{array}{l} 30\% \text{ del costo de 452 días del Contrato de Supervisión} \\ 0.30 \times \frac{452 \text{ días} \times \text{Monto de Contrato de Supervisión}}{150 \text{ días (Plazo de Contrato)}} = 0.30 \times 452 \times \frac{S/. 88,835.78}{150} \\ = S/. 80,307.54 \end{array}$$

- **EL CONSORCIO**, no estima un costo de pago del "Equipo de Stand By" usado en el servicio de alquiler de maquinarias. Lo que pedimos es un pago por daño emergente que estimamos tiene un valor del 30% de los 452 días que **EL CONSORCIO** y su personal han tenido que esperar desde la firma del Contrato de Supervisión hasta la Resolución Unilateral de dicho Contrato, siendo el costo de un día de Supervisión la división del monto de contrato entre el plazo de contrato

4.6.- ABSOLUCION DE LA MUNICIPALIDAD SOBRE EL ESCRITO PRESENTADO POR EL CONSORCIO SOBRE LA SOLICITUD DE LOS DOCUMENTOS PARA LA EXHIBICIÓN.

Mediante escrito de fecha 12 de Agosto de 2010, y dentro del plazo establecido **LA MUNICIPALIDAD**, presenta su escrito de absolución al escrito del **CONSORCIO** sobre la documentación de **EXHIBICIÓN** que se le solicitó en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos sobre la base de los siguientes fundamentos:

- **LA MUNICIPALIDAD** manifiesta que se ha señalado en su escrito de Contestación de demanda, todo daño, indemnización que se pretenda solicitar, a través de un cobro económico, debe probarse realmente el perjuicio indubitadamente causado y no solo manifestar por ejemplo: **a)** Con solo adjuntar contratos privados, sin sus respectivos recibos por honorarios profesionales de haberse efectuado el pago y **b)** Pretender un resarcimiento con el solo hecho de manifestarlo, esto, debe de probarse con la planillas de los obreros supuestamente en espera para trabajar, contratos, recibos de pago, facturas, boletas, compromiso de pago por la maquinaria de Equipo



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

de stand By, toda vez como refiere **EL CONSORCIO**, no se ha pagado por liquidez, pero debería contar con un documento que acredite el no pago hasta la fecha o al menos que los mismos se encuentran pendientes.

Que según los artículos 188° y 196° del Código Civil, se refiere a que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los **HECHOS EXPUESTOS** por las partes, producir certeza en la persona que resolverá las controversias; correspondiéndole la carga de probar a quién afirma los hechos, situación que el consorcio no ha cumplido con acreditar lo manifestado en su escrito de demanda, y en el escrito último, no cumpliendo con la exhibición de documentos probatorios y que fueron requeridos en el Acta de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

LA ENTIDAD, no estaría sujeto a dicho resarcimiento (daño emergente y lucro cesante) puesto que, la causal de resolución del contrato no es imputada a ninguna de las partes.

Por otro lado **EL CONSORCIO** manifiesta que el monto solicitado corresponde al 30% de los 452 días que el Contratista y su personal (no acreditado) han tenido que esperar, suma al que ellos "han estimado", por los que las estimaciones en cualquiera de los Contratos que se suscriben no caben de manera individual, esta figura no procede, más aún si las estimaciones arribadas no tienen mayor sustento legal ni probatorio.

5. DEL PROCESO ARBITRAL

5.1.- AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución N° 06 se citó a las partes para la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se realizó el día lunes 31 de mayo de 2010 y se desarrolló en el siguiente orden:

Saneamiento: El árbitro único declara la existencia de una relación procesal válida al no haberse formulado en el presente proceso arbitral ninguna excepción de carácter perentoria o defensa previa, por lo que, corresponde declarar el saneamiento procesal.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

Conciliación: No es posible arribar a una conciliación por incomparecencia de una de las partes a la audiencia programada, por lo que se declara frustrada la conciliación

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda, Contestación a la Demanda y Reconvención presentada por ambas partes, se procede a señalar los siguientes puntos controvertidos:

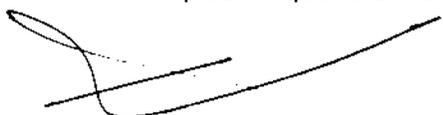
DE LA DEMANDA

- a) Determinar si corresponde, que el Árbitro Único declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Unilateral del Contrato de Supervisión de la Obra: "Construcción de Alcantarillado AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista" al Consorcio Palacios Paredes con Carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB, del 25/09/2009, sobre la causal invocada.
- b) Determinar si corresponde, que el Árbitro Único ordene a la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista el reconocimiento de daño emergente y lucro cesante que le produjo al Consorcio Palacios paredes como consecuencia de haberle resuelto el contrato de Supervisión sin mayor sustento técnico ni legal y en forma unilateral, en la suma de S/. 80,307.54, con más pagos del interés que se devenguen hasta la fecha de pago.
- c) Determinar si corresponde, que el Árbitro Único condene a la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista de costas y costos así como gastos arbitrales, del presente proceso.

