

PROCESO ARBITRAL: N° 0100-03-2021-ACIR INTERNACIONAL

ACIR INTERNACIONAL
1 JUN 2022 11:47 000163

[Handwritten signature]
Fs 34

PARTES DEL PROCESO	
DEMANDANTE	DEMANDADO
CONSORCIO NUEVO FORTALEZA	MUNICIPALIDAD PROVINCIAL SANTIAGO DE CHUCO

DENNIS ITALO ROLDAN RODRIGUEZ

ÁRBITRO ÚNICO

KEVEEN TOCTO MINO

SECRETARIA ARBITRAL

LAUDO

Chiclayo, 01 de junio de 2022



994791525
984495835



Calle La Florida
N° 715 Urb. San Eduardo



arbitraje@acir-internacional.com

Resolución Nº 13

Lima, 01 de junio de 2022.

En Chiclayo, al primer día del mes de junio del año dos mil veinte y dos, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuadas las pruebas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de la demanda y medios probatorios aportados, dicta el laudo siguiente:

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de agosto de 2020, se suscribió el Contrato de Servicios Nº 008-2020-MPSCH-LOG, para la prestación del servicio: "Mantenimiento Rutinario y Periódico de los Caminos Vecinales, Tramo: Emp. 3N Cauchalda, Nuevo Fortaleza, Muchucayda (Emp. PE-3N) del Distrito y Provincia de Santiago de Chuco – La Libertad" y Mantenimiento Rutinario y Periódico de los Caminos Vecinales tramo La Cuchilla, Dv. Pueblo Libre Suruvara – Conrra – El Despacho – Santa Rosa – Dv. Ugurcucha – Río Quenrre del Distrito y Provincia de Santiago de Chuco – La Libertad" entre la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SANTIAGO DE CHUCO (en adelante, la ENTIDAD o la DEMANDADA) y el CONSORCIO NUEVO ESPERANZA (en adelante, el CONTRATISTA o el DEMANDANTE).

La Clausula Vigésimo Quinta del Contrato estipuló lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo

3. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Árbitro Único en el presente arbitraje, corresponde señalar que

(i) De acuerdo al Convenio Arbitral, las partes establecieron que el presente arbitraje ad hoc sería resuelto bajo el Reglas establecidas en el Reglamento Arbitral del CENTRO ARBITRAJE, en la Ley y su Reglamento; y supletoriamente las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma del Arbitraje.

(ii) El Árbitro Único fue designado de conformidad con el Procedimiento de Designación 063-2021 DEL CENTRO DE ARBITRAJE. De igual modo, dicha designación guarda de respetar la regulación contemplada en la Ley, y su Reglamento; y las Directivas aprobadas por el OSCE; asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

(iii) El DEMANDANTE y DEMANDADA aceptaron la instalación del Árbitro Único que emite el presente Laudo, sin que exista recusación alguna en contra de él. Asimismo, ni impugnaron o reclamaron contra alguna de las disposiciones contenidas en el Reglamento Arbitral del CENTRO ARBITRAL, o se planteó algún recurso de reconsideración contra las decisiones emitidas por este Tribunal Arbitral.

(iv) El Contratista presentó su demanda y la Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda, contestando y ejerciendo plenamente su derecho de defensa.

(v) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento este Árbitro Único el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

(vi) Que la decisión de este Árbitro Único, contenida en el presente Laudo ha sido emitida dentro del plazo establecido para tales efectos.

Asimismo, este Árbitro Único considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De otro lado, este Árbitro Único deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, agrupándolos o analizándolos individualmente, no necesariamente conforme a lo establecido en la Resolución N° 04. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Del exhibicional:

Con ocasión de la Audiencia de Informes Orales de fecha de fecha 22 de abril de 2022, el Árbitro Único solicitó como exhibicional el Acta de Recepción del Servicio, otorgó a las partes procesales 5 días hábiles para que adjuntaran dicho documento, en ese sentido, con fecha 27 de abril de 2022, remitió dicho documento, el cual fue puesto en conocimiento del DEMANDANTE, el cual no emitió observación alguna, por lo que se incorporó al proceso arbitral:

❖ Actas de Recepción de Servicios con Observaciones.

