

ENERO - MARZO 2017

Procesos Arbitrales					
N°	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	ESTADO
1	I313-2015	CONSORCIO SANTA ANITA I	EMMSA	Controversia relaciona a la liquidación final de la obra	EN PROCESO
2	I522-2015	LUIS FELIPE LOZADA PODESTA	EMMSA	Controversia relaciona a la liquidación final de la obra	EN PROCESO

LAUDOS EMITIDOS					
N°	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	ESTADO
* No se llevó a cabo ninguna conciliación					



Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.
EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

Lima, 22 de diciembre de 2016.

Señores

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. (EMMSA)

Av. La Cultura N° 808

SANTA ANITA.-

4225
03/17

Referencia: Arbitraje entre PETRAMAS S.A.C. – EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. (EMMSA o La Entidad).

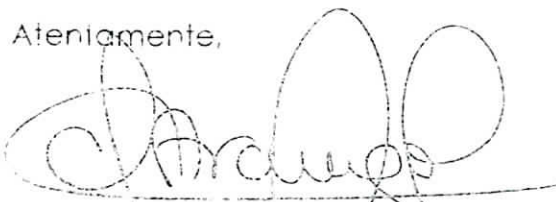
Asunto: NOTIFICACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

De mi mayor consideración,

Es grato dirigirme a ustedes en relación con el caso arbitral de la referencia, cumpliendo con notificarles – dentro del plazo establecido para tales efectos en el numeral 45) del Acta de Instalación – La Resolución N° 17 que contiene el Laudo Arbitral emitido en Mayoría el 22 de diciembre de 2016 por los Doctores Claudia Cristina Reyes Juscamaita y el Dr. Alberto Loayza Lazo. Para dicho fin, adjunto un (1) ejemplar de la decisión antes referida que consta de ciento veintiséis (126) folios.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



CYNTHIA MARTHA ARANGO CUPE

Secretaria Arbitral Ad Hoc


Adjunto: Laudo Arbitral contenido en la Resolución N° 17 de fecha 22 de diciembre de 2016 (126 folios).

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C
EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR:

Dra. CLAUDIA REYES JUSCAMAITA – PRESIDENTE
Dr. JUAN HUAMANI CHAVEZ – ÁRBITRO
Dr. ALBERTO LOAYZA LAZO – ÁRBITRO 

DEMANDANTE: PETRAMAS S.A.C. (en adelante, el Contratista o Demandante, indistintamente).

DEMANDADO: EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. (en adelante, EMMSA o la Entidad, indistintamente).

CONTRATO: N° 004-OAL-EMMSA-2014: "Servicio de Limpieza y Retiro de los Residuos Sólidos al interior del GMML".


Secretaria Arbitral:

Dra. Cynthia Martha Arango Cupe 

Sede Arbitral:

Av. Del Parque Norte N° 1160, oficina 802, Distrito de San Borja.

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 – San Borja – Lima.
Teléfono: (#) 959 819 284



Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

RESOLUCIÓN N° 17

Lima, 22 de diciembre de 2016

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN:

1. El presente Laudo Arbitral se expide en mayoría con los votos de la Dra. Claudia Cristina Reyes Juscamaita (Presidente) y el Dr. Alberto Loayza Lazo (Árbitro), en la ciudad de Lima a los 15 días de diciembre del año 2016.

II. LAS PARTES:

Demandante.-

2. La parte que inició el proceso arbitral es la empresa PETRAMAS SAC. En adelante El Contratista, La Empresa o El Demandante. 2

Demandado.-

3. La parte que fue demandada es la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. En adelante EMMSA, La Entidad o La Demandada.

III. EL TRIBUNAL ARBITRAL:

El Tribunal Arbitral:

Dra. Claudia Reyes Juscamaita – Presidente

Dr. Juan Huamaní Chávez – Árbitro

Dr. Alberto Loayza Lazo – Árbitro

La Secretaría Arbitral:

Dra. Cynthia Martha Arango Cupe – Secretaria Ad Hoc

IV. TRÁMITE ARBITRAL:

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 – San Borja – Lima.

Telefono: (51) 959 819 284

ANTECEDENTES:

4. LA ENTIDAD convocó al Proceso de Selección de Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA para la contratación del "Servicio de Limpieza y Retiro de los Residuos Sólidos al interior del GMML", con un valor referencial de S/.14'274,174.68 (Catorce Millones Doscientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Setenta y Cuatro con 68/100 Soles). Consecuentemente, EMMSA adjudicó la Buena Pro a favor de PETRAMAS SAC, suscribiendo el 22 de enero de 2014 el "Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014" (en adelante, el Contrato), el cual contiene las siguientes características principales:

Objeto: De acuerdo a lo dispuesto en la Segunda Cláusula del Contrato, el objeto es contratar el "Servicio de Limpieza y Retiro de los Residuos Sólidos al interior del GMML".

Plazo: De acuerdo a lo dispuesto en la Quinta Cláusula del Contrato (inicio y culminación de la prestación), el plazo de ejecución de la prestación será de 24 meses, es decir, 730 días calendario a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato.

Costo: De acuerdo a lo dispuesto en la Tercera Cláusula del Contrato (Monto contractual), el monto total del contrato asciende a S/. 14'274,174.68 (Catorce Millones Doscientos Setenta y Cuatro Mil Ciento Setenta y Cuatro con 68/100 Soles) incluido IGV, que comprende el costo del servicio, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta prestación del servicio materia del presente contrato.

V. PREVIO AL PROCESO ARBITRAL:

5. Surgidas las discrepancias entre el Demandante y el Demandado respecto del Contrato celebrado entre ambos; es que, EL CONTRATISTA solicitó el inicio del presente proceso arbitral ad hoc a LA ENTIDAD, en virtud del tenor contenido en el convenio arbitral fijado en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato.

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

DE LA CLÁUSULA ARBITRAL:

6. Conforme a lo mencionado anteriormente, el Contrato "Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014", que vincula a las partes estableció en su *Cláusula Décimo Sexta* la Cláusula Arbitral, la cual quedó redactada de la siguiente forma:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

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

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

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

4

VI. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

7. Con fecha 2 de noviembre del 2015, el Dr. Alberto Loayza Lazo y el Dr. Juan Huamaní Chávez (en calidad de árbitros) comunican a la Dra. Claudia Reyes Juscamaita su designación como Presidente del Tribunal Arbitral.
8. Con fecha 3 de noviembre del 2015, la Dra. Claudia Cristina Reyes Juscamaita comunica a ambos árbitros su Aceptación como Presidenta del Tribunal Arbitral.
9. Con fecha 4 de noviembre de 2015, la Dra. Claudia Cristina Reyes Juscamaita comunica a la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. - EMMSA su aceptación como Presidenta del Tribunal Arbitral.

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (51) 959 819 284

10. Con fecha 11 de diciembre de 2015, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, conformado por la Dra. Claudia Cristina Reyes Juscamaita (en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral), el Dr. Juan Huamaní Chávez (en calidad de Árbitro) y el Dr. Alberto Loayza Lazo (en calidad de Árbitro), oportunidad en que el declararon que han sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, señalando que no tienen ninguna incompatibilidad, ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad, probidad e independencia la labor encomendada, asimismo, se tuvo la presencia del representante de PETRAMAS S.A.C., el Sr. Cristian Augusto Ojeda Montoya y, por parte de la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A, representado por el Sr. Dante Herrera Godenzi.

VII. NORMATIVA APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL:

11. De acuerdo a la base legal del Contrato, concordante con las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación, la normativa aplicable al presente arbitraje serán las contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N°1017 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, así como el Decreto Legislativo N°1071 que norma el Arbitraje. Señalando además que en caso de deficiencia o vacío en las normas pactadas, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para regular dichas situaciones.

5

VIII. RESPECTO A LOS HECHOS RELEVANTES DEL PROCESO ARBITRAL:

12. Mediante Resolución N° 01 de fecha 06 de enero de 2016, el Tribunal Arbitral resuelve admitir a trámite el escrito de demanda de fecha 05 de enero de 2016 y se corrió traslado de la misma a la Empresa Municipal de Mercados S.A, para que un plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la referida resolución, se sirva contestar y ofrecer los medios probatorios necesarios para respaldar su posición, pudiendo inclusive, formular reconvenición, debiendo a su vez - ofrecer las pruebas que la sustenten, conforme a lo señalado en el numeral 26° del Acta de instalación y se tiene por ofrecidos los medios probatorios que se señalan y los documentos anexos que se acompañan con conocimiento de la parte contraria.

13. Asimismo, PETRAMAS SAC presentó su demanda arbitral con fecha 5 de enero de 2015, dentro del plazo conferido en el Acta de Instalación.
14. Por medio de la Resolución N° 2 de fecha 8 de enero de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por cancelado por parte de PETRAMAS SAC, el anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral, asimismo, se facultó a PETRAMAS SAC, al cumplimiento del pago de los honorarios arbitrales en subrogación del demandado dentro del plazo de cinco (5) días hábiles desde la notificación de la presente resolución, bajo apercibimiento de suspender el proceso arbitral, conforme a lo establecido en el numeral 58° del Acta de Instalación y, a su vez, se tiene por presentada la Carta N° 068-GG-EMMSA-2016 de fecha de 06 de enero de 2016 presentada por EMMSA y se corrió traslado del mismo a PETRAMAS S.A.C.
15. Es así que, a través de la Resolución N° 3 de fecha 21 de enero de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentada el compacto gravable (CD - R) que contiene el archivo electrónico de la demanda arbitral, asimismo, se tuvo por cancelado por parte de PETRAMAS SAC los honorarios arbitrales en subrogación de la Entidad y se tuvo por presentado el escrito del 8 de enero de 2016 por parte de PETRAMAS SAC y, posteriormente, se declaró no ha lugar el pedido expuesto por EMMSA en la Carta N° 068-GG-EMMSA-2016 respecto a la liquidación separada de los honorarios arbitrales.
16. Mediante Resolución N° 4 de fecha 5 de febrero de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentado el escrito de fecha 5 de febrero de 2016 presentado por EMMSA, y se puso en conocimiento del mismo a PETRAMAS SAC, asimismo, se declaró no ha lugar los cuestionamientos sobre los medios probatorios ofrecidos en la demanda arbitral formulados por EMMSA en su escrito de fecha 5 de febrero de 2016; por otro lado, se otorgó el plazo de veinte (20) días hábiles a EMMSA con la finalidad que cumpla con la presentación de su contestación de demanda.
17. Es así que, mediante la Resolución N° 5 de fecha 23 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por contestada la demanda y formulada la reconvencción contenidas en los escritos del 09 de marzo de 2016 y el escrito del 23 de marzo de 2016, asimismo, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios; en consecuencia, se corrió traslado de la reconvencción a

PETRAMAS SAC, para que en un plazo de veinte (20) días hábiles, se sirva contestarla y por ofrecer los medios probatorios necesarios para respaldar su posición, conforme a lo señalado en el numeral 27) del Acta de Instalación, debiendo dicha parte acompañar además un disco compacto (CD) conteniendo el archivo Word de su escrito de contestación de la reconvencción.

18. Mediante Resolución N° 06 de fecha 30 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió establecer un segundo anticipo de honorarios para el Tribunal Arbitral ascendente para cada Árbitro por la suma de S/. 15,901.43 (Quince mil novecientos uno con 43/100 Soles), producto de las pretensiones accesorias del demandante, por lo que cada parte debía pagar por este concepto la suma de S/. 7,950.71 (Siete mil novecientos con 71/100) netos, asimismo, se estableció un segundo anticipo de honorarios para el Tribunal Arbitral ascendente para cada Árbitro a la suma de S/. 13,086.13 (Trece mil ochenta y seis con 13/100 Soles), producto de la reconvencción formulada por el demandado, por lo que cada parte debió pagar por este concepto la suma de S/. 6,543.07 (Seis mil quinientos cuarenta y tres con 07/100 Soles) netos. Por otro lado, se estableció un segundo anticipo de honorarios para la Secretaría Arbitral ascendente a la suma de S/. 10,581.26 (Diez mil quinientos ochenta y cinco con 26/100 Soles), producto de las pretensiones accesorias del demandante, por lo que cada parte debió pagar por este concepto la suma de S/. 5,290.63 (Cinco mil doscientos noventa con 61/100 Soles) netos y estableció un segundo anticipo de honorarios para la Secretaría Arbitral ascendente a la suma de S/. 8,892.08 (Ocho mil ochocientos noventa y dos con 08/100 Soles) producto de la reconvencción formulada por el demandado, por lo que cada parte debió cancelar por este concepto la suma de S/. 4,446.04 (Cuatro mil cuatrocientos cuarenta y seis con 04/100 Soles) netos.

19. Luego, por Resolución N° 07 de fecha 11 de mayo de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentado el escrito "Absolvemos Excepción por falta de representación" de fecha primero de abril de 2016 y el escrito "Absolvemos traslado de la Contestación de la Demanda" de fecha 25 de abril de 2016, presentados por PETRAMAS, y se pone en conocimiento de EMMSA. Asimismo, se tuvo por cancelado el porcentaje que le corresponde a EMMSA sobre el segundo anticipo de honorarios arbitrales para el Tribunal Arbitral como la Secretaria Arbitral, conforme el comunicado de la Razón de

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

Secretaría de fecha 9 de mayo de 2016; en consecuencia, se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la referida resolución a PETRAMAS SAC con la finalidad de que cancele los comprobantes de pago que le fueron remitidos a través de la Carta S/N de fecha 22 de abril de 2016, conforme se ordenó en la Resolución N° 6 de fecha 30 de marzo de 2016. Asimismo, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el jueves 9 de junio de 2016 a horas 12:00 pm en la sede arbitral.

20. De manera posterior, se emitió la Resolución N° 8 de fecha 30 de mayo de 2016, por el cual el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentado los escritos de fecha 24 de mayo de 2016 y 25 de mayo de 2016 que fueron presentadas por PETRAMAS y pone en conocimiento de EMMSA, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles de notificado los comprobantes de pago a AMBAS PARTES, para que cumplan con cancelar los honorarios arbitrales respecto al 50% restante del segundo anticipo de los honorarios arbitrales.

21. Asimismo, por Resolución N° 9 de fecha 08 de julio de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió dejar constancia que ninguna de las partes cumplió con el requerimiento expuesto por el Tribunal Arbitral en el Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, sobre la presentación de la documentación pertinente que respalde la posición de cada una de ellas, en dicha resolución, a su vez, se declaró el cierre de la etapa probatoria en cuanto no hubo actuación pendiente de los medios probatorios ofrecidos por las partes; en consecuencia, se concedió a ambas partes el plazo de diez (10) días hábiles, para que cumplieren con la presentación de los alegatos escritos conforme se estableció en el numeral 44) del Acta de Instalación. De igual manera, se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el martes 02 de agosto de 2016, a las 15:00 horas, en la sede arbitral.

22. En tal sentido, por Resolución N° 10 de fecha 26 de julio de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito N° 3 de fecha 25 de julio de 2016 presentada por EMMSA y puso en conocimiento de las partes que la citación de la Audiencia de Informes Orales para el 02 de agosto de 2016 a las 15:00 horas será reprogramada para una fecha posterior.

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono. (#) 959 819 284

23. Mediante Resolución N° 11 de fecha 5 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito N° 5 de fecha 2 de agosto de 2016 presentado por EMMSA, en consecuencia, ordenó a la Secretaría Arbitral correr traslado del escrito N° 4 de fecha 25 de julio de 2016 a 5 folios, que se mantuvo en su custodia, y del escrito N° 5 de fecha 2 de agosto de 2016 a 33 folios que fueron presentados por la Entidad, a PETRAMAS para que en un plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con pronunciarse conforme a su derecho. Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó constancia que resolverá el pedido de EMMSA contenido en el escrito N° 4 de fecha 25 de julio de 2016 de manera conjunta con el pronunciamiento de PETRAMAS, en la celebración de la Audiencia de Informes Orales, más aún, considerando la exposición ambas partes, conforme al contenido del numeral 34) del Acta de Instalación y citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el jueves primero de setiembre del 2016, a las 12:00 horas, en la sede arbitral.
24. Luego, por Resolución N° 12 de fecha 13 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió tener por presentado el escrito N° 6 de fecha 8 de setiembre de 2016 de EMMSA y, en consecuencia, se otorgó a PETRAMAS SAC un plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con pronunciarse conforme a su derecho; asimismo se tuvo por presentado el escrito de fecha 8 de setiembre de 2016 de PETRAMAS SAC y, en la misma dirección, se otorgó a EMMSA un plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con pronunciarse conforme a su derecho.
25. Mediante la Resolución N° 13 de fecha 19 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre la excepción de caducidad deducida por PETRAMAS SAC dejando constancia que se resolverá al momento de laudar y, además, resolvió sobre el pedido de TACHA interpuesto por PETRAMAS declarándolo para tal efecto improcedente, al haberse solicitado de manera extemporánea al plazo establecido en el numeral 30) del Acta de Instalación. Asimismo, el Colegiado Arbitral dejó constancia que ninguna de las partes objetó, en su debida oportunidad, lo resuelto por el Tribunal Arbitral en la Resolución N° 7 de fecha 11 de mayo de 2016.
26. Ante ello, no habiendo objetado ninguna de las partes lo resuelto en la Resolución N° 13, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 14 de fecha 6 de octubre de 2016, por la cual se resolvió tener por presentado el escrito de

fecha 26 de setiembre de 2016 que fue presentado por PETRAMAS SAC, poniéndose en conocimiento de EMMSA; mientras que, el escrito presentado el 29 de setiembre de 2016 por EMMSA, se puso en conocimiento de PETRAMAS SAC.

27. Asimismo, en la Resolución N° 14, se declaró que el presente proceso arbitral se encuentra expedito para resolver; por lo que se fijó el plazo para laudar dentro de treinta (30) días hábiles, de conformidad con lo establecido en el numeral 45) del Acta de Instalación, pudiendo el Tribunal Arbitral prorrogar dicho plazo – por única vez - por un término de treinta (30) días hábiles adicionales, de considerarlo necesario.
28. Mediante la Resolución N° 15 de fecha 28 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral declaró tener presente en lo que corresponda por ley los escritos presentados por EMMSA con fecha 18 y 25 de octubre de 2016.

10

IX. RESPECTO A LA ETAPA POSTULATORIA:

29. En la Audiencia de Instalación se estableció otorgar al Demandante un plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de la demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas.
30. Con fecha 5 de enero de 2016, dentro del plazo otorgado, EL CONTRATISTA presentó el escrito de demanda, siendo admitida mediante Resolución N° 1 emitida el 6 de enero de 2016, corriéndose traslado a fin que LA ENTIDAD en idéntico plazo, cumpla con presentar la contestación de la demanda y reconvencción, de considerarlo pertinente.
31. Al respecto, EMMSA manifestó que el escrito de demanda cursada se encontraría incompleta, por lo solicitó al Tribunal Arbitral que se le notifique nuevamente la demanda con los anexos completos en virtud a su derecho de defensa y debido procedimiento.
32. Es así que, el Tribunal Arbitral mediante la Resolución N° 4 de fecha 5 de febrero de 2016 cumplió con notificar nuevamente a EMMSA con la

demanda arbitral y con los anexos completos, el 10 de febrero de 2016, y para tal efecto se le otorgó veinte (20) días hábiles conforme al numeral 26) del Acta de Instalación a fin de que cumpla con contestarla y, de ser el caso, formular reconvencción.

33. Con fecha 9 de marzo de 2016, EMMSA cumplió con presentar su escrito de Contestación de Demanda, dentro del plazo concedido, deduciendo excepción de Falta de Representación y formulando reconvencción.
34. Por lo que, a través de la Resolución N° 5 de fecha 23 de marzo de 2016, el Tribunal Arbitral admitió la Contestación de Demanda y corrió traslado de la Reconvencción para que PETRAMAS SAC cumpla con contestarla en un plazo de veinte (20) días hábiles conforme se estableció en el numeral 27) del Acta de Instalación.
35. Ante ello, dentro del plazo otorgado, PETRAMAS SAC presentó su escrito de fecha 25 de abril de 2016 absolviendo la contestación de demanda, la reconvencción, formulando tacha contra el Anexo 2-A de la Contestación de Demanda y deduciendo excepción de caducidad; por lo que, mediante Resolución N° 07 de fecha 11 de mayo de 2016, se tuvo por cumplido el mandato de la Resolución N° 5 por parte del Contratista.

11

6.1. SOBRE LA DEMANDA ARBITRAL:

36. PETRAMAS SAC presentó la demanda arbitral con fecha 5 de enero de 2016 dentro del plazo otorgado, formulando las siguientes pretensiones con sus respectivos fundamentos de hecho y derecho, con la finalidad que la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS – EMMSA cumpla con lo siguiente:

Pretensión Principal: "La NULIDAD del Acto de Resolución Contractual unilateral del Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014, contenido en la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 y ratificada en la Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015, tal y como lo establece el artículo 170° de la Ley de Contrataciones del Estado".

- **Pretensión accesoria de la Pretensión Principal N° 01:** "Como consecuencia de la protección de la pretensión principal, solicitamos

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 – San Borja – Lima.

Teléfono: (51) 959 819 284

que se repongan nuestras actividades en la prestación del servicio de limpieza retiro de residuos sólidos del Gran Mercado Mayoristas de Lima".

- **Pretensión accesoria de la Pretensión Principal N° 02:** "Se nos resarza por los daños y perjuicios ocasionados a nuestra empresa por lucro cesante a S/2'110,429.05, por la expectativa de nuestra empresa de recibir utilidades hasta el 22 de enero de 2016, fecha en que culminaba el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014.
- **Pretensión accesoria de la Pretensión Principal N° 03:** "Se nos resarza el monto mínimo de S/. 500,000.00 por el daño moral ocasionado a nuestra empresa como producto de la indebida resolución contractual por el monto que el Tribunal considere conveniente.
- **Pretensión accesoria de la Pretensión Principal N° 04:** "Se nos pague las costas y costos procesales hasta la fecha de pago, como producto de la indebida resolución contractual".
- **Pretensión Subordinada:** "Se deje sin efecto las penalidades indebidas e irracionales impuestas a nuestra empresa en los meses de mayo, junio y julio de 2015, enero y febrero del año 2014 y penalidades por la no construcción de la poza de lavado y maestranza y se nos pague el total de los servicios prestados en dichos meses".
- **Pretensión accesoria de la Pretensión Subordinada N° 01:** "Como consecuencia del amparo de la pretensión subordinada, se cumpla con el pago de S/. 2'372,435.30, los intereses compensatorios y moratorios devengados y por devengarse, por los servicios prestados".
- **Pretensión accesoria de la Pretensión Principal N° 02:** "Que, se nos resarza por el daño causado el cual incluye el daño emergente perjuicio económico y financiero ascendiente a S/.3'442,169.82".

12

RESPECTO A LOS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE LA DEMANDA:

37. Con fecha 22 de enero de 2014, se suscribió el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014 denominado "Servicio de Limpieza y Retiro de Residuos Sólidos al Interior del Gran Mercado Mayorista de Lima", en el cual la empresa PETRAMAS SAC brindaba servicio de limpieza y retiro de residuos en el Mercado Mayorista de Lima, cuyo plazo era de veinticuatro meses, contado desde el día

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono. (☎) 959 819 284

siguiente de su suscripción, es decir, a partir del 23 de setiembre de 2013 hasta el 03 de setiembre de 2015.

38. En dicho Contrato, se pactó en la cláusula duodécima las penalidades de la siguiente manera:

"CLAUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES.

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso, injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En todos casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente formula:

(...)

La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables que corresponda. Así mismo, LA ENTIDAD, aplicará las siguientes multas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

IMPLEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL, INDUMENTARIA Y FOTOCHECK

1.1 Por no entregar, en los plazos establecidos, a sus trabajadores la indumentaria o implementos de seguridad correspondiente y/o entregar incompleta la multa será por día.

1.2 Trabajador que no utilice equipo de protección personal o indumentaria: en el momento de estar realizando la actividad indicada: guantes, tapa de boca, botas de jebe o de cuero, casco y/o lentes protectores, etc, la multa será por persona.

1.3 Por no entregar en la fecha establecida a sus trabajadores, el fotocheck, la multa será por trabajador y por día.

1.4 Por no portar el fotocheck en todo momento de ejecución de la subactividad y en el lugar indicado, la multa será por trabajador.

(...)

HERRAMIENTAS.

2.1 Trabajador que no cuente en la ejecución de una actividad, con las herramientas necesarias o los tiene incompletos, la multa será por trabajadores y por día de incumplimiento.

2.2 Por no entregar renovar y/o reemplazar las herramientas a sus trabajadores o se encuentren en las estado de conservación; la multa será por trabajador. (Los deterioros de herramientas por caso fortuito o fuerza mayor serán evaluados según sustento y de ser validos se otorgara un plazo de 24 horas).

COMUNICACIONES

1.1 Po no contar o no funciona su equipo de comunicación de los supervisores, la multa será por supervisor.

1.2 Po no encontrarse operativo la línea dedicada de comunicaciones, la multa será por día. Se aplicará la penalidad en los casos en que la causa sea imputable a EL CONTRATISTA lo que será verificado por EMMSA.

TRANSPORTE

4.1 Por falta de una unidad móvil, la multa será por vehículo y por día.

4.2 Por fallas técnicas de la unidad móvil, el contratista que no reemplace la unidad en el plazo de las 02 horas siguientes del hecho, tendrá una multa por vehículo y por día.

MAQUINARIAS Y EQUIPOS

5.1 Por no emplear el equipo indicado en la ejecución de una actividad requerida.

5.2 Por tener incompletos los equipos indicados en la ejecución de una actividad requerida, la multa será por cada equipo y por día de incumplimiento.

CALIDAD DE EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES.

6.1 Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases, el contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento.

