

Lima, 31 de marzo de 2023

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CATALINO Y SANTOS SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA - CATYSAN SAC,
En adelante el **Contratista**.

Demandado:

MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL,
En adelante la **Entidad**.

Tribunal Arbitral Unipersonal:

Patrick Hurtado Tueros.

Secretaría Arbitral:

Jorge Julio Martin Delgado Monteblanco.

RESOLUCIÓN N° 14

Lima, 31 de marzo del dos mil veintitrés.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 22 de enero de 2020, se suscribió el Contrato N° 003-2020-MDSM, para la "REPARACIÓN DE PISTAS, VEREDAS Y RAMPAS DEL DISTRITO DE SAN MIGUEL – ITEM N° 01: "REPARACIÓN DE PISTAS Y VEREDA EN EL JR. SANTA ANA, PSJE. LIBERTADOR SIMÓN BOLIVAR, CALLE ARICOTA Y PSJE. CAÑON DEL PATO URB. YAMILE DISTRITO DE SAN MIGUEL – LIMA - LIMA", derivado de la Adjudicación Simplificada N° 013-2019-CS/MDSM (en adelante, el "Contrato").
2. La Cláusula del Contrato, Décimo Séptima: Solución de Controversias, establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: 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 parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Como consecuencia de las controversias relacionadas con obligaciones de pago pendientes por la ejecución del Contrato, el Contratista procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula décimo séptima del Contrato.

Asimismo, en el convenio arbitral, se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral:

1. Al haber quedado firme la designación del Árbitro Único, Dr. Patrick Hurtado Tueros, a través del Acta de Instalación virtual del árbitro Único del 12 de setiembre de 2022, se declaró instalado al presente arbitraje.
2. Mediante Resolución N° 1 de 13 de setiembre de 2022, se resolvió la oposición formulada por la Entidad mediante escrito de fecha 12 de julio de 2022, declarándola infundada.
3. Con fecha 22 de setiembre de 2022, el Contratista presentó su escrito de demanda, la cual fue admitida a trámite a través de la Resolución N° 4 de fecha 08 de noviembre de 2022. Asimismo, se corrió traslado de la misma a la Entidad,

otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que cumpla con contestarla.

4. Al respecto, con fecha 28 de noviembre de 2022, la Entidad presentó su escrito de contestación de demanda; sin embargo, ésta se mantuvo en custodia de la secretaría arbitral, hasta que se cumpla con presentar los medios probatorios identificados con los numerales "9) Informe N° 322-2022-OAJ" y "11) Informe N° 019-2020-2-2167-SCE", los cuales fueron presentados mediante escritos de fecha 23 y 27 de diciembre de 2022. Por tanto, mediante Resolución N° 08 del 29 de diciembre de 2022, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda.
5. Bajo la misma Resolución N° 08, se procedió a fijar inicialmente los puntos controvertidos (los definitivos se fijaron con la Resolución N° 10) y a admitir los medios probatorios, conforme al siguiente detalle:

- **De la parte Demandante:**

Se admitieron los medios probatorios enumerados en los acápites "MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEMANDA" Y "ANEXOS" del escrito de Demanda, presentado el 22 de setiembre de 2022.

- **De la parte Demandada:**

Se admitieron los medios probatorios enumerados en los acápites "III) MEDIOS PROBATORIOS" y "IV. ANEXOS" del escrito de Contestación de demanda, presentado el 28 de noviembre de 2022.

Se admitieron los medios probatorios presentados mediante escrito de subsanación de fecha 23 de diciembre de 2022.

6. Cabe señalar que, en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo proceso arbitral, este Tribunal Arbitral Unipersonal deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Árbitro Único.

7. Es preciso señalar que a través del escrito de fecha 11 de enero de 2023, el Contratista solicitó la ampliación de su demanda, acumulando una pretensión; por lo cual, se corrió traslado de dicha acumulación, mediante Resolución N° 09 del 08 de enero de 2023.
8. Mediante escrito de fecha 26 de enero de 2023, la contraparte cumplió con absolver el traslado conferido, planteando sus argumentos para que el Árbitro Único desestime la pretensión acumulada. Dicho pedido se tuvo en consideración a través de la Resolución N° 10 de fecha 27 de enero de 2023 y el mismo fue declarado como no ha lugar.
9. A través de la misma Resolución N° 10, se declaró concluida la etapa de actuación de medios probatorios, se citó a las partes a una Audiencia Única y se fijaron los puntos controvertidos conforme al siguiente detalle:

I.- DE LA DEMANDA ARBITRAL:

1.- Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene el pago del saldo pendiente de facturar y pagar por S/. 33,357.16 (Treinta y Tres Mil Trescientos Cincuenta y Siete con 16/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

2.- Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene el pago de la factura E001-160 pendiente, cuyo monto asciende a S/. 485,083.66 (Cuatrocientos Ochenta y Cinco Mil Ochenta y Tres con 66/100 nuevos soles), que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

3.- Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por el importe de S/. 67,520.96 (Sesenta y Siete Mil Quinientos Veinte con 96/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

4.- (De la Acumulación de Demanda 23.12.22) *Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 054-2022-GM-MDSM, de fecha 28 de octubre de 2022, donde se declara la nulidad de oficio de la*

Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM, de fecha 07 de diciembre de 2021, que aprobaba el valor de la Liquidación Técnica Financiera del Contrato de Ejecución N° 003-2020-MDSM.