9. Con fecha 22 de abril de 2022, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, donde las partes tuvieron la amplitud y oportunidad suficiente de expresar sus argumentos y razones en torno a sus pretensiones, asimismo, mediante Resolución 9 se fijó el plazo para que las partes formularan sus alegatos finales.

10. Mediante Resolución N° 11 del 2 de mayo de 2022, se cierra la etapa probatoria del proceso arbitral y se fija plazo de 15 días hábiles para laudar, prorrogables por 7 días hábiles más, ello de conformidad al artículo 43° del Reglamento Arbitral del CENTRO DE ARBITRAJE.

En Relación con la Materia Probatoria

11. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en este Árbitro Único respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte

contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó” (1)

Saneamiento procesal

12. Al respecto es necesario acotar que tanto al DEMANDANTE, como a la DEMANDADA se les ha dado todas las facilidades con el objetivo que ejerzan plenamente sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, procediéndose a permitirles formular plenamente sus argumentos y posiciones en torno al debate procesal que se ha establecido al momento de fijar los puntos controvertidos.

13. Ninguna de las partes ha formulado excepción alguna ni ha cuestionado el establecimiento del proceso ni la cláusula arbitral contenida en el Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG; por lo que se entiende que el proceso arbitral se ha llevado dentro de los cauces normales de las actuaciones de las partes y del Árbitro Único, por lo que, se entiende que el presente proceso arbitral se encuentra saneado.

Análisis de los Puntos Controvertidos

14. **Primer punto controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia de la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM, de fecha 20 de octubre de 2021, la misma que dispone aplicar penalidad por el 10% del monto del contrato por la suma de S/ 188 900.00 Soles.

Posición del Demandante

Respecto de la posición formulada por el DEMANDANTE durante la presentación de la demanda y el debate procesal ha sido el solicitar la nulidad de la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM, que es el acto administrativo por el cual la ENTIDAD aplicó la penalidad por la suma de S/ 188 900.00 Soles que equivalen al 10% del monto contractual.

Sus fundamentos para solicitar la nulidad del mencionado acto administrativo se basan en: (i) que no es emitida por el órgano competente, (ii) es contraria a la ley, en concreto al TUO de Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (**en adelante, la LPAG**) y a la Ley; y, (iii) no cuenta con la debida motivación del acto administrativo.

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, Lima, 1994, p. 35.

En adición a lo expuesto, resulta necesario señalar que la ENTIDAD, respecto a este punto controvertido señaló que durante la ejecución de las prestaciones a cargo del DEMANDANTE en el marco del Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG, éste incumplió con sus obligaciones, lo cual quedó reflejado en los siguientes informes:

- Informe N° 014-2021-MPSCH/TACSMRP/EJEP.
- Informe N° 059-2021-JO/IVPSCH/MAME.
- Informe N° 056-2021-IVP-MPSCH/GGI/KFJG.
- Informe N° 341-2021-MPSCH/YRM/LOG.
- Informe Legal N° 498-2021-MPSCH/AL.

Posición del Árbitro Único

En primer término, es necesario acotar que las controversias existentes entre las partes procesales se derivan del Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG para la prestación del servicio periódico: “Mantenimiento Rutinario y Periódico de los Caminos Vecinales, Tramo: Emp. 3N Cauchalda, Nuevo Fortaleza, Muchucayda (Emp. PE-3N) del Distrito y Provincia de Santiago de Chuco – La Libertad” y Mantenimiento Rutinario y Periódico de los Caminos Vecinales tramo La Cuchilla, Dv. Pueblo Libre Suruvara – Conrra – El Despacho – Santa Rosa – Dv. Ugurcucha – Río Quenrre del Distrito y Provincia de Santiago de Chuco – La Libertad”; cuya prestación constaba de 3 fases bien diferenciadas.

ÍTEM	PRESTACIÓN	PLAZO
Fase I	Plan de Trabajo	20 días
Fase II	Mantenimiento Periódico	120 días
Fase III	Mantenimiento Rutinario	360 días

En el desarrollo de las prestaciones a cargo del DEMANDANTE, se procedió a suscribir una modificación al Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG, a través de la Adenda N° 001, a efectos de modificar los plazos de la Fase II y que el mencionado contrato concluyera con fecha 31 de diciembre de 2020, esto último de conformidad a lo expuesto por la ENTIDAD en el Informe N° 056-2021-IVP-MPSCH/GG/KFJG.