DE LA RECONVENCION

d) Primera pretensión principal.

Determinar si corresponde que, el Árbitro Único declare consentida la carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de setiembre de 2009, puesto que la entidad cumplió con el procedimiento legal establecido en



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

la Cláusula décimo sexta del Contrato de Supervisión, y en consecuencia Resuelto el Contrato de Pleno Derecho por causas no imputables a las partes.

e) Segunda pretensión principal.-

Determinar si corresponde que, el Árbitro Único ordene que los costos y costas originadas en el presente proceso arbitral sean pagados por el demandante.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

CONSORCIO PALACIOS PAREDES

Se admiten los documentos ofrecidos por la empresa en su escrito de demanda, y de la contestación de la reconvencción.

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA:

Se admiten los documentos ofrecidos por **LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN BAUTISTA**, en su escrito de contestación de demanda y reconvencción.

6. CIERRE DE LA ETAPA PROBATORIA

Mediante Resolución N° 09 de fecha 23 de Agosto del 2010, el Arbitro Único prescindió de la Audiencia de Pruebas, y cierra la etapa probatoria concediendo a las partes un plazo de cinco (05) días para que presenten sus alegatos escritos.

7. ALEGATOS ESCRITO:

Mediante escrito presentado de fecha 01 de Setiembre de 2010, **EL CONSORCIO** presentó sus alegatos escritos, solicitando informe oral.

8. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 06 de octubre de 2010, siendo las ocho con treinta minutos, se llevó a cabo la audiencia de informes orales, solo con la representante de **LA MUNICIPALIDAD**, habiendo está expuesto sus argumentos.



9. PLAZO PARA LAUDAR.

Mediante Resolución N° 14 de fecha 18 de octubre de 2010, se estable el plazo para laudar de treinta días hábiles. El mismo que es prorrogado por treinta días más mediante Resolución N° 15.

Y CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) Que, este arbitro único se constituyó de conformidad con el T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 084-2004-PCM y supletoriamente por la Ley General de Arbitraje y en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, se estableció que el Arbitro resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado conforme a lo establecido en el art. 286^o del Reglamento;
- (ii) Que, en momento alguno se recusó al árbitro único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral y durante el desarrollo del presente proceso arbitral.
- (iii) Que, el Consorcio presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.
- (iv) Que, la entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, así como también planteó reconvencción;
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y (vi) Que, el árbitro procede a laudar dentro del plazo establecido.

Por otro lado, este Arbitro Unico conviene en precisar que el análisis que a continuación se efectúa se limita a los puntos controvertidos fijados en la Audiencia, teniendo presente los argumentos y medios probatorios presentados por las partes así como el respecto al derecho de defensa e igualdad procesal que han tenido ambas partes durante el desarrollo del presente proceso arbitral.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

En consecuencia se procede al análisis de las pretensiones contenidas en los siguientes puntos controvertidos.

2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

DE LA DEMANDA

a).- "Determinar si corresponde, que el Árbitro Único declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Unilateral del Contrato de Supervisión de la Obra: "Construcción de Alcantarillado AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista" al Consorcio Palacios Paredes con Carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB, del 25/09/2009, sobre la causal invocada."

DE LA RECONVENCION

d).- "Determinar si corresponde que, el Árbitro Único declare consentida la carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de setiembre de 2009, puesto que la entidad cumplió con el procedimiento legal establecido en la Cláusula décimo sexta del Contrato de Supervisión, y en consecuencia Resuelto el Contrato de Pleno Derecho por causas no imputables a las partes."

Posiciones de las partes

Respecto a este punto el consorcio señala, que con fecha 30 de junio de 2008, firmó un contrato de supervisión de la obra "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AAHH San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur", estando a esa fecha la obra paralizada por desacuerdos entre la contratista ejecutora de la obra y la municipalidad, no pudiendo efectuar sus funciones de supervisor externo.