6.2 Por no asistir el responsable técnico del servicio a las reuniones de coordinación solicitadas por la supervisión de EMMSA.

39. En ese sentido, PETRAMAS SAC argumentó que en el Contrato se fijó los casos en que se aplicarían las penalidades, pero no se estableció ni se pactó un procedimiento para la aplicación del pago de penalidades, a pesar que en varias oportunidades se solicitó a la Entidad que se instaure dicho procedimiento, como se acredita en las cartas de fecha 31 de julio del 2014 y 6 de julio del 2015.

14

40. Asimismo, PETRAMAS SAC señaló que EMMSA contestó su consulta en su Carta N° 737-GG-EMMSA-2015, señalando que las penalidades se venían aplicando sin que exista divergencia; es decir EMMSA unilateralmente abusando de su posición contractual deseaba continuar aplicando penalidades irracionales.

41. En tal sentido, el Contratista señala que el hecho que en la relación contractual, no se haya pactado o instaurado un procedimiento para la aplicación de penalidades, ha generado que EMMSA de manera ilegal, irracional y unilateral nos haya aplicado penalidades por s/. 667,128, violando con ello los principios de moralidad y razonabilidad que consagra el artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado.

RESPECTO A LA NULIDAD DEL ACTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL:

42. Mediante la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 y ratificada en la Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015, EMMSA resolvió el Contrato, acto que solicitamos se declare NULO, por contener vicios insubsanables, contempladas en el artículo 10° de

la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, concordado con el artículo V del Título Preliminar y artículo 219° del Código Civil.

43. PETRAMÁS SAC señaló que la Resolución contractual dada por la demandada es jurídicamente imposible (ilegal) y, atenta contra normas de orden público como la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, físicamente imposible, y transgrede la motivación de los actos administrativos.
44. Asimismo, señaló que en la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015, EMMSA resolvió el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014, bajo el siguiente texto:

"(...)

Por la presente me dirijo a usted, a efectos de comunicarle que mediante Carta N° 1087-GG-EMMSA-2015, remitida vía notarial, el día 01 de octubre de 2015, se le concedió un plazo de un (01) para que cumpla con sus obligaciones (contractuales y legales) contenidas en el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero de 2014, así como los términos de la referencia contenidos en las bases administrativas del proceso de selección clasificado como Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA, cuyo objeto es la contratación de los servicios de Recolección, Transporte Y Disposición Final de Residuos Sólidos

En ese sentido, habiéndose evidenciado a la fecha que su representada no ha cumplido integralmente con sus obligaciones, consistentes en la construcción del área de lavado y maestranza, al no haber cumplido con la entrega de los planos conforme a lo pactado (según documento a) de la referencial), cuyo propósito era justamente la construcción de dichas áreas, y respecto al incumplimiento del lavado de los contenedores de basura en un lugar adecuado distinto a la pista central de cada pabellón, obligaciones que obran escritas en el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero de 2014 y en los términos de la referencia contenidas en las bases administrativas del proceso de selección clasificado como Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA; es Que le comunicamos que el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero del 2014 ha quedado resuelto, a partir de la recepción de la presente misiva, en aplicación de los artículos 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

45. Por lo que, PETRAMÁS SAC indicó que EMMSA resolvió el Contrato porque supuestamente no cumplieron en el plazo de un día con la construcción de un área de lavado y maestranza, al no presentar planos conforme a lo pactado en una carta de fecha 06 de agosto del 2015. Es decir, les resolvieron el Contrato por no ejecutar una obra, dentro de un contrato de servicios.

46. Asimismo, refirió PETRAMAS SAC que EMMSA les envió el apercibimiento contractual, con fecha 01 de octubre del 2015, bajo el siguiente tenor:

"Por la presente me dirijo a Ustedes, a efectos de comunicarles que mediante Informe N° 023-GG-EMMSA-2015, La Gerencia de Operaciones de EMMSA informa que a la fecha su representada viene incumpliendo injustificadamente con sus obligaciones (de orden contractual y legal) contenidas en el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero 2014, así como en los términos de la referencia contenidas en las bases administrativas del proceso de selección clasificado como concurso publico N° 004-2013-CE/EMMSA, cuyo objeto es la contratación de los Servicios de Recolección, Transporte y Disposición final de Residuos Sólidos, específicamente sobre su obligación de hacer entrega de los planos para la construcción del área de lavado y maestranza de acuerdo con el cronograma aprobado por ambas partes contenida en el documento de la referencia a), así como el incumplimiento referido al lavado de los contenedores de basura en la pista central de cada pabellón contenida en el documento de la referencia b), (...).

Frente a estas circunstancias, y estando a las conclusiones formuladas por la Oficina de Asesoría Legal, mediante Informe N° 054-OAL-EMMSA-2015, es que nos vemos en la necesidad de requerirlos vía notarial para que en un plazo de un (01) día de recepcionada la presente misiva, cumplan con sus obligaciones (de orden contractual y legal), bajo apercibimiento de resolverse el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, en aplicación a lo previsto en el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y demás modificatorias".

16

47. En tal sentido, PETRAMAS SAC invocó que el procedimiento para la Resolución Contractual se encuentra establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

48. El Contratista refiere que norma en mención, establece como plazo para el apercibimiento, en caso de ejecución de obras (como en el presente caso – construcción de una poza y maestranza), necesariamente 15 días, pero en la Carta N° 1087-GG-EMMSA-2015 solo les otorgaron un plazo de un día, transgrediendo totalmente el artículo 169° del reglamento, por lo que el acto de resolución es nulo como lo establece el artículo v del título preliminar del código civil, numeral 3) del artículo 219° del mismo código y numeral 1) del artículo 10° de la ley n° 27444, por atentar contra una norma imperativa, como es el caso del artículo 169° del reglamento de la ley de contrataciones del estado.

49. Pero, a pesar de ello, PETRAMAS SAC señala que cumplió, con el requerimiento del plazo ilegal de un día; en efecto, mediante carta de fecha 02 de octubre

del 2015 (al día siguiente del apercibimiento), se presentó el requerimiento de entrega de planos de construcción para la poza de lavado y maestranza, por lo que, el Contratista manifiesta que se cumplió con el plazo otorgado, entonces no podían resolverse el contrato, es más, con fecha 06 de octubre del 2015 presentamos nulidad (anexo 1-h), haciéndoles ver este hecho, pero EMMSA mediante Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015 de fecha 07 de octubre del 2015 nos contestó alegando lo siguiente:

Por la presente me dirijo a usted, a efectos de comunicarles mediante Carta N° 1087-GG-EMMSA-2015, remitida vía notarial, el día 01 de octubre de 2015, se concedió un plazo de un (01) para que cumpla con sus obligaciones (contractuales y legales) contenidas en el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014 de fecha 22 de enero de 2014, así como en los términos de la referencia contenidas en las Bases Administrativas del proceso de selección clasificado como Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA, cuyo objeto es la contratación de los servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos.

Posteriormente, con fecha 05 de octubre de 2015, mediante Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015, remitida vía notarial, a su representada, el día 06 de octubre de 2015, se le comunico que el contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero de 2014, ha quedado resuelto a partir de la recepción de la citada misiva.

En ese sentido, habiéndose resuelto el contrato, consideramos necesario citarlos con carácter de urgencia para el día de hoy, a horas 15:00 horas, a efectos de levantar el Acta de Inventario, con el objetivo de que procedan a retirar sus equipos y demás bienes de nuestras instalaciones, en coordinación con nuestro personal de la gerencia de Operaciones de EMMSA.

50. Ante ello, el Contratista señala que en la Carta que confirma la Resolución, en ninguno de sus párrafos hacen mención a nuestro escrito de subsanación, la cual estaban obligados a pronunciarse, transgrediendo con ello el principio de motivación de los actos administrativos, que se encuentra regulado en el artículo 3° de la ley n° 27444¹, por lo tanto es nulo.

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4) Motivación.

51. Asimismo, PETRAMAS SAC advierte lo establecido en los Términos de Referencia de las Bases, que comprenden lo siguiente:

6.4 CONCENTRACIÓN DE RESÍDUOS SÓLIDOS:

Descripción General del Servicio:

(...)

Para el lavado y desinfección de todos los contenedores, el ganador de la buena pro construirá una poza de lavado y desinfección, dichas deberán ser realizadas con la aprobación de la gerencia de operaciones, con el equipamiento pertinente. Colindante a esta área, construirá una maestranza para la reparación y mantenimiento de los equipos mencionados.

52. Ante, el Contratista señala que en los términos de la referencia no se establece como obligación contractual la entrega de planos ni tampoco establece plazo para la entrega de la obra, por lo que no era obligación de nuestra parte entregar planos, sino sólo entregar la obra hasta el 22 de enero del 2016 (fecha de término del contrato), por lo que hasta dicha fecha su construcción no era exigible, tal y como lo establece el artículo 178° del Código Civil que dice:

18

"Artículo 187°. Efectos de plazo suspensivo y resolutorio.

Quando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. (...)"

53. Entonces, PETRAMÁS SAC señala que EMMSA no resolvió un contrato por la inejecución de una obligación que no estaba pactada contractualmente (entrega de plano) y además no era exigible, simplemente porque en los términos de la referencia no se estableció una fecha de entrega, por lo que el acto de resolución en ese sentido es nulo, por contravenir el artículo 187° del Código Civil.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

54. Al respecto indica PETRAMAS que como consecuencia de la protección de la pretensión principal, es necesario que se repongan nuestras actividades en la prestación del servicio de limpieza retiro de residuos sólidos del Gran Mercado Mayorista de Lima, debido a que la Nulidad del acto de Resolución

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.
EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

se retrotraerá el momento que se produjo la causal, de conformidad con el artículo 1372° del Código Civil.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

55. PETRAMAS SAC refiere que el hecho de haberles resuelto el contrato sin haber existido incumplimiento de su parte y porque contraviene con las normas de orden público, le ha generado un daño patrimonial constituido en daño emergente y lucro cesante.
56. Ante ello, el Contratista solicitó como pretensión accesoria de la pretensión principal, que se resarza por los daños y perjuicios ocasionados a la empresa por lucro cesante por el monto ascendente a S/. 2'110,429.05, por la expectativa de recibir utilidades hasta el 22 de enero del 2016 fecha en que culminaba el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014.

19

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

57. PETRAMÁS SAC desarrolla en esta pretensión que las personas jurídicas pueden ser titulares de situaciones jurídicas existenciales como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, dentro de lo que se llama daño moral, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 4072-2009-AA/TC.
58. Es así que, el Contratista establece que dado que las personas jurídicas gozan de los derechos a la buena reputación e imagen, se solicita que la Entidad les resarza por el daño moral ocasionado a la empresa como producto de la indebida resolución contractual por el monto mínimo de S/. 500,000.00.

RESPECTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

59. PETRAMAS SAC indica que en virtud a que no pactaron respecto a los gastos arbitrales, solicitan al Tribunal que se les pague las costas y costos procesales

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 – San Borja – Lima.
Teléfono: (8) 959 819 284

hasta la fecha de pago, como producto de la indebida resolución contractual, además los honorarios y gastos que Tribunal Arbitral y secretario; además los gastos de nuestra defensa arbitral y los que el tribunal incurra y estime conveniente, de conformidad con el artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

60. PETRAMAS SAC solicitó que se deje sin efecto las penalidades indebidas e irracionales impuestas a nuestra empresa en los meses de mayo, junio y julio del 2015, enero y febrero del año 2014, y penalidad por la no construcción de la poza de lavado y maestranza y se nos pague el total de los servicios prestados en dichos meses que da un total de S/. 1'777,226.55.

61. Refiere el Contratista que con el propósito de hostigarlos para resolver el contrato, EMMSA comenzó a penalizarlos de manera ilegal e irracional. 20

62. De ello, el Contratista señala que en el contrato se estableció los casos en que se aplican las penalidades, pero no se estableció ni se pactó un procedimiento para la aplicación del pago de penalidades, tal es así que nuestra parte en varias oportunidades les solicitamos se instaure dicho procedimiento, véase las carta de fecha 31 de julio del 2014 y 06 de julio del 2015.

63. Ante ello, indica el Contratista que EMMSA contestó su comunicación, mediante la Carta N° 734-GG-EMMSA-2015, y lejos de planear un procedimiento para la aplicación de penalidades, señalaron que desde el inicio del contrato se venían aplicando sin que exista divergencia.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA.

64. PETRAMAS SAC requiere que se cumpla con el pago de s/. 2'372,435.30, los intereses compensatorios y moratorios devengados y por devengarse, por los servicios prestados consistentes en la Limpieza y retiro de los Residuos Sólidos

al interior del Gran Mercado Mayorista de Lima, de acuerdo al saldo deudor expedido por nuestra área de cobranza y las respectivas facturas.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA

65. Que, como pretensión subordinada, PETRAMAS SAC solicitó que se resarza como daño emergente el monto de S/. 3'442,169.82 Nuevos Soles, por el incumplimiento contractual que nos ha generado un daño a nuestro patrimonio, pues nuestra empresa tenía que seguir realizando el servicio de limpieza y recojo de residuos en el Gran Mercado Mayorista, hasta el cumplimiento del contrato fechado para el día 22 de enero del 2015.
66. PETRAMAS SAC indica que el incumplimiento les da derecho que se les resarza tanto el daño emergente como el lucro cesante.

21

6.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

67. Con fecha 09 de marzo de 2016, la EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A contestó la demanda arbitral dentro del plazo establecido por el Acta de Instalación, teniendo los siguientes fundamentos de la contestación :

Respecto a la primera pretensión principal:

68. Con fecha 07 de Mayo de 2014, EMMSA recepcionó la Carta N° 127-2014, emitida por EL CONTRATISTA, a través del cual, solicitó se le destine el espacio donde se ubicará el centro de operaciones para el almacenamiento y lavado de los equipos y materiales utilizados en la prestación del servicio.
69. Con fecha 11 de Junio de 2014, EL CONTRATISTA recepcionó la Carta N° 030-GO-EMMSA-2014 remitida por EMMSA, a través de la cual le corre traslado del Memorando N° 250-GPD-EMMSA-2014 mediante el cual, la Gerencia de Promoción y Desarrollo opina respecto a su solicitud de espacio para su centro de operaciones.

70. Con fecha 21 de Julio de 2014, EMMSA recepcionó el Informe N° 121-2014-CO-EMMSA-JS-GG remitida por la Sub-Jefa de Servicios de EL CONTRATISTA, a través del cual por un lado informan que viene ejecutando trabajos de afirmado de piso, y por otro lado, solicitan los puntos de conexión de luz, agua y desagüe.
71. Con fecha 09 de Abril de 2015, EMMSA recepcionó la Carta N° 0144-2015 remitida por EL CONTRATISTA, a través del cual le informa lo siguiente: *"Por medio de la presente me dirijo a Usted para saludarlo en forma cordial para hacer de su conocimiento que Petramás SAC con el compromiso de asumir obligaciones contractuales, el año 2014 solicitó a vuestra representada un área para realizar un taller de Maestranza (Lavado de Contenedores). El lugar asignado está ubicado junto a la plataforma 1, colindando con el hangar de la estación del metro. Así mismo, se tramitó la documentación respectiva para la implementación de servicios básicos de Luz, agua y desagüe, que a la fecha no se han concretad. En virtud a lo anteriormente expuesto acudimos a Ud. A fin de que nos brinde su apoyo en agilizar la designación de puntos de los servicios básicos para realizar las conexiones respectivas"*.
72. Con fecha 21 de Mayo de 2015, EL CONTRATISTA recepcionó la Carta N° 532-GG-EMMSA-2015 remitida por EMMSA, a través del cual le informa lo siguiente: *"reiterarle lo comunicado con nuestra carta de la referencia, en donde se les informa que EMMSA, les está asignado la ubicación para la construcción del taller de mantenimiento y la poza de lavado de contenedores que se indican en el Contrato...remitiéndoles los planos de la ubicación, distribución, instalación de agua y desagüe e instalaciones eléctricas. En tal sentido teniendo en cuenta que a la fecha no se han iniciado los trabajos para implementar la poza de agua y la maestranza y que el plazo de vigencia del contrato está próximo a vencer, les concedemos un plazo de 30 días para que inicien los trabajos de construcción, luego de lo cual y de no haber iniciado los trabajos, se les aplicará la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165° del Reglamento.... asimismo, le concedemos el plazo de 90 días calendario para concluir con la ejecución de la obra, y dar por concluida su obligación contractual"*.

73. Con fecha 16 de Julio de 2015, EL CONTRATISTA recepciona la Carta N° 738-GG-EMMSA-2015 remitida por EMMSA, a través del cual le manifiesta: Que producto de la reunión mantenida el día 02 de Julio de 2015, con el Sr. Christian Ojeda, su representada acordó confirmar por escrito para el día 07 de Julio de 2015, la aceptación de la construcción de la maestranza y de la poza de lavado, según el proyecto que le fuera remitido mediante Carta N° 265-GO-EMMSA-2015 del 14 de abril del 2015. Que, a la fecha de la misiva, no se ha recibido respuesta formal a dicho compromiso, lo cual demuestra una total falta de seriedad y profesionalismo en la actuación de EL CONTRATISTA.
74. Con fecha 20 de Julio de 2015, EMMSA recepcionó la Carta S/N remitida por EL CONTRATISTA, a través del cual comunica lo siguiente: "...Como puede verse, nuestra parte está obligada a construir una poza de lavado y desinfección, además de una maestranza para reparación de equipos....Nuestra empresa en ningún monto se ha negado al cumplimiento de la mencionada obligación, la cual cumpliremos, por lo que les adjuntamos el respectivo proyecto elaborado por nuestros profesionales y de acuerdo a las necesidades del servicio que brindamos...".
75. Mediante Carta Notarial N° 873-GG-EMMSA-2015 de fecha 17.08.2015, EMMSA comunica a EL CONTRATISTA el incumplimiento de obligaciones contractuales, referidos al lavado de contenedores de basura, el cual se viene realizando en la pista central de cada pabellón dentro de las instalaciones del GMML, lo cual es contrario a los términos de referencia de las Bases del proceso de selección.
76. Con Carta S/N, de fecha 27.08.2015, EL CONTRATISTA da respuesta a la Carta N° 873-GG-EMMSA-2015, remitida por EMMSA, indicando que la maestranza y pozo de lavado se encuentra en pleno proceso de construcción, y que será entregada a la brevedad posible. Y que el lavado lo están efectuando en las pistas ubicado entre los Pabellones por considerarlo que es el más adecuado por el momento, entre otras aclaraciones.
77. El 24 de Setiembre de 2015, EMMSA recepcionó la Carta S/N remitida por EL CONTRATISTA, a través del cual le informa que el día 22 de setiembre del presente año, a horas 10:00 am se empezó con el trabajo de levantamiento

topográfico de forma conjunta de las áreas de pabellones y muelles donde se viene prestando el servicio.

78. Con fecha 01 de Octubre de 2015, EL CONTRATISTA recepciona la Carta N° 1087-GG-EMMSA-2015 remitida por EMMSA, vía notarial, a través del cual se le requiere a EL CONTRATISTA, para que en un plazo de un (01) día de recepcionada la presente misiva, cumplan con sus obligaciones de orden contractual y legal (construcción de la poza de lavado y maestranza y proceda a cumplir con lavar los contenedores de basura en un lugar adecuado), bajo apercibimiento de resolverse el Contrato.
79. El 2 de octubre de 2015, EMMSA recepciona la Carta S/N remitida por EL CONTRATISTA, a través del cual le comunica que conforme a los requerimientos realizados en las cartas de referencia, y en base a la Carta, de fecha 06 de agosto del 2015, cumple con adjuntar los planos para la construcción de la poza de lavado y maestranza, conforme a los términos de referencia del proceso de selección- Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA.
80. Esa misma fecha, se levanta un Acta de Observaciones de fecha 02.10.2015, suscrita entre el Jefe de la Departamento de Logística de EMMSA, Sr. Oscar Flores Dextre, y el Sr. José Ericson Vásquez Natividad, quien manifestó ser trabajador de la empresa Petramas SAC, consignándose lo siguiente:

"...que el Sr. José Ericson Vásquez Natividad identificado con DNI Nro. 42704940, quien declara ser trabajador de la empresa Petramás SAC, presenta una Carta S/N, de fecha 02 de Octubre de 2015, ante la Mesa de Partes de EMMSA, adjuntando en copia únicamente los siguientes planos, sin firma de profesional:

1. Planos del Primer Piso de Red de Agua
2. Planos de Instalaciones Eléctricas
3. Planos de Instalaciones Sanitarias Red de Desagüe"

81. Con fecha 06 de Octubre de 2015, EL CONTRATISTA recepciona la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 a través del cual, la Gerencia General de EMMSA comunica a EL CONTRATISTA que se ha resuelto el Contrato, a partir de la recepción de la misma, por incumplimiento de obligaciones contractuales y

legales, es decir por el incumplimiento en la construcción de la poza de lavado y la maestranza, así como por realizar el lavado de los contenedores de basura en lugar inadecuado para ello, conforme lo establece los Términos de Referencia contenidas en las Bases Integradas del proceso de selección.

82. Ante ello, EMMSA refiere que producto del acuerdo referente al procedimiento para la construcción de la poza de lavado y maestranza, EL CONTRATISTA debía de presentar ciertos planos para ser aprobados éstos por la Gerencia de Operaciones, y de esta manera, dar inicio propiamente a la ejecución de la obra; sin embargo, ninguno de los plazos cumplió EL CONTRATISTA, quienes en todo momento siguieron dilatando el inicio del cumplimiento dicha obligación. Sin perjuicio de ello, y no menos importante, es el hecho que tanto la poza de lavado como la maestranza debían de estar construidas con el objetivo de que el propio CONTRATISTA pudiese lavar los contenedores de basura en dicho lugar, obligación que se describió en el punto 6.4 de los Términos de Referencia, lo que demuestra que la obra debía de haber sido construida los primeros meses de inicio del Contrato.

25

83. Que, EL CONTRATISTA señala que se habría resuelto el Contrato por la inejecución de una obligación que no estaba pactada contractualmente (entrega de planos) y además no era exigible, por lo que el acto de resolución es nulo por contravenir el artículo 187º del Código Civil.

84. Sobre este extremo, EMMSA niega categóricamente lo señalado por EL CONTRATISTA, debido a que la resolución de Contrato por parte de EMMSA, se ha debido al incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales y legales consistente en la construcción de la poza de lavado y maestranza, así como la obligación de lavar los contenedores en un lugar adecuado para ello, conforme a los Términos de Referencia (numeral 6.4); más no, por la entrega de planos incompletos.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL N° 01:

85. EMMSA refiere que con fecha 12 de febrero de 2016, EMMSA y el Consorcio conformado por las empresas: PROACTIVA MEDIO AMBIENTE PERU SAC y

PROACTIVA SERVICIOS URBANOS S.A. han suscrito el Contrato de Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos por un periodo de 24 meses; debido justamente a la necesidad de EMMSA de poder seguir contando con los servicios de limpieza de forma ininterrumpida, el cual devino producto de la decisión de EMMSA de resolver el Contrato suscrito con EL CONTRATISTA, al haberse configurado causales que involucran el incumplimiento reiterado de obligaciones contractuales.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

86. EMMSA refiere que EL CONTRATISTA no ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de responsabilidad, para la configuración del lucro cesante; ya que, no se observa perjuicio alguno debido a que los efectos de la resolución contractual materia de controversia están supeditados a lo que resuelva el Tribunal, así como que EL CONTRATISTA se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cual es exactamente ese perjuicio, ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el perjuicio y el propio perjuicio.

26

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

87. EMMSA señala que la acreditación de la relación de causalidad se encuentra a cargo de la víctima, en el caso que nos ocupa, corresponde a EL CONTRATISTA, quien debe aportar la prueba de la hipótesis de causalidad que hubiere señalado, lo cual implica que no debe existir otra hipótesis de causalidad posible que, dentro de un análisis in abstracto, sea la verdadera causa del daño invocado.
88. En el presente caso, de los medios probatorios aportados en la demanda, se aprecia en autos que EL CONTRATISTA no ha cumplido con acreditar no sólo la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el daño causado, sino que tampoco ha probado la generación de dicho daño a la imagen. En ese sentido, ante la ausencia de actividad probatoria por parte

de EL CONTRATISTA, en la acreditación de la relación de causalidad, así como en los alcances del daño extrapatrimonial que se hubiere causado por acción de EMMSA, consideramos en señalar que, no se ha demostrado la existencia de un daño moral.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: PAGO DE COSTAS Y COSTOS

89. Estando a los hechos expuestos, los cuales demuestran una actuación reñida con la buena fe por parte de EL CONTRATISTA, lo cual motivo a EMMSA a resolver el Contrato, es que consideramos que el Tribunal Arbitral deberá llegar a esta convicción de que corresponde a EL CONTRATISTA pagar el íntegro de las costas y costos del proceso arbitral.

PRONUNCIAMIENTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRINCIPAL: SE DEJE SIN EFECTO LAS PENALIDADES Y SE NOS PAGUE EL SERVICIO EFECTUADO.

27

90. LA ENTIDAD señala que EL CONTRATISTA en su demanda señala que al no haber una debida motivación en la Carta Nro. 0032-AFLG-EMMSA-2015 a través del cual EMMSA da respuesta a los descargos formulado por EL CONTRATISTA, es que ésta última solicita la nulidad del acto administrativo contenido en la citada Carta, por violentar la Ley de Contrataciones del Estado, y Reglamento, así como el principio de la debida motivación del acto administrativo regulado en el artículo 10 de la Ley Nro. 27444.

91. Por lo que, EMMSA señala que EL CONTRATISTA pretende por cualquier medio hacer creer al Tribunal Arbitral que la decisión de EMMSA no se encuentra motivada, lo cual es totalmente falso, debido a que mediante la Carta Nro. 0032-AFLG-EMMSA-2015, EMMSA se ratifica en los hechos materia de aplicación de penalidades comunicada no solo a través de las Actas de Observaciones, sino además mediante la Carta N° 023-AFLG-EMMSA-2015 evidenciándose de esta manera que nunca hubo una falta de motivación a efectos de ejecutar la aplicación de las otras penalidades.