Yendo al caso en concreto, el DEMANDANTE ha solicitado como petitorio la nulidad de la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM, por la cual, la ENTIDAD, estableció la aplicación de penalidades por el monto equivalente al 10% del valor contractual, es decir por la suma de S/ 188 900.00 Soles, señalando que ésta debe cumplir con los requisitos

Yendo al caso en concreto, no podemos considerar al contrato administrativo como un contrato eminentemente civil, donde existe una relación horizontal y como consecuencia lógica las comunicaciones que efectúe la administración pública son meras comunicaciones o actos de gestión, puesto que la administración pública actuaría como un ente privado⁴; dejando de lado aspectos intrínsecos de Derecho Público que son inherentes a todo contrato administrativo.

A este respecto es conveniente resaltar que, dentro de la doctrina nacional, el autor Danós Ordóñez⁵ señala que **dentro de un contrato administrativo existe un elemento que le da una naturaleza distinta** a la de un contrato civil y **la denomina prerrogativa**; definiéndola como el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite tener una posición prevalente.

En ese orden de ideas se establece que el hecho de participar en un contrato, no hace que la administración pública abandone o se despoje de su IUS IMPERIUM, para someterse a un esquema de contratación netamente civilista, donde se presume la existencia de igualdad de condiciones de las partes, consecuentemente con ello no puede establecerse que exista una relación horizontal entre las partes contratantes y en tal sentido los pronunciamiento que ocurran entre éstas sean netamente actos de gestión contractual.

Corroborar nuestra posición lo expuesto por el tratadista Ramón Huapaya Tapia⁶, quien expone:

*... "En dicho contexto, de acuerdo a lo expresado por la doctrina sobre la materia, podemos denotar que la doctrina es pacífica en conceptualizar las potestades y prerrogativas de la administración pública como instrumento garantista del interés público que se circunscribe al objeto del contrato, en los cuales se pone de manifiesto las atribuciones de "privilegios", "poder" y **actuaciones unilaterales** en la relación contractual frente al co - contratante, quien se encuentra en una situación de subordinación jurídica a las "cláusulas exorbitantes" o frente al pliego normativo que les atribuye poder contractual."*

Estando a lo expuesto por el precitado jurista, en un contrato administrativo, tal como lo es el Contrato de Servicios N° 008-2020-MPSCH-LOG, la administración pública conserva para sí, su potestad y poder frente al DEMANDANTE y en virtud de ello, puede ejecutar actuaciones unilaterales, las cuales de incidir sobre los derechos y obligaciones de este, los

⁴ GARCÍA TREVIJANO; José Antonio. Los Actos Administrativos. Civitas. Madrid, 1986. Pág. 43.

⁵ DANÓS ORDÓÑEZ; Jorge. El Régimen de los Contratos Estatales En El Perú. En Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Palestra, Lima, 2007. Pág. 94.

⁶ Huapaya Tapia; Ramón. Potestades y Prerrogativas en los Contratos Públicos en el Derecho Peruano. en: Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Palestra, Lima. 2012. Pág. 542.

incumplimiento por parte del proveedor o contratista a la aplicación de las penalidades correspondientes; sin embargo, el ejercicio de dicha potestad no es libre y debe revestir de las formalidades exigidas no sólo en la Ley, sino en las demás normas de derecho público que resultaran aplicables, debiendo considerar que la aplicación de penalidades sólo puede realizarse cuando se encuentre vigente el contrato.

Respecto del presente punto controvertido, el DEMANDANTE señaló que la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM adolece de: (i) una debida motivación y (ii) de la competencia del funcionario que la suscribe, ahora bien, procederemos a analizar el primer aspecto concerniente a la debida motivación, al respecto la doctrina es unánime en señalar que todo procedimiento administrativo debe efectuarse en el marco del debido procedimiento, así las cosas, el numeral 1.2 del Título IV del Título Preliminar de la LPAG establece que: *“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”*.