Afirma el consorcio, que con comunicaciones reiterativas pidió a la entidad suspensión del plazo de la supervisión de la obra al pasar los meses del año 2008 y parte del 2009, sin que se inicie la obra por causas ajenas al supervisor, este pedido lo hizo al amparo del tercer párrafo del la cláusula octava del contrato. Sostiene que la entidad incumplió lo establecido en la cláusula del contrato, siendo que con Oficio N° 501-2008-GM-MDSJB y con carta notarial N° 52-2008-GM-MDSJB, propuso al consorcio la

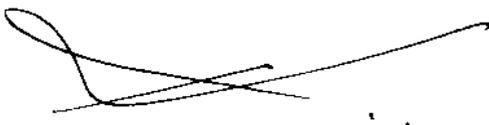
Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

resolución del contrato de supervisión de mutuo acuerdo por causas no imputable a las partes, debido a que el contrato principal está resuelto. Sostiene que el argumento válido e irrefutable para la resolución del contrato de supervisión pudo haber sido la decisión de la entidad de no continuar con la ejecución de la obra, sin embargo desde los primeros meses del año 2009 viene ejecutando la obra sin participación de la supervisión.

Es con carta notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de septiembre de 2009, que la entidad comunica al consorcio su decisión unilateral de resolver el contrato de supervisión de mutuo acuerdo aún cuando tenía planeado seguir ejecutando la obra.

Por su parte la Entidad señala que en todos sus actos se sujeto a lo dispuesto en el contrato suscrito entre las partes, tomando como causal de resolución del contrato por causas no atribuibles a éstas o caso fortuito o de fuerza mayor, que de conformidad con el artículo 1315 del Código Civil, consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determinar su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, siendo que se impidió la ejecución de la obra de una manera total al haberse dado por término la relación contractual con el contratista (empresa A&J), es decir que ya no existiría contrato principal, el cual resulta esencial para la existencia del contrato de supervisión, es por ello que en reiteradas oportunidades propuso al consorcio dar término por mutuo acuerdo el contrato de supervisión por un hecho exógeno, imprevisto, extraordinario a la voluntad de la entidad, es en tal sentido que resuelve el contrato de supervisión mediante Carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB de fecha 25 de septiembre de 2009.

La entidad, sostiene que la Carta Notarial antes referida no deviene en nula, por cuanto su contenido se encuentra arreglada a derecho de conformidad con el artículo 9º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que establece que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional



Sostiene que el tribunal arbitral o arbitro único no es competente para declararlo nulo el acto administrativo.

Análisis del Arbitro Unico

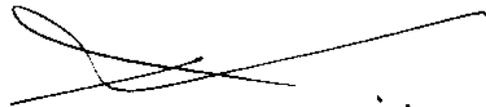
La doctrina conceptúa la resolución como un remedio que la ley contempla, a favor del contratante fiel cumplidor de sus obligaciones y que se orienta a extinguir el vínculo contractual válido que lo une a su contraparte que, inexcusablemente, desde el punto de vista legal, no honra su compromiso. La resolución resulta en el instrumento que hace posible al fiel contratante, desligarse de su contraparte que no cumple con la contraprestación convenida, más que en una sanción a imponerse al incumplidor.

En la doctrina es claro que la procedencia de la resolución exige ejecución culpable, es decir la existencia de dolo o culpa en la parte que incumple sus obligaciones contractuales. Salvo causales de caso fortuito o fuerza mayor, la presunción de culpa está implícita en el incumplimiento, mas corresponde a la parte contratante que lo invoca aportar prueba eficiente.

De lo dicho se desprende el principio que, es al contratante fiel a quien le asiste el derecho para acudir a la resolución y siempre que se cautele que el incumplimiento, para producir efecto resolutorio, sea importante y no se funde en desatención de obligaciones accesorias⁽¹⁾.

Previo al análisis, es pertinente tener presente la cronología de los hechos acaecidos en relación con la materia que nos ocupa, esto es que el Arbitro Unico procederá a detallar los hechos no controvertidos por las partes referido a la suscripción del contrato de supervisión con el consorcio demandante, para posteriormente detallar

¹ En el concepto de Messineo, las circunstancias, los hechos e impedimentos a que da lugar la resolución se toman en consideración por la ley porque alteran las relaciones entre los contratantes, tales se habían constituido inicialmente, o bien, perturban el normal desenvolvimiento (ejecución) del contrato de modo que no se puede continuar vinculando las partes en el modo originario por cuanto ha venido a modificarse-o lisa y llanamente- ha venido a faltar la composición de interés de la que el mencionado contrato constituía expresión. Citado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, pag. 788.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

los hechos por el cual la entidad procedió a la resolución del contrato; y de allí partir para aplicar la normatividad pertinente al caso.