- Sin embargo, a pesar de que debía de habersele aplicado a EL CONTRATISTA una penalidad por la suma de S/. 243,200.00, el anterior Jefe del Departamento de Logística de EMMSA considero que la penalidad resultante excede el 10% del monto facturado en el mes de enero de 2014, siendo ésta última cifra, la suma de S/. 178,427.16, con lo que correspondía aplicar como penalidad la suma del 10% del monto facturado por la prestación efectuada en dicho mes, es decir, la suma de S/. 17,842.72; error que nos trae ante esta instancia para solicitar ante el Tribunal Arbitral se declare la validez y eficacia del cobro de lo dejado de percibir producto de la mala aplicación de la fórmula de las "otras penalidades".

Penalidad por el mes de Febrero de 2014

- Sin embargo, a pesar de que debía de habersele aplicado a EL CONTRATISTA una penalidad total por la suma de S/. 209,000.00, el anterior Jefe del Departamento de Logística de EMMSA considero que la penalidad resultante excede el 10% del monto facturado en el mes de febrero de 2014, siendo esta última cifra la suma de S/. 594,757.28, con lo que correspondía aplicar como penalidad la suma del 10% de la prestación efectuada en dicho mes, es decir, la suma de S/. 59,475.72; error que nos trae ante esta instancia para solicitar ante el Tribunal Arbitral, se declare la validez y eficacia del cobro de lo dejado de percibir producto de la mala aplicación de la fórmula de las "otras penalidades"

30

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA: PAGO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS

92. Sobre este extremo, EMMSA niega en forma categórica que presente deuda alguna pendiente de pago a favor de EL CONTRATISTA, y prueba de ello, son las copias de los comprobantes de pago por los servicios prestados por EL CONTRATISTA por los meses de Mayo, Junio, Julio, Agosto, Setiembre y Octubre del 2015, a través del cual se le canceló a EL CONTRATISTA por los servicios de limpieza prestados en dichos meses.

PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA: DAÑO EMERGENTE

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160. Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (5) 959 819 284

93. EL CONTRATISTA no ha cumplido con probar la certeza del daño, que dicho daño haya sustraído una utilidad que ya tenía EL CONTRATISTA antes de la comisión del daño; en consecuencia, el Tribunal Arbitral deberá llegar a esta convicción de que no corresponde ordenar resarcimiento alguno a favor de EL CONTRATISTA en este extremo.

X. RECONVENCIÓN POR PARTE DE EMMSA:

94. Con fecha 09 de marzo de 2016, EMMSA presenta su reconvencción teniendo el siguiente petitorio:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos al Tribunal Arbitral que declare la validez y eficacia del procedimiento de aplicación de penalidades seguido por ambas partes durante el desarrollo de la ejecución contractual.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Solicitamos al Tribunal Arbitral declare la validez y eficacia la aplicación de las penalidades impuestas a **EL CONTRATISTA** por la suma de S/. 1'777,226.55 (Un Millón Setecientos Setenta Siete Mil Doscientos Veintiséis con 55/100 Nuevos Soles).

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA RECONVENCIÓN

95. **SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN**, a través del cual solicitamos se declare la validez y eficacia del procedimiento de aplicación de penalidades seguido por ambas partes durante el desarrollo de la ejecución contractual, solicitamos se sirvan tener como fundamentos de hecho y de derecho los expuestos en la contestación.

96. **SOBRE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, a través del cual, solicitamos se declare la validez y eficacia la aplicación de las penalidades impuestas a **EL CONTRATISTA** por la suma de S/. 1'777,226.55 (Un Millón Setecientos Setenta Siete Mil Doscientos Veintiséis con 55/100 Nuevos Soles), solicitamos se sirvan tener en cuenta como fundamentos de hecho y de derecho los expuestos en la contestación.

ABSOLUCIÓN DE LA RECONVENCIÓN

97. Con fecha 25 de abril de 2016, PETRAMAS SAC, presentó ante sede arbitral su escrito "ABSOLVEMOS TRASLADO DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA", donde en el primero otrosí digo absolvió la reconvencción teniendo los siguientes argumentos:

Respecto a la pretensión principal reconvenida:

- EMMSA solicitó que se reconozca la validez y eficacia de un procedimiento inexistente por el que venía aplicándose las penalidades, quedando acreditado con ello que efectivamente no existía procedimiento para la aplicación de penalidades y que en reiteradas oportunidades habíamos solicitado se establezca.
- Asimismo, PETRAMAS SAC indica que no se ha establecido un procedimiento para la aplicación de penalidades, ya que en la cláusula duodécima del Contrato no estipula procedimiento alguno.
- Asimismo, El Contratista establece que mediante cartas reiterativas solicitó a EMMSA que se establezca un procedimiento de penalidades, pero EMMSA se negó a través de la Carta N° 734-GG-EMMSA-2015.
- Ante ello, PETRAMAS SAC indicó que EMMSA pretende hacer creer que si aceptamos alguna penalidad es porque se acepta algún tipo de procedimiento, situación que es errada por cuanto no manifestaron en su oportunidad la voluntad para establecer un procedimiento para las penalidades.
- Concluyendo de tal manera, que si no hubo acuerdo entre las partes como lo exige el contrato respecto a las penalidades, entonces no hubo procedimiento para su aplicación, de conformidad con el artículo 1352° del código Civil, por lo que solicita se declare infundada en este extremo.

32

Respecto a la pretensión accesoria:

- Respecto, a la penalidad por la no construcción de la Poza y Maestranza, PETRAMAS SAC establece que ya se encontraba en proceso de construcción y que era ilegal que se reubiquen sin pleno consentimiento y en tanto las bases no contemplaban ninguna ubicación temporal, expresando que la construcción estaría lista para la quincena de diciembre, pero se resolvió el contrato el 7 de octubre de 2015, es decir, que se les penalizó por algo que aún no era exigible.
- Por último, PETRAMAS SAC señala que respecto a las penalidades por el año 2014, se pretendió cobrar doble, cuando el acto es cosa decidida afectando el principio *ne bis in ídem*, por lo que solicitó e declare infundada la pretensión de EMMSA.

XI. **AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

33

98. El 09 de junio de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, teniendo como participación del Doctora Claudia Cristina Reyes Juscamaita, en su condición de Presidente del Tribunal Arbitral, el Doctor Alberto Loayza Lazo, Árbitro, y el Doctor Juan Huamaní Chávez, Árbitro; conjuntamente con la Secretaria Arbitral Ad Hoc, la Dra. Cyrrithia Martha Arango Cupe, asimismo, se dejó constancia de la asistencia del representante del EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. debidamente representada por el Abogado Luis Alberto Mejía Paredes identificado con D.N.I N° 09999015 y con Registro C.A.L. N° 36422, acompañado por el abogado Dante Herrera Godenzi con Registro C.A.C. N° 8656 y, en representación de la empresa PETRAMAS S.A.C., el apoderado común, el Sr. Carlos Ítalo Diego Soria Dall'Orso identificado con D.N.I N° 07757515, acompañado del abogado Cristian Augusto Ojeda Montoya, identificado con D.N.I N° 40230492 y con Registro CAL N° 47481.

CONCILIACIÓN:

Iniciada la audiencia, el Tribunal arbitral inició el diálogo entre las partes, a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En este acto, y luego de que el Colegiado explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, las partes señalaron que por el momento no es posible arribar a ningún acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del arbitraje

EXCEPCIONES:

Mediante escrito de Contestación de Demanda de fecha 09 de marzo de 2016, EMMSA formuló excepción de Falta de Representación contra PETRAMAS.

A través de la Resolución N° 05 de fecha 23 de marzo de 2016, se puso en conocimiento de PETRAMAS, quien por medio de su escrito de fecha 01 de abril de 2016, absolvió dicha excepción.

En este acto, el Tribunal Arbitral informa a las partes de su decisión de resolver la excepción formuladas hasta el momento de laudar.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

1. Determinar si corresponde o no que se declare NULIDAD de la Resolución Unilateral del Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014 realizado mediante la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 y ratificada por la Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015.
2. Determinar si corresponde o no la reposición de las actividades de PETRAMAS en la prestación del servicio de limpieza de retiro de residuos sólidos del Gran Mercado Mayorista de Lima.
3. Determinar si corresponde o no que EMMSA resarza por los daños y perjuicios ocasionados a PETRAMAS, por su expectativa de recibir las utilidades hasta el 22 de enero de 2016, fecha en que culminaba el Contrato N° 004-AOL-

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.

Teléfono: (≈) 959 819 284

EMMSA-2014, por el monto de S/. 2'110,429.05 (Dos Millones Ciento Diez Mil Cuatrocientos Veintinueve con 05/100 Soles), por concepto de lucro cesante.

4. Determinar si corresponde o no que EMMSA resarza por el daño moral ocasionado a PETRAMAS, por el monto mínimo de S/. 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Soles), producto de la indebida resolución contractual, por el monto que el Tribunal Arbitral considere conveniente.
5. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades imputadas a PETRAMAS por los meses de mayo, junio, julio del año 2015 y enero y febrero del año 2014 y las penalidades por la no construcción de la poza de lavado y maestranza y se le pague el total de los servicios prestados en dichos meses.
6. Determinar si corresponde o no que se cumpla con el pago de S/. 2'372,435.30 (Dos Millones Trescientos Setenta y Dos Mil Cuatrocientos Treinta y Cinco con 30/100 Soles), más los intereses compensatorios y moratorios devengados y por devengarse por los servicios prestados.
7. Determinar si corresponde o no que la Entidad resarza por el daño causado a PETRAMAS, por el daño emergente por el perjuicio económico y financiero ascendiente a S/. 3'442,169.82 (Tres Millones Cuatrocientos Cuarenta y Dos Mil Ciento Sesenta y Nueve con 82/100 Nuevos Soles).
8. Determinar si corresponde o no que la Entidad pague las costas y costos procesales hasta la fecha de pago, como producto de la indebida resolución contractual.

35

DE LA RECONVENCIÓN

9. Determinar si corresponde o no que se declare la validez y eficacia del procedimiento de aplicación de penalidades seguido por ambas partes durante el desarrollo de la ejecución contractual.
10. Determinar si corresponde o no que se declare la validez y eficacia de la aplicación de penalidades impuestas a PETRAMAS por la suma de S/. 1'777,226.55 (Un Millón Setecientos Setenta y Siete Mil Doscientos Veintiséis con 55/100 Nuevos soles).

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El Tribunal Arbitral, atendiendo a los puntos controvertidos señalados en el numeral precedente, y a los medios probatorios ofrecidos por las partes considera que deben ser admitidos los siguientes medios probatorios:

Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante en su escrito de demanda:

Se admiten todos los medios probatorios ofrecidos por PETRAMAS en su escrito de demanda señalado en el acápite IV de los MEDIOS PROBATORIOS de ésta y contenidos en los numerales del 1 al 30, que en su totalidad son de naturaleza documental.

Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la parte demandada en su escrito de contestación de demanda:

La parte demandada ha consignado en el escrito de contestación de demanda el acápite V "Medios Probatorios" donde consignan los documentos desde el numeral 5.1) al 5.65), que fue subsanado por el escrito de fecha 23 de marzo de 2016, que en totalidad son de naturaleza documental.

Por último, el Tribunal Arbitral, considerando lo establecido en el numeral 44 del Acta de Instalación, dispone otorgar a ambas partes un plazo de diez días hábiles, con la finalidad de que presenten la documentación pertinente que respalde la posición de cada uno de ellos en el presente arbitraje, y así, de manera posterior, se declare el cierre de la etapa probatoria y se proceda con la presentación de los alegatos escritos que correspondan.

XII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES:

99. El 01 de setiembre de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales teniendo como participación del Doctora Claudia Cristina Reyes Juscamaita, en su condición de Presidente del Tribunal Arbitral, el Doctor Alberto Loayza Lazo, Árbitro, y el Doctor Juan Huamaní Chávez, Árbitro; conjuntamente con la Secretaria Arbitral Ad Hoc, la Dra. Cynthia Martha Arango Cupe, asimismo, se dejó constancia de la asistencia del representante del EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A., debidamente

representada por el Abogado Luis Alberto Mejía Paredes identificado con D.N.I N° 09999015 y con Registro C.A.L. N° 36422, acompañado por el abogado Dante Herrera Godenzi con Registro C.A.C. N° 8656 y, en representación de la empresa PETRAMAS S.A.C., el apoderado común, el Sr. Carlos Italo Diego Soria Dall'Orso identificado con D.N.I N° 07757515, acompañado del abogado Cristian Augusto Ojeda Montoya, identificado con D.N.I N° 40230492 y con Registro CAL N° 47481.

En primer lugar, el Tribunal Arbitral dio cuenta del escrito de fecha 12 de agosto de 2016 presentado por parte de demandante y del escrito de fecha 15 de agosto de 2016 presentado por la Entidad, los cuales se hacen entrega a su respectiva contraparte en ese acto, y se tendrá presente en lo que corresponda y fuera de Ley.

El Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los representantes de las partes a efectos de que sustenten sus conclusiones sobre la controversia derivadas del presente arbitraje por diez (10) minutos a cada una de ellas; a fin de que procedan a expresar lo conveniente a su derecho.

37

Posteriormente se otorgó el derecho de réplica y duplica a ambas partes, por cinco (05) minutos.

Siendo así, el Tribunal Arbitral, realizó las preguntas que estimo pertinente, las que fueron devueltas por ambas partes.

En cuanto al pedido de EMMSA consignado en el escrito N° 04 de fecha 25 de julio de 2016:

100. Teniéndose en cuenta el escrito N° 04 de fecha 25 de julio de 2016, mediante la cual la Entidad presento información complementaria vinculada a la aplicación de 02 de agosto de 2016, la Entidad cumplió con presentar la documentación que respalda los argumentos contenidos en referido escrito N° 04; entonces, considerando que a través de la Resolución N° 11 de fecha 05 de agosto 2016 se estableció que el Tribunal Arbitral se

pronunciaría sobre el pedido de EMMSA en este acto; es que el Colegiado señala lo siguiente:

En virtud a las facultades establecidas en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, este Tribunal Arbitral dispone que los argumentos formulados por EMMSA, así como los medios probatorios ofrecidos, en los escritos mencionados, se tendrán en cuenta al momento de resolver la presente controversia, dado que guardan estrecha vinculación con el quinto punto controvertido del arbitraje.

En cuanto al otorgamiento de un plazo adicional:

101. De conformidad con el numeral 34) de Instalación, a efectos de contar con mayores elementos de resolver la controversia materia del arbitraje, y teniendo en cuenta lo manifestado por las partes en el presente acto, el Tribunal Arbitral otorga a cada una de las partes un plazo de **cinco (05) días hábiles** posteriores a la notificación del presente acto, con la finalidad de que se presenten sus conclusiones finales que correspondan a la defensa desarrollada en el proceso arbitral.

38

XIII. EN CUANTO A LAS CONCLUSIONES FINALES DE LAS PARTES:

102. Con fecha 08 de setiembre de 2016, EMMSA cumplió con presentar su escrito donde fundamentó sus conclusiones finales. Asimismo, PETRAMAS SAC en la misma fecha cumplió con precisar los montos de resarcimiento y, para ello, adjuntó un informe adicional.
103. Mediante Resolución N° 12 de fecha 13 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de cada contraparte los escritos presentados por PETRAMAS SAC y EMMSA, respectivamente, para tal efecto, les otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que cada una de las partes cumplan con pronunciarse conforme a su derecho.

104. Asimismo, mediante Resolución N° 13 de fecha 19 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral convino con resolver, previamente a la emisión del Laudo Arbitral, conforme a sus facultades establecidas en el Acta de Instalación y la Ley de Arbitraje, la Tacha formulada por PETRAMAS SAC, declarando para ello IMPROCEDENTE por haberse solicitado de manera extemporánea al plazo establecido en el numeral 30) del Acta de instalación.
105. De igual manera, respecto a la excepción de caducidad deducida por PETRAMAS SAC, el Tribunal Arbitral declaró que resolverá sobre dicha excepción al momento de laudar, conforme a lo establecido en el numeral 29) del Acta de Instalación.
106. Mediante escrito de fecha 26 de setiembre de 2016, PETRAMAS SAC cumplió con absolver los argumentos de su Contraparte, dentro del plazo establecido, por su parte, EMMSA presentó su escrito de fecha 29 de setiembre de 2016 por la cual desarrolló su contradicción a los moritos establecidos respecto al resarcimiento y el informe presentado.
107. Es así que, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 14 de fecha 06 de octubre de 2016 tuvo por presentado los escritos de las partes y, en virtud al numeral 45) del Acta de Instalación declaró que el presente proceso arbitral se encuentra expedito para resolver; por lo que fijó plazo para laudar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles computados desde la notificación de la presente resolución, que podrán ser prorrogados por única vez por un término de treinta (30) días hábiles adicionales, de considerarlo pertinente.
108. Mediante la Resolución N° 15 de fecha 28 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral declaró tener presente en lo que corresponda por ley los escritos presentados por EMMSA con fecha 18 y 25 de octubre de 2016.

39

XIV. CUESTIONES PRELIMINARES:

109. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde establecer lo siguiente:

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (51) 959 819 284

- Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, la Ley de Arbitraje, Ley N° 1071, y de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron de manera incondicional;
- Que, PETRAMAS SAC presentó su demanda arbitral dentro del plazo dispuesto y ejerció plenamente su derecho de defensa;
- Que, EMMSA fue debidamente emplazada con la demanda arbitral, la contestó y ejerció plenamente su derecho de defensa;
- Que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas habiendo sido el Tribunal Arbitral totalmente permisivo al otorgar en sucesivas oportunidades y plazos adicionales para presentar pruebas que considerasen conveniente;
- Que, las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e inclusive, de reiterarlos.
- Que, el análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso;
- Que, los hechos a los que se refiere el análisis del caso, son establecidos en los Antecedentes, así como en los que se mencionan en los demás acápites del presente Laudo Arbitral;
- Que, el Tribunal Arbitral tendrá a bien considerar las Reglas para el Pronunciamiento sobre los Puntos Controvertidos, conforme se estableció en el numeral IV) del Acta de la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 9 de junio de 2016, que se encuentra debidamente suscrito por ambas partes en señal de aceptación y conformidad, al momento de analizar y

resolver cada punto controvertido sometido al conocimiento del Colegiado.

- Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar y notificar el Laudo dentro de los plazos dispuestos en el presente proceso arbitral.

XV. PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A UTILIZAR POR EL TRIBUNAL ARBITRAL:

110. Teniendo en cuenta que el presente caso arbitral implica la interpretación jurídica que regula el trámite de la resolución del Contrato contemplado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, los requisitos que determinan la validez, existencia o eficacia de las notificaciones, así como la solución que corresponde a dos o más documentos que se presentan como contradictorios, es necesario en primer lugar y antes de entrar al análisis específico de cada una de las pretensiones, proceder a hacer referencia a las reglas de interpretación que se tendrán en cuenta en el caso que nos ocupa.

41

111. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) Para analizar las distintas pretensiones, el Tribunal Arbitral considera imprescindible realizar una labor interpretativa, en el caso que nos ocupa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio. De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.
- b) Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar la labor interpretativa, tendrá en consideración las pautas señaladas por Scognamiglio², en el sentido de que: *"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas,*

² SCOGNAMIGLIO, Renato (1983). Teoría General del contrato. Traducción: Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 410 p-(236).

es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos".

c) En su labor interpretativa, el Tribunal Arbitral tendrá presente los siguientes principios interpretativos:

- De conservación del contrato, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquel que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.
- La interpretación, como señala Díez Picazo: "(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última".
- De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano, cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361 del Código Civil se establece la presunción *iuris tamtum* que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

Esto quiere decir, que le análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa, teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como: "(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo".

³ ARIAS –SCHREIBER PEZET, Mac. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomos VI. Comisión Encargado del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano. Lima. 1985, p25.

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que "(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"⁴.
- d) Será necesario que el Tribunal Arbitral utilice de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, el Tribunal Arbitral realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica de los contratos.
- e) Por tanto, utilizando todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Tribunal Arbitral procederá a integrar cada una de las cláusulas que forman el contenido de los contratos, con las normas imperativas y supletorias pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

43

XVI. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR LAS PARTES:

EXCEPCIÓN DE FALTA DE REPRESENTACIÓN PROCESAL:

112. La EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS SAC formuló la excepción de Falta de Representación en su escrito de Contestación de Demanda de fecha 09 de marzo de 2016, bajo los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Hecho de la Excepción de Falta de Representación:

113. La Entidad señala que existen tres momentos en que ha existido una falta de representación (insuficiente y/o defectuosa) por parte del Contratista, una de ellas es en cuanto a la falta de representación para formular su pedido de arbitraje, la otra concerniente a la falta de presentación para la

⁴ DIEZ-PIZCASO, LUIS.VOLUMEN I P398.

designación del árbitro y finalmente, sobre la falta de representación para poder formular su demanda arbitral.

114. En virtud a ello, EMMSA manifiesta que en el proceso arbitral el Sr. Carlos Diego Soria Dall'Orso, en su calidad de Apoderado de El Contratista no cuentan con poderes suficientes para intervenir válidamente en el proceso arbitral, en representación del Contratista, toda vez que no se encuentra premunido de un poder suficiente que se le faculte para intervenir desde la solicitud de arbitraje, pasando por la designación del árbitro hasta la suscripción de la demanda arbitral, hechos en los que han participado, sin contar con los poderes suficientes, documentos que obran en el expediente arbitral.
115. De lo expuesto, EMMSA concluye que ante la falta de representación del Sr. Carlos Diego Soria Dall'Orso para poder actuar en el proceso arbitral, el Tribunal Arbitral deberá declarar nulo todo lo actuado, a efectos de que el representante legal de El Contratista cumpla con actuar con la representación suficiente.

44

De la Absolución de los Fundamentos de la Excepción de Falta de Representación:

116. PETRAMAS SAC mediante su escrito de fecha 01 de abril de 2016 absolvió los argumentos desarrollados por EMMSA en cuanto a la excepción de Falta de Representación, señalando para tal efecto que en el Asiendo C00009 de la Partida Electrónica N° 11033639-SUNARP figura la representación de manera clara del Sr. Carlos Diego Soria Dall'Orso, en su calidad de apoderado de PETRAMAS SAC, cuyo tenor presenta lo siguiente:

(...)

Facultades de Representación: INCLUYEN ... 5.2 Asumir la representación de la sociedad con las facultades suficientes para practicar los actos a los que se refiere el Código Procesal Civil, La Ley General de Arbitraje, (...) Someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso (...) Someter a arbitraje sea de derecho o de conciencia, las controversias en las que pueda verse involucrado el poderdante

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (8) 959 819 284

suscribiendo el correspondiente convenio arbitral; así como renunciar al arbitraje, Designar al Árbitro o Árbitros, y/o institución que hará las funciones de tribunal, presentar el formulario de sumisión correspondiente y/o pactar las reglas a las que se someterá el proceso correspondiente y/o disponer la aplicación del Reglamento a que se tenga establecido la institución organizadora, si fuera el caso, presentar ante el Árbitro o Tribunal Arbitral la posición del poderdante, ofreciendo las pruebas correspondientes, contestar las alegaciones de la contraria y ofrecer todos los medios probatorios adicionales que estime necesarios (...)"

117. PETRAMAS SAC concluye que el apoderado se encuentra investido con todas las facultades suficientes para el presente proceso arbitral, tales como somete a arbitraje sea de conciencia o de derecho (solicitud arbitral – primer momento referido por EMMSA), designar al árbitro o árbitros (designación – segundo momento al que se refiere EMMSA), presentar ante el árbitro la posición de la empresa y ofrecer pruebas (presentación de la demanda – tercer momento al que se refiere EMMSA); por lo que la excepción de falta de representación deducida por EMMSA no cuenta con ningún asidero, por lo que solicitan al Tribunal Arbitral que sea declarado INFUNDADA.

45

DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

118. Según el Acta de fecha 9 de junio de 2016, la Excepción de Falta de Representación deducida por EMMSA, se ordenó resolver al momento de laudar, es por ello que procederemos a analizar la misma en las siguientes líneas:

- Como es de conocimiento público, a las excepciones se le concibe como "mecanismos o instrumentos saneados del proceso para evitar litigios inútiles", "como medios de defensa que cuestionan el aspecto formal o el aspecto de fondo del proceso" y "como un instituto que puede dar lugar a la terminación del proceso", sin llegar a la sentencia.
- En el presente caso, EMMSA deduce la Excepción de Falta de Representación, ésta excepción como lo manifiesta Jorge Carrión Lugo: "... tiene que ver en alguna forma con uno de los presupuestos

procesales, es decir, con la capacidad para intervenir en el proceso. Esta excepción se relaciona con la llamada representación voluntaria, esto es, aquella representación que se genera en la voluntad del otorgante de la representación y que se cristaliza mediante el poder”.