Complementariamente, el Tribunal Constitucional ha definido al Debido Procedimiento Administrativo como⁷: *“el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto, por parte de la administración pública o privada, de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución [...]”*; en otras palabras, el debido procedimiento es el respeto por parte de la autoridad administrativa de una serie de garantías que aseguran la legalidad y predictibilidad de las resoluciones administrativas, entre las cuales se encuentra la garantía de la debida motivación.

Consecuentemente, debe considerarse que al ser la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM un acto administrativo, ésta debe haberse emitido considerando la garantía de la debida motivación, a lo que cabe hacernos la siguiente pregunta, ¿Cómo se define la debida motivación?, para dar respuesta a dicha pregunta, recurriremos a lo expuesto jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, así, en el fundamento 8 de la STC 2192-2004-AA/TC, ha señalado que la *“motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático de derecho. En un Estado constitucional democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la*

⁷ Fundamento 2 y 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional STC 4289-2004-AA/TC.

periodo de vigencia, siendo que el Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG a la fecha de expedición de la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM se encontraba plenamente vigente, por cuanto las actas del 31 de diciembre de 2020 no constituyen la recepción y conformidad definitiva de los servicios que el DEMANDANTE ha venido prestando.

Considerando lo hasta aquí expuesto, existe una adecuada relación entre los hechos, el razonamiento y valoración de éstos por parte del funcionario para determinar la consecuencia jurídica, vale decir la aplicación de la penalidad; en ese contexto, la Resolución Gerencial N° 147-2021-MPSCH/GM cumple con la garantía de la debida motivación, en tanto ello es así, se debe descartar el argumento expuesto por el DEMANDANTE, en cuanto a este extremo se refiere.

Continuando con el análisis respectivo, es necesario recalcar que al ser un procedimiento de contratación regulado bajo la Ley y su Reglamento, dichas disposiciones normativas imponen una serie de disposiciones para las actuaciones de los diversos órganos que componen a la ENTIDAD, esto es delimitan al interior de ésta las competencias para las actuaciones de cara a la gestión contractual, para un mayor y profundo análisis me permitiré transcribir el artículo 8° de la Ley y el 5° del Reglamento:

"TUO de la Ley N° 30225

Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones

8.1 Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad:

- a) *El Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.*
- b) *El Área Usuaría, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.*
- c) ***El Órgano Encargado de las Contrataciones, que es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.***
La Entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. El reglamento establece su composición, funciones, responsabilidades, entre otros".



Municipal N° 011-2021-MPSCH (en adelante, el ROF), el cual es definido textualmente en su presentación (SIC): *“Las disposiciones contenidas en el presente documento de gestión, son de cumplimiento obligatorio por parte de los Órganos de Gobierno y Alta Dirección, Órganos de Con y Defensa Judicial, Órganos de Asesoramiento, Órganos de Apoyo y Órganos de Línea que conforman la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco, estableciendo los niveles de las coordinaciones institucionales y definiendo sus relaciones con otros órganos del Sector Público [...]”*.

Haciendo una sindéresis de lo expuesto, el ROF de la entidad: (i) es de obligatorio cumplimiento, (ii) define la estructura interna de la ENTIDAD; y, (iii) define las relaciones de la ENTIDAD con otros órganos y organismos del sector público. Dicho ello, resulta necesario considerar lo expuesto en los artículos 54° y 55° del ROF donde se precisan las funciones y atribuciones de la Oficina de Abastecimiento y Control Patrimonial:

“REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SANTIAGO DE CHUCO

[...]”

Artículo 54°. Oficial de Abastecimiento y Control Patrimonial

La Oficina de Abastecimiento y control Patrimonial es la unidad orgánica encargada de la programación, ejecución y control de los procesos del sistema administrativo de abastecimiento de la municipalidad, de conformidad con la normativa correspondiente. Depende de la Oficina General de Administración y Finanzas.