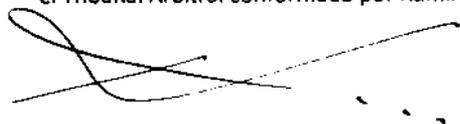
Conforme es de verse del contenido del laudo arbitral - Resolución N° 22 de fecha 15 de febrero de 2010 -, presentado como medio probatorio por parte de la entidad queda establecida la siguiente secuencia de hechos:

- Con fecha 26 de noviembre de 2007, la entidad suscribió con la empresa A&J Contratistas E.I.R.L. un contrato para la elaboración del expediente y ejecución de la obra: "Construcción de Alcantarillado AA.HH San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista".
- El Tribunal Arbitral en la que fue parte la Municipalidad declaró entre otras, que el contratista resolvió el contrato por causa imputable a la entidad⁽²⁾, esto es que con fecha 08 de agosto de 2008, mediante carta notarial 10329, la empresa A&J Contratista requirió a la entidad el cumplimiento de las obligaciones contractuales - la cancelación de las valorizaciones de los meses de abril, mayo y junio del 2008 -; y es mediante Carta Notarial N° 10464, de fecha 24 de septiembre de 2008, que la contratista resuelve el contrato de obra⁽³⁾.
- La entidad luego del proceso de selección de Adjudicación Directa Pública N° 001-2008-MDSJB/GDUel/CEP, con fecha 30 de junio de 2008, suscribe el contrato de supervisión con el consorcio ahora demandante de la obra: "Construcción de Alcantarillado AA.HH San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista", cuya ejecución estaba a cargo de la empresa A&J Contratistas E.I.R.L.

En este orden de hechos y fechas, se aprecia que el contrato de supervisión se suscribió cuando el contrato para la elaboración del expediente y ejecución de la obra: "Construcción de Alcantarillado AA.HH San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín

² Pag. 76 del laudo arbitral de derecho de fecha 15 de febrero de 2010, contenida en la resolución N° 22, expedida por el Tribunal Arbitral conformado por Ramiro Rivera, Héctor García y Rodolfo Arévalo.

³ Pag. 71 del laudo arbitral de derecho de fecha 15 de febrero de 2010, contenida en la resolución N° 22, expedida por el Tribunal Arbitral conformado por Ramiro Rivera, Héctor García y Rodolfo Arévalo.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

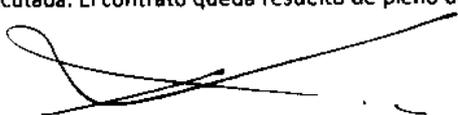
Abensur - San Juan Bautista", se encontraba vigente, contrato que fue resuelto el 24 de septiembre de 2008 por la empresa A&J Contratistas E.I.R.L., por causas imputables a la entidad.

Se encuentra probado en autos, que el representante del consorcio Palacios-Paredes mediante Informe N° 04-2008-CPP/GDUI-MDSB, Carta N° 01-2008-CPP/A MDSJB, Informe N° 05-2008- CPP/GDUI-MDSB, Carta N° 01-2009-CPP/GDUI-MDSB y Carta N° 02-2009- CPP/GDUI-MDSB, de fechas 17 de septiembre de 2008, 13 de octubre de 2008, 19 de noviembre de 2008, 17 de julio y 21 de septiembre de 2009, solicitó en forma reiterativa a la Municipalidad suspensión del plazo de la supervisión de la obra.

También se encuentra probado en autos, que mediante Oficio N° 501-2008-GM-MDSJB, con fecha 09 de octubre de 2008, Carta N° 52-2008-GM-MDSJB de fecha 23 de octubre de 2008, la entidad propone la resolución del contrato de supervisión, sustentándose en el hecho: sic ... "Actualmente se ha presentado una circunstancia que impide el normal desarrollo de una relación contractual como es la resolución del contrato de obra por el contratista cuya validez ha sido sometida a arbitraje; en tal sentido corresponde a esta Municipalidad y su representado resolver el contrato por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a las partes, por caso fortuito o fuerza mayor ya que se ha presentado una situación sobreviniente (resolución del contrato de obra), la cual reúne las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad."

Mediante Carta N° 118-2009-GM-MDSJB, de fecha de recepción de parte de la demandante, 25 de septiembre de 2009, la entidad resuelve unilateralmente el contrato de supervisión, invocando lo siguiente sic ... "Por lo tanto estando a lo dispuesto en el artículo 45° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, que señala las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a estos, por caso fortuito o por fuerza mayor. Así mismo como a lo establecido en el cuarto párrafo de la cláusula décimo sexta (*) del contrato de supervisión de obra sub

* cuarto párrafo de la cláusula décimo sexta del contrato que establece lo siguiente: "Asimismo, las partes podrán resolver el contrato por mutuo acuerdo por causas no atribuibles a estas o por caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente acreditados, mediante el envío de una carta notarial, en cuyo caso se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la carta notarial."



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

materia, la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista, se encuentra resuelto de pleno derecho por causal no atribuibles a las partes."