- Continúa el autor: “Para intervenir válidamente en el proceso en representación de alguna de las partes en el proceso, esa persona debe estar premunida de un poder suficiente que el faculte para intervenir en el proceso. Un proceso que se siguiera por una persona que se atribuye la representación de otra sin contar con poder perfecto y suficiente, o se siguiera contra otra persona a quien se le atribuye la representación de otra, que pueda ser persona natural o jurídica, sin que esa persona que dirige la demanda realmente cuente con poder perfecto y suficiente para presentar válidamente a la otra persona, no tendrá la eficacia que se requiera para su validez jurídica”(Carrión Lugo Jorge “La Postulación del Proceso”. Análisis del Código Procesal Civil. Cultural Cuzco. Lima 1994, p. 341).
- En conclusión, ésta excepción está dirigida a cuestionar el poder y no la persona del representante de alguno de los sujetos procesales.
- Teniendo hasta ahora como conclusión lo antes mencionado, cabe analizar la excepción de Falta de Representación deducida por EMMSA.
- Al respecto, en la celebración de la Audiencia de Instalación de fecha 11 de diciembre de 2015 en la sede de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se apersonó como representante de la empresa PETRAMAS SAC el señor Carlos Ítalo Diego Soria Dalla' Orso identificado con DNI N° 07757515, indicando para tal efecto, el poder obrante en el expediente.
- Asimismo, mediante su escrito de Demanda Arbitral de fecha 5 de enero de 2016, PETRAMAS SAC presentó como Anexo 1-B la Vigencia de Poder del Registro de Personas Jurídicas del Libro de Sociedades Mercantiles emitido por la SUNARP del Apoderado de la empresa, es decir, del señor Carlos Ítalo Diego Soria Dalla' Orso, contenido en el asiento C00009 de la Partida N° 11033639, donde se consignó literalmente que el apoderado cuenta con facultades de

representación a favor de PETRAMAS SAC pudiendo someter a arbitraje sea de derecho o de conciencia las controversias en las que pueda verse involucrado el poderdante, así como designar al árbitro o árbitro y/o institución que hará las funciones del Tribunal y presentar ante el Árbitro Único o Tribunal Arbitral la posición del poderdante ofreciendo las pruebas correspondientes, contestar las alegaciones de la contraria y ofrecer todos los medios probatorios adicionales que estime necesario, entre otros.

- En tal sentido, la participación del señor Carlos Ítalo Diego Soria Dalla'Orso en la Audiencia de Instalación del proceso arbitral, así como su apersonamiento a través de la Demanda Arbitral, debidamente acreditado con la Vigencia de Poder correspondiente, se advierte entonces una ratificación por parte del Demandante de conferir poder a la persona que estuvo presente en la Instalación del Tribunal Arbitral, premuniéndola de poder suficiente para su intervención en el proceso arbitral.

47

119. Por lo expuesto, corresponden declarar INFUNDADA la Excepción de Falta de Representación deducida por EMMSA.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:

120. PETRAMAS SAC formuló la excepción de CADUCIDAD en el Tercer Otro sí Digo de su escrito sumillado "Absolvemos Traslado de Contestación de Demanda" de fecha 25 de abril de 2016, bajo los siguientes fundamentos:

Fundamentos de Hecho de la Excepción de Caducidad:

121. PETRAMAS SAC ha planteado la excepción de caducidad conforme el numeral 11) del artículo 446° del Código Procesal Civil, respecto a la pretensión de las penalidades que ha formulado EMMSA, esto es, la primera pretensión accesoria de la pretensión principal reconvenida, indicando para tal efecto que en el año 2014 se penalizó en el mes de enero por el monto de S/.17,842.72 y en el mes de febrero del mismo año el monto de S/.59,475.73. Luego, mediante Carta N° 066-EMMSA-2015 de fecha 2 de

octubre de 2015, EMMSA les notificó con una penalidad de enero es de S/.225,357.28 y por el mes de febrero es de S/.149,524.27.

122. Ante ello, PETRAMAS SAC ha señalado que EMMSA si se equivocó o no en el monto de la penalidad aplicable, debió ser notificado en su momento no un año después y, para tal caso, sólo contaba con un plazo de quince (15) días para solicitar el respectivo arbitraje bajo plazo de caducidad, conforme lo señala el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
123. Es así que, PETRAMAS SAC concluye que EMMSA debió recurrir en su momento a la vía arbitral, pero ha esperado más de un año para reiterar la penalización y aprovecha el curso del presente arbitraje para que vía reconvencción se declare la validez de la penalidad, cuando el plazo para que se ventile en vía arbitral se encuentra caducado.

48

De la Absolución de los Fundamentos de la Excepción de Caducidad:

124. Mediante la Resolución N° 7 de fecha 11 de mayo de 2016 se puso en conocimiento de EMMSA el escrito presentado por PETRAMAS SAC el 25 de abril de 2016 por la cual se deduce la excepción de caducidad. Al respecto, EMMSA no presentó documento absolutorio al respecto.
125. Es así que, el Tribunal Arbitral mediante la Resolución N° 13 de fecha 19 de setiembre de 2016 declaró establecer que en cuanto a la excepción de caducidad deducida por PETRAMAS SAC será resuelta al momento de laudar, conforme a lo establecido en el numeral 29) del Acta de Instalación, sin que las partes cuestionen dicha resolución en ningún extremo.

De la Decisión del Tribunal Arbitral:

126. La excepción de caducidad está dirigida a poner en conocimiento del Tribunal Arbitral la existencia de un vicio que afecta la relación jurídica procesal que causa su nulidad en relación a una determinada pretensión

derivada de un derecho sustantivo, cuyo ejercicio, no obstante sujeto a un plazo de caducidad, ha sido demandado una vez agotado el mismo.

127. Es así que, de conformidad con el artículo 2003° del Código Civil, la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.

128. No obstante, del citado artículo debe entenderse que la caducidad extingue el derecho sustantivo y el derecho que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la pretensión, más no extingue la acción misma, debido a que esta es de carácter abstracto, en otras palabras, "no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido; se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia".

129. Asimismo, en el artículo 2004° del Código Civil que contiene el principio de legalidad en los plazos de caducidad, precisa que estos son fijados por la ley, sin admitir pacto en contrario.

49

130. En dicha línea, se tiene que el numeral 53.2 del artículo 53° del Decreto Legislativo N° 1017 señala expresamente que "los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. (...) Todos los plazos previstos son de caducidad".

131. De dicho numeral, se advierte que la contabilización de los quince (15) días hábiles para el inicio de un proceso arbitral es aplicable solo para casos específicos, no encontrándose incurso entre ellos las controversias derivadas de la aplicación o no de las penalidades reguladas en los artículos 165° y 166° del Reglamento de Contrataciones con el Estado.

132. Por tal motivo, considerando tal hecho, para el presente caso, es de aplicación el extremo del numeral 53.2 del artículo 53° acotado, en cuanto a que los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.
133. Al respecto, cabe precisar que en el artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se ha dispuesto que "(...) Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo (...)".
134. En tal sentido, respecto a las controversias derivadas de la aplicación o no de penalidades corresponderá iniciar el proceso arbitral antes de que culmine el contrato, es decir, antes que se efectúe el pago final.
135. Más aún, cuando en el Contrato no existe acuerdo acerca del plazo en que las partes deberán someter dar inicio al procedimiento de arbitraje sobre alguna controversia en específico derivada del mismo.
136. Entonces, dado que en el Contrato no se ha efectuado el pago final, es decir, que a la fecha no se encuentra culminado, corresponde que EMMSA vía reconvenición someta al conocimiento del Tribunal Arbitral las controversias derivadas sobre la aplicación o no de penalidades que serán materia de pronunciamiento en el presente arbitraje.
137. Por lo expuesto, no habiendo operado la caducidad respecto a la pretensión accesoria de la pretensión principal reconvenida por EMMSA, corresponde declarar IMPROCEDENTE la Excepción de Caducidad deducida por PETRAMAS SAC.

50

XVII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- i) Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas

aportadas al mismo, 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 los 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.

- ii) 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".⁵

- iii) El Tribunal Arbitral 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 obrante 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 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 pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

⁵ TARAMONA HERNANDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed. Rodhas, 1994.

- iv) Del mismo modo, en virtud a lo establecido en el tercer párrafo del numeral 31) del Acta de Instalación, "(...) la Audiencia (de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos) tendrá por finalidad determinar los puntos controvertidos, admitir o rechazar medios probatorios ofrecidos por las partes y, en su caso, resolver las impugnaciones formuladas contra los mismos, así como ordenar la actuación de medios probatorios de oficio, sin perjuicio de hacerlo en otra etapa del proceso arbitral"; el Tribunal Arbitral procederá a analizar y resolver cada punto controvertido en el modo establecido en el Acta de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 9 de junio de 2016 que fue suscrito debidamente por las partes en señal de aceptación y conformidad.
- v) Por lo que, el Tribunal Arbitral sostiene que los Puntos Controvertidos materia del presente arbitraje serán analizados según las Reglas contenidas en el numeral IV) del Acta de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, que contiene el siguiente tenor:

IV. Reglas para el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre los Puntos Controvertidos:

El Tribunal Arbitral deja establecido que, una vez fijados los puntos controvertidos, se reserva el derecho a analizarlos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, el Colegiado deja indicado que, en el caso de llegar a la conclusión de que a los efectos de resolver la presente controversia, careciese de objeto pronunciarse sobre alguno de los puntos controvertidos previamente establecidos, porque guardan vinculación con los puntos controvertidos resueltos, podrá omitir pronunciamiento sobre aquellos, expresando las razones de dicha omisión. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que las premisas señaladas como puntos controvertidos son meramente referenciales, por lo que podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Respecto a la determinación de los puntos controvertidos y las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral las partes expresaron su conformidad.

- vi) En tal sentido, debe precisarse que los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismo en aquellos casos en lo que se encuentren íntimamente ligados, por lo que,

el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma que tenga a bien disponer el Colegiado, conforme a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Puntos Controvertidos, como se advierte a continuación:

PUNTOS CONTROVERTIDOS RELACIONADOS A LAS PRETENSIONES DE PETRAMAS

SAC:

1. Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que se declare la NULIDAD de la Resolución Unilateral del Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014 realizado mediante la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 y ratificada por la Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015.

138. El inciso c) del Artículo 40° de la LCE señala que la resolución por incumplimiento opera de pleno derecho previo el requerimiento remitido por carta notarial, si es que el contratista incumple sus obligaciones y la Entidad hace la observación correspondiente del incumplimiento, esto es, formula la intimación o requerimiento, conforme lo disponen los artículos 168° y 169° del Reglamento.

53

139. *En caso de no corregirse este incumplimiento, la Entidad podrá resolver el contrato remitiéndole al contratista una carta notarial manifestando su decisión de resolver y el motivo que la justifique. El contrato quedará resuelto, de pleno derecho, a partir de la recepción por el contratista de dicha comunicación. Igual derecho tiene el contratista frente a la Entidad por el incumplimiento de ésta de sus obligaciones esenciales.*

140. Los artículos 168° y 169° del Reglamento contienen, respectivamente, las causales de resolución imputables al contratista y la forma y modo para requerir el cumplimiento de prestaciones insatisfechas o defectuosas, dividiéndose las obligaciones en esenciales, legales y reglamentarias.

141. Vemos, pues, que la normatividad legal peruana respecto a los contratos celebrados por entidades estatales, (la que comprende básicamente la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y el Código Civil), ha adoptado, respecto a la resolución de los contratos, el principio de la

condición resolutoria expresa consignada obligatoriamente en los contratos por mandato del inciso c) del Artículo 40° de la norma acotada.

142. Dicha condición se compone de un requerimiento previo y de una comunicación de resolución remitida notarialmente que opera, a su recepción, de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial previa. Alteran⁶ afirma al respecto: "no cumplida la prestación, el acreedor podrá requerir el cumplimiento de su obligación. Fracasado este requerimiento quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato". El mismo Alteran decía sobre el requerimiento que éste debe ajustarse a estos requisitos:

1. *Debe exigir el cumplimiento de las condiciones pactadas.*
2. *Debe ser expreso y claro, como recaudo paralelo que es propio para constituir en mora.*
3. *Debe ofrecer la cooperación del requirente cuando ello sea menester, así como el cumplimiento de su obligación correlativa si ésta es exigible".*
4. *Debe conceder un plazo no inferior a quince días salvo que los usos o los pacto expresos (o la ley) establecieran uno menor".*
5. *Debe contener el apercibimiento de tener por resuelto el contrato (si no se satisface el cumplimiento)*
6. *Es conveniente que en la intimación se exija el pago de la indemnización".*

54

143. Dentro del principio de la condición resolutoria expresa adoptado por la normativa legal peruana a que se hace referencia, el legislador no ha querido que la resolución se aplique indiscriminadamente ni por causas irrelevantes, bajo el criterio favorable a la preservación del contrato hasta donde sea razonablemente posible, teniendo en cuenta que, al ser la resolución de pleno derecho, ésta actúa de modo inmediato (Artículo 1429° del Código Civil y 49° de la LCE) y es, pues, casi irreversible en la mayor parte de las veces; de modo tal que, generalmente, ya no revive el contrato resuelto quedando por dilucidar únicamente, en la vía arbitral, si la

⁶ Atilio Anibal Alterini – Contratos Civiles-Comerciales-De Consumo – Teoría General – Abeledo – Perrot, Bs Aires, pág. 506

resolución es justa o no y, en esa situación, a quien corresponde asumir el pago de la indemnización, de ser el caso.

Corroborando lo expresado, Alvarez Vigaray⁷ estableció que la resolución de los contratos tenía que sujetarse a ciertas condiciones, a saber:

- a) *Reciprocidad de las obligaciones*
- b) *Inejecución de una o varias obligaciones contractuales*
- c) *El acreedor debe haber cumplido las prestaciones que le corresponde*
- d) *Existencia de una voluntad deliberada de no cumplir por parte del deudor.*

Álvarez Vigaray se explayaba sobre estos requisitos:

a) Reciprocidad de las obligaciones

Para que pueda hablarse de obligaciones bilaterales o recíprocas hace falta no solo que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente a la de la otra; y, por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad, de donde se desprende fácilmente esta doble obligación: el principio de reciprocidad está perfectamente caracterizado de tal modo que no se conciba unas obligaciones sin las otras.

55

b) Incumplimiento imputable

El segundo requisito de la resolución por incumplimiento es precisamente al incumplimiento por una de la partes de una o varias obligaciones contractuales. Para que proceda la resolución el incumplimiento ha de ser imputable al deudor, quedando exonerado por caso fortuito o fuerza mayor, imposibilidad de cumplir la prestación e incluso cuando exista excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación.

c) Cumplimiento previo del Acreedor

Cuando, sin haber cumplido previamente, se demanda la ejecución o el cumplimiento de la obligación recíproca, el deudor se defiende con la exceptio non adimpleti contractus.

d) Rebeldía del deudor


⁷ Rafael Alvarez Vigaray – La Resolución de los Contratos Bilaterales por Incumplimiento – Edit. Comares – Págs. 177, 190, 191 y 236

Aunque se admite el requisito de que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del deudor, se trata de circunscribirlo y limitar su campo de acción. En si excluye de la aplicación del requisito a los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida".

Complementariamente dice Messineo⁸ respecto a la resolución de los contratos:

"Además es necesario que el incumplimiento esté en acción: no es tal si se hubiese subsanado o hubiese perdido importancia". O si, faltando un término para el cumplimiento no se hubiese dado un aviso previo al deudor".

144. En este orden de ideas y teniendo como marco teórico los fundamentos anteriormente expuestos, pasamos a revisar los antecedentes y los motivos por los cuales la Entidad resuelve el contrato, para luego determinar si la resolución del contrato se debe a un incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, para tal efecto, pasaremos a revisar cada uno de los elementos probatorios aportados por las partes:

56

- a) De acuerdo con los Términos de Referencia de las Bases Integradas, quedó establecido en el punto 6.4 sobre la "Descripción General del Servicio", lo siguiente:

"Para el lavado y desinfección de todos los contenedores, el ganador de la buena pro construirá una poza de lavado y de desinfección, dichas deberán ser realizadas con la aprobación de la Gerencia de Operaciones, con el equipamiento pertinente. Colindante con ésta área, construirá una maestranza para la reparación y mantenimiento de los equipos mencionados. (...)"

- b) Tal como lo describen ambas partes, el 7 de mayo de 2014, EMMSA recepciona la Carta N° 127-2014, emitida por EL CONTRATISTA, a través del cual, solicita se le destine el espacio donde se ubicará el centro de operaciones para el almacenamiento y lavado de los equipos y materiales utilizados en la prestación del servicio.

⁸ Francesco Messineo – Doctrina General del Contrato – Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 340

- c) Con fecha 11 de Junio de 2014, EL CONTRATISTA recepciona la Carta N° 030-GO-EMMSA-2014, remitida por EMMSA, a través del cual le corre traslado del Memorando N° 250-GPD-EMMSA-2014, mediante el cual, la Gerencia de Promoción y Desarrollo opina respecto a su solicitud de espacio para su centro de operaciones. El alcance del citado Memorando es el siguiente:

"...comunicarle que debido a que el Proyecto de Ampliación y Remodelación del GML, está sufriendo una reestructuración urbano espacial y arquitectónica integral, con relación al terreno entregado a la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico, esta Gerencia es de opinión que de forma temporal se podría asignar a la empresa Petramas el terreno destinado para la inversión privada (ver plano) siempre y cuando ellos cumplan con las siguientes recomendaciones:

1. Definir el área para su uso dentro del poligonal.
2. Cercar el perímetro del área destinada con material adecuado.
3. Elaborar e implementar con carácter de OBLIGATORIO de medidas de mitigación e impacto ambiental
4. Elaborar un plan de control y seguridad
5. Firmen un acta de entrega para uso temporal, en la que se establezca fecha de devolución".

57

- d) Con fecha 21 de Julio de 2014, EMMSA recepciona el Informe N° 121-2014-CO-EMMSA-JS-GG, remitido por la Sub-Jefa de Servicios de EL CONTRATISTA, a través del cual por un lado informan que viene ejecutando trabajos de afirmado de piso, y por otro lado, solicitan los puntos de conexión de luz, agua y desagüe.

- e) En este extremo cabe anotar que desde dicha comunicación ambas partes no han aportado mayores elementos probatorios que evidencien comunicación alguna entre las partes sobre este aspecto materia de resolución contractual, sino hasta el 9 de abril de 2015, donde EMMSA recepciona la Carta N° 0144-2015, remitida por EL CONTRATISTA, a través del cual le informa lo siguiente:

"Por medio de la presente me dirijo a Usted para saludarlo en forma cordial para hacer de su conocimiento que Petramas SAC

con el compromiso de asumir obligaciones contractuales, el año 2014 solicitó a vuestra representada un área para realizar un taller de Maestranza (Lavado de Contenedores). El lugar asignado está ubicado junto a la plataforma 1, colindando con el hangar de la estación del metro. Así mismo, se tramitó la documentación respectiva para la implementación de servicios básicos de Luz, agua y desagüe, que a la fecha no se han concretado.

En virtud a lo anteriormente expuesto acudimos a Ud. a fin de que nos brinde su apoyo en agilizar la designación de puntos de los servicios básicos para realizar las conexiones respectivas...."

- f) Con fecha 16 de Abril de 2015, EL CONTRATISTA recepciona la Carta N° 0265-GO-EMMSA-2015, remitida por EMMSA, a través del cual se le informa lo siguiente:

"...que por decisión de la Gerencia de Promoción y Desarrollo se le está asignado una nueva ubicación para la construcción de Taller de Mantenimiento y la Poza de Lavado de Contenedores, que se indican en el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014 y que hasta la fecha no se ha cumplido."

58

- g) Con fecha 26 de Mayo de 2015, **EL CONTRATISTA** recepciona la Carta N° 532-GG-EMMSA-2015, remitida por **EMMSA**, a través del cual le informa lo siguiente:

"reiterarle lo comunicado con nuestra carta de la referencia, en donde se les informa que Emmsa, les está asignado la ubicación para la construcción del taller de mantenimiento y la poza de lavado de contenedores que se indican en el Contrato...remitiéndoles los planos de la ubicación, distribución, instalación de agua y desagüe e instalaciones eléctricas.

En tal sentido teniendo en cuenta que a la fecha no se han iniciado los trabajos para implementar la poza de agua y la maestranza y que el plazo de vigencia del contrato está próximo a vencer, les concedemos un plazo de 30 días para que inicien los trabajos de construcción, luego de lo cual y de no haber iniciado los trabajos, se les aplicará la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 165° del Reglamento.... asimismo, le concedemos el plazo de 90 días calendario para concluir con la ejecución de la obra, y dar por concluida su obligación contractual."

- h) Con fecha 20 de Julio de 2015, EMMSA recepcionó la Carta S/N remitida por EL CONTRATISTA, a través del cual comunica lo siguiente:

" (...)

2. Como puede verse, nuestra parte está obligada a construir una poza de lavado y desinfección, además de una maestranza para reparación de equipos. Debemos tener en cuenta que de acuerdo al artículo 1338° del Código Civil era el deber de EMMSA proporcionarnos un espacio definitivo donde podamos cumplir con nuestra obligación.

3. Recién mediante carta de la referencia de fecha 26 de mayo de los corrientes (un año después de la suscripción del contrato), después de reubicarnos dos veces, su empresa nos informa que nuevamente se nos está asignando una nueva ubicación.

4. Nuestra empresa en ningún momento se ha negado al cumplimiento de la mencionada obligación, la cual cumpliremos, por lo que les adjuntamos el respectivo proyecto elaborado por nuestros profesionales y de acuerdo a las necesidades del servicio que brindamos.

5. Por último, el trabajo de construcción se realizará en tres meses a partir de su aprobación, para lo cual les solicitamos nos brinden las facilidades del caso."

59

- i) Con fecha 21 de Julio de 2015, **EL CONTRATISTA** recepciona la Carta N° 767-2015-GG/EMMSA, remitida por **EMMSA**, a través del cual se informa lo siguiente:

"(...)

Asimismo, en nuestra área técnica a dado su aprobación preliminar de las dimensiones y ambientes propuestos en el anteproyecto, las cuales se detalla a continuación:

- Dimensiones: 25.35 m. x 28.60m
- Área: 725.01m²
- Ambientes: Maestranza para reparación de equipos, administración, banco de herramientas, SSHH + Duchas, deposito, Poza de Lavado y Desinfección.

Por tanto, para una aprobación definitiva se requiere contar con los planos a nivel de Expediente Técnico, desarrollando las especialidades correspondientes con el equipamiento pertinente, según se detalla:

- Planos de Arquitectura (...)....

- Planos de Estructuras (...)...
- Planos de Instalaciones Eléctricas (...)....
- Planos de Instalaciones Sanitarias (...)...
- Planos de Detalles (...)

Las distribuciones, cantidades y dimensiones, deberán estar de acuerdo al Reglamento Nacional de Edificaciones."

- j) Con fecha 06 de agosto de 2015, **EMMSA** recepciona la Carta S/N, remitida por **EL CONTRATISTA** (Registro N° 3078), a través del cual le informa lo siguiente:

"...conforme a nuestra última reunión de fecha 05 de agosto del presente año, respecto a la construcción del área de lavado y maestranza les indicamos el cronograma de trabajo el cual es el siguiente:

1. El día 14 de agosto del presente año, se entregará el plano de estructuras.
2. El día 18 de agosto del presente año, se entregará Plano de Instalaciones Eléctricas.
3. El día 20 de agosto del presente año, se entregará el Plano de Detalles.
4. El día 01 de setiembre del presente año, se iniciará la obra previa aprobación de su representada.
5. El plano de ejecución es de tres meses, por lo que la conformidad de obra se proyecta para la quincena de diciembre (...)"

60

- k) Mediante Carta Notarial N° 873-GG-EMMSA-2015, de fecha 17 de agosto de 2015, **EMMSA** comunicó a **EL CONTRATISTA** el incumplimiento de obligaciones contractuales, referidos al lavado de contenedores de basura, el cual se viene realizando en la pista central de cada pabellón, precisando lo siguiente:

"(...)

A efectos de expresarle nuestro malestar y preocupación, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014 (en adelante "EL CONTRATO"), de fecha 22 de enero de 2014, cuyo objeto son los "Servicios de Limpieza y Retiro de los residuos sólidos al anterior de Gran Mercado Municipal de Lima - GMLL" , específicamente respecto a la forma y el procedimiento que se viene realizando para el lavado de los

d

contenedores de basura dentro de las instalaciones del Gran Mercado Municipal de Lima.

Efectivamente, producto de la falta de construcción de la poza de lavado, el cual su representada se obligó a ejecutar con arreglo a los términos de referencia de las Bases del proceso de selección clasificado como Concurso Público N°004-2013-CE/EMMSA, es que se viene efectuando el lavado de los contenedores de basura justamente en la pista central de cada Pabellón dentro de las instalaciones del GMML, hechos que han sido corroborados por nuestra supervisión y por terceros, situación que no solo lo califica como un incumplimiento contractual sino además como un atentado al medio ambiente y al derecho a la salud de todas las personas que no solo laboran sino que además realizan sus compras en el GMML.

Es por ello, que ante estos hechos, les exigimos de forma inmediata que tomen las acciones correctivas necesarias para el lavado de los contenedores se realicen en lugares que no afecten las condiciones de salubridad de los productos ubicados en los Pabellones, así como en lugares de asistencia del público, sin perjuicio de las acciones de orden legal que se inicien producto de la defensa de los intereses difusos. (...)"

61

- 1) Con Carta S/N, de fecha 27 de agosto de 2015 (Registro N° 3467), **EL CONTRATISTA** da respuesta a la Carta N° 873-GG-EMMSA-2015, remitida por **EMMSA**, indicando lo siguiente:

"(...)

Que, es de pleno conocimiento por parte de EMMSA, que la maestranza y pozo de lavado se encuentra en pleno proceso para su construcción, la cual será entregada a la brevedad posible en coordinación con EMMSA, en cumplimiento del Contrato N°004-AOL-EMMSA-2014.

En el segundo párrafo, de la carta en referencia, EMMSA indica que: "Se viene efectuando el lavado de los contenedores de basura justamente en la pista central de cada Pabellón dentro de las instalaciones del GMML, hechos que han sido corroborados por nuestra supervisión y por terceros, situación que no solo lo califica como un incumplimiento contractual sino además como un atentado al medio ambiente y al derecho a la salud de todas las personas que no solo laboran sino que además realizan sus compras en el GMML.