Artículo 55°. Funciones de la Oficina de Abastecimiento y Control Patrimonial

Son funciones de la Oficina de Abastecimiento y Control Patrimonial

- a) *Gestionar la ejecución de los procesos vinculados a la Cadena de Abastecimiento Público, en el marco de lo dispuesto en la normativa del sistema administrativo de abastecimiento y control patrimonial.*
[...]
- d) *Coordinar, programar, ejecutar e informar transparentemente los procesos de obtención de bienes y servicios y obras requeridos por la entidad [...]*

De esta forma, al amparo de lo expuesto, se tiene que es la Oficina de Abastecimiento y Control Patrimonial, el órgano de la ENTIDAD que tiene a su cargo la conducción de los procedimientos de selección conducentes al abastecimiento de bienes, servicios y obras; por lo que, en el marco de la Ley y su Reglamento constituye el OEC y por competencia



En tal sentido, la Resolución de Alcaldía N° 227-2021-MPSCH deviene en nula, por la contravención de los requisitos de valides del acto administrativo, situación prevista y sancionada en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG.

15. **Segundo punto controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH/GM, de fecha 17 de diciembre de 2021, la misma que dispone resolver el contrato por la causal de incumplimiento de obligaciones contractuales y legales.

Posición del Demandante

El DEMANDANTE respecto al segundo punto controvertido ha señalado que la Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH/GM, por la cual se resuelve el Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG carece de valides jurídica, por cuanto no se ajusta a la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que no existe congruencia entre los fundamentos expuestos en el citado resolutivo (resolución por aplicación de penalidades por mora) con lo que finalmente se resuelve (por incumplimiento de obligaciones).

Señala complementariamente, que la ENTIDAD al determinar la resolución por incumplimiento de obligaciones, no ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 165° del reglamento como paso previo para proceder con dicha forma de resolución contractual

Posición de la Entidad

Por su parte la ENTIDAD, es necesario traer a colación que ésta no presentó su contestación de la demanda en el plazo previsto, razón por la cual, con Resolución N° 04 se la declaró como parte renuente de acuerdo al artículo 46° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que norma el Arbitraje, recién con fecha 16 de febrero de 2022, presentó su escrito de contestación a la demanda, no obstante, a fin de no perjudicar su derecho a la defensa, se procederá a considerar los argumentos expuestos en ésta, en la Audiencia de Informes Orales del 22 de abril de 2022 y sus alegatos finales.

Al margen de ello, la ENTIDAD ha señalado como argumento que la Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH/GM cumple con todos los requisitos de la normativa aplicable, puesto que el Contrato N° 008-2020-MPSCH-LOG fue resuelto tanto por incumplimiento de obligaciones por parte del CONTRATISTA y por haber alcanzado el máximo de mora permitido (10% del valor contractual).



Bajo dicha premisa, podemos colegir que un contrato será de prestaciones recíprocas cuando las partes intervinientes sean acreedoras y deudoras una respecto de la otra.

Sin embargo, dentro del esquema general de la contratación, no sólo existen los contratos a los que se obligan los particulares, sino existen aquellos donde uno de los intervinientes resulta ser el Estado o una dependencia de éste otorgándole un cariz, tratativa y regulación distinta.

En esa línea de análisis, mientras que en la contratación civil prima la autonomía privada que presupone que las partes están son iguales ante la ley, en la contratación administrativa se establece una suerte de desigualdad entre los suscribientes. En ese sentido es útil traer a colación lo expuesto por los autores Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰:

[...] Los contratantes civiles suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad, mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra sólo puede exhibir su propio y particular interés [...]"

Sin embargo, independientemente de la naturaleza civil o administrativa que pudiera atribuírsele a un contrato donde una parte signataria es el Estado o una dependencia administrativa de éste, lo cierto es que el contrato genera obligaciones y crea vinculaciones entre las partes, como bien lo afirma el tratadista Manuel De La Puente y Lavalle¹¹:

"[...] No interesa que el contrato sea civil o administrativo. Basta que sea contrato, por cuanto, como se ha visto, tanto en derecho privado como en el derecho público el contrato crea relaciones jurídicas entre las partes y es obligatorio para ellas [...] En ambos derechos es una fuente de obligaciones. Y también en ambos la obligación contractual es lo mismo: un deber jurídico que ata a las partes [...]"

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA; EDUARDO y FERNÁNDEZ; TOMÁS RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo. Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006. Tomo I. Pág. 737.