Siendo esto así, corresponde a este Arbitro Unico, determinar si la entidad, al amparo de la ley podía resolver el contrato atribuyendo una causal de mutuo acuerdo, fuerza mayor o caso fortuito, entendida así, en aplicación de la clausula del contrato antes referida y de la causales invocadas.

Al amparo del artículo 1371° del Código Civil, la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, teniendo en cuenta que la entidad resolvió el contrato de mutuo acuerdo (5) por causas no atribuibles a las partes, corresponde determinar los presupuestos legales que necesariamente deben de concurrir para que proceda esta forma de resolución de contrato:

- Las causas invocadas tienen que haberse presentado después de la suscripción del contrato.
- De acuerdo con el artículo 45° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (6), la causal invocada no deben ser atribuibles a las partes, y son estas las que deciden la resolución contractual, no debe existir causales imputables a ninguna de las partes; ello no quiere decir ausencia de causales, en tal sentido no debe de mediar culpa ni dolo de las partes relacionadas.
- La causal debe estar previsto en las bases, el contrato o reglamento.

⁵ Por el mutuo acuerdo las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto.

⁶ Artículo 45.- Resolución de los contratos.-

Las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas o por caso fortuito o fuerza mayor, estableciendo los términos de la resolución.

Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, ésta deberá liquidarle al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada.

(..)

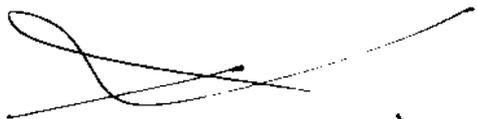
Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

Analizando la resolución del contrato, la entidad procedió a notificar al consorcio su decisión de resolver el contrato de mutuo acuerdo, acto que no fue aceptado por el contratista, por lógica razón y siendo que no hubo acuerdo, no era procedente resolver el contrato en forma unilateral, invocando mutuo acuerdo; por lo que la resolución del contrato deviene en nulo por contravención al propio artículo 45 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La entidad ha manifestado la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor también como causal de resolución del contrato. Conviene precisar que como lo manifiesta Osterlin Parodi: "Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características teóricamente; sin embargo cabe una distinción. Así se considera que caso fortuito alude sólo a las acciones naturales - lo que en el derecho anglosajón se denomina "act of god" (hecho de Dios). En cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como atribuibles a la autoridad".

El artículo 1315° del Código Civil, determina que el caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Debe quedar en claro que lo extraordinario es aquello excluido de la esfera de lo considerado normal, de lo ordinario, propiamente una rareza, algo realmente extraño, algo que nunca ocurrió pero ahora ocurre. Imprevisible no es lo mismo que inesperado o sorpresivo; esto es lo que no se previó, lo que se dejó de prever, lo que se previó erradamente; lo que pudiera prever no se previó, es aquella que escapa de las posibilidades mentales de poder preverlo; lo irresistible no puede oponer resistencia es más su voluntad es aplastada.

Ha quedado demostrado que el contrato principal quedó resuelto por causal imputable a la entidad, lo que conlleva a determinar la no existencia de un caso fortuito, por lo que no se configura esta causal para resolver el contrato de supervisión.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan Bautista"

Adicionalmente se encuentra probado en autos que la entidad continuó por administración directa con la ejecución de la obra, para el cual el contratista fue contratado como supervisor.

Por lo antes expuesto, este Arbitro Unico declara fundado el pedido de nulidad de la Resolución Unilateral del Contrato de Supervisión de la Obra: "Construcción de Alcantarillado AA.HH. San Lorenzo, Pacaya Samiria y Joaquín Abensur - San Juan Bautista" contenida en la Carta Notarial N° 118-2009-GM-MDSJB, del 25 de septiembre de 2009.

Al haberse declarado nulo la resolución del contrato ejecutada por parte de la entidad debe declararse infundado la pretensión d) de la reconvención formulada por la entidad.

DE LA DEMANDA

b).- "Determinar si corresponde, que el Árbitro Único ordena a la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista el reconocimiento de daño emergente y lucro cesante que le produjo al Consorcio Palacios paredes como consecuencia de haberle resuelto el contrato de Supervisión sin mayor sustento técnico ni legal y en forma unilateral, en la suma de S/. 80,307.54, con más pagos del interés que se devenguen hasta la fecha de pago."