5.- Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad asumir los gastos del presente proceso (costos y costas) más los intereses legales hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

10. Asimismo, mediante escritos de fecha 07 de febrero de 2023, las partes cumplen con presentar sus alegatos escritos y, por medio de la Resolución N° 11 del 08 de febrero de 2023 se tuvieron presente ambos escritos. Asimismo, a través de escrito de fecha 08 de febrero de 2023, la Entidad presenta medios probatorios para mejor resolver; en ese sentido, el Árbitro Único consideró necesario correr traslado de dichos medios probatorios al Contratista, a fin de que cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho y fuera de ley. De igual manera, el proceso se suspendió por actuaciones de las propias partes.
11. Frente a la oposición formulada por el Contratista en contra de los medios probatorios presentados por la Entidad, este Árbitro Único, mediante Resolución N° 12, la declaró infundada y tuvo presente para mejor resolver los mencionados medios probatorios. Finalmente, se suspendió el proceso por un plazo de quince (15) días hábiles, debido a que el Contratista no cumplió con acreditar la retención del pago de los honorarios a su cargo.
12. Puesto que el proceso se había suspendido por actuaciones propias de las partes producto, al haberse presentado nuevos medios probatorios, se mantuvo la suspensión del proceso, hasta la realización de la Audiencia Única, la misma que fue programada para el 16 de marzo de 2023.
13. En la fecha y hora programada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia Única, con la presentación de ambas partes. De esta manera, los representantes de ambas partes hicieron uso de la palabra, formulando el Árbitro Único, luego de dicha exposición, las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por las partes. Posteriormente, se fijó el plazo para laudar, teniendo como fecha límite para emitir el laudo hasta el 31 de marzo de 2023.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó sin objeción fundada de las partes, habiendo sido designado por el Centro de Arbitraje.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda, dentro del plazo correspondiente.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra, para informar ante el Tribunal Arbitral Unipersonal, lo que sucedió a través de la Audiencia Única.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral Unipersonal ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 10, a través de la cual se llevó a cabo la Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente, en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral Unipersonal pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, 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 el juzgador 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

El Tribunal Arbitral Unipersonal deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes, no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral Unipersonal deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y

¹ **TARAMONA HERNÁNDEZ.**, José Rubén. *"Medios Probatorios en el Proceso Civil"*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

pertinencia, que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral Unipersonal, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados; por lo que, en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

1. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 054-2022-GM-MDSM, de fecha 28 de octubre de 2022, donde se declara la nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM, de fecha 07 de diciembre de 2021, que aprobaba el valor de la Liquidación Técnica Financiera del Contrato de Ejecución N° 003-2020-MDSM.

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido, en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

El Contratista indica que en la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM de fecha 07 de diciembre de 2021, se aprueba la Liquidación Técnica Financiera del Contrato por la Entidad, quedando un saldo pendiente por pagar.

Menciona que, con la Resolución de Gerencia N° 054-2022-GM-MDSM, de fecha 28 de octubre de 2022, la Entidad dispuso que los actos administrativos se retrotraigan hasta el momento en que la Oficina de Administración y Finanzas tomó conocimiento de la Liquidación de la Obra presentada por el Contratista. Alega que es un hecho irregular y que genera dudas con respecto al razonamiento que empleó la Entidad para emitir dicho acto, así como del procedimiento seguido, pues se desconoce que la Liquidación ya había sido aprobada.

Agrega que, en la resolución donde se declara la nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM del 07 de diciembre de 2021, se menciona que de acuerdo con el Informe N° 019-2020-2-2167-SCE, se hubiera evidenciado un vicio

con respecto a la presentación de documentación que acreditaría la experiencia del residente de obra.

Al respecto, el Contratista precisa que la emisión de dicha resolución está viciada, ya que no está debidamente motivada y tampoco se ejecutó de acuerdo al debido procedimiento que se debe seguir en los casos de nulidad; pues, la Entidad previamente debió otorgar un plazo no menor a cinco (5) días para que el Contratista pueda ejercer su derecho de defensa *-conforme al artículo 213º del TUO de la LPAG-* hecho que no ocurrió.

Por ello, el Contratista considera que la Resolución de Gerencia Municipal N° 054-2022-GM-MDSM, carece de la motivación suficiente y faltó al procedimiento debido para declarar la nulidad de la resolución que aprobó la Liquidación del Contrato, siendo emitida de manera irregular. De esta forma, el Contratista manifiesta que es una estrategia de la Entidad para desligarse de su obligación de cumplir con los pagos a favor del Contratista.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Entidad demandada, respecto a este punto controvertido:

La Entidad señala que, la pretensión no puede pretender se desconozcan actos administrativos emitidos por la administración edil, respecto del contrato materia de cumplimiento, ya que por el principio de Legalidad, establecido en la Ley 27444, sostiene que los actos administrativos solo pueden ser cuestionados en sede administrativa y/o cuando se haya agotado dicha vía en sede judicial, en la vía contenciosa administrativa, tal como lo regula el ordenamiento jurídico.

Siendo que, en el presente caso, se pretende declarar la Nulidad de la Resolución emitida por la Gerencia Municipal N° 054-2022-GM-MDSM del 28 de octubre de 2022; por la cual, la Gerencia Municipal de la Entidad resolvió declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM del 07 de diciembre de 2021, emitida por la Gerencia de Desarrollo Urbano, la misma que aprobaba la Liquidación económica y financiera de la Obra.

1.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Para llevar a cabo el análisis del presente punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato. Así como también, una verificación del estado en que se encontraría la liquidación de la obra.

Esta controversia deriva del Contrato N° 003-2020-MDSM, para la "REPARACIÓN DE PISTAS, VEREDAS Y RAMPAS DEL DISTRITO DE SAN MIGUEL – ITEM N° 01: "REPARACIÓN DE PISTAS Y VEREDA EN EL JR. SANTA ANA, PSJE. LIBERTADOR SIMÓN BOLIVAR, CALLE ARICOTA Y PSJE. CAÑON DEL PATO URB. YAMILE DISTRITO DE SAN MIGUEL – LIMA - LIMA".

De lo establecido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato, se puede apreciar que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del mencionado Contrato, deberán solucionarse mediante conciliación o arbitraje.

Asimismo, debe precisarse que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, esto es: i) el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225 aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF, (en adelante, "Ley de Contrataciones del Estado o LCE"); y, ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 355-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, (en adelante, "Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o RLCE").

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Árbitro Único toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes; razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo, son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria, o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el mencionado Contrato.