¹¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE; MANUEL. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Volumen XI. Cultural Cuzco S.A. editores. Pág. 367.





sobrevinientes a la celebración del pacto original, en ese extremo, Francesco Messineo¹² define a la “resolución” como:

“[...]La resolución es un remedio jurídico que presupone un contrato perfecto, pero, además, un evento sobrevenido, o un hecho nuevo, o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato, que de algún modo altere las relaciones entre las partes tal como se habían constituido originariamente, o perturbe el normal desarrollo del contrato, de manera que éste no pueda continuar existiendo, porque se ha modificado, o en absoluto se ha roto, aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato, y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo [...]”

De lo expuesto, se desprende que la resolución puede tener lugar por causas diversas. Así por ejemplo, por la inexecución de la prestación o por la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación o por la imposibilidad de ejecutar la prestación.

Trasladando dicho concepto al ámbito de contrataciones del Estado, se tiene que la LCE ha desarrollado la siguiente disposición respecto de la resolución contractual:

“Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 36°.- Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreveniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes. [...]”

En ese extremo, la Ley ha establecido de forma general las causas por las cuales se puede resolver un contrato regulado por la normativa de contrataciones del Estado.

¹² Messineo, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955. Tomo IV. Pág. 522.





Asimismo, no resulta suficiente para salvar la incongruencia que afecta al resolutivo señalado, el argumento propuesto por la ENTIDAD, en el que se precisa que la resolución contractual se efectuó en base a las causales por incumplimiento de obligaciones y el haber alcanzado el máximo de penalidad por mora, ello constituye un argumento superfluo y que no reviste de mayor asidero y rigor jurídico, ya que sólo basta leer el resolutivo de la Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH, el cual para fines didácticos glosamos a continuación:

"Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH

[...]

SE RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- RESOLVER el Contrato de Ejecución del Servicio N° 008-2020-MPSCH.LOG, suscrito entre la Municipalidad Provincial de Santiago de Chuco y el ***CONSORCIO NUEVA FORTALEZA*** conformado por ***INVERSIONES TURÍSTICAS RC S.A.C.*** y ***HIDROVIAS PERU S.A.*** para la ejecución: ***"MANTENIMIENTO RUTINARIO Y PERIÓDICO DE LOS CAMINOS VECINALES, TRAMO: EMP. 3N CAUCHALDA, NUEVO FORTALEZA, MUCHUCAYDA (EMP. PE-3N) DEL DISTRITO Y PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO - LA LIBERTAD"*** Y ***MANTENIMIENTO RUTINARIO Y PERIÓDICO DE LOS CAMINOS VECINALES TRAMO LA CUCHILLA, DV. PUEBLO LIBRE SURUVARA - CONRRA - EL DESPACHO - SANTA ROSA - DV. UGURCUCHA - RÍO QUENRRE DEL DISTRITO Y PROVINCIA DE SANTIAGO DE CHUCO - LA LIBERTAD"***, ***por incumplimiento de obligaciones legales*** a cargo del contratista, causal prevista en el numeral 164.1 del artículo 164 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [...]"

De lo que se observa, que si bien no se precisa el literal que contiene la causal por la que se resuelve el contrato, textualmente se consigna que ésta se realiza por "incumplimiento de obligaciones legales", lo cual constituye una sindicación directa de la causal establecida en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento, lo cual no se condice con los considerandos expuesto en el cuerpo del resolutivo y de allí, la existencia de la incongruencia evidenciada en la Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH, lo cual acarrea su falta de debida motivación y por ende su nulidad.

Ahora bien, en el punto controvertido anterior ya se ha desarrollado la categoría conceptual de la debida motivación administrativa, por lo que a efectos de no realizar un pleonismo, de manera sucinta se mencionará que la debida motivación en sede administrativa es una garantía dentro del debido procedimiento administrativo, el cual tiene por objeto que el



Posición del Árbitro Único

Concerniente al tercer punto controvertido, es de advertirse que esta constituye una pretensión accesoria a las dos pretensiones principales, por las cuales, el DEMANDANTE solicitó la nulidad de la Resolución Gerencial N° 147-2020-MPSCH/GM y la Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH, por la cuales se determinó por parte de la ENTIDAD, el cobro de una penalidad por mora equivalente al 10% del monto contractual y la resolución del contrato, respectivamente.