Ante ello, indicamos que el lavado de los contenedores se viene realizando, en forma momentánea, en el ambiente más adecuado y mejor acondicionado que se pueda contar dentro de las instalaciones del GMML, esto mientras se culmine la construcción de la maestranza y poza de lavado, conforme es de pleno conocimiento y aceptación de EMMSA.

En efecto, el lavado de los contenedores se realiza en esta ubicación toda vez que esta zona cuenta con unas rejillas que drenan el agua dirigiéndola directamente hacia el desagüe. Por lo que después del lavado de los contenedores, esta área es lavada y desinfectada, por lo que no hay ningún riesgo para la salud, mucho menos atentado alguno contra el medio ambiente.

Cabe agregar, como se indicó en anteriores cartas, hemos sido reubicados por ustedes en varias oportunidades, conforme queda evidenciado en las cartas N°265-GO-EMMSA-2015 de fecha 16 de abril del 2015 y N°532-GG-EMMSA-2015, de fecha 26 de mayo del 2015. Recién mediante carta N° 767-2015/GG-EMMSA de fecha 21 de julio del 2015, EMMSA nos informa que se nos está asignando un nuevo espacio para la construcción de la losa de lavado, desinfección y maestranza, conforme el contrato de la referencia.

62

PETRAMAS nunca se ha negado al cumplimiento de la mencionada obligación. Por lo cual si a la fecha más de un año y medio después de la firma del contrato de la referencia- no sea cumplido con esta obligación, es por causa atribuible exclusivamente a EMMSA. Siendo así, el imputarnos un incumplimiento contractual, es por demás arbitrario y ajeno a la realidad. Téngase en cuenta que inclusive PETRAMAS, con el afán de cumplir debidamente con la ejecución del contrato, ya había realizado la construcción de una losa, la cual generó una inversión y que EMMSA deberá tener en consideración.

En ese sentido, rechazamos lo dicho en su carta de la referencia, cuando señalan de un incumplimiento contractual, cuando PETRAMAS viene cumpliendo diligentemente con la ejecución del contrato, por lo cual no podemos ser imputados de incumplimiento alguno, conforme lo señala el artículo 1314 del Código Civil.(...)"

- m) El 21 de Setiembre de 2015, **EL CONTRATISTA** recibió la Carta N° 1058-GG-EMMSA-2015, remitida por **EMMSA**, vía notarial, a través del cual **SEÑALA EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:**

"(...) Por vía notarial su representada nos remitió un cronograma de trabajo, en virtud al acuerdo entre ambas partes, respecto a la

construcción del área de lavado y maestranza, cuyo detalle, es el siguiente:

- El día 14 de agosto del presente año, se entregará el plano de estructuras.
- El día 18 de agosto del presente año, se entregará el Plano de Instalaciones Eléctricas y Sanitarias.
- El día 20 de agosto del presente año, se entregará el Plano de Detalles.
- El día 01 de setiembre del presente año, se iniciará la obra previa aprobación de su representada.
- El plano de ejecución es de tres meses por lo que la conformidad de obra se proyecta para la quincena de diciembre.

Ahora bien, a pesar de los acuerdos, adoptados referidos en los párrafos precedentes, con arreglo a los Términos de Referencia del proceso de selección clasificado como Concurso Público N°004-2013-CE/EMMSA, del cual fueron beneficiados con la buena pro, y producto del cual, suscribieron el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014 de fecha 22 de enero de 2014, es que dejamos constancia, a la fecha, a través de la remisión de esta carta del incumplimiento a sus obligaciones contractuales (construcciones – poza de lavado y maestranza – que debían de estar operativas con el objetivo de prestar los servicios de limpieza y retiro de residuos sólidos – a saber que hasta la fecha su representada viene lavando los tachos de basura entre las calles de cada Pabellón y no en las pozas que deben de estar construidas).

63

De esta manera, por un lado, esperamos haber aclarado los alcances de sus misivas contenidas en la referencia, y por otro lado, para expresarles nuestra total preocupación debido al incumplimiento a sus obligaciones contractuales, materializadas en la calidad de la ejecución de sus actividades, con arreglo a las condiciones pactadas contractualmente.

De esta manera, cumplimos con requerirlos para que en un plazo de dos (02) días hábiles de recibida la presente, cumplan con subsanar los incumplimientos antes acotados, bajo apercibimiento de ejecutar las acciones de orden contractual y legal. (...)"

- n) Con fecha 24 de setiembre de 2015, **EMMSA** recepcionó la Carta S/N remitida por **EL CONTRATISTA**, a través del cual le informa:

"(...) El día 22 del presente año, a horas 10:00am., se empezó con el trabajo de levantamiento topográfico de forma conjunta de las áreas de los pabellones y muelles donde prestamos el servicio,

participando por el lado de ustedes, como responsable el Sr. Juan de Dios Vargas Díaz. Cabe resaltar que los trabajos finalizarán el día 24 de setiembre del presente año.(...)"

- o) Con fecha 01 de octubre de 2015, **EL CONTRATISTA** recibió la Carta N° 1087-GG-EMMSA-2015, remitida por **EMMSA**, vía notarial, a través del cual se le **REMITE EL APERCIBIMIENTO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL, DÁNDOLE AL CONTRATISTA UN (1) DÍA PARA SUBSANAR SUS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO**, tal y como se podrá advertir en la siguiente imagen:

De nuestra consideración:

Por la presente me dirijo a usted, a efectos de comunicarles que mediante Informe N° 023-GO-EMMSA-2015, la Gerencia de Operaciones de EMMSA informa que a la fecha su representada contenidas en el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, de fecha 22 de Enero de 2014, así como en los Términos de Referencia contenidas en las Bases Administrativas del proceso de selección clasificado como Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA, cuyo objeto es la contratación de los "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos", específicamente sobre su obligación de hacer entrega de los planos para la construcción del área de lavado y maestranza de acuerdo con el cronograma aprobado por ambas partes contenida en el documento de la referencia a), así como el incumplimiento referido al lavado de los contenedores de basura en la pista central de cada Pabellón contenida en el documento de la referencia b); por lo que mediante este acto dejamos sin efecto cualquier propuesta de reprogramación respecto a la entrega de los planos, al haber transcurrido en exceso el tiempo para que su representada cumpliera con dichas obligaciones.

Frente a estas circunstancias, y estando a las conclusiones formuladas por la Oficina de Asesoría Legal, mediante el Informe N° 054-OAL-EMMSA-2015, es que nos vemos en la necesidad de requerirlos vía notarial para que en un plazo de un (01) día de recepción de la presente misiva, cumplan con sus obligaciones (de orden contractual y legal), bajo apercibimiento de resolverse el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, en aplicación a lo previsto en el artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, concordado con el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 194-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, y demás modificaciones.

Atentamente,

64

- p) Con fecha 2 de octubre de 2015, **EMMSA** recibió la Carta S/N, remitida por **EL CONTRATISTA**, a través del cual le comunica que conforme a los requerimientos realizados en las cartas de referencia, y en base a la Carta, de fecha 6 de agosto del 2015, cumple con adjuntar los planos para la construcción de la poza de lavado y maestranza, conforme a los términos de referencia del proceso de selección- Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA.

En esa misma fecha, se levanta un Acta de Observaciones, de fecha 2 de octubre de 2015, que es presentada como medio probatorio al

proceso, suscrita entre el Jefe del Departamento de Logística de **EMMSA**, Sr. Oscar Flores Dextre, y el Sr. José Ericson Vásquez Natividad, quien manifestó ser trabajador de la empresa PETRAMAS SAC, consignándose lo siguiente:

"....que el Sr. José Ericson Vasquez Natividad identificado con DNI Nro. 42704940, quien declara ser trabajador de la empresa Petramas SAC, presenta una Carta S/N, de fecha 02 de Octubre de 2015, ante la Mesa de Partes de EMMSA, adjuntando en copia únicamente los siguientes planos, sin firma de profesional:

Planos del Primer Piso de Red de Agua
Planos de Instalaciones Eléctricas
Planos de Instalaciones Sanitarias Red de Desague (...)"

- q) Con fecha 6 de Octubre de 2015, **EL CONTRATISTA** recibió la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015, remitida notarialmente, a través del cui, la Gerencia General de **EMMSA** comunicó a **EL CONTRATISTA** que se **HA RESUELTO EL CONTRATO**, como se advierte en la imagen que se muestra a continuación:

55

De nuestra consideración:

Por la presente me dirijo a usted, a efectos de comunicarles que mediante Carta N° 1087-GG-EMMSA-2015, remitida vía notarial, el día 01 de Octubre de 2015, se le concedió un plazo de Un (01) día para que cumpla con sus obligaciones (contractuales y legales) contenidas en el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero de 2014, así como en los Términos de Referencia contenidas en las Bases Administrativas del proceso de selección clasificado como Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA, cuyo objeto es la contratación de los "Servicios de Recolección, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos".

En ese sentido, habiéndose evidenciado a la fecha que su representada no ha cumplido íntegramente con sus obligaciones, consistentes en la construcción del área de lavado y maestranza, al no haber cumplido con la entrega de los planos conforme a lo pactado (según documento a) de la referencia), cuyo propósito era justamente la construcción de dichas áreas, y respecto al incumplimiento del lavado de los contenedores de basura en un lugar adecuado distinto a la pista central de cada Pabellón, obligaciones que obran descritas en el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, de fecha 22 de Enero de 2014, y en los Términos de Referencia contenidas en las Bases Administrativas del proceso de selección clasificado como Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA; es que le comunicamos que el Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014, de fecha 22 de enero de 2014 ha quedado resuelto, a partir de la recepción de la presente misiva, en aplicación de los artículos 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Atentamente,

145. De acuerdo a los documentos expuestos puede apreciarse que la resolución contractual efectuada por la entidad se sustenta en el incumplimiento de las obligaciones relacionadas al numeral 6.4 de los términos de referencia, consistente a la construcción de una poza de lavado y desinfección.

1.1. ACERCA DE LA CAUSAL DE RESOLUCION INVOCADA Y LAS RAZONES QUE DIERON LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ESTABAN SUNTENTADAS EN OBLIGACIONES CONTRACTUALES, LEGALES O REGLAMENTARIAS

146. Puede apreciarse que la causal invocada para proceder con la Resolución del Contrato, se sustenta en el incumplimiento injustificado que es regulada en el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que establece que:

"Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

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

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o (...)"

66

147. Luego de la revisión de los principales hechos, corresponde su análisis de acuerdo las obligaciones determinadas como causales de incumplimiento, las mismas a la que hacen referencia en la Carta Notarial de Apercibimiento del 1 de Octubre de 2015 remitida por EMMSA a EL CONTRATISTA, como se detalla a continuación::

1. Hacer entrega de los planos para la construcción del área de lavado y maestranza, de acuerdo con el cronograma aprobado por ambas partes contenido en la Carta de fecha 6 de agosto de 2015 remitida por EL CONTRATISTA (Registro N° 3078), y que señalaba:

"...conforme a nuestra última reunión de fecha 5 de agosto del presente año, respecto a la construcción del área de lavado y maestranza les indicamos el cronograma de trabajo el cual es el siguiente:

1. El día 14 de agosto del presente año, se entregará el plano de estructuras.
2. El día 18 de agosto del presente año, se entregará Plano de Instalaciones Eléctricas.
3. El día 20 de agosto del presente año, se entregará el Plano de Detalles.

4. El día 01 de setiembre del presente año, se iniciará la obra previa aprobación de su representada.
5. El plano de ejecución es de tres meses, por lo que la conformidad de obra se proyecta para la quincena de diciembre (...)"

2. Incumplimiento referido al lavado de los contenedores de basura en la pista central de cada Pabellón contenida en la carta del 27 de agosto de 2015 remitida por EL CONTRATISTA (Registro N° 3476), y que señalaba:

"(...)

Que, es de pleno conocimiento por parte de EMMSA, que la mastranza y pozo de lavado se encuentra en pleno proceso para su construcción, la cual será entregada a la brevedad posible en coordinación con EMMSA, en cumplimiento del Contrato N°004-AOL-EMMSA-2014.

En el segundo párrafo, de la carta en referencia, EMMSA indica que:

"Se viene efectuando el lavado de los contenedores de basura justamente en la pista central de cada Pabellón dentro de las instalaciones del GMML, hechos que han sido corroborados por nuestra supervisión y por terceros, situación que no solo lo califica como un incumplimiento contractual sino además como un atentado al medio ambiente y al derecho a la salud de todas las personas que no solo laboran sino que además realizan sus compras en el GMML.

Ante ello, indicamos que el lavado de los contenedores se viene realizando, en forma momentánea, en el ambiente más adecuado y mejor acondicionado que se pueda contar dentro de las instalaciones del GMML, esto mientras se culmine la construcción de la mastranza y pozo de lavado, conforme es de pleno conocimiento y aceptación de EMMSA.

En efecto, el lavado de los contenedores se realiza en esta ubicación toda vez que esta zona cuenta con unas rejillas que drenan el agua dirigiéndola directamente hacia el desagüe. Por lo que después del lavado de los contenedores, esta área es lavada y desinfectada, por lo que no hay ningún riesgo para la salud, mucho menos atentado alguno contra el medio ambiente.

Cabe agregar, como se indicó en anteriores cartas, hemos sido reubicados por ustedes en varias oportunidades, conforme queda evidenciado en las cartas N°265-GO-EMMSA-2015 de fecha 16 de abril del 2015 y N°532-GG-EMMSA-2015, de fecha 26 de mayo del 2015. Recién mediante carta N° 767-2015/GG-EMMSA de fecha 21 de julio del 2015, EMMSA nos informa que se nos está asignando un nuevo espacio para la construcción de la losa de lavado, desinfección y maestranza, conforme el contrato de la referencia.

PETRAMAS nunca se ha negado al cumplimiento de la mencionada obligación. Por lo cual si a la fecha más de un año y medio después de la firma del contrato de la referencia- no sea cumplido con esta obligación, es por causa atribuible exclusivamente a EMMSA. Siendo así, el imputarnos un incumplimiento contractual, es por demás arbitrario y ajeno a la realidad. Téngase en cuenta que inclusive PETRAMAS, con el afán de cumplir debidamente con la ejecución del contrato, ya había realizado la construcción de una losa, la cual generó una inversión y que EMMSA deberá tener en consideración.

68

En ese sentido, rechazamos lo dicho en su carta de la referencia, cuando señalan de un incumplimiento contractual, cuando PETRAMAS viene cumpliendo diligentemente con la ejecución del contrato, por lo cual no podemos ser imputados de incumplimiento alguno, conforme lo señala el artículo 1314 del Código Civil.(...)"

1.1.1 Si se incumplieron obligaciones establecidas en el contrato

148. Al respecto, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, se establece que el objeto de la contratación es el siguiente:

"El presente contrato tiene por objeto la contratación del Servicio de Limpieza, Recojo, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos del GMML, conforme a los Términos de Referencia. (...)"

149. En ese sentido, y respecto a lo establecido en las bases, acerca del área de lavado, se tiene que en el numeral 6.4 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA, se especificó de manera expresa:

**"6.4 CONCENTRACION DE RESIDUOS SÓLIDOS
Descripción General del Servicio:**

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (8) 959 819 284

Los residuos sólidos recogidos del barrido, del baldeo y por otros medios, serán transportados a 100 contenedores de 1,100 litros de capacidad, los cuales se ubicarán en puntos de acopio que se definirán con la Gerencia de Operaciones (GO). El ganador de la buena pro se obliga a suministrarlos, mantenerlos operativos y limpios durante la vigencia del contrato.

Igualmente, para este propósito, ubicará 300 contenedores de 240 litros de capacidad dentro de los pabellones y plataformas del mercado, para el servicio de recolección intermedia de residuos sólidos, para trasladar periódicamente los contenidos a los contenedores de 1,100 litros. La ubicación de éstos se coordinará con la Gerencia de Operaciones.

Para el lavado y desinfección de todos los contenedores, el ganador de la buena pro construirá una poza de lavado y desinfección, dichas deberán ser realizadas con la aprobación de la Gerencia de Operaciones, con el equipamiento pertinente. Colindante a ésta área construirá una maestranza para la reparación y mantenimiento de los equipos mencionados. (...)"

150. Como es de verse las bases del contrato determinaron como obligación y/o actividad, la concentración de residuos sólidos, la cual se realizaría a través de contenedores ubicados en diversas áreas. Especificándose expresamente la obligación del CONTRATISTA de construir un área de lavado y desinfección y un área de maestranza, precisándose únicamente que debían ser realizadas con aprobación de la Gerencia de Operaciones.

151. Es en ese sentido, que la única obligación que se determina en las bases del contrato, es la construcción de la poza de lavado y desinfección, no obstante se aprecia que las obligaciones que precisa la Entidad como incumplidas y que han sido las causales de la resolución del contrato son i) la entrega de planos en las fechas acordadas por las partes para la ejecución de la poza de lavado y ii) lavado de contenedores fuera del área de la poza de lavado. Siendo este último un supuesto incumplimiento derivado de la ausencia de la poza de lavado y desinfección.

152. Entonces, considerando lo expuesto, se puede advertir que ninguna de las dos causas que han originado la resolución del contrato, constituían obligaciones **expresamente** determinadas en el Contrato; no obstante, habría que calificar si su incumplimiento era justificado o no, o si es que hacía

imposible la ejecución contractual, situación que analizaremos en el numeral 1.1.2.

1.1.2 Si las obligaciones materia de incumplimiento estaban determinadas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones

153. Debemos precisar, que cuando la Ley de Contrataciones habla de resolución de contrato por el incumplimiento de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, nos lleva a analizar si tales obligaciones incumplidas o apercibidas por la Entidad se encuentran expresamente reguladas en la Ley o el Reglamento, ante lo cual de los antecedentes del análisis del presente punto controvertido tenemos que la Entidad a través de la Carta N° 767-2015-GG/EMMSA, remitida por EMMSA el 21 de julio de 2015, señala expresamente que para una aprobación definitiva del área de lavado y desinfección, antes de su ejecución, requería contar con los planos a nivel de Expediente Técnico, desarrollando las especialidades correspondientes con el equipamiento pertinente. Precizando, además que las distribuciones, cantidades y dimensiones, debían estar de acuerdo al Reglamento Nacional de Edificaciones.

70

154. Debemos señalar en este extremo, que las entidades al igual que los contratistas, deben respetar los alcances del Reglamento de la Ley de Contrataciones, por lo que el requerimiento al CONTRATISTA de elaborar un expediente técnico para la ejecución de una poza de lavado, implicaba - en estricto - no sólo nuevas obligaciones sino que además se desnaturalizaba el contrato de servicios de Limpieza, Recojo, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos del GMML, por uno de consultoría de obras.

155. Nos explicamos, si bien los términos de referencia señalaban de manera expresa que EL CONTRATISTA construiría una poza de lavado y desinfección, y que debían ser realizadas con la aprobación de la Gerencia de Operaciones y con el equipamiento pertinente, los requerimientos y exigencias no podían desnaturalizar el servicio a nivel de pedir el desarrollo de un expediente técnico, a razón que ello hubiera implicado que en las bases se requiera a una persona especializada con conocimientos altamente especializados para la elaboración de un expediente técnico de

obra, exigencias que no estuvieron estipuladas. Cabe precisar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no sólo establece un procedimiento diferenciado para la contratación de las personas naturales y/o jurídicas que elaboran expedientes técnicos, sino que además los define de manera expresa y diferenciada, determinando inclusive una formalidad para la obtención de su registro nacional de proveedores, regulándose tales supuestos principalmente en los siguientes artículos de la norma:

CONTRATOS DE SERVICIOS	CONTRATOS DE CONSULTORIA
<p>Artículo 45.- Factores de evaluación para la contratación de servicios en general</p> <p>1. En caso de contratación de servicios en general deberá considerarse como factor referido al postor la experiencia, en la que se calificará la ejecución de servicios en la actividad y/o en la especialidad, considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un período determinado de hasta ocho (8) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.</p> <p>Se acreditará mediante contratos y la respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con un máximo de diez (10) servicios en cada caso, prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo de cada servicio que se pretenda acreditar. En el caso de servicios de ejecución periódica, sólo se considerará la parte que haya sido ejecutada hasta la fecha de presentación de propuestas, debiendo adjuntar la conformidad de la misma o acreditar su pago. En las Bases deberá</p>	<p>Artículo 46.- Factores de evaluación para la contratación de servicios de consultoría</p> <p>1. En caso de contratación de servicios de consultoría deberán considerarse los siguientes factores de evaluación:</p> <p>a) Experiencia</p> <p>a.1) La experiencia en la actividad se calificará considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un período determinado de hasta quince (15) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria. Tales experiencias se acreditarán mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con un máximo de diez (10) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado.</p> <p>a.2) La experiencia en la especialidad se calificará considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un período determinado de hasta diez (10) años a la fecha de la</p>

<p>señalarse los servicios, iguales y/o similares, cuya prestación servirá para acreditar la experiencia de^o postor. El servicio presentado para acreditar la experiencia en la especialidad sirve para acreditar la experiencia en la actividad.</p> <p>Adicionalmente, podrán considerarse los siguientes factores de evaluación de la propuesta técnica, según corresponda al tipo del servicio, su naturaleza, finalidad y a la necesidad de la Entidad (...)"</p>	<p>presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta dos (2) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.</p>
<p>Artículo 263.- Inscripción en el Registro de Proveedores de Servicios</p> <p>En el Registro de Proveedores de Servicios deberán inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado la contratación de servicios en general y las consultorías distintas a las de obras, sea que se presenten de manera individual, en consorcio, o tengan la condición de subcontratistas para lo cual deberán estar legalmente capacitadas para contratar (...)"</p>	<p>Artículo 267.- Asignación de Especialidades de los Consultores</p> <p>El RNP asignará a los consultores de obras una (1) o varias especialidades, habilitándolos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado la consultoría de obras públicas. (...) Sólo se considerará la experiencia obtenida directamente, sea como persona natural o persona jurídica, en la realización de actividades de consultoría de obras, no considerándose como tales aquellas actividades ejecutadas como dependientes o bajo la dirección de otro consultor de obras. (...)"</p>
<p>(ANEXO DE DEFINICIONES)</p> <p>48. Servicio en general: La actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.</p>	<p>(ANEXO DE DEFINICIONES)</p> <p>10. Consultor: La persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorías, asesorías, estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros.</p>

	<p>11. Consultor de Obras: La persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como en la supervisión de obras.</p> <p>24. Expediente Técnico de Obra: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.</p>
--	---

156. Por las razones esbozadas, en torno a las obligaciones reglamentarias, podemos señalar que un contrato de servicio no puede contener obligaciones que están limitadas y determinadas para un contrato de consultoría, no correspondiendo exigir en el marco de un contrato de servicios obligaciones que generen la elaboración de un expediente técnico. Cabe añadir, además, que si bien el Reglamento de la Ley de Contrataciones en su artículo 143° establece la posibilidad de modificar los términos del contrato, la mencionada norma establece de manera expresa que las modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista. Así en el presente caso las condiciones de contratación estaban dirigidas a conseguir un CONTRATISTA especializado en servicios de limpieza, y no en la elaboración de especificaciones técnicas, cuya selección tiene requisitos y un procedimiento diferenciado, como se aprecia de las normas citadas en el cuadro anterior.

157. En ese sentido, la falta en la entrega de planos a nivel de expediente técnico, en un Contrato de Servicios, y que no ha sido determinada como obligación en el contrato, no puede ser considerada como obligación reglamentaria para efectos de la interpretación del Contrato, máxime si

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (8) 959 819 284



dicho acto llevaría implícita la existencia de una novación objetiva, que en el marco del artículo 143° del Reglamento antes citado, no resulta posible en materia de contratación pública, pues se estaría sustituyendo la obligación primitiva por una nueva relación obligatoria, en la que aparecen las mismas partes obligadas al cumplimiento de una obligación principal distinta, conforme se regula en el artículo 1278° del Código Civil que señala "Hay novación objetiva cuando el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente".

158. Del mismo modo, cabe precisar que en la normativa de contrataciones se ha establecido que todo Contrato Administrativo debe tener un objeto claro y preciso, teniendo en cuenta si se trata de una prestación de dar, hacer o no hacer, esto es, de bienes, servicios u obras. Por tal motivo, en el artículo 19° del Reglamento, se establece que "Para la determinación del proceso de selección se considerará el **objeto principal de la contratación y el valor referencial establecido por la Entidad para la contratación prevista (...)**"; con lo cual se advierte, que la determinación del objeto contractual es un aspecto de alta relevancia al momento de su ejecución a efectos de poder determinar la aplicación de plazos y criterios establecidos en la normativa de contrataciones, ya que para cada naturaleza contractual la interpretación de la norma guarda su particularidad.

74

159. Entonces, en términos generales, si bien el objeto principal de una contratación puede consistir en la prestación de un servicio, la entrega de un bien o la ejecución de una obra, es cierto que para la ejecución de cualquier de los objetos mencionados puede ser necesaria la concurrencia de varios elementos adicionales; sin embargo, no puede ser considerado de forma individual, dado que todos son necesarios para la ejecución de una misma prestación. Por lo que en el caso bajo análisis, tenemos la prestación de un servicio de limpieza, y para su desarrollo como parte de su ejecución se tiene la construcción de la poza de lavado, siendo que el objeto principal de la contratación será el correspondiente a la prestación de mayor incidencia porcentual en el costo.

160. Por tal motivo, para la determinación del objeto contractual corresponde tener en consideración la naturaleza y características particulares del requerimiento formulado por el área usuaria y, sobre todo, la mayor

incidencia porcentual en el costo de cada prestación regulado en el Contrato, tal como se ha determinado en la OPINIÓN 092-2015/DTN, que para tal efecto señala lo siguiente:

"(...)