Al respecto, debemos indicar que el presente Contrato, tiene como objeto la reparación de pistas, veredas y rampas del distrito de San Miguel, "Reparación de pistas y vereda en el Jr. San Ana, Pasaje Libertador Simón Bolívar, Calle Aricota y Pasaje Cañón del Pato, urbanización Yamile". Asimismo, el plazo otorgado para el

cumplimiento de dicha prestación, se encuentra previsto en la Cláusula Quinta del Contrato, la cual establece que:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN
El plazo de ejecución del presente contrato es de sesenta (60) días calendario, el mismo que se computa desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el artículo 176° del Reglamento, las mismas que se detallan a continuación:

1. Que LA ENTIDAD notifique al CONTRATISTA quien es el Inspector o el Supervisor según corresponda.
2. Que LA ENTIDAD haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra, según corresponda.
3. Que LA ENTIDAD provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación.
4. Que LA ENTIDAD haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo, en caso este haya sido modificado con ocasión de la absolución de consultas y observaciones.
5. Que LA ENTIDAD haya otorgado al CONTRATISTA el adelanto directo, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 181° del Reglamento.

Asimismo, se advierte que el Contrato establece en su Cláusula Novena, que se obtendrá la conformidad de la obra con la suscripción del Acta de Recepción de Obras, conforme se aprecia a continuación:

CLÁUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE OBRA

La conformidad de la obra será dada con la suscripción del Acta de Recepción de Obra.

Por su parte, también se advierte que la Cláusula Cuarta del Contrato, establece que se debe pagar la liquidación a los 30 días calendarios de consentida la liquidación, conforme se advierte:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en soles, en periodos de valorización mensuales conforme a lo previsto en la sección específicas de las bases. Asimismo LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de la liquidación del contrato de obra, en el plazo de treinta (30) días calendario computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

Del análisis de lo expuesto por las partes y de la revisión de los medios probatorios, tenemos que no existe ninguna controversia respecto al cumplimiento de la obligación contractual. Es más, la Obra fue entregada, recibida y la Liquidación aprobada, mediante Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM de fecha 07 de diciembre de 2021, concluyéndose que todo el procedimiento se realizó de manera óptima y sin observaciones.

Por tanto, al estar en la etapa final de las obligaciones contractuales, la decisión tomada por la Entidad de retrotraer las actuaciones y declarar la nulidad de la Resolución que aprueba la liquidación técnica – financiera, resultaría una decisión discrecional, unilateral y arbitraria. A saber:

Para ello, citamos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 090-2004-AA/TC, el que ha establecido lo siguiente sobre la discrecionalidad administrativa:

"La discrecionalidad"

8. *La actividad estatal se rige por el principio de legalidad, el cual admite la existencia de los actos reglados y los actos no reglados o discrecionales.*

Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley, en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defecto, cómo deben hacerlo.

En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento.

9. *La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal.*

De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor.

La discrecionalidad mayor es aquélla en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de

manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.

La discrecionalidad intermedia es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión.

La discrecionalidad menor es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la ley."

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, lo siguiente:

"La arbitrariedad

El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), "una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica".

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional".

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y

carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que, desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad."

En ese sentido, la decisión de la Entidad de declarar la nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia que aprobó la liquidación técnica – financiera, y retrotraer las actuaciones hasta el momento en el que la Entidad toma conocimiento de la Liquidación, deviene en arbitraria, puesto que, no considera que ya se había cumplido con la prestación contractual.

Al respecto, BACA ONETO señala: "*el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada*"².

En ese sentido, el actuar de la Entidad desconoce que el Contratista ha cumplido con sus obligaciones, entregando la obra con la conformidad y recepción de la misma Entidad. Por tanto, desconocer la aprobación de la Liquidación técnica – económica, es una decisión desproporcionada a las circunstancias.

² BACA ONETO, Víctor. "La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia Del tribunal Constitucional Peruano", Círculo de Derecho Administrativo, N° 11, marzo 2012, 182.

De igual manera, se debe esclarecer el marco normativo que resulta aplicable frente a las circunstancias en las que nos encontramos. Pues, estamos frente a una relación contractual bilateral entre Contratista y Estado, como consecuencia de un proceso de selección, donde las partes actúan en igualdad de condiciones como contratantes, y no frente a una relación administración y administrado; por tanto, para las controversias nacidas de esta relación, se aplica la LCE y su Reglamento, no siendo adecuado que se sustituya innecesariamente dicha normativa, aplicándose *per se* la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444. Ello, conforme a lo dispuesto en la siguiente opinión OSCE:

"Opinión 009-2022/DTN:

La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula relaciones contractuales de las Entidades Públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común.

Ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la relación contractual entre Entidad y Contratista, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, dada su naturaleza, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

Esto último no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado."

Las partes, deberán tomar en cuenta que, frente a cualquier inconveniente de índole contractual, vinculado por ejemplo a los alcances y cuestionamientos de una liquidación o recepción de obra, o buscar restarle mérito a cualquier acontecimiento vinculado a esas fases de la ejecución de una obra, nacida de un proceso de selección en el que interviene el Estado, éstas deben recurrir al propio, específico y adecuado marco normativo, que deberá ser activado conforme manda la norma, según sus estamentos, formalidades y plazos. En el presente caso, es la Ley de Contrataciones

con el Estado y su Reglamento, más no la Ley de Procedimiento Administrativo General.

En el caso que nos ocupa, para iniciar el proceso de nulidad de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM de fecha 07 de diciembre de 2021, se recurrió *prima facie* a la Ley de Procedimiento Administrativo General 27444, considerando las causales de nulidad que en ella se detallan.

Ante ello, este Árbitro Único considera necesario citar la mencionada Ley N° 27444, con la finalidad de esclarecer si es que, pese a que no es la normativa aplicable para el supuesto de hecho bajo análisis, se aplicó o no el correcto procedimiento.

En ese sentido, el artículo 213 de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, dispone lo siguiente:

"Artículo 213.- Nulidad de oficio

213.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público o lesionen derechos fundamentales.

213.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa. (...)"

Al respecto, en el presente caso, tenemos que la decisión bajo análisis, contraviene lo dispuesto por la propia Ley de Procedimiento Administrativo General, en tanto que, del análisis de lo expuesto y autos, se tiene que no se corrió traslado del inicio de la nulidad invocada, previo a la decisión tomada, por el plazo establecido (5 días); por el contrario, se notificó con la nulidad de la Resolución de Gerencia N° 038-2021GDU/MDSM, sin permitir que el Contratista ejerciera su derecho de defensa, como lo estipula la norma, lo cual torna ineficaz la decisión, respecto del contratista demandado.