Cabe señalar, que la pretensión accesoria del DEMANDANTE es respecto de la devolución del fondo de garantía ejecutado por la ENTIDAD en mérito de la aplicación de la penalidad por mora Resolución Gerencial N° 147-2020-MPSCH/GM, en concreto, dicha disposición se puede observar en el segundo resolutivo del precitado instrumento administrativo.

Es preciso indicar, que de acuerdo a la Ley y al Reglamento, las situaciones por las cuales se puede ejecutar la garantía de fiel cumplimiento es en caso de resolución contractual atribuible a una de las partes y el cobro de penalidades, siendo así, ambas situaciones se encontraban previstas en los resolutivos emitidos por la ENTIDAD: Resolución Gerencial N° 147-2020-MPSCH/GM y Resolución de Alcaldía N° 462-2021-MPSCH; sin embargo, dado que conforme se ha expresado en los considerandos del presente Laudo Arbitral, ambas resoluciones devienen en nulas por contravenir lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10° de la LPAG, en tanto ello sea así, no existe razón para su ejecución, debiéndose retrotraer al estado anterior a la emisión de los citados resolutivos, debiendo la entidad restituir el fondo de garantía y proceder con su devolución al DEMANDANTE conforme las disposiciones de la Ley y del Reglamento.

17. **Cuarto punto controvertido.-** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único determine quien asumirá el reconocimiento y pago de los gastos arbitrales, derivados de la solución de controversias, que incluye los gastos de los honorarios del abogado defensor, honorarios del Árbitro, gastos administrativos del arbitraje, entre otros, que deben ser asumidos el 100% por la Municipalidad Provincial Santiago de Chuco.

Posición del Demandante

Respecto de este cuarto punto controvertido, el DEMANDANTE ha solicitado como petitorio que sea la ENTIDAD quien asuma todos los costos y gastos que se ha incurrido en el presente proceso arbitral, debido a que el presente proceso arbitral se ha instaurado gracias al irregular accionar de ésta.

- i. Tasa por presentación de la Solicitud de arbitraje, que será regulada en el anexo 1 al presente reglamento.
- ii. Tasa por designación de árbitro, que será regulada en el anexo 1 al presente reglamento.
- iii. Tasa administrativa por servicio de administración de arbitraje del Centro, que será determinada en función de la cuantía del arbitraje o de la sumatoria de todas las pretensiones sean de naturaleza determinada o indeterminada.
- c. Los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos realicen los árbitros y el personal del Centro.
- d. Los honorarios razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.
- e. El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.
- f. Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.

Todo lo relacionado a los gastos administrativos del Centro y los honorarios de los árbitros son de potestad exclusiva del Centro. Las partes y el Tribunal no puede pactar sobre estos conceptos y de hacerlo se considerará no puesto.

La cobranza y facturación del Centro, así como los honorarios de los árbitros no se consideran actos arbitrales. Ambos son tramitados directa y exclusivamente por el Centro, debiendo informarse a los árbitros el cumplimiento o no de las obligaciones económicas de las partes para que se proceda conforme corresponda.

[...]

Artículo 79.-

1. *En el laudo el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cual de las partes deberá pagarlos y/o en que proporción deberán repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.*

2. **Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo,** la actitud asumida por las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesta, practicada por cualquiera de las partes.

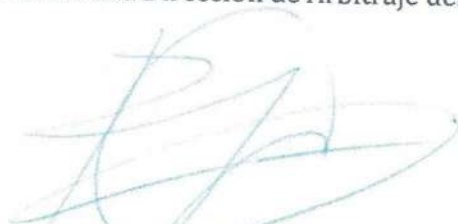
3. *Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del*

SEGUNDO. - Declarar FUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

TERCERO. - Declarar FUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO. - Declarar FUNDADA EN PARTE la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, por las razones expuestas la parte considerativa del presente Laudo.

Disponer que en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de emitido el presente Laudo, la Secretaría Arbitral cumpla con notificarlo a las partes en sus respectivos domicilios procesales electrónicos, así como a la Dirección de Arbitraje del OSCE.



DENNIS ITALO ROLDAN RODRÍGUEZ

Árbitro Único



Firmado digitalmente por:
ROLDAN RODRIGUEZ Denn
Italo FIR 09852142 hard
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 01/06/2022 10:47:28-0



Fiorella Ramírez C
Secretaría Arbitral