Adicionalmente, es importante señalar que el segundo párrafo del artículo 19 del Reglamento establece que "Para la determinación del proceso de selección se considerará el objeto principal de la contratación y el valor referencial establecido por la Entidad para la contratación prevista. (...)." (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, la determinación del tipo de proceso de selección que se aplicará a una determinada contratación depende del objeto principal de la contratación (bien, servicio u obra) y del valor referencial previsto para dicha contratación.

En esa medida, cuando el objeto de la contratación corresponda a la ejecución de una obra (en los términos expuestos en los numerales anteriores), la Entidad deberá convocar una Licitación Pública, siempre que el valor referencial se encuentre dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias; en cambio, cuando el objeto de la contratación corresponda a la prestación de un servicio, la Entidad deberá convocar un Concurso Público, siempre que el valor referencial o estimado se encuentre dentro de los márgenes establecidos por las normas presupuestarias". (resaltado es nuestro)

75

161. Tal y como se ha determinado en la opinión citada, es de entender – entonces – que dependerá exclusivamente del impacto de la incidencia porcentual de los costos de cada prestación durante la ejecución contractual para saber el objeto de la prestación; por tanto, considerando la importancia para el presente caso de precisar el objeto de contratación del Concurso Público N° 004-OAL-EMMSA-2014, a efectos de dilucidar la naturaleza de los incumplimientos increpados por EMMSA a El Contratista, corresponde señalar que de los costos referidos en la Cláusula Tercera del Contrato, trata que el monto establecido versa en su gran mayoría al servicio de limpieza y retiro de los residuos sólidos al interior del GMML y no para la construcción de una poza de lavado y desinfección que se estableció en el numeral 6.4) de los Términos de Referencia.

162. En tal sentido, los incumplimientos de PETRAMÁS SAC que fueron advertidos por EMMSA versarían sobre trabajos que no se encuentran en la esfera del objeto del Contrato N° 004-OAL-EMMSA-2014 que trata sobre la prestación del servicio de limpieza y retiro de los residuos sólidos al interior del GMML, razón por la cual, el hecho de incumplir con la construcción de una poza de lavado y desinfección, no impedía la ejecución del objeto del Contrato.

1.2. SI LAS RAZONES QUE DIERON LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO IMPLICABAN LA IMPOSIBILIDAD DE CONTINUAR CON LAS PRESTACIONES PACTADAS Y SI EXISTE CORRELATO ENTRE LOS MOTIVOS DE APERCIBIMIENTO Y RESOLUCIÓN

163. Para analizar este punto, y evaluar la ejecución del presente contrato de servicios, cuya objeto principal era la Limpieza, Recojo, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos del GMML, procederemos a revisar la OPINIÓN N° 027-2014/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, la misma que presenta carácter vinculante⁹, respecto a la interpretación y aplicación de la normativa de contrataciones del Estado:

76

"(...)

2. CONSULTA Y ANÁLISIS

(...)

2.1 "¿Cómo se define una obligación esencial?"

2.1.1 *En primer lugar, debe indicarse que, una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.*

Así, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución del contrato, pues

⁹ Tercera Disposición Complementario Final.- Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por normal legal (...).

alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente sus obligaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver¹⁰ el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

2.1.2 Al respecto, como una de las cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que "(...) En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...). Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento." (El resaltado es agregado).

77

(...)"

2.1.3 De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

(...)"

2.2 "¿Existen obligaciones no esenciales?, ¿Cómo se define una obligación no esencial?" (sic).

Considerando que las obligaciones esenciales son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la

¹⁰ A mayor abundamiento, García de Enterría precisa que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El resaltado es agregado). En *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

finalidad del contrato; las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.

- 2.3 *¿Cualquier obligación que se establezca en las bases o en el contrato es una obligación esencial? (sic).*

De conformidad con lo expuesto al absolver las consultas 2.1 y 2.2, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer la necesidad de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se hayan contemplado en las Bases o en el contrato.

No obstante, las obligaciones establecidas en las Bases o en un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado no se limitan a ser obligaciones esenciales, pues también pueden detallarse obligaciones no esenciales; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.

Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.

- 2.4 *¿Una obligación para ser considerada como esencial debe estar señalada bajo esta denominación? (sic).*

(...)

Al respecto, debe señalarse que, la normativa de contrataciones del Estado exige que las obligaciones esenciales estén incluidas en el contrato o en las Bases con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance pero no establece la forma en que deben denominarse.

En esa medida, una obligación esencial puede denominarse expresamente como tal o puede no incluir dicha denominación; correspondiendo, en este último caso, distinguirla por su condición de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

En consecuencia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede contener obligaciones esenciales denominadas expresamente como tal u obligaciones esenciales sin denominación, dado que la calificación de una obligación como esencial no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

Finalmente, cabe precisar que cualquier controversia relacionada con la resolución de un contrato -incluso respecto a la naturaleza esencial o no esencial de una obligación-, podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje, de conformidad con el último párrafo del artículo 170 del Reglamento.(..)"

164. Por lo que, de la opinión citada tenemos las siguientes conclusiones, que revisaremos en función a los hechos presentados en el caso bajo análisis:

- a) La normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

Ante tal aseveración cabe preguntarnos si *¿la falta de presentación de los planos a nivel de expediente técnico, de acuerdo a lo requerido por EMMSA, constituía una situación que imposibilitaba ejecutar el objeto del contrato?*

Al respecto, debemos mencionar que tal como se aprecia de la cláusula quinta del contrato y de acuerdo a su fecha de suscripción, éste estuvo vigente desde el 23 de enero de 2014, hasta el 05 de octubre de 2015 (fecha de la resolución bajo análisis), entre dichas fechas se aprecian tres tiempos de ejecución marcados:

1. Entre el 23 de enero de 2014 hasta el 7 de Mayo de 2014, fecha en la cual EMMSA recepcionó la Carta N° 127-2014, emitida por EL CONTRATISTA, período donde la prestación del servicio se ejecutó sin observaciones, y dentro del cual no existía

comunicación alguna sobre los trabajos vinculados a la ejecución de la poza de lavado y desinfección.

2. Período entre el 8 de Mayo de 2014 al 16 de abril de 2015, fecha en la cual el CONTRATISTA recibió la Carta N° 0265-GO-EMMSA-2015: En dicho período EMMSA sólo determinó que el área de lavado y desinfección se ejecute de manera provisional en un área asignada para tal fin. Asimismo, y conforme la constatación de hechos efectuada por el Notario Gómez Verástegui, y presentada como prueba por el CONTRATISTA en Anexo 1.5. de su demanda, la loza trabajada fue suficiente para la prestación del servicio, máxime si en dicho período la Entidad no manifestó oposición a la forma en que se trabajó la misma, ni observó o requirió cambios a la forma en que los servicios se prestaron específicamente en lo que respecta al numeral 6.4 de los términos de referencia.

80

3. Período del 16 de abril de 2015 hasta el 05 de octubre de 2015, fecha de la resolución contractual: Período en el cual se requiere la construcción de una loza con características y parámetros a nivel de expediente técnico, considerándose que el incumplimiento de la presentación de planos llevaba a la resolución del contrato, y la falta de elaboración llevaba a que se laven los contenedores en la pista central de cada pabellón, lo que también constituía un incumplimiento, que fue materia de resolución.

Así queda claro que durante los primeros 15 meses de ejecución del contrato, la construcción de la poza de lavado y desinfección, no sólo no fue materia de observación alguna, sino que además el servicio se ejecutó de manera normal, sin afectar la prestación principal del contrato.

Por lo que, la ausencia de la poza de lavado, o la ejecución de un área de acuerdo a las características iniciales de construcción (de acuerdo a su ejecución provisional), no constituían un impedimento

que hacía imposible la ejecución de las prestaciones pactadas, máxime si hasta la fecha de resolución se venían efectuando las prestaciones y realizando los pagos por los servicios brindados de acuerdo al objeto de la contratación.

Asimismo, y de acuerdo a lo señalado en la OPINIÓN 092-2015/DTN, la obligación materia del objeto contractual estaba vinculado al servicio de limpieza, es por esa razón que la ausencia de una poza de lavado, durante el período inicial no perturbaba la ejecución del servicio, ni hacía imposible su continuidad.

Debe precisarse además, que las características iniciales de construcción de la poza de lavado durante el período del 8 de Mayo de 2014 al 16 de abril de 2015, permitieron las actividades de lavado sin obstrucción del servicio, sin el requerimiento de un expediente técnico, o de requerimientos no establecidos en el contrato ni en las especificaciones técnicas.

81

- b) El literal c) del artículo 40 de la Ley establece que "(...) En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial.

Sobre este extremo, que ha sido analizado de manera previa en el numeral 1.1, debemos precisar que la resolución del contrato se sustenta en la necesidad de contar con los planos para la aprobación del área de lavado y desinfección, y dejar de lavar los contenedores en otra área que no sea la zona de lavado, la cual era de conocimiento de ambas partes que aún no se concluía.

Ahora bien, como hemos analizado, la entrega de planos no era una obligación establecida en el contrato, no era una obligación relacionada a su objeto (al ser uno de servicio), y la obligación accesoria del contrato era la construcción de la poza, la cual podía ejecutarse dentro de los parámetros del período del 8 de Mayo de 2014 al 16 de abril de 2015,

Además, este Colegiado observa que la entidad desde el 06 de agosto de 2015, tenía conocimiento que EL CONTRATISTA (carta con Registro N° 3078), concluiría con la construcción de la poza de lavado y desinfección en tres meses, habiendo indicado expresamente que proyectaba la conformidad de la obra para la quincena de diciembre.

En ese sentido, y de acuerdo a los antecedentes señalados inclusive en la carta de apercibimiento de la entidad, EL CONTRATISTA había declarado que dicha obligación la concluiría en la quincena de diciembre de 2015, sin apreciarse como respuesta inmediata a dicha propuesta carta o posición alguna de la entidad que observara los plazos propuestos para concluir con su obligación, es más teniendo en cuenta que el contrato al ser uno de 24 meses, concluiría el 22 de enero de 2016.

Es decir el CONTRATISTA, señaló que la obligación relacionada a la construcción de la poza la efectuaría un mes antes de que concluya el contrato sin observación específica de LA ENTIDAD al respecto, por lo que no existió sobre la obligación específica de construcción de la poza de lavado con un mes anterior al vencimiento del contrato, observación por parte de la entidad en el momento de la comunicación del plazo de construcción; asimismo, y dentro del mismo criterio, el lavar los contenedores en otra área fuera del área de lavado, es una consecuencia directa del acto anterior, obligación accesoria cuyo incumplimiento fue justificado, por todos los hechos antes expuestos.

- c) Existen obligaciones esenciales, que de acuerdo a su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no. Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.

En efecto, como se aprecia de los términos de referencia del contrato, la obligación principal vinculada a los supuestos incumplimientos contractuales citados, era la recolección de

residuos sólidos, siendo esta la obligación principal, la construcción de la poza de lavado y desinfección. No obstante, de acuerdo a lo analizado líneas arriba, no podría ser considerada una obligación esencial, pues su incumplimiento no alteraba el desarrollo del servicio, máxime si la propia entidad había aceptado y convalidado que se concluya en la quincena de diciembre, compromiso del CONTRATISTA que ratificaron como referencia de su supuesto incumplimiento, como se aprecian en las cartas de apercibimiento, que hacen referencia a su carta del 6 de agosto de 2015.

1.3. SI EXISTIÓ INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, ES DECIR SI EL INCUMPLIMIENTO SE DEBIÓ A CAUSAS ATRIBUIBLES AL CONTRATISTA.

165. En este extremo resulta pertinente traer como parte del análisis la OPINIÓN N° 093-2014/DTN, de la Dirección Técnica Normativa del OSCE que determina:

83

"(...) ¿Cuál es la correcta interpretación sistemática del literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y, del numeral 1) del artículo 168° y el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al procedimiento resolutorio que debe seguir el Estado para poder resolver el contrato por causa imputable al contratista?" (sic).

Los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado tienen por finalidad satisfacer las necesidades de abastecimiento de las Entidades y, en última instancia, el interés público que subyace a estas necesidades. Así, en virtud de estos, el contratista se compromete a cumplir las prestaciones pactadas a favor de la Entidad y esta se compromete a pagarle la contraprestación pactada.

Conforme a lo señalado, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas es la situación esperada en el ámbito de las contrataciones del Estado; no obstante, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes podría incumplir parte o la totalidad de sus prestaciones o verse imposibilitada de cumplirlas.

En esa medida, el artículo 44 de la Ley establece que el contrato puede ser resuelto por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las prestaciones pactadas o ante el incumplimiento de dichas prestaciones, ya sea por causas imputables al contratista o a la Entidad.

(...)

Por su parte, el numeral 1 del artículo 168 del Reglamento, establece que la Entidad podrá resolver el contrato cuando el contratista "Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello." (El subrayado es agregado).

De las disposiciones citadas, se advierte que la Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista haya incumplido injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, siempre que previamente haya requerido el cumplimiento de estas y el contratista no haya subsanado tal incumplimiento. (...)"

166. En este extremo debemos analizar el concepto del término "injustificadamente" que determina la doctrina, pudiendo evaluarlo dentro del marco de los principios de causalidad recogidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). Principios aplicables de conformidad con el artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que los principios de derecho público resultan aplicables a las contrataciones públicas.

167. Así, la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, Tipicidad, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros. Por lo que de acuerdo a lo establecido en el numeral 8) del artículo 230° de la LPAG, el Principio de Causalidad implica que: "La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable."

168. Sobre este aspecto, Morón Urbina señala que: "Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la

asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (...) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisional. Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.", y que "(...) Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional. (...)".

169. Del análisis efectuado y de los hechos descritos, la poza de lavado fue construida de manera provisional en el 2014, ello debido a la falta de definición de la entidad de un área definitiva; y sólo hasta abril del año 2015, LA ENTIDAD define un área para su ejecución permanente, asimismo como es de verse la propia entidad solicitó requerimientos que desnaturalizaban un contrato de servicios, exigiendo que para la ejecución de la poza se desarrolle de manera previa un expediente técnico, conforme a lo parámetros del Reglamento Nacional de Edificaciones, exigencia requerida para un contrato de obra y no de servicio, acreditándose que los requerimientos posteriores no sólo no eran necesarios para el desarrollo del servicio, sino que además no habían sido determinados en las especificaciones técnicas, y se había aceptado durante los primeros 12 meses del estos hechos ya desarrollados en los puntos anteriores, imposibilitaron que EL CONTRATISTA ejecute la poza de lavado y desinfección.

85

170. El requerimiento adicional, que exigía elaborar un expediente técnico previo a la aprobación, con una remisión de planos no establecidos en las bases ni en el contrato, crearon obligaciones que desnaturalizaban el servicio, y generaron la imposibilidad manifiesta de poder ejecutar la poza de lavado dentro de un plazo inmediato, máxime si del accionar de LA ENTIDAD, por los primeros 17 meses, se puede acreditar que el servicio se brindó con la poza construida en el área proporcionada por LA ENTIDAD de manera provisional, sin más exigencia que la derivada de la utilidad para la prestación del servicio efectuada por EL CONTRATISTA, e incluso la ENTIDAD estaba de acuerdo en contar con una poza bajo sus exigencias en el mes de diciembre de 2015, un mes antes del plazo de conclusión del servicio.

171. En ese sentido, el incumplimiento de la construcción de la poza de lavado no puede ser denominado como injustificado, pues para el desarrollo de dicha actividad requería en primer lugar un actuar previo de la entidad (no se entregó el terreno hasta después de 17 meses y se exigió la elaboración de un expediente técnico que desnaturalizaba el servicio), de manera posterior se plantearon exigencias que desnaturalizaban el contrato, por lo que en virtud al principio de causalidad, no puede sancionarse o determinarse que existió inejecución de una obligación por responsabilidad de EL CONTRATISTA cuando requirió para su realización de acciones o decisiones previas de parte de la ENTIDAD.

1.4. SI CORRESPONDE DETERMINAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 004-OAL-EMMSA-2014

172. En el contexto de la finalidad y el objetivo buscados por LA ENTIDAD con la celebración de EL CONTRATO, los que nos hemos referido en el numeral anterior, debe tenerse presente que el propósito final de la contratación pública es la satisfacción del interés público. A él se refiere el artículo 4° de la Ley al establecer que: "en todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado". Si bien a todos los ciudadanos nos atañe coadyuvar a la satisfacción del interés público, es el Estado, dentro de los límites previstos en la Constitución, el que ejerce su titularidad. Criterio asumido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 009-2014-AA/TC, en la que señala que:

"El interés público tiene que ver con aquello que beneficie a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La Administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta efectivo, apreciable, útil (...).

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente."

173. En buena cuenta, frente a la decisión de LA ENTIDAD de no continuar ejecutando EL CONTRATO, el Colegiado Arbitral considera que no debe asumir la responsabilidad de decidir cómo debe ser satisfecho el interés público, pues se trata de una responsabilidad que – en el contexto analizado – corresponde ser asumida enteramente por LA ENTIDAD.

174. En ese sentido, si bien el análisis efectuado ha permitido determinar que las consideraciones fácticas y jurídicas invocadas por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO NO ACREDITAN UN INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DEL CONTRATISTA, el rol que tiene LA ENTIDAD como titular del interés público y que ha ejercido al convocar al proceso de selección, al celebrar EL CONTRATO e, inclusive, al resolverlo, no puede ser ejercido por el Tribunal Arbitral, debiendo LA ENTIDAD asumir los riesgos y responsabilidades que pudieran generarse de su decisión de resolver EL CONTRATO.

87

175. A estos efectos, la Ley de Contrataciones del Estado señala en su artículo 44° lo siguiente:

"Artículo 44°.- Resolución de los contratos:

(...)

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

176. Así la legislación nacional establece la posibilidad de resolver el contrato de manera unilateral, disponiendo únicamente el derecho del perjudicado de una indemnización por daños y perjuicios.

177. Esta regulación, tiene su fundamento en la doctrina tradicional que sostiene que los contratos administrativos pueden extinguirse, en principio, por rescisión unilateral de la administración, denominándola rescisión unilateral por motivos de mérito o conveniencia. Esta línea de pensamiento también la comparte el jurista argentino Roberto Dromi al señalar:

"b) Rescisión y revocación. También tiene la Administración Pública atribuciones para disponer unilateralmente de la caducidad, la rescisión o la resolución del contrato.

(...)

La competencia rescisoria se aplica no sólo en los supuestos de incumplimiento grave del contratista, sino además en los casos en que la rescisión se funda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, por causas relativas al interés público, considerada entonces como revocación. (...)" El subrayado es nuestro

Ésta misma lógica la siguen los Dres. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández cuando señalan:

"El más llamativo y penetrante de estos poderes administrativos generales es, sin duda alguna, el privilegio de decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial que impone al contratista un deber de cumplimiento inmediato con la carga consiguiente de la impugnación a posteriori de la decisión administrativa en vía contenciosa si está disconforme con la legalidad de la misma".

88

178. Sin embargo, ésta potestad a la que se hace referencia, no puede llevar a afectar los interés de los contratistas y por tal motivo no se le podría intentar atribuir responsabilidad por una voluntad unilateral de resolución de un contrato por parte de una Entidad de la Administración Pública, y mucho menos se podría pensar que es factible la imposición de una sanción al contratista afectado por una resolución. Así la única limitación de la Administración Pública se basa en la posibilidad de requerir por el contratista la posibilidad de indemnización, por ello la resolución, en este caso, siempre dará lugar a la indemnización al particular, puesto que es un derecho que le asiste, en tanto ella ha sido declarada por razones de interés público y no por culpa del CONTRATISTA. La indemnización es el derecho del contratante, que opera como contrapartida a la competencia resolutoria de la Administración Pública. Este derecho indemnizatorio debe ser requerido, probado y sustentado por quien ha sido afectado o perjudicado, extremo que será evaluado en una pretensión expresa, y que se analizará más adelante.

179. En tal sentido, el Colegiado decide aplicar para resolver la primera pretensión de la demanda lo previsto en el artículo 44° de la Ley y el artículo

209° de El Reglamento, aplicación que se hace de modo analógico. Dicho artículos establecen que la resolución del contrato de obra "determina la inmediata paralización de la misma" y que culminada la constatación física e inventario "la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad" y que, "de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenido con otra Entidad o teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifieste su intención de realizar el saldo de la misma."

180. Las normas antes invocadas establecen que una vez resuelto el contrato de obra, la obra se paraliza inmediatamente, correspondiéndole a la entidad adoptar las acciones que conduzcan a su culminación, ya sea mediante administración directa, con convenio con otra entidad o ya sea invitando a los postores que participaron del proceso de selección que originó el contrato. De ello se colige que la normativa de contratación pública no auspicia que la decisión de resolver de un contrato de obra dejada sin efecto por un órgano jurisdiccional, y la razonabilidad de tales disposiciones reside en el hecho de que la satisfacción del interés público no puede estar condicionada ni a la espera de la decisión final que un órgano jurisdiccional adopte sobre si la decisión de una parte de resolver un contrato de obra fue válida o no.

89

181. El Colegiado decide, entonces, aplicar analógicamente las normas antes comentadas debido a que no existe norma expresa que regule una situación similar para el caso de la contratación de bienes y servicios públicos, debiendo señalarse, en tal sentido, que la aplicación que el Colegiado realiza de tales dispositivos no se opone a lo previsto en los artículos 169° y 170° de El Reglamento, sino que más bien concuerda con ellos.

182. Ciertamente la desestimación PARCIAL de la primera pretensión de la demanda no implica ni significa la desestimación de las pretensiones de carácter indemnizatorio interpuesta por EL CONTRATISTA pues el propio artículo 170° de El Reglamento establece que: "Si la parte perjudicada (con la resolución) es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva

indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad".

183. Adicionalmente, debe considerarse que del análisis del expediente arbitral se advierte que, ante la resolución del contrato y dada la naturaleza e importancia del servicio (limpieza y retiro de residuos sólidos al interior del Gran Mercado Mayorista de Lima), la Entidad se vio en la necesidad de contratar los servicios de un tercero a fin de no desatender la limpieza del Gran Mercado Mayorista de Lima, pues de lo contrario, se pudo haber generado problemas de salubridad pública. De ahí que, al encontrarse dicho servicio a cargo de otro Contratista, este Colegiado no podría disponer - *en atención al segundo punto controvertido* - que el CONTRATISTA se restituya en la ejecución del servicio, pues se ha generado una imposibilidad física y jurídica de continuar ejecutando el objeto del contrato; máxime, si disponer lo contrario afectaría de un tercero.

90

184. En tal sentido, considerando lo argumentado, este Colegiado arriba a las siguientes conclusiones:

- Las causales de fondo que sustentaron la resolución contractual no se configuraron conforme a lo establecido en el contrato ni en la ley de la materia (*puesto que no se ha acreditado que las causales invocadas en la carta notarial que resuelve el contrato, se han dado por causas atribuibles al Contratista*).
- Este Colegiado no puede sustituir la voluntad de resolver el contrato - *declarando su nulidad*- y a consecuencia de ello, ordenar la continuidad de la prestación del servicio (objeto del Contrato).
- Al ser un acto de decisión unilateral (la resolución del Contrato), el Colegiado sólo podrá declararse la nulo el extremo de la resolución que se fundamenta en la causal del incumplimiento injustificado de las obligaciones del CONTRATISTA, pues como ha quedado demostrado la resolución del contrato se ha efectuado sin culpa de éste.

185. Por las razones expuestas, este Colegiado considera declarar:

- FUNDADO EN PARTE el primer punto controvertido. En consecuencia, se determina que sólo en el extremo que se resuelve el contrato por causa atribuible a El Contratista procede la NULIDAD de la Resolución del Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014 realizada mediante la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 y ratificada con el envío de la Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015; entendiéndose con ello que no hubo responsabilidad del contratista, dado que no se ha configurado retraso injustificado atribuible a PETRAMAS SAC.

2. Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no la reposición de las actividades de PETRAMAS en la prestación del servicio de limpieza de retiro de residuos sólidos del Gran Mercado Mayorista de Lima.

186. Considerando que el primer punto controvertido ha sido declarado fundado en parte, es decir se ha determinado la nulidad de la resolución del contrato, sólo en aquél extremo relacionado a que se resuelve sin responsabilidad del CONTRATISTA, corresponde pronunciarse por los demás puntos controvertidos relacionados a éste.

91

187. Es en ese sentido, y por los argumentos y consideraciones legales desarrolladas en el numeral 1.4 del presente análisis, es que corresponde declarar INFUNDADO el presente punto controvertido, pues la NULIDAD de la resolución no se extiende a la reposición de los servicios, pues este Colegiado no puede sustituirse en la voluntad de la administración, conforme a los argumentos antes desarrollados.

3. Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que EMMSA resarza por el daño moral ocasionado a PETRAMAS, por el monto mínimo de S/. 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Soles), producto de la indebida resolución contractual, por el monto que el Tribunal Arbitral considere conveniente.

188. Considerando que el primer punto controvertido ha sido declarado FUNDADO EN PARTE, procederemos a pronunciarnos sobre el presente punto controvertido, y determinar si el acto de resolución del contrato sin motivación, como evento dañoso ha causado en el demandante algún

"daño moral" -o agravio moral- o menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales.

189. Es decir, como señala Eduardo Zannoni¹¹, el daño moral está constituido por el hecho o acto antijurídico generado, noción que se desarrolla sobre la base de los siguientes presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado. Si se aceptan estos presupuestos, es obligado concluir que el daño o agravio moral, es daño no patrimonial, y que éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial.

Señala además que *"coexisten, o pueden coexistir en ese caso, ambos intereses como presupuestos de un mismo derecho. Así, las lesiones que ha sufrido la víctima de un accidente obligan al responsable a resarcir el daño patrimonial que esas lesiones provocan, pero también, en su caso, el daño extrapatrimonial o daño moral que el ataque a su integridad corporal conlleva. El derecho a la integridad corporal, que es, como tal, un derecho de la personalidad de la víctima, y/o un perjuicio de orden no patrimonial en tanto se lesiona el interés a la incolumidad física que el derecho a la integridad corporal presupone y que ha sido menguado por el daño estético"*.