Más allá de lo expuesto por la Entidad en sus argumentos de contradicción respecto al presente análisis, queda claro que un hecho puede impactar diferentes derechos y, por tanto, diversos cuerpos normativos, correspondiendo que las consecuencias del impacto del hecho en cada cuerpo normativo sean las que dicho cuerpo normativo establezca. El cuerpo normativo aplicable al presente caso es la normativa de contratación estatal y, supletoriamente, las disposiciones pertinentes del Código Civil, ambas instituciones prevén modos específicos para las propias relaciones obligatorias, que en el presente caso no han sido puestas a discusión por las partes, aún con las circunstancias descritas por la Entidad en el perfeccionamiento del Contrato; por lo que, no existe motivo para concluir que la Entidad pueda desvincularse válidamente de las obligaciones contenidas en el Contrato, entre ellas, las relativas al consentimiento de la liquidación de éste.

Por lo tanto, el pronunciamiento de índole jurisdiccional, emitido en el presente laudo, tiene eminentemente carácter contractual, ajeno a cualquier proceso o procedimiento de distinta índole jurisdiccional activado por las propias partes. Cabe precisar, además, que en el presente proceso, no han sido ventiladas por las partes, pretensiones vinculadas a la nulidad del Contrato materia de autos; más aún, cuando dichas partes no han alegado, menos acreditado, en el curso de las actuaciones, que el referido contrato haya sido anulado. Asimismo, ninguna de las partes ha aportado al proceso, pronunciamiento jurisdiccional alguno, que le reste mérito al Contrato materia de autos.

Por todo lo expuesto, este Árbitro Único declara fundado el cuarto punto controvertido, correspondiendo declarar la ineficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 054-2022-GM-MDSM, de fecha 28 de octubre de 2022, donde se declara la nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM, de fecha 07 de diciembre de 2021, que aprobó el valor de la Liquidación Técnica Financiera del Contrato de Ejecución N° 003-2020-MDSM.

2. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene el pago del saldo pendiente de facturar y pagar por S/. 33,357.16 (Treinta y Tres Mil Trescientos Cincuenta y Siete con 16/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene el pago de la factura E001-160 pendiente, cuyo monto asciende a S/. 485,083.66 (Cuatrocientos Ochenta y Cinco Mil Ochenta y Tres con 66/100 nuevos soles), que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por el importe de S/. 67,520.96 (Sesenta y Siete Mil Quinientos Veinte con 96/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido señalando que, con fecha 30 de diciembre de 2019, el Comité de Selección, adjudicó la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 013-2019-CS/MDSM al Contratista, para la ejecución de obra pública.

Precisa que, con fecha 22 de enero de 2020, las partes suscribieron el Contrato N° 003-2020-MDSM, en el cual se estableció que el plazo de ejecución de la obra sería de sesenta (60) días calendario, el mismo que se computaría desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el artículo 176° del Reglamento. Dichos cumplimientos fueron efectivos y, el 28 de enero de 2020, se dio inicio a la ejecución de la obra pública; sin embargo, el 15 de marzo de 2020, se declara el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendarios y se dispuso el aislamiento social obligatorio.

Por ello, el 16 de marzo de 2020, se tuvieron que paralizar las actividades de obra. El 03 de julio de 2020, mediante Carta N° 071-2020-SGOP-GDU/MDSM, la Entidad aprobó la solicitud de ampliación excepcional del plazo, debido a la paralización por el estado de emergencia nacional. El 05 de julio de 2020, se realizaron las adecuaciones e implementaciones necesarias para el plan Covid – 19, proceso que duró siete días calendarios; es así que, el 12 de julio de 2020, se reinicia la ejecución de la obra, según lo indicado en la carta mencionada.

Asimismo, el Contratista manifiesta que el 23 de septiembre de 2020, se emitió el Informe N° 015-2020-CATYSAN-CC, en respuesta al Informe N° 036-2020-ROH/SGOP/GDU/MDSM, al memorándum N° 201-2020-GDU/MDSM, al Informe N° 202-2020-SGPJMA-GGASC/MDSM y al Oficio N° 1185-2020-MML/GSCGA/SGA, dando una respuesta técnicamente suficiente al daño de un árbol existente durante la ejecución de la Obra. En razón de que, en el Expediente técnico no estaba contemplado la reubicación del árbol o la ejecución de mayores trabajos, sardinel u otro elemento constructivo en protección a la seguridad o integridad de dicho árbol. Resalta que la afectación de tal elemento se debió a que este invadía, con su base y ramas, la calzada de tránsito en 0.80 metros aproximadamente; por lo que, por un tema estético, de diseño geométrico y la no contemplación del árbol, no se realizaron mayores trabajos por no resultar apropiados, puesto que haría interferencia en la circulación vehicular al invadir la calzada, siendo manifiesta la conducta razonable y diligente del Contratista para cumplir con el Contrato de Obra.

En ese sentido, alega que el 27 de octubre de 2020, mediante Carta N° 25-2020-CC, solicitó a la Entidad, el reconocimiento de mayores gastos por la implementación del plan Covid-19, tal como fue indicado en la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, por el monto de S/. 11,752.00 Soles. Asimismo, se adjuntó a dicha carta, el Informe N° 016-2020-CATYSAN-CC, donde se cuantificaron los gastos por la adecuación e implementación de las medidas de prevención contra el Covid-19 y se adjuntaron las facturas correspondientes.

El 28 de octubre de 2020, mediante Carta N° 28-2020-CC, se le solicitó a la Entidad reconocer los mayores gastos generales generados por la paralización ocasionada por el brote del Covid-19, tal como fue indicada en la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, por el monto de S/. 41,265.00 soles. De igual modo, se adjuntó a dicha carta, el Informe N° 019- 2020-CATYSAN-CC, donde se da detalle del monto total cuantificado por los gastos generales por paralización y adecuación, pero también se acredita la realización de los pagos con los recibos correspondientes.

Agrega que, con fecha 07 de diciembre del 2021, mediante Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM, la Entidad aprobó la liquidación financiera del Contrato de Ejecución de Obra N° 003-2020- MDSM. De igual manera, con fecha 16 de diciembre del 2020, mediante Carta N° 35-2020-CC, se le hizo la entrega de la Liquidación de la Obra a la Entidad, dando cumplimiento al artículo 209.1 del Reglamento de la LCE, dentro del plazo establecido.