Posiciones de las partes

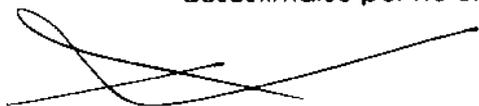
El consorcio justifica este extremo del petitorio en el sentido de que se han visto obligados a iniciar el proceso arbitral por el abuso de autoridad llevado a cabo por la entidad al denegar reiterativamente el cumplimiento de la cláusula octava del contrato de supervisión, el daño emergente se puede calificar por el tiempo que el supervisor ha estado a la expectativa de iniciar su trabajo desde el día siguiente de la firma del contrato hasta la fecha de la comunicación de la resolución del contrato 25 de septiembre de 2009, esto es por 452 días, estando todo su plantel listo para hacer el trabajo de supervisión. El lucro cesante se puede cuantificar por la utilidad dejada de percibir al no haber realizado la supervisión de la obra.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

Por su parte la entidad sostiene que la normativa es clara al señalar que no podrá haber inspector y supervisor al mismo tiempo en una obra y si bien es cierto que en un principio se contaba con un inspector, **LA ENTIDAD**, con la mejor predisposición convocó al proceso de selección para contratar a un consultor que se encargaría de la supervisión de la obra, pero como ya ha quedado demostrado, por motivos ajenos, extraordinarios e imprevisibles, a **LA MUNICIPALIDAD** el contrato de supervisión no se concretó ni pudo surtir sus efectos, puesto que el Contrato principal (que da origen a la existencia del Contrato de supervisión de obra el cual se encuentra totalmente vinculado al principal), se encontraba a punto de ser resuelto a petición de las partes en el proceso arbitral y lo que resolvería el Tribunal Arbitral, era a cuál de las partes se le imputaría dicho suceso. Entendiéndose que al quedar resuelto el contrato principal de todas maneras, el contrato de supervisión perdería su razón de ser, tal como se determina en el análisis recogido de la opinión N° 046-2009/DTN, corroborándose una vez más que los fundamentos para la resolución del contrato de supervisión utilizados por **LA ENTIDAD** son totalmente legítimos. Ahora bien, el demandante solicita que **LA ENTIDAD** reconozca el daño emergente y lucro cesante como consecuencia de haberle resuelto el contrato de supervisión sin mayor sustento técnico ni legal, como ya se ha expresado ampliamente sobre este punto y al haber quedado comprobado que **LA ENTIDAD** actuó dentro de los parámetros legales y que si se encuentra acreditada la causal para la resolución del Contrato, siguiendo con el procedimiento estipulado en el Contrato, se puede agregar lo siguiente:

- Que al haberse resuelto el Contrato de Supervisión por caso fortuito o fuerza mayor, sin imputación a las partes y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1315° y 1317° del Código Civil y si lo analizamos conjuntamente con el artículo 1321° del mismo cuerpo legal, se puede determinar que, sólo queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quién no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; situación que no se presentó.
- Bajo este esquema, **LA ENTIDAD**, no estaría sujeto a dicho resarcimiento (daño emergente y lucro cesante) puesto que la causal de resolución del Contrato no es imputada a ninguna de las partes, por lo que, esta pretensión debe desestimarse por no encontrarse en los supuestos legales.



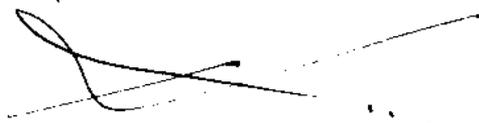
Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

- Sin perjuicio de lo anteriormente esgrimido y planteado un supuesto negado, si el demandante pretende que se le reconozca el daño emergente y el lucro cesante, debe probar realmente el perjuicio indubitadamente causado y no solo adjuntando dos Contratos privados generados por el mismo Consorcio y sus representantes, donde se podrá apreciar que la suma de los montos por concepto de "remuneración mensual" entre los dos superan largamente el monto contratado por la Supervisión, muestra inequívoca de la generación de documentos con la finalidad de "probar" el supuesto daño inferido, al margen de la impertinencia del sustento legal invocado, como es el artículo 1159°, que se refiere obligaciones de no hacer.
- Asimismo, el demandante pretende sorprender alegando que se le debe de reconocer el daño emergente por el pago de "equipo en stand by", usando en el equipo de alquiler de maquinaria. Al respecto es increíble que el demandante pretenda que se la reconozca estos conceptos, puesto que el Consorcio siempre ha tenido conocimiento de la situación de la obra principal, que ésta se encontraba paralizada y en un segundo supuesto, el demandante tendría que acreditar dicho pago adjuntando ya sea boletas, facturas o en todo caso, el contrato de arrendamiento de las maquinarias que dice haber alquilado.

No basta la sola mención a presuntos daños sino que el demandante se encuentra en la obligación de probar el presunto daño y en autos no se aprecia medio probatorio alguno que corrobore haberse perjudicado; ya que de acuerdo al artículo 196° del Código Procesal Civil le corresponde la carga de la prueba.