92

190. Entonces podrá decirse que el daño moral es directo si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial; será, en cambio, indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial.

191. Así definidos los conceptos, este Colegiado luego de revisados los escritos de la demanda, los alegatos e informes orales, puede concluir que no se ha configurado ningún daño moral directo o indirecto, que afecte bienes no patrimoniales, con lo cual esta pretensión debe declararse **INFUNDADA**.

¹¹ Eduardo A. Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, Editorial Astrea, 2005, Págs.152 a 154.

4. Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la aplicación de penalidades imputadas a PETRAMAS por los meses de mayo, junio, julio del año 2015 y enero y febrero del año 2014 y las penalidades por la no construcción de la poza de lavado y maestranza y se le pague el total de los servicios prestados en dichos meses.

192. El presente punto controvertido, está directamente relacionado a la facultad de la entidad para aplicar penalidades, en el marco de lo señalado en los artículos 165° y 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, toda vez que el contrato de servicios en cuestión, determinaba las dos modalidades de aplicación de penalidades.

193. En ese sentido, antes de determinar si LA ENTIDAD, aplicó de manera correcta las penalidades respectivas a EL CONTRATISTA, procederemos a revisar dos opiniones del OSCE, que nos especificarán la correcta aplicación de las penalidades:

93

"OPINIÓN N° 064-2012/DTN

(...)

2.1 "¿Qué incumplimientos están sujetos a la aplicación de la penalidad por mora?"

2.1.1. *En primer lugar, debe indicarse que entre las penalidades que una Entidad le puede aplicar a un contratista, se encuentra la penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento.*

Al respecto, el primer párrafo del referido artículo precisa que "En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...)." (El subrayado es agregado).

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente¹², se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

¹² El retraso en la ejecución de las prestaciones será injustificado cuando no se haya solicitado y/o aprobado la ampliación del plazo contractual, al no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento.

Cabe precisar que la finalidad de esta penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad, en parte, por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le pudiera causar. (...)

2.1.4 En virtud de lo expuesto, debe indicarse que la penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento, se aplica al contratista cuando este se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato; constituyéndose de esta manera en un mecanismo coercitivo que salvaguarda el cumplimiento debido y oportuno de las obligaciones asumidas por el contratista.

Cabe precisar que en caso la Entidad realice observaciones¹³ al cumplimiento de la prestación ejecutada dentro del plazo contractualmente establecido, sólo se aplicará la penalidad por mora en los supuestos previstos en los artículos 176¹⁴ y 210¹⁵ del Reglamento, según se trate de bienes y servicios, o de obras, respectivamente.

2.2. "¿Es procedente que la Entidad en forma unilateral modifique las penalidades distintas a lo señalado en el Art. 165º del Reglamento de la Ley, y para su aplicación, cómo se calculan estas penalidades?" (sic).

2.2.1. El artículo 166 del Reglamento establece lo siguiente: "En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem

¹³ Las observaciones pueden estar referidas al cumplimiento parcial o defectuoso de la prestación.

¹⁴ El cuarto párrafo del artículo 176 del Reglamento -aplicable a la contratación de bienes y servicios- establece que "De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendarios. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan." (El subrayado es agregado).

¹⁵ El primer párrafo del numeral 2 del artículo 210 del Reglamento -aplicable a obras- establece que "De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna". Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo establece que "Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. (...)" (El subrayado es agregado).

que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora." (El subrayado es agregado).

De acuerdo con el artículo citado, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calculan de forma independiente a la penalidad por mora y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.

Ahora bien, esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- (i) La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;
- (ii) Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- (iii) Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

95

De esta manera, la previsión de penalidades distintas a la penalidad por mora en las Bases de un proceso de selección, implica observar los parámetros antes mencionados, esto con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.

(...)

2.2.4 En consecuencia, las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

No obstante, una vez celebrado el contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste.

Finalmente, cualquier controversia que se genere entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley.

2.3 "¿Para la aplicación de la penalidad, la Entidad debe seguir el debido procedimiento establecido; y si no existe, cómo se aplica el procedimiento para proceder con la penalidad en contra del contratista?" (sic).

A efectos de absolver la presente consulta, evaluaremos los dos supuestos en los que la normativa de contrataciones del Estado contempla la aplicación de penalidades.

El primer supuesto corresponde a la aplicación de la penalidad por mora. Al respecto, el artículo 165 del Reglamento establece que la aplicación de esta penalidad es automática, por el solo retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Asimismo, el mencionado artículo prevé la forma de cálculo de la penalidad diaria, la que debe multiplicarse por el número de días de incumplimiento para de obtener el monto total de la penalidad que debe aplicarse al contratista.

96

El segundo supuesto se refiere a la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento. En este caso, el contrato debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

En tal sentido, el procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra previsto en el artículo 165 del Reglamento; asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto por la Entidad en el contrato¹⁶.

Cabe precisar que si en el caso de las penalidades distintas a la penalidad por mora, en el contrato no se ha previsto los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de

¹⁶ Como se ha señalado en el punto 2.2.3 de la presente opinión, el contrato se encuentra conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

incumplimiento, o la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos; y ello genera una controversia entre la Entidad y el contratista sobre la aplicación de estas penalidades, dicha controversia debe ser resuelta mediante conciliación y/o arbitraje, según lo previsto en el artículo 52 de la Ley.

"OPINIÓN N° 121-2014/DTN

2.1. "¿Es viable que la Entidad aplique (cobre) al contratista hasta el veinte por ciento (20%) del monto contractual vigente, como consecuencia de la sumatoria del cálculo de la "penalidad por mora" y de las "otras penalidades", incurridas por este último durante la ejecución contractual?" (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista puede determinar que la Entidad decida aplicarle penalidades y/o resolver el contrato.

Así, las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista son las que se encuentran reguladas en los artículos 165 y 166 del Reglamento, estas son la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades".
(...)

2.3. Ahora bien, debe mencionarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha precisado cuál es el monto máximo de penalidad aplicable cuando coexistan en una misma relación contractual la aplicación de penalidad por mora en la ejecución de la prestación y otras penalidades.

En relación con lo anterior, es preciso reiterar que el artículo 166 del Reglamento señala que las "otras penalidades" se calculan de forma independiente a la "penalidad por mora".

Asimismo, el numeral 2 del artículo 168 del Reglamento establece que la Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista "Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo" (El subrayado es agregado).

De las disposiciones citadas se desprende que el cálculo de la penalidad por mora y el de las otras penalidades se realiza de forma independiente, siendo el tope máximo por el cual se pueden aplicar cada una de estas penalidades el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Por tanto, en caso coexistan en una misma relación contractual la aplicación de penalidad por mora y otras penalidades, el tope máximo total por el cual pueden aplicarse estas penalidades es el veinte por ciento (20%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse; del cual, el diez por ciento (10%) corresponderá al tope máximo de la penalidad por mora y el diez por ciento (10%) restante al tope máximo de las otras penalidades.(...)"

194. Luego de la revisión de las opiniones citadas podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- a) La penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento, se aplica al contratista cuando éste se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.
- b) Las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166 del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimientos que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.
- c) Una vez celebrado el contrato, no es posible que la Entidad modifique, unilateralmente, las penalidades distintas a la penalidad por mora establecidas en éste.
- d) El procedimiento para la aplicación de la penalidad por mora se encuentra previsto en el artículo 165 del Reglamento; asimismo, el procedimiento para la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe haber sido previsto por la Entidad en el contrato.
- e) Cualquier controversia que se genere entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de la penalidad por mora o de las penalidades distintas a la penalidad por mora, debe resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley.

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.


EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

- f) En caso coexistan en una misma relación contractual la aplicación de penalidad por mora y otras penalidades, el tope máximo total por el cual pueden aplicarse estas penalidades es el veinte por ciento (20%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse; del cual, el diez por ciento (10%) corresponderá al tope máximo de la penalidad por mora y el diez por ciento (10%) restante al tope máximo de las otras penalidades.


195. Así comenzaremos analizando el extremo vinculado al procedimiento que las partes definieron para la aplicación de la penalidad regulada en el artículo 166° del Reglamento, que establece otras penalidades distintas a la penalidad por mora.

196. Para tal efecto, hemos resumido en el siguiente cuadro las penalidades aplicadas en virtud a lo establecido en los términos de referencia del contrato, como otras penalidades, artículo 166° del Reglamento, así como en la última celda la penalidad por mora en virtud al 165° del Reglamento:

99



Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 – San Borja – Lima.
Teléfono: (≠) 959 819 284



Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

PENALIDADES APLICADAS POR EMMSA					
AÑO	MES	CONCEPTO	CARTA Y/O ACTA DE OBSERVACIÓN	MONTO	NORMATIVA
2014	ENERO	(i) Por tener incompletos los equipos indicado en la ejecución de una actividad requerida, multa será por cada equipo y por día de incumplimiento	CARTA N° 0066-EMMSA-2015 y ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 30 de enero de 2014	S/. 17,842.72	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 5.2 otras penalidades
	ENERO	(i) Por tener incompletos los equipos indicado en la ejecución de una actividad requerida, multa será por cada equipo y por día de incumplimiento	CARTA N° 0066-EMMSA-2015. Señalan en el 2015 que se aplicó de manera incorrecta, por ende señala que corresponde aplicar penalidades por un monto adicional	S/. 225,357.28	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 5.2. otras penalidades
	FEBRERO	(i) Por no portar el fotocheck en todo momento de ejecución de subactividad y en el lugar indicado, la multa será por trabajador. En caso de pérdida o deterioro de fotocheck EL CONTRATISTA deberá comunicar a EMMSA dentro de las 24 horas de ocurrida la pérdida de fotocheck o solicitado el reemplazo por el deterioro. En caso de robo o pérdida con las respectiva copia de la denuncia o constancia policial. En ambos casos debe ser repuestos dentro de las 48 horas.	ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 03 de febrero de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 04 de febrero de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 07 de febrero de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 11 de febrero de 2014 y ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 12 de febrero de 2014.	S/. 59,475.73	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 1.4 otras penalidades
	FEBRERO	(i) Por tener incompletos los equipos indicado en la ejecución de una actividad requerida, multa será por cada equipo y por día de incumplimiento. (ii) Trabajador que no utilice equipo de protección personal o indumentaria en el momento de estar realizando la actividad indicada: guante, tapa boca, botas de jébe o de cuero, casco y/o lente protectores, etc, la multa será por persona y (iii) Por no entregar en la fecha establecida a sus trabajadores, el fotocheck, la multa será por	CARTA N° 0066-EMMSA-2015. Señalan en el 2015 que se aplicó de manera incorrecta, por ende señala que corresponde aplicar penalidades por un monto adicional	S/. 149,524.27	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 1.2, 1.3 y 5.2 Otras penalidades
	JULIO	(i) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento	ACTA DE OBSERVACIÓN del 24 de julio de 2014 y NOTA DE DEBITO N° 300-002348	S/. 3,040.00	Cláusula Duodécima del Contrato - inciso 6.1) otras penalidades
	AGOSTO	(i) Por tener incompletos los equipos indicado en la ejecución de una actividad requerida, multa será por cada equipo y por día de incumplimiento	ACTA DE OBSERVACIÓN del 28 de agosto de 2014 y NOTA DE DEBITO N° 300-002349	S/. 15,428.00	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 5.2. otras penalidades
	SEPTIEMBRE	(i) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento.	ACTA DE OBSERVACIÓN del 17 de octubre de 2014 y NOTA DE DEBITO N° 300-002343	S/. 11,400.00	Cláusula Duodécima del Contrato - inciso 6.1) otras penalidades
	OCTUBRE	(i) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento, (ii) Por no asistir el Responsable técnico del servicio de las reuniones de coordinación solicitadas por la supervisión de EMMSA.	ACTA DE OBSERVACIÓN del 03 de noviembre de 2014 y NOTA DE DEBITO N° 300-002345	S/. 11,780.00	Cláusula Duodécima del Contrato - inciso 6.1, 6.2. otras penalidades
	NOVIEMBRE	(i) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento.	ACTA DE OBSERVACIÓN del 07 de noviembre de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN N° 22 de noviembre de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN del 01 de diciembre de 2014 y NOTA DE DEBITO N° 300-002346	S/. 11,400.00	Cláusula Duodécima del Contrato - inciso 6.1) otras penalidades
	DICIEMBRE	(i) El Supervisor de la empresa PETRAMAS no contaba con el equipo de comunicaciones respectivo. (ii) Por no cumplir con ejecutar el trabajo de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento, (iii) Limpieza general de los techos (cara interna y externa) canchales lluviales, paredes laterales (cemento) y logintud (mallas metálicas y luminarias y puertas enrollables de los pabellones de venta, así como el lavado de las paredes)	ACTA DE OBSERVACIÓN del 03 de diciembre de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN N° 05 de diciembre de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN del 12 de diciembre de 2014, ACTA DE OBSERVACIÓN del 26 de diciembre de 2014 y NOTA DE DEBITO N° 300-002347.	S/. 42,457.00	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 3.1, 6.1, Cuadro de otras penalidades y ítem 7.1 de los Términos de Referencia

PENALIDADES APLICADAS POR EMMSA					
AÑO	MES	CONCEPTO	CARTA Y/O ACTA DE OBSERVACIÓN	MONTO	NORMATIVA
2015	MAYO	(i) Por fallas técnicas de la unidad móvil, el contratista que no reemplace la unidad en el plazo de las 02 horas siguientes del hecho, tendrá una multa por vehículo y por día. (ii) Por tener incompletos los equipos indicados en la ejecución de una actividad requerida, la multa será por cada equipo y por día de incumplimiento y (iii) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento	<u>SOBRE EL 6.1)</u> ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 04 de mayo de 2015. <u>SOBRE EL 5.2</u> ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 04 de mayo de 2015. <u>CARTA N° 0023-AFLG-EMMSA-2015 de fecha 26 de junio de 2015</u> , que señala el monto ascendente a S/. 313,728.00 y con <u>Carta N° 0032-AFLG-EMMSA-2015</u> de fecha 22 de julio de 2015 donde rectifica el primer monto	S/. 284,544.00	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 4.2.5.2. y 6.1. Cuadro de otras penalidades
	JUNIO	Existieron dos penalidades: (i) Por tener incompletos los equipos indicados en la ejecución de una actividad requerida, la multa será por cada equipo y por día de incumplimiento. (ii) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento	<u>SOBRE EL 6.1)</u> ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 22 de junio de 2015, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 01 de junio de 2015, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 25 de junio de 2015, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 26 de junio de 2015. <u>SOBRE EL 5.2)</u> ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 01 de junio de 2015, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 22 de junio de 2015, ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 26 de junio de 2015	S/. 303,620.00	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 5.2.) y 6.1) Cuadro de otras penalidades
	JULIO	(i) Por tener incompletos los equipos indicados en la ejecución de una actividad requerida, la multa será por cada equipo y por día de incumplimiento y (ii) Por no cumplir con ejecutar los trabajos de acuerdo a las especificaciones técnicas, descritas en las bases; el Contratista deberá adecuar el procedimiento de trabajo, la multa será por cada día de incumplimiento.	<u>SOBRE EL 6.1)</u> ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 03 de julio de 2015. <u>SOBRE EL 5.2)</u> ACTA DE OBSERVACIÓN de fecha 03 de julio de 2015.	S/. 78,964.00	Cláusula Duodécima del Contrato, inciso 6.1. y 5.1) Cuadro de otras penalidades
	15 de agosto de 2015 hasta el 01 de octubre de 2015 - serían 47 días de incumplimiento	PENALIDAD POR LA CONSTRUCCIÓN DE POZA Y MAESTRANZA	Carta N° 0067-EMMSA-2015 de fecha 02 de octubre de 2015 que señala que desde el 15 de agosto de 2015 hasta el 01 de octubre de 2015 se contabiliza la penalidad y señalan el monto	S/. 735,217.76	6.4 de los Terminos de Referencia y Requerimientos Mínimos

101

4.1 ACERCA DE LAS PENALIDADES DISTINTAS A LA PENALIDAD POR MORA, ARTÍCULO 166° DEL REGLAMENTO

197. Como podemos apreciar del cuadro resumen, durante el año 2014 las partes vinieron siguiendo no sólo un criterio para la aplicación de éstas penalidades, sino un procedimiento que sin estar regulado o definido no generó controversia entre las partes, toda vez que en los términos de referencia y en el contrato si se encontraban determinados los tipos de incumplimiento que se penalizarían y los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento. En ese sentido, existía un vacío respecto a la forma o procedimiento mediante el que se verificaba la ocurrencia de tales incumplimientos.

198. Nos explicamos, durante el año 2014 LA ENTIDAD vino aplicando las otras penalidades pactadas, definidas en los términos de referencia y en el contrato, aplicando como procedimiento de verificación la constatación a través de actas, y estableciendo como límite de aplicación de esta penalidad el 10% de las facturas emitidas mensualmente, las cuales eran facturas idénticas mensuales, toda vez que en el contrato se pactó un monto total por el servicio, a pagarse en 24 meses.
199. Apreciamos, de la documentación proporcionada por LA ENTIDAD, que el criterio de descuentos mensuales máximos, fue reiterativo durante todo el año 2014, no obstante, a partir del mes de mayo de 2015, LA ENTIDAD consideró que el criterio o procedimiento a aplicarse debería de cambiar, sin establecerse un límite mensual de aplicación, con lo cual no sólo los meses de mayo, junio y julio, la penalidad ascendía a más del 50% de cada facturación, sino inclusive se reevaluaba la aplicación de dichas penalidades por los meses de enero y febrero de 2014.
200. Este hecho ha generado que las partes requieran a este Colegiado, la determinación, del procedimiento correcto de aplicación de dichas penalidades, controversia que corresponde ser delimitada en esta vía de acuerdo a las opiniones citadas. Por lo que, para resolver esta controversia, y considerando incluso que una de las partes ha invocado su aplicación, aplicaremos el criterio señalado en la Doctrina de los Actos Propios, como explica el maestro Díez Picazo, donde se establece que está vedado a un sujeto pretender asumir una conducta o intentar hacer valer una pretensión jurídica contradictoria con una postura anterior en tanto ésta ha originado confianza en otro sujeto que se ve perjudicado por el ejercicio de ésta nueva pretensión al ver defraudada su fe puesta en el comportamiento primitivo¹⁷.

102

201. En ese sentido también señala GOZAÏNI que el hombre es libre en el ejercicio de su voluntad, pero que cuando su actuación crea un derecho a favor de

¹⁷ Cfr. BIANCHI E., IRIBARNE H., "El principio de la Buena fe y el venirse contra". ED Tomo 106, Año 1984, p 851

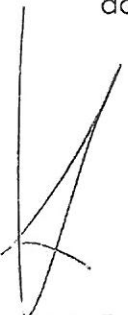
un tercero, surge una relación jurídica que no puede ser arbitrariamente destruida¹⁸.

"Venire contra factum proprium" significa en criterio de la doctrina "...tratar de destruir un efecto jurídico que uno mismo ha creado o producido en sus relaciones con otras personas...Venir –o contravenir– contra el hecho propio significa tratar de alguna manera de destruir el efecto producido por este negocio jurídico que uno ha celebrado y, en particular, intentar o formular alguna acción dirigida a destruir esta eficacia. También puede significar una conducta tendente, no a destruir lo hecho, sino simplemente a desconocerlo..."¹⁹

202. La teoría de los actos propios es pues una regla de derecho que se deriva del principio general de la buena fe, y que sanciona toda pretensión que pese a ser lícita, es inadmisibles por ser contradictoria con un comportamiento previo del mismo sujeto.²⁰ Esta regla protege la confianza y la lealtad. El efecto, según algunos autores, se produce de modo objetivo; es decir, no interesa la voluntad de su autor, sino el hecho de que con su proceder ha afectado la confianza generada o suscitada en un tercero.

103

203. Sobre ello López Mesa²¹ señala, que los requisitos para la aplicación de esta doctrina son:

- 
- a. *Una situación jurídica preexistente.*
 - b. *Una conducta del sujeto, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro.*
 - c. *Una pretensión contradictoria con esa conducta atribuible al mismo sujeto*

204. En el caso bajo análisis, la teoría de los Actos Propios ratifica lo revisado de los autos del proceso y resumido en los cuadros anteriores, por cuanto ha sido LA ENTIDAD quien ha reconocido con las penalidades aplicadas



¹⁸ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y Malicia en el Proceso*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2002. Pág. 250.

¹⁹ DIEZ PICAZO. *La doctrina de los actos propios*. Pág 58.

²⁰ BORDA, Alejandro. *LA Teoría de los Actos Propios*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1986. Pág 11.

²¹ En: *La Doctrina de los Actos Propios Esencia y Requisitos de Aplicación*. Universitas n 119. Bogotá jul/dic. 2009.



durante el año 2014, la existencia de un procedimiento donde el límite mensual de aplicación no superó el 10% de cada facturación, no pudiendo luego de una conducta de más de 17 meses proceder a cambiar el método, pues estaríamos evidenciando un acto no sólo contradictorio con su propia conducta, sino que además un quebrantamiento de la buena fe pues el CONTRATISTA actuó esperando un comportamiento futuro de la ENTIDAD, durante el desarrollo del contrato.

205. Si bien esa nueva conducta respondería a políticas de parte de la nueva gestión de la Entidad, debe precisarse que jurídicamente la parte es una sola, en tal sentido, a pesar de que exista cambio de funcionarios, estos deben de respetar los procedimientos gestados y que generaron expectativas en los contratistas.

206. Debe señalarse además que el criterio del tope mensual de aplicación del 10% por cada facturación, permitía controlar el límite del 10% de penalidad máxima a aplicarse por este concepto, pues de acuerdo a la norma en mención, artículo 166° del Reglamento, las otras penalidades no podían superar al 10% del monto total del contrato.

104

207. Resulta necesario dejar establecido que la conducta desplegada por las partes durante el transcurso del año 2014 fue realizada acorde a derecho. Dicho de otro modo, la conducta de la Entidad de penalizar al contratista hasta por un monto máximo del 10% de monto facturado mensualmente no contraviene las disposiciones que rigen las contrataciones del estado. De ahí que la aplicación de la teoría de los actos propios resulte pertinente para dilucidar el presente caso

208. En ese sentido, corresponderá que las penalidades aplicadas en virtud al artículo 166° del Reglamento de la Ley, sean aplicadas en el mes que corresponde con el límite del 10% por cada facturación mensual, es decir los meses de enero y febrero de 2014, tendrán el límite de penalidad de S/. 59,476.00 soles de penalidad mensual máxima, es decir en el mes de enero de 2014 la ENTIDAD deberá proceder a los descuentos por el diferencial que ascendería a S/. 41,633.28 soles, y en el mes de febrero de 2014 ya se habría aplicado la penalidad en su tope máximo respectivo.

209. En relación a las penalidades de los meses de Mayo, Junio y Julio de 2015, corresponderá también la aplicación mensual de penalidad por el límite de penalidad de S/. 59,476.00 soles, debiendo proceder la ENTIDAD a efectuar los descuentos por dichos importes de las facturaciones de los meses indicados.

4.2 ACERCA DE LAS PENALIDAD POR MORA, APLICADA POR LA NO CONSTRUCCIÓN DE LA POZA DE LAVADO Y MAESTRANZA

210. Al respecto, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, se establece que el objeto de la contratación era el siguiente:

"El presente contrato tiene por objeto la contratación del Servicio de Limpieza, Recojo, Transporte y Disposición Final de Residuos Sólidos del GMML, conforme a los Términos de Referencia. (...)"

105

211. En ese sentido, y respecto a lo establecido en las bases, acerca del área de lavado, se tiene que en el numeral 6.4 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 004-2013-CE/EMMSA, se especificó de manera expresa que para el lavado y desinfección de todos los contenedores, el ganador de la buena pro construiría una poza de lavado y desinfección, dichas deberán ser realizadas con la aprobación de la Gerencia de Operaciones, con el equipamiento pertinente.

212. Al respecto, si bien la construcción de la poza del lavado era una actividad establecida en el contrato, su no construcción no retrasó el desarrollo del servicio, pues este se vino prestando durante los primeros meses sin su existencia, no obstante, y en el caso si hubiera existido un retraso por su no construcción, debemos tener en claro, tal como se desarrolló de las opiniones citadas, que la penalidad por mora, regulada en el artículo 165 del Reglamento, **se aplica al contratista cuando éste se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.**

213. En ese sentido, la penalidad por mora sólo resulta aplicable si existe retraso injustificado en su ejecución. Así en el presente caso, y conforme a los argumentos desarrollados en el primer punto controvertido, se ha analizado

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

en extenso que no existió incumplimiento injustificado del CONTRATISTA, por lo que no correspondería la aplicación de penalidad por mora por este concepto.

214. Por las razones expuestas, corresponde declarar **FUNDADO EN PARTE** el presente punto controvertido.

5. **Sexto Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde o no que se cumpla con el pago de S/. 2'372,435.30 (Dos Millones Trescientos Setenta y Dos Mil Cuatrocientos Treinta y Cinco con 30/100 Soles), más los intereses compensatorios y moratorios devengados y por devengarse por los servicios prestados.

215. Este punto controvertido está directamente relacionado con el punto controvertido anterior, toda vez que los meses facturados y que no fueron pagados en su integridad, estuvieron afectos a la aplicación de las penalidades aplicadas y que se han discutido en el punto controvertido anterior.