Con fecha 26 de febrero de 2021, mediante Carta N° 001-2021-CC, se emite a la Entidad el pronunciamiento del Contratista con respecto a la notificación de Liquidación de obra realizada por la Entidad mediante Carta N° 017-2021, de fecha 12 de febrero del mismo año, manifestando que se cumplió con acreditar adecuadamente los gastos realizados (mediante facturas y recibos por honorarios respecto a la implantación por Covid-19 y costos por gastos generales por paralización) dando derecho a que la Entidad reconozca los gastos.

El Contratista indica que, con fecha 17 de mayo de 2021, mediante Carta N° 08-2021-CC, se le hace llegar a la Entidad la solicitud de pago de valorizaciones y liquidación de obra, misma que había sido entregada el día 16 de diciembre del año 2020, habiendo transcurrido 135 días sin respuesta por parte de la Entidad, lo que denota un comportamiento ilegal y negligente por parte de la misma. También se le informó que, de no cumplir con su obligación de pagar la deuda, se tomarían las acciones legales correspondientes, así como cobrar los intereses generados desde el tiempo que se remitió las valorizaciones y liquidación.

Adiciona que, con fecha 26 de enero de 2022, mediante Carta Notarial N° 70311, elaborada ante Notario de Lima Ruth Alessandra Ramos Rivas, se le solicita nuevamente a la Entidad, el pago del monto pendiente de la obra ejecutada, lo que incluiría el saldo pendiente de facturar y pagar de S/. 33,357.16, que incluye impuestos de ley, el pago de la Factura E001-160 pendiente, cuyo monto es de S/. 485,083.66, que incluye impuestos de ley, y la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, por el importe de S/. 67,520.96, incluidos los impuestos de ley.

En ese orden de ideas, el Contratista considera que se encuentra ante una retención ilegal e indebida de saldo pendiente, mismo que es correspondiente a una suma por S/. 33,357.16, que la Entidad no cumple con abonar, fundamentado su accionar en supuestas observaciones que no fueron levantadas, hecho que falta a la verdad, considerando que la obra pública se encuentra al servicio de los vecinos, y siendo

que se ha notificado la liquidación técnica financiera, corresponde que se efectúe el pago de la totalidad de obligaciones económicas pendientes.

El Contratista resalta que la prestación se realizó íntegramente, pese a las circunstancias adversas en las que se ejecutó la obra pública, siendo respaldado por la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM, en donde se indica que mediante Informe N° 254-2021-SGOP/GDU/MDSM de fecha 07 de julio de 2021, se señala que se tiene un saldo por facturar a favor del Contratista ascendente a S/. 33, 357.16.

Con la liquidación aprobada, se detalló que existe un monto pendiente a facturar y pagar a favor del Contratista, que incluye el pago pendiente de la factura E001-160, cuyo monto es de S/. 485.083.66, el cual incluye impuestos de ley, y la devolución de su fondo de garantía.

El Contratista también indica que, la Entidad como consecuencia de su indebida conducta contractual, no solamente ha incumplido con el abono del saldo pendiente de pagar y la factura E001-160, sino también de manera indebida ha retenido e incumplido con la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por un importe de S/. 67, 520. 96 soles, sin que exista una obligación contractual pendiente de cumplir por el Contratista.

Por tanto, el Contratista manifiesta que los hechos acarrearán un incumplimiento de obligaciones contractuales directo y explícito por parte de la Entidad y, en cumplimiento del artículo 149° del RLCE, al haberse aprobado la liquidación técnico financiera de la Obra, determinándose un saldo a favor del Contratista, corresponde a la Entidad devolver la garantía de fiel cumplimiento en pro de la equidad, eficacia y eficiencia de la que deben gozar las contrataciones con el Estado.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos a los que hace referencia la Entidad, respecto a este punto controvertido:

La Entidad menciona que las pretensiones principales no pueden ampararse, toda vez que si bien es cierto que mediante Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM del 07 de diciembre de 2021, la Gerencia de Desarrollo Urbano resuelve que existe un monto de S/. 33,357.16 Soles pendiente de facturar y cobrar

a favor del Contratista, así también del referido documento, se desprende que la Entidad resuelve que existe un monto de S/. 485,083.66 por la factura EOO1-160 pendiente de pago, siendo que finalmente el documento antes indicado resuelve que se realice la devolución al Contratista de la garantía de fiel cumplimiento por el importe de S/. 67,500.97 Soles.

Sin embargo, precisa que el cumplimiento de las pretensiones indicadas en la demanda, no resultan atendibles legalmente, toda vez que la Gerencia de Desarrollo Urbano mediante el Informe N° 036-2022- GDU/MDSM del 23 de noviembre de 2022, ha hecho de conocimiento de la Procuraduría de la Entidad municipal, que mediante Resolución N° 054-2022-MDSM del 28 de octubre de 2022, la Gerencia Municipal de la entidad edil de San Miguel, resolvió declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM del 07 de diciembre de 2021, emitida por la Gerencia de Desarrollo Urbano, la misma que aprueba la liquidación económica y financiera de la Obra y que sustentaría el pago a la demandante, y ordena que los actos administrativos se retrotraigan hasta el momento en que la Oficina de Administración y Finanzas tomo conocimiento de la liquidación de la obra.

En ese orden de ideas, la Entidad indica que, conforme se precisa en el informe N° 443-2022-OAF/MDMS de fecha 04 de abril de 2022, la Gerencia de Administración previo al pago a realizar, tomó conocimiento del Informe N° 019-2020-2-2167-SCE emitido por el Servicio de control específico de hechos emitido por el Órgano de Control de la citada entidad, por la presunta irregularidad en el perfeccionamiento del contrato del ítem, derivado de la A.S. N° 013-2019-CS/MDSM.