Análisis del Arbitro Unico

Mención especial merece lo solicitado por el consorcio respecto a una indemnización por daño emergente- resolución de contrato. Este concepto está vinculado a la resolución del contrato por causal atribuible a la entidad como se ha discernido precedentemente, responsabilidad que el contratista entiende le ha causado daño pasible de reparación.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

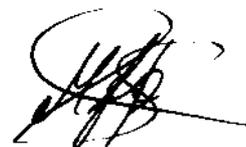
Es de considerar, que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe:

- a) que exista un contrato válidamente celebrado y eficaz;
- b) que se haya producido un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño;
- c) que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor y
- d) que se configuren los factores de atribución subjetivos y objetivos.

En cuanto al primero de los atributos anotados es evidente la existencia de una relación contractual entre las partes y en cuanto al segundo, el Arbitro Unico ha discernido previamente que en el presente caso, se ha configurado el supuesto del incumplimiento que habría ocasionado daño al demandante por defecto de la Entidad y por ende, se ha generado la supuesta responsabilidad civil contractual, circunstancia que hace posible la pretensión dañosa. En cuanto al tercer y cuarto atributos podemos indicar que están satisfechos en consideración a que, la resolución del contrato y sus consecuencias suponen una disminución del patrimonio del contratista que ve afectada su expectativa legítima de concluir el contrato, de conseguir las utilidades previstas y los ingresos provenientes de su trabajo dañado.

Ahora bien, como conocemos en nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido éste como el menoscabo que sufre el sujeto dentro de su esfera jurídica, patrimonial o extra-patrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales: al daño emergente y lucro cesante⁽⁷⁾; y daños extra-

⁷ "Daño emergente: Es la pérdida que sobreviene en el Patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, "la disminución de la esfera patrimonial" del dañado."



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

patrimoniales al daño moral y al daño a la persona, de conformidad con lo establecido por el artículo 1321° del Código Civil.⁸) En el ámbito de la contratación de obras públicas, el Artículo 45° de LCAE concordante con los Artículos 227° y 267° del Reglamento señala, como efectos de la resolución, si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

Siguiendo al maestro OSTERLING PARODI, "el primer párrafo del artículo 1321 prescribe que queda sujeto a indemnización de daños y perjuicios quién inexecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa breve", lo que importa que la Entidad debe responder por las consecuencias de su incumplimiento, lo que queda por determinar es la forma y el monto de la reparación, atendiendo a que "La indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante"⁹).

En cuanto a la determinación de la reparación el artículo 1331 del Código Civil¹⁰) ordena que la prueba de la existencia de los daños y perjuicios, así como la de su

"Lucro cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es "la ganancia patrimonial neta dejada de percibir" por el dañado."
Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica. Páginas: 157,158.

⁸ Código Civil

Art. 1321.- indemnización por dolo; culpa leve e inexcusable.

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

{.....}

⁹ OSTERLING PARODI, FELIPE, Las Obligaciones, Biblioteca para leer el Código Civil Vol. VI. PUC, Fondo Edit. 1988, pags. 207, 208.

¹⁰ Código Civil

Art. 1331.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

cuantía, corresponda al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. A ese respecto es claro que la utilidad dejada de percibir por el contratista como consecuencia directa e inmediata de la resolución del contrato por causal atribuible a la Entidad, el lucro cesante, está probado de suyo, siendo que la cuantía asciende al 50% de la utilidad que el contratista deja de percibir como consecuencia de la resolución, penalidad establecida en artículo 267° del Reglamento, que debe ser calculados al momento de liquidar el contrato, determinación resultado y consecuencia directa del incumplimiento de la entidad, lo que se ha desarrollado previamente.

Situación distinta es la que corresponde al supuesto de reparación por concepto de daño emergente, toda vez que "Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, corresponden al daño emergente; Las utilidades que deja de percibir, por iguales motivos, corresponde al lucro cesante. El daño emergente al legítimo enriquecimiento que se frustra.

El segundo párrafo del artículo 1321° comentado consigna otro precepto importante: la indemnización debe comprender todos los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del incumpliendo, trátense de daños y perjuicios previstos o no previstos."⁽¹¹⁾

De lo ya expuesto resulta que, si bien el evento dañoso, la nulidad de la resolución del contrato por responsabilidad de la Entidad, ha quedado esclarecido fuera de toda duda, el caso es que en cuanto del daño emergente no existen elementos de prueba en el expediente presentado por el contratista, lo que nos lleva a recurrir a lo dispuesto por el artículo 1332° del Código Civil que regula la valorización equitativa del resarcimiento en caso el daño no pudiera ser probado en su monto preciso, confiriéndole al Juez la facultad de fijarlo.



¹¹ OSTERLING PARODI, FELIPE, Op. Cit. Pag. 208.

**Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"**

Al efecto señala la doctrina que la .." La evaluación del daño depende de una serie de factores complejos, muchas veces difíciles de acreditar en su monto preciso,....., el juez deberá contentarse muchas veces con presunciones.

A ello obedece el texto del artículo 1332º comentado, que obliga al juez a liquidar con valoración equitativa en caso de que el daño no pueda ser probado en su momento preciso"⁽¹²⁾.

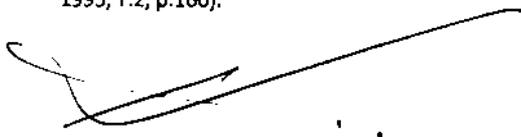
A título de referente se debe anotar que existe jurisprudencia reiterada y uniforme respecto a la determinación por parte del Juez, de los daños irrogados, de magnitud no probada, en una suma prudencia, utilizando su criterio equitativo, en los casos en que la víctima ha probado fehacientemente la existencia del daño, cuando las pruebas aportadas no son determinantes para orientar sobre la cuantía de la inejecución de la obligación.

Así, la norma acotada permite al juzgador fijar el cuántum de la reparación con criterio subjetivo y equitativamente procurando que la reparación reclamada comprenda en lo posible, la suma necesaria a fin de colocar al demandante en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida⁽¹³⁾.

En ese orden de ideas, en cuanto al monto de S/. 80,307.54, solicitado por el consorcio bajo la figura de "indemnización por daño emergente- resolución de contrato", monto que no se encuentra determinado ni acreditado en los cálculos presentados, pero si se encuentra acreditado el daño, este Arbitro Unico, haciendo su valoración al amparo de lo dispuesto por el artículo 1332º del Código Civil, establece que debe de aprobarse en la suma de S/. 25,000.00, atendiendo a que la entidad pudo exigir al consorcio desde la suscripción del contrato de supervisión que esta supervise la obra

¹² OSTERLING PARODI, FELIPE, Op. Cit. Pags. 217, 218.

¹³ Cas. Nº 3871-2001-Huaura, Cas. Nº 1278-2003-Tacna, Ejecutoria. 11-03-5 (LEDESMA NAVAEZ, Marianella, Ejecutorias, Lima 1995, T.2, p.160).



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

aun paralizada, esto es desde el 01 de julio de 2008 hasta el 24 de septiembre de 2008, fecha de resolución del contrato principal ejecutado por la empresa A&J Contratistas E.I.R.L, manteniendo incluso vigente el contrato de supervisión por más de un año con un derecho expectatio del contratista y que dio lugar a que el mismo hiciera actos de requerimientos de cumplimiento del contrato. A ello se suma que se encuentra probado que la entidad continuó con la ejecución de la obra para el cual la supervisión estaba contratado.

DE LA DEMANDA:

c).- **"Determinar si corresponde, que el Árbitro Único condene a la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista de costas y costos así como gastos arbitrales, del presente proceso."**

DE LA RECONVENCION

e).- **"Determinar si corresponde que, el Árbitro Único ordene que los costos y costas originadas en el presente proceso arbitral sean pagados por el demandante."**

De acuerdo con el Artículo 73° del Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje, 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 la parte vencida; sin embargo el tribunal podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En ese sentido el Arbitro Unico, considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Arbitro Unico ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral.



Obra: "Construcción del Sistema de Alcantarillado del
AA.HH. San Lorenzo y Joaquín Abensur - San Juan
Bautista"

En consecuencia, este Arbitro estima que cada parte debe asumir directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, asumir los gastos, costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, este Arbitro Único, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión **A).**- de **EL CONTRATISTA** en consecuencia se declara nulo la resolución del contrato efectuada por la entidad.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA en parte** la pretensión **B).**- de **EL CONTRATISTA**, en consecuencia se dispone el reconocimiento por daño emergente y lucro cesante la suma de S/. 25,000.00, con el reconocimiento de sus intereses que se devenguen desde la fecha de pago, computados desde la notificación de la demanda.

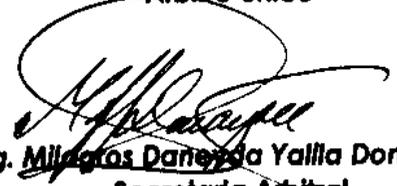
TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión **D).**- de **LA ENTIDAD** por las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO: Respecto a las pretensiones **C).**- y **E).**- el Arbitro Único determina que los costos y costas del proceso deben ser compartidos por las dos partes en iguales proporciones.

QUINTO: Remítase copia del presente laudo arbitral, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Notifíquese a las partes:


Abog. Rodolfo Arévalo Acurcio
Arbitro Único


Abog. Milagros Danayra Yalla Donayre Solís
Secretaría Arbitral