Ello, puesto que, se habría evidenciado la trasgresión de las normas de contrataciones del Estado y las bases integradas de dicha adjudicación por parte de la empresa contratista, la misma que ha presentado documentos de experiencia laboral del residente de obra en la cual existían experiencias laborales ejecutadas paralelamente (traslapados), las cuales no debieron ser tomadas en cuenta en el proceso de perfeccionamiento del contrato respectivo, recomendando al titular de la Entidad disponer el inicio de las acciones administrativas sobre las irregularidades advertidas en el proceso de selección acotado.

La Entidad indica que en la referida Resolución N° 054-2022-GM/MDSM, se precisa que mediante el informe N° 322-2022-OAJ, la Oficina de Asesoría Jurídica remite opinión legal, manifestando que de acuerdo al Informe N° 019-2020-2-2167-SCE del Servicio de Control Especifico de hechos con presunta irregularidad a la Entidad,

emitido por el Órgano de Control Institucional, se evidenció que el Contratista presentó los documentos de experiencia del residente de obra con traslapos en los periodos, transgrediendo la LCE y las Bases Administrativas de la AS 013-2019-CS, los cuales, a consideración de la Entidad, no debieron ser tomados en cuenta en el proceso de perfeccionamiento del contrato respectivo por parte de la Entidad, lo cual causarían la nulidad de los actos desarrollados en dicho proceso de ejecución contractual, entre ellos, la Resolución de Gerencia 038-2021-GDU/MDSM, que aprobó la liquidación de obra referida, al no cumplir con los requisitos de validez del acto.

Es por ello, que la Entidad también considera que no se encuentra obligada a cumplir con los pagos a favor del Contratista. Aún más, teniendo presente que conforme la Sub Gerencia de la Unidad de Tesorería de la Entidad municipal, mediante Memorando N° 297-2022-UT-OAF/MDSM de fecha 18 de julio de 2022, dispuso la revisión del Sistema de Administración financiera de cada expediente SIAF, pudiendo constatar conforme cuadro adjunto a dicho documento, que la Entidad ha efectuado pagos por concepto de: Pago Neto de Obra, Pago de Detracción de Obra y Retención de Garantía, todos estos conceptos por un total de S/. 151,687.47 soles, este último concepto es Retención de Garantía que coincide con la tercera pretensión principal, solicitando la devolución de los mismos a la Entidad.

Respecto al pago de los intereses legales devengados hasta la fecha en la que se haga efectivo el pago, la Entidad indica que no le corresponde dicho pago por las consideraciones emitidas en los puntos precedentes puesto que, si no resulta exigible el pago de la pretensión principal, mucho menos el pago de intereses legales, ya que en derecho lo accesorio corre la suerte de lo principal.

2.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Respecto de los montos pendientes de facturar que pretende el Contratista, tomando en cuenta el análisis previamente efectuado, este Árbitro Único considera necesario diferenciar los conceptos que se pretenden. En ese sentido, es pertinente precisar que, a través de la Resolución N° 054-2022-MDSM del 28 de octubre de 2022, decisión que ha sido declarada ineficaz, la Gerencia Municipal de la Entidad edil de San Miguel, resolvió declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM del 07 de diciembre de 2021, debido a que se habrían advertido irregularidades en la acreditación del residente de obra, al momento del perfeccionamiento del Contrato.

Por tanto, la nulidad de la Liquidación decretada por la Entidad, no ha sido por motivos de disconformidad con las partidas formuladas en la Liquidación; por el contrario, ha sido por un tema formal que resulta externo a la Liquidación técnico – financiera como tal.

Por tanto, se concluye que no existe ninguna controversia respecto a dichas partidas o montos que el Contratista, en su debido momento, planteó en su demanda. Más aún, cuando en la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM del 07 de diciembre de 2021, la Entidad resolvió.

SE RESUELVE.

ARTÍCULO PRIMERO. - APROBAR, EL VALOR DE LA LIQUIDACIÓN TECNICA FINANCIERA del Contrato de Ejecución de Obra N° 003-2020-MDSM; siendo el monto de liquidación de la Obra "Reparación de pista y vereda; en el(la) jr. Santa Ana, psje. Libertador Simón Bolívar, calle Aricota y psje. Cañon del Pato Urb. Yamile distrito de San Miguel, provincia Lima, departamento Lima" (Código Unificado 2453300), la suma de **S/. 731,047.63** (Setecientos treinta y un mil cuarenta y siete con 63/100 soles), Incluido el impuesto de ley; el detalle total de la inversión del Proyecto es:

| RUBROS | MONTOS |
|-----------------------------------|-----------------------|
| COSTO DE EJECUCIÓN DE OBRA | S/. 729,209.14 |
| REAJUSTE A FAVOR DE LA ENTIDAD | S/. 1,838.49 |
| COSTO DE EXPEDIENTE TECNICO TOTAL | S/. 24,500.00 |
| COSTO DE SUPERVISION DE OBRA | S/. 22,200.00 |
| COSTO TOTAL DE PROYECTO | S/. 777,747.63 |

SON: SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MI SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 63/100 SOLES, INCLUIDO LOS IMPUESTOS DE LEY.

Con un monto pendiente a facturar y pagar a favor del Contratista **CATALINO Y SANTOS S.A.C** de **S/. 33, 357.16** (Treinta y tres mil trescientos cincuenta y siete con 16/100 soles) que incluye impuestos de ley, el pago pendiente de la Factura E001-160 cuyo monto es de **S/. 485,083.66** (Cuatrocientos ochenta y cinco mil ochenta y tres con 66/100 soles) que incluye impuestos de ley y la devolución de su fondo de garantía.

ARTÍCULO SEGUNDO. - PRECISAR, que una vez quede consentido el presente acto, la Oficina de Administración y Finanzas y las unidades orgánicas adscritas a ella que les compete deben realizar los pagos del saldo pendiente de facturar y pagar de **S/. 33, 357.16** (Treinta y tres mil trescientos cincuenta y siete con 16/100 soles) que incluye impuestos de ley, el pago de la Factura E001-160 pendiente cuyo monto es de **S/. 485,083.66** (Cuatrocientos ochenta y cinco mil ochenta y tres con 66/100 soles) que incluye impuestos de ley y la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por el importe de **S/. 67,520.97** (Setenta y siete mil quinientos veinte con 97/100 soles) incluido los impuestos de ley.

En ese sentido, considerando que en su debida oportunidad la Entidad aprobó la liquidación presentada por el Contratista y precisó que existía un monto pendiente a facturar y pagar a favor del Contratista de S/. 33, 357.16, y el pago pendiente de la Factura E001-160 cuyo monto es de S/. 485,083.66, corresponde reconocer dichos pagos.

Por tanto, al ser montos que, le corresponden percibir al Contratista, este Árbitro Único declara fundado el primer punto controvertido, correspondiendo ordenar el pago del saldo pendiente de facturar y pagar por S/. 33,357.16 (Treinta y Tres Mil Trescientos Cincuenta y Siete con 16/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

Asimismo, declara fundado el segundo punto controvertido; por tanto, corresponde ordenar el pago de la factura E001-160 pendiente, cuyo monto asciende a S/. 485,083.66 (Cuatrocientos Ochenta y Cinco Mil Ochenta y Tres con 66/100 nuevos soles), que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

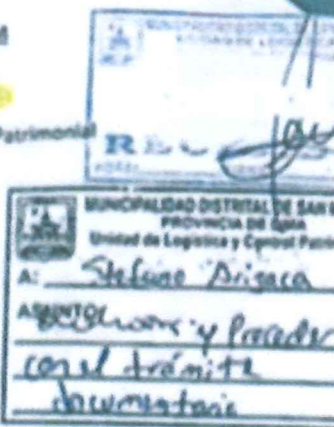
Por otro lado, respecto de la devolución de la garantía de fiel cumplimiento, pretendido por el Contratista, este Árbitro Único se remite a las pruebas ofrecidas por la Entidad, en la cual adjuntan el Memorando N° 297-2022-UT-OAF/MDSM, a través del cual, la Unidad de Tesorería de la Entidad indica los conceptos que han sido pagados al Contratista, adjuntando el comprobante de pago N° 01189, por el concepto de retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento, por el monto de S/. 67,520.96.

----- Continúa en la siguiente página -----

Dr. Patrick Hurtado Tueros.

MEMORANDO N° 297-2022-UT-OAF/MDSM

| | | |
|-------------------|---|---|
| A | : | Econ. RAFAEL SEBASTIAN ELIAS PACHECO Subgerente (E) de la Unidad de Logística y Control Patrimonial |
| DE | : | LIC. VERONICA MUÑOZ SANCHEZ SUBGERENTE DE LA UNIDAD DE TESORERÍA |
| ASUNTO | : | REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN |
| REFERENCIA | : | a) MEMORANDO N° 391-2022-ULCP-OAF/MDSM b) MEMORANDO N° 696-2022-PPM/MDSM |
| FECHA | : | San Miguel, 18 de julio de 2022 |



Por medio del presente me dirijo a usted con la finalidad de expresarle mi cordial saludo y en atención al documento de la referencia a) , donde se hace de conocimiento que la Procuraduría Pública Municipal de la MDSM solicita prueba documental de ser el caso, si se ha cancelado la supuesta deuda reclamada por la empresa CATALINO Y SANTOS SAC – CATYSAN, respecto a los gastos financieros ejecutados y pagados de la obra "Reparación y Pista y Vereda en el Jr. Santa Ana Pasaje Libertador Simón Bolívar, Calle Aricota y Pasaje Cañón Urb. Yamilé, Distrito de San Miguel, Provincia de Lima, Departamento de Lima" CUI 2453300,

Al respecto, teniendo en cuenta que la Unidad de Tesorería es un área ejecutora de gasto, que previamente debe ser reconocida como una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce previa acreditación documentaria ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor, lo cual debe ser registrado en el SIAF-SP, en sus etapas de Compromiso y Devengado, para que se proceda al Girado, previamente, se ha procedido a revisar el Sistema de Administración Financiera, por cada expediente SIAF, pudiendo constatar, conforme al siguiente Cuadro, los pagos realizados, por lo cual se remite copia del Comprobante de Pago, conforme al siguiente detalle:

| REGISTRO DE OBRA: REPARACIÓN DE PISTAS Y VEREDAS EN EL JRON SANTA ANA PLU. LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR, CALLE ARICOTA Y PLU. CAÑÓN URB. YAMILÉ - CUI N° 2453300 | | | | | | | |
|--|------------|--------------|---|----------------------------|-----------|-----------------|----------|
| DOCUMENTO | SIAF | EF | BENEFICIARIO | CONCEPTO | MONTO | TOTAL FACTURADO | FACTURA |
| CONTRATO N° 001 - 2020 | 001 - 2020 | 0101 - 2020 | CATALINO Y SANTOS S.A.C. | PAGO NETO DE OBRA | 79,896.50 | 353,687.47 | 0010-133 |
| | | 0102 - 2020 | BANCO DE LA NACIÓN/CATALINO Y SANTOS S.A.C. | PAGO DE DETRACCIÓN DE OBRA | 6,096.00 | | |
| | | 0103 - 2020 | MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN MIGUEL | RETENCIÓN DE GARANTÍA | 67,520.97 | | |
| | | TOTAL | | | | | |

----- Continúa en la siguiente página -----

Por lo expuesto, y considerando que el monto correspondiente a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento ya fue pagado el 22 de julio de 2020, este Árbitro Único declara infundado el Tercer Punto Controvertido, no correspondiendo ordenar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por el importe de S/. 67,520.96

(Sesenta y Siete Mil Quinientos Veinte con 96/100 nuevos soles), que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

3. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad asumir los gastos del presente proceso (costos y costas) más los intereses legales hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista solicita que el Tribunal Arbitral Unipersonal ordene a la Entidad asumir los gastos del presente proceso (costos y costas), más los intereses legales, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

El contratista plantea que no hay un acuerdo en el convenio arbitral sobre la asunción de los gastos del presente proceso, por lo que, de ser el caso, que se consideren veraces sus pretensiones, al Contratista no se le imputaría motivo alguno para estar en el presente caso, sino por la negativa de la entidad de cumplir con obligaciones y deberes.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Respecto a la cuarta pretensión del contratista, la entidad se opone a asumir los gastos arbitrales del presente proceso, tales como los honorarios del árbitro único, honorarios del secretario arbitral y gastos de la defensa de la demandante.

La Entidad precisa que la misma no debe ampararse, puesto que son parte del ejercicio regular de un derecho, que toda persona natural o jurídica incurre cuando ejerce un derecho y, también, no puede resultar una carga que afecte su presupuesto, que maneja fondos públicos que sustentan el mantenimiento de servicios públicos, vitales para el normal desarrollo de la comunidad del distrito.

3.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En atención al numeral 1) del artículo 72° del D.L. N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, este Tribunal Arbitral Unipersonal se pronuncia respecto a los costos detallados en el artículo 70° del mismo cuerpo legal.

Por su parte el artículo 70° de la mencionada Ley, prescribe que *«los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales»*.

Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente resaltar que, en el presente caso, las partes no han establecido pacto alguno acerca de la asunción de los costos arbitrales; por lo que, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia, a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

En este sentido, siendo que desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una parte *“perdedora”*, en vista de que no se ampararon todas las pretensiones formuladas por la Contratista, por lo que, este Tribunal Arbitral Unipersonal considera, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos, que corresponde disponer que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados y efectivamente cancelados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral), y la totalidad de sus propios costos, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Sin embargo, teniendo en consideración que existen honorarios arbitrales de la Entidad, que fueron cancelados por el Contratista, corresponde ordenar a la Entidad la devolución de la parte que fue pagada por el Demandante, a pesar de haber estado a su cargo.

En relación a ello, cabe precisar que los gastos arbitrales inicialmente determinados para las partes en el Acta de Instalación de fecha 12 de setiembre de 2022, fueron cancelados en partes proporcionales por las partes; sin embargo, de la reliquidación producto de la pretensión acumulada a la Demanda, se tiene que conforme al Informe de Reliquidación de pretensiones enviado por el Centro de Arbitraje CEAR- CIES de fecha 16 de enero de 2023, se fijaron los honorarios arbitrales netos para el Árbitro Único, en la suma de S/. 4,773.75 (Cuatro Mil Setecientos Setenta y Tres con 75/100 Soles), y como honorarios netos por gastos administrativos del Centro, la suma de S/. 2,241.25 (Dos Mil Doscientos Cuarenta y Uno con 25/100). Ello implica que los gastos arbitrales derivados de la Resolución N° 1 hicieron un total de S/. 7,015.00 (Siete Mil Quince con 00/100 Soles).

De los autos se advierte que tales montos fijados en el referido informe han sido cubiertos en un 100% por el Contratista; es decir, el Demandante canceló los gastos arbitrales a su cargo y de la Entidad, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución N° 10 de fecha 27 de enero de 2023.

En ese sentido, estando a la decisión de este Árbitro Único, de que cada una de las partes asuma sus costos, costas y gastos arbitrales, tenemos que en lo que respecta a los gastos arbitrales reliquidados por la acumulación de pretensión en el presente arbitraje, estos ascienden a un total de S/. 7,015.00 (Siete Mil Quince con 00/100 Soles), por lo que cada parte debería asumir el 50% de este monto, es decir S/. 3,507.50 (Tres Mil Quinientos Siete con 50/100 Soles).

Por lo que, corresponde que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA la suma de S/. 3,507.50 (Tres Mil Quinientos Siete con 50/100 Soles), que es el monto que el Contratista canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso, a cargo de su contraria, generados según Informe de Reliquidación de pretensiones, enviado por el Centro de Arbitraje CEAR- CIES, de fecha 16 de enero de 2023.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Pretensión de la Acumulación de Demanda presentada el 11 de enero de 2023 por Catalino y Santos Sociedad Anónima Cerrada – CATYYSAN, contenida en la Resolución N° 10 de fecha 27 de enero de 2023; y, en consecuencia, **DECLARAR** la ineficacia de la Resolución de Gerencia Municipal N° 054-2022-GM-MDSM, de fecha 28 de octubre de 2022, donde se declara la nulidad de oficio de la Resolución de Gerencia N° 038-2021/GDU/MDSM, de fecha 07 de diciembre de 2021, que aprobó el valor de la Liquidación Técnica Financiera del Contrato de Ejecución N° 003-2020-MDSM.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda presentada por Catalino y Santos Sociedad Anónima Cerrada – CATYSAN, contenida en la Resolución N° 10 de fecha 27 de enero de 2023; y en consecuencia, **ORDENAR** el pago del saldo pendiente de facturar y pagar por S/. 33,357.16 (Treinta y Tres Mil Trescientos Cincuenta y Siete con 16/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda presentada por Catalino y Santos Sociedad Anónima Cerrada – CATYSAN, contenida en la Resolución N° 10 de fecha 27 de enero de 2023; y en consecuencia, **ORDENAR** el pago de la factura E001-160 pendiente, cuyo monto asciende a S/. 485,083.66 (Cuatrocientos Ochenta y Cinco Mil Ochenta y Tres con 66/100 nuevos soles), que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda presentada por Catalino y Santos Sociedad Anónima Cerrada – CATYSAN; y en consecuencia, **NO CORRESPONDE ORDENAR** la devolución de la garantía de fiel cumplimiento por el importe de S/. 67,520. 96 (Sesenta y Siete Mil Quinientos Veinte con 96/100 nuevos soles) que incluye impuestos de ley, más los intereses legales devengados, hasta que la Entidad cumpla con efectuar el pago correspondiente.

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la Demanda presentada por Catalino y Santos Sociedad Anónima Cerrada – CATYSAN; y en consecuencia, **DISPONER** que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados y efectivamente cancelados en este arbitraje (es decir, los

Dr. Patrick Hurtado Tueros.

honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir, como consecuencia del presente arbitraje.

SEXTO.- REQUIÉRASE a la Municipalidad Distrital de San Miguel, a manera de devolución, la suma de S/. 3,507.50 (Tres Mil Quinientos Siete con 50/100 Soles) en favor de Catalino y Santos Sociedad Anónima Cerrada – CATYSAN, correspondiente a la suma total de los Honorarios Profesionales del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral acreditados en autos, los cuales inicialmente se encontraban a cargo de la Entidad, pero que han sido asumidos por el mencionado Contratista.

Notifíquese a las partes.



PATRICK HURTADO TUEROS

Árbitro Único