106

216. Ambas partes en torno a este extremo han presentado documentos que acreditarían los pagos efectuados y los saldos por pagar por cada factura, como se aprecia del siguiente cuadro:

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

PETRAMAS							EMMSA			
Período	Fecha Factura	N° Factura	Monto Factura	Pago a Cuenta	Detracción	Saldo Pendiente	Pagos posteriores	Detracción posteriores	Saldo Actualizado	
mayo	03.06.2015	019530	594,757.28	250,737.28	59,476.00	284,544.00			284,544.00 (1)	
junio	02.07.2015	019692	594,757.28	231,661.28	59,476.00	303,620.00			303,620.00 (2)	
julio	11.08.2015	00000035	594,757.28		59,476.00	535,281.28	81,435.73		453,845.55	
agosto	07.09.2015	0000171	594,757.28		59,476.00	535,281.28	167,672.40		367,608.88	
setiembre		348	594,757.28			594,757.28	164,784.40	59,476.00	370,496.88	
octubre	24.11.2015	569	118,951.46			118,951.46	107,056.46	11,895.00	-	
			3,092,737.86	482,398.56	237,904.00	2,372,435.30	520,948.99	71,371.00	1,780,115.31	
									-284,544.00 (1)	
			78,964.00	(3)					-303,620.00 (2)	
			374,881.55	(5)					-78,964.00 (3)	
			453,845.55	Aplica en Saldo de Factura 000035, Julio2015						-735,217.76 (4)
									-374,881.55 (5)	
									2,888.00	
			367,608.88	saldo pend de pago Factura 0000171, agosto2015						
			370,496.88	saldo pend de pago Factura 00348, setiembre2015						
			738,105.76							
			-735,217.76	(4)						
			2,888.00							

(1) Anexo 1-Y Folio, de la demanda, Carta 032 AFLJ -EMMSA 2015, Penalidad MAYO 2015
 (2) Anexo 2-V Folio 159, de la contestación de la demanda, Carta 036-EMMSA 2015, Penalidad JUNIO 2015
 (3) Anexo 3-C Folio 166, de la contestación de la demanda, Acta de Observación 03.07.2015, Penalidad JULIO 2015
 (4) Anexo 2-B Folio 107, de la demanda, Carta 067-EMMSA 2015, Penalidad 47días AGOST-OCTUBRE 2015
 (5) Anexo 3-H Folio 8, de la contestación de la demanda, Carta 066-EMMSA 2015, Penalidad dejada de aplicar en 2014

107

217. Como se aprecia, las facturas de los meses de mayo a setiembre de 2015, presentaron pagos parciales por la aplicación de las penalidades de los meses en controversia, por lo que los nuevos saldos a pagar por cada factura deben analizarse en el marco de las penalidades a aplicar dispuestas en el punto controvertido anterior, como sigue:

PETRAMAS							EMMSA			LAUDADO	
Período	Fecha Factura	N° Factura	Monto Factura	Pago a Cuenta	Detracción	Saldo Pendiente	Pagos posteriores	Detracción posteriores	Saldo Actualizado	PENALIDAD	SALDO A PAGAR
mayo	03.06.2015	019530	594,757.28	250,737.28	59,476.00	284,544.00			284,544.00	59,476.00	225,068.00
junio	02.07.2015	019692	594,757.28	231,661.28	59,476.00	303,620.00			303,620.00	59,476.00	244,144.00
julio	11.08.2015	00000035	594,757.28		59,476.00	535,281.28	81,435.73		453,845.55	59,476.00	394,369.55
agosto	07.09.2015	0000171	594,757.28		59,476.00	535,281.28	167,672.40		367,608.88		367,608.88
setiembre		348	594,757.28			594,757.28	164,784.40	59,476.00	370,496.88		370,496.88
octubre	24.11.2015	569	118,951.46			118,951.46	107,056.46	11,895.00	-		
			3,092,737.86	482,398.56	237,904.00	2,372,435.30	520,948.99	71,371.00	1,780,115.31	178,428.00	1,601,687.31

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
 Teléfono: (≈) 959 819 284

218. El saldo a pagar por los meses requeridos por EL CONTRATISTA ascendería a S/. 1'601,687.31, monto al cual deberá descontarse el saldo de la penalidad del mes de enero de 2014 que ascendería a S/. 41,633.28 soles.

219. Por las consideraciones señaladas corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE** la presente pretensión, correspondiendo un saldo por pagar a favor del CONTRATISTA por los servicios impagos, ascendente a S/. 1'560,054.03 soles.

6. Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que EMMSA resarza por los daños y perjuicios ocasionados a PETRAMAS, por su expectativa de recibir las utilidades hasta el 22 de enero de 2016, fecha en que culminaba el Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014, por el monto de S/. 2'110,429.05 (Dos Millones Ciento Diez Mil Cuatrocientos Veintinueve con 05/100 Soles), por concepto de lucro cesante.

108

Sétimo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que la Entidad resarza por el daño causado a PETRAMAS, por el daño emergente por el perjuicio económico y financiero ascendente a S/. 3'442,169.82 (Tres Millones Cuatrocientos Cuarenta y Dos Mil Ciento Sesenta y Nueve con 82/100 Nuevos Soles).

220. Considerando que el primer punto controvertido fue declarado FUNDADO EN PARTE, corresponde pronunciarse acerca del tercer punto controvertido, el mismo que será analizado conjuntamente con el sétimo punto controvertido, pues guardan estrecha relación pues ambas pretensiones tienen naturaleza indemnizatoria.

221. Asimismo, respecto al sétimo punto controvertido se procede a emitir pronunciamiento considerando que el quinto punto controvertido fue declarado a su vez FUNDADO EN PARTE.

222. Se precisa que las dos pretensiones que se procederán a analizar en el presente numeral, han sido interpuestas en el marco de lo previsto en el artículo 170° del Reglamento, que dispone "*Si la parte perjudicada (con la resolución) es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva*

indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad". Dicha indemnización al tener una naturaleza contractual, conlleva a que el Colegiado aplique los conceptos y nociones correspondientes a la responsabilidad civil contractual, teniendo en cuenta las normas especiales en materia de contratación pública.

6.1 Acerca de la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia para la determinación de la responsabilidad y el efecto indemnizatorio

223. Sobre este punto corresponde mencionar lo señalado en el numeral 6 del acta de instalación que señala que de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3) del artículo 52 de la Ley, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del Estado – aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873, 3) El Reglamento de la Ley – aprobado por Decreto Supremo N° 184-2003-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF 4) Las normas de derecho público y 5) Las de derecho privado.

109

224. En ese sentido, al no existir regulación específica en las normas de la Ley de Contrataciones y su reglamento, en lo relativo a la responsabilidad civil contractual, corresponde aplicar las normas de derecho privado, es decir el Código Civil, toda vez que en dicho cuerpo normativo están regulados los supuestos de la responsabilidad subjetiva, que corresponden ser aplicados en el presente caso.

225. Cabe acotar que, la jurisdicción especial e independiente del arbitraje, consagrada en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, lleva implícito deberes y facultades de los árbitros, que involucran la función eminentemente supletoria y correctora de la argumentación procesal que compete a las partes. Así, es facultad de los árbitros la aplicación del principio de *lura Novit Curia*, en aquellos supuestos donde las partes no han alegado el derecho o cuando lo han invocado erróneamente.

226. Así en nuestro ordenamiento legal este principio está recogido en el artículo VII del título preliminar del Código Civil, conforme al cual "lo jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda". Con arreglo al principio iura novit curia, es el juez, como titular de la potestad jurisdiccional, el que tiene el poder-deber de proporcionar el derecho aplicable al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes conforme a las pretensiones planteadas.

227. Este principio se funda, como se ha mencionado, en la presunción lógica de que el juez está capacitado e instruido para conocer el derecho y, en consecuencia, no se encuentra vinculado por las calificaciones de las partes, salvo el límite de respetar el principio de congruencia.

228. Así la norma del Código Civil debe concordarse con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece: "el juez debe aplicar el **derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes** o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

110

229. Al respecto, y acerca de las funciones de este principio Oswaldo Hundskopf Exebio²², señala que presenta una función supletoria y otra correctora:

"Función supletoria. Cuando las partes han omitido invocar el derecho aplicable o los fundamentos de derecho que sustenten la demanda y los demás actos postulatorios, el juez suple entonces la omisión de las partes, aplicando el derecho que corresponde.

La obligación del juez de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda, comprende también la correcta calificación de la acción de acuerdo a su naturaleza, aun cuando el accionante le haya dado designación distinta (Exp. 1745-92; 22.7.1993).

b) Función correctora. El juez debe aplicar la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado erróneamente el derecho que sustenta sus peticiones.

Por ejemplo, cuando se plantea la reivindicación de herencia debe entenderse, por aplicación del principio de iura novit curia, que se demanda la petición de herencia. Esta petición es procedente, ya que el derecho del actor a que se le reconozca la parte proporcional de los bienes materia del condominio está acreditado, de manera que

²² Oswaldo Hundskopf Exebio, en Ius Et Praxis, N° 44, 2013, página 47-48.

previa liquidación de la misma, se le debe entregar la porción correspondiente (Cas. 1242-97-Ica; 12.2.1 999).(...)"

230. Se efectúan las precisiones acerca de la legislación aplicable, y el principio de IURA NOVIT CURIA, toda vez que las partes en el presente caso han hecho alusión a determinados hechos y situaciones, para sustentar su demanda o contestarla, habiendo en algunos casos omitido la alusión expresa a la ciertos artículos del Código Civil cuya aplicación resulta necesaria para resolver los puntos controvertidos bajo análisis.

6.2 Respecto a la determinación de la responsabilidad

231. Como lo indica Arturo Valencia Zea, "La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro lo ha recibido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado"²³. Así, el principal fundamento de la obligación de reparar es el dolo o culpa en el obrar del causante del daño, siendo que debido a su componente subjetivo este tipo de responsabilidad es la llamada responsabilidad subjetiva.
232. Así, de acuerdo a lo señalado en los artículos 1150°, 1151°, 1317°, 1320°, entre otros, del Código Civil, la responsabilidad subjetiva exige cuatro elementos, "a saber: 1) una conducta humana, expresión que empleamos para referirnos a la circunstancia de que un hecho ilícito imputable a una persona, sin tener en cuenta la intervención de su voluntad en la causación del hecho; 2) que el autor del daño haya obrado con dolo o culpa (elemento subjetivo); 3) un daño o perjuicio; 4) un nexo causal entre el daño y la culpa.

233. Respecto al primer elemento, acerca a que los hechos sean imputables a una persona, sin tener en cuenta la intervención de su voluntad en la causación del hecho, de acuerdo al análisis del punto anterior, puede determinarse que la extinción del contrato se ha determinado como consecuencia de la decisión unilateral de la entidad de resolverlo.

²³ Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo II. De las Obligaciones. 5ta edición, Editorial Temis, Bogotá 1978, pp 188 y 189.

234. En lo que se refiere al segundo elemento, que el autor del daño ha obrado con dolo o culpa, debemos traer a colación lo analizado en el numeral anterior, respecto al primer punto controvertido, en el que se ha concluido que los argumentos fácticos y jurídicos invocados por la ENTIDAD para resolver el contrato son infundados, pues se ha determinado que la única obligación que señalada en las bases del contrato, es la construcción de la poza de lavado y desinfección, no obstante se aprecia que las obligaciones que precisa la entidad como incumplidas y que han sido las causales de la resolución del contrato son i) la entrega de planos en las fechas acordadas por las partes para la ejecución de la poza de lavado, que como hemos analizado se requirieron a nivel de expediente técnico desnaturalizándose la obligación; y ii) el lavado de contenedores fuera del área de la poza de lavado, obligación que es sido incumplida pero por causa atribuible a la entidad, pues en primer lugar la entidad no proporcionó el área para construcción, luego estableció requisitos que desnaturalizaban el contrato, y de manera posterior, conociendo que la poza se concluiría en la quincena de diciembre, no podían considerar durante este período aquellas consecuencias de la falta de poza de lavado como incumplimientos injustificados.

112

235. Estas acciones evidencian que la ENTIDAD decidió resolver el contrato sobre la base de consideraciones fácticas y jurídicas que no le permitían adoptar una decisión de ese carácter, de lo que se aprecia que en este extremo su actuar no fue diligente.

236. Al respecto el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N°090-2004-AA/TC, señala que:

"(...)

12. 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.

(...)

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

237. Precisamente, ante escenarios en los que las entidades pueden resolver los contratos prescindiendo del requisito de razonabilidad, es que el artículo 170° del Reglamento establece que si la parte perjudicada es el contratista, la entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

113

Considerando, en este extremo lo regulado en el artículo 1329° del Código Civil, que dispone que se presume que la inexecución es por culpa leve del deudor el colegiado considera que concurre en ese caso el elemento subjetivo de responsabilidad contractual.

238. En lo que se refiere a los otros dos elementos de la responsabilidad subjetiva, a saber, el daño o perjuicio y el nexo causal entre el daño y la culpa el artículo 1321° del Código Civil dispone que el resarcimiento comprende "tanto el daño emergente como el lucro cesante, en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución" En ese sentido, a efectos de determinar si corresponde un monto indemnizatorio debemos verificar que sea real y que pueda determinarse en su cuantía.

DAÑO PATRIMONIAL

239. En cuanto al Daño Patrimonial es necesario añadir que siendo un daño específico cuya afectación se determina o efectiviza en el detrimento

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono. (°) 959 819 284

patrimonial, que constituye un elemento objetivo cuya determinación debe ser debidamente acreditada, para su reconocimiento es necesario que quien alega dicho daño, acredite fehacientemente la disminución patrimonial sufrida por el actuar dañoso de su contraparte.

240. En cuanto a este concepto, de las alegaciones efectuadas por el Contratista durante las actuaciones del presente arbitraje, se aprecia que dicha parte solicita una indemnización por lucro cesante y daño emergente.
241. Al respecto, los autores Osterling y Castillo²⁴, definen el daño emergente y al lucro cesante conforme a lo siguiente:

*"En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...). La distinción clásica entre **daño emergente (damnum emergens)** y **lucro cesante (lucrum cessans)** está dada por la **disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada en el segundo**. Así, el **daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto**. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El **lucro cesante**, por su parte, es la frustración traducida en un **empobrecimiento patrimonial** (...) Ambos elementos – el daño emergente y el lucro cesante – son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada".*

114

242. Asimismo, Espinoza Espinoza, al respecto señala lo siguiente:

"Daño patrimonial: consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este a su vez, se clasifica en:

***Daño emergente:** es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un*

²⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores. 2008. Pág. 865 y 867.

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.

EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

Mes	Días	Lucro Cesante
Octubre 2015	Del 6 al 31	S/ 52,842.02
Noviembre 2015	Mes Completo	S/ 63,003.95
Diciembre 2015	Mes Completo	S/ 63,003.95
Enero 2016	Del 1 al 22	S/ 44,712.48
Subtotal	-	S/ 223,562.40
IGV	-	S/ 40,241.23
Subtotal	-	S/ 263,803.63

Daño Emergente

249. En cuanto a este concepto, el Contratista mediante escrito de fecha 8 de setiembre de 2016, señala que para el cálculo del daño emergente se han estimado los gastos en los que dicha parte siguió incurriendo debido a la Resolución del Contrato, ello a consecuencia de que el personal asignado a dicho servicio contaba con contratos de trabajo a plazo determinado; asimismo, señala que para el cálculo también consideró la recuperación de la inversión y depreciación de los vehículos maquinarias, materiales, equipos destinados al servicio y otro costos fijos, manifestando que dichos gastos continuaron representando gastos y que se estimaban sean retribuidos dentro del periodo restante.

117

250. Para ello, el Contratista presente el cuadro que transcribimos a continuación:

Calculo del Daño Emergente Mensual

Descripción	Costo Mensual
Mano de Obra	S/ 158,017.92
Costos Operativos	S/ 168,000.00
Subtotal	S/ 326,017.92
Gastos Administrativos, Financiero y Utilidad (20%)	S/ 16,300.90
Total	S/ 342,318.82
IGV	S/ 61,617.39
Costo Total	S/ 403,936.21

251. En función a dicho cálculo mensual, el Contratista solicita por el periodo del 6 de octubre de 2015 (Resolución de Contrato) al 22 de enero de 2016 (fecha en la que debería haber culminado el contrato), el siguiente monto:

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 - San Borja - Lima.
Teléfono: (8) 959 819 284

Cálculo del Daño Emergente del Periodo

Mes	Días	Daño Emergente
Octubre 2015	Del 6 al 31	S/ 287,106.10
Noviembre 2015	Mes Completo	S/ 342,318.82
Diciembre 2015	Mes Completo	S/ 342,318.82
Enero 2016	Del 1 al 22	S/ 242,935.93
Subtotal	-	S/ 1'214,679.67
IGV	-	S/ 218,642.34
Subtotal	-	S/ 1'433,322.01

252. Es así que, por concepto de daño emergente, el Contratista solicita el pago de S/ 1'433,322.01 soles.

6.4 Sobre la aplicación de los artículos 1155° y 1432° del Código Civil para el reconocimiento de los montos requeridos como indemnización

118

253. En este extremo debemos señalar que de los argumentos esbozados para sustentar el segundo y séptimo punto controvertido de la demanda, y de los cuadros expuestos, podemos señalar que el CONTRATISTA, sustenta el monto a indemnizar (lucro cesante y daño emergente) en función al saldo del servicio dejado de realizar por culpa de la entidad, es decir el monto correspondiente al período del 06 de octubre de 2015 al 22 de enero de 2016, desagregando a través de los cuadros los montos correspondientes al lucro cesante y al daño emergente.

254. Así, este colegiado, aplicando la función supletoria del IURA NOVIT CURIA, pues el demandante ha omitido invocar el derecho aplicable que sustenta este extremo de la demanda, considera que deben aplicarse los artículos 1155° y 1432° del Código Civil vigente, que señalan:

*"Artículo 1155°.- Prestación imposible por culpa del acreedor
Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.
(...)"*

*"Artículo 1432.- Resolución por culpa de las partes
Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.*

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.
(El resaltado es nuestro).

255. Así, Manuel de la Puente y Lavalle²⁶, señala que en nuestro Código Civil se aplican para el caso de contratos de prestaciones recíprocas ciertos principios que se enmarcan dentro de la Teoría del Riesgo, siendo que nuestra legislación ha consagrado a través de los artículos citados el principio del *periculum est creditoris* (el riesgo es del acreedor), como sigue:

"En el campo del contrato de prestaciones recíprocas, donde rige el periculum obligationis por tratarse de relaciones recíprocas entre deudor y el acreedor de la prestación imposible, los únicos principios aplicables son el periculum est debitoris (el riesgo es del deudor) y el periculum est creditoris (el riesgo es del acreedor). Según el primero, cuando la prestación a cargo del deudor se convierte en imposible por causa no imputable a éste, pierde el derecho a la contraprestación. De acuerdo con el segundo, la imposibilidad de la prestación del deudor no libera al acreedor de cumplir la contraprestación a su cargo."

119

256. Por lo que en aplicación de las normas citadas, al haberse resultado el contrato por causas atribuibles a la ENTIDAD, el acreedor asume el riesgo de la resolución indebida, debiendo satisfacer al CONTRATISTA con la **contraprestación, correspondiéndole a LA ENTIDAD los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.**

257. En este extremo debemos señalar que de la revisión del contrato y de acuerdo a su naturaleza (contrato presentado como medio probatorio), se ha podido verificar que el servicio implicaba a su vez la disponibilidad de bienes para poder cumplir con el mismo, los cuales concluido el servicio pasaban a ser de propiedad de la ENTIDAD. Por ello el contrato, tenía un monto total distribuido en veinticuatro (24) pagos iguales mensuales. Esta

²⁶ Manuel de la Puente y Lavalle, La teoría del Riesgo en el Código Civil de 1984, en Para leer el Código Civil, PUCP, Página 183.

264. En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 56°, 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1017, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
265. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral.
266. Además, el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, en su inciso primero establece que en el laudo, los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.
267. En ese sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que ambas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia.
268. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas el pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, es decir, cada parte debe asumir todas las costas y costos que haya generado las pretensiones que han formulado en el proceso arbitral, sea en la demanda arbitral por PETRAMAS SAC, como en la reconvencción por parte de EMMSA; más aún, cuando de lo resuelto en el presente arbitraje no se puede determinar del todo a una parte vencida.
269. En tal sentido, considerando que los gastos arbitrales del proceso fueron cancelados por ambas partes en la proporción que le corresponde, no corresponde determinar la devolución de monto alguno a favor de una de ellas.

RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA RECONVENCIÓN PRESENTADA POR EMMSA:

8. **Noveno Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde o no que se declare la validez y eficacia del procedimiento de aplicación de penalidades seguido por ambas partes durante el desarrollo de la ejecución contractual.

270. Estese a lo resuelto en el quinto punto controvertido, en ese sentido, corresponde que las penalidades aplicables de acuerdo al artículo 166° del Reglamento de la Ley, se apliquen en el marco del procedimiento seguido entre ambas partes durante el año 2014, es decir, dentro del límite máximo del 10% de la facturación mensual.

271. Por ende debe declararse la validez del procedimiento aplicable y que fue desarrollado por la propia ENTIDAD, para la aplicación del artículo 166° del Reglamento de la Ley, es decir aplicar la penalidad mensual hasta el límite antes referido.

123

9. **Décimo Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde o no que se declare la validez y eficacia de la aplicación de penalidades impuestas a PETRAMAS por la suma de S/. 1'777,226.55 (Un Millón Setecientos Setenta y Siete Mil Doscientos Veintiséis con 55/100 Nuevos soles).

272. Estese a lo resuelto en el quinto punto controvertido, en ese sentido, no corresponde la aplicación de las penalidades por mora respecto a la construcción de la poza de lavado, y en lo que respecta a las penalidades vinculadas al artículo 166° del Reglamento de la Ley, se apliquen en el marco del procedimiento seguido entre ambas partes durante el año 2014, es decir dentro del límite máximo del 10% de la facturación mensual, con lo cual la penalidad por los meses de enero de 2014, y mayo, junio y julio de 2015, ascenderían a S/. 220,061.28 soles.

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.
EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

Por tanto, por las razones expuestas, estando a las facultades conferidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, al Decreto Legislativo N° 1071, y las normas de Contratación Pública, el Tribunal Arbitral en Mayoría EN Derecho, laudando en MAYORÍA:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de Falta de Representación contra PETRAMAS.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE, la excepción de CADUCIDAD planteada contra EMMSA.

TERCERO: Declarar FUNDADO EN PARTE el primer punto controvertido. En consecuencia, se determina que sólo en el extremo que se resuelve el contrato por causa atribuible a El Contratista procede la NULIDAD de la Resolución del Contrato N° 004-AOL-EMMSA-2014 realizada mediante la Carta N° 1095-GG-EMMSA-2015 y ratificada con el envío de la Carta N° 1108-GG-EMMSA-2015; entendiéndose con ello que no hubo responsabilidad del contratista, dado que no se ha configurado retraso injustificado atribuible a PETRAMAS SAC.

124

CUARTO: Declarar INFUNDADO el segundo punto controvertido, por lo que no corresponde la reposición de las actividades de PETRAMAS en la prestación del servicio de limpieza de retiro de residuos sólidos del Gran Mercado Mayorista de Lima.

QUINTO: Declarar FUNDADO EN PARTE, el tercer punto controvertido, correspondiendo el pago de una indemnización por concepto de utilidades ascendente S/. 263,803.63 soles como lucro cesante dejado de percibir.

SEXTO: Declarar INFUNDADO el cuarto punto controvertido, por lo que no corresponde que EMMSA resarza por el daño moral ocasionado a PETRAMAS, por el monto mínimo de S/. 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Soles).

Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina S02 - San Borja - Lima.
Teléfono. (≈) 959 819 284

Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.
EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

SÉTIMO: Declarar FUNDADO EN PARTE, el quinto punto controvertido, correspondiendo la aplicación de penalidades imputadas a PETRAMAS por los meses de mayo, junio, julio del año 2015 y enero y febrero del año 2014, sólo dentro de límite máximo del 10% de la facturación mensual; resultando inaplicables las penalidades por la no construcción de la poza de lavado y maestranza.

OCTAVO: Declarar FUNDADO EN PARTE, el sexto punto controvertido, señalando que corresponde que se cumpla con el pago al CONTRATISTA por los servicios impagos, ascendentes a S/. 1,560,054.03 soles, monto que resulta del análisis efectuada de dicho punto controvertido.

NOVENO: Declarar FUNDADO EN PARTE, el sétimo punto controvertido, correspondiendo que se resarza el daño causado a PETRAMAS, por el daño emergente ascendente a S/. 1'433,322.01 soles.

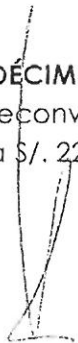
125

DÉCIMO: Declarar INFUNDADO el octavo punto controvertido, correspondiendo que cada una de las partes asuma las costas y costos que resulten del presente proceso.

DE LA RECONVENCIÓN

DÉCIMO PRIMERO: Declarar FUNDADO EN PARTE el primer punto controvertido de la reconvencción, correspondiendo que las penalidades aplicables de acuerdo al artículo 166° del Reglamento de la Ley, se apliquen en el marco del procedimiento seguido entre ambas partes durante el año 2014, es decir dentro del límite máximo del 10% de la facturación mensual.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar FUNDADO EN PARTE el segundo punto controvertido de la reconvencción, correspondiendo que las penalidades a aplicar a PETRAMAS asciendan a S/. 220,061.28 soles.



Sede Arbitral: Av. Del Parque Norte N° 1160, Oficina 802 – San Borja – Lima.
Teléfono: (#) 959 819 284



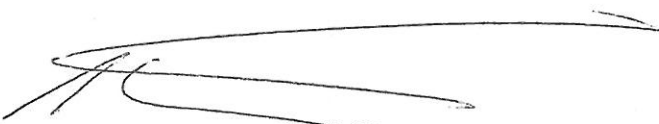
Proceso Arbitral

PETRAMAS S.A.C.
EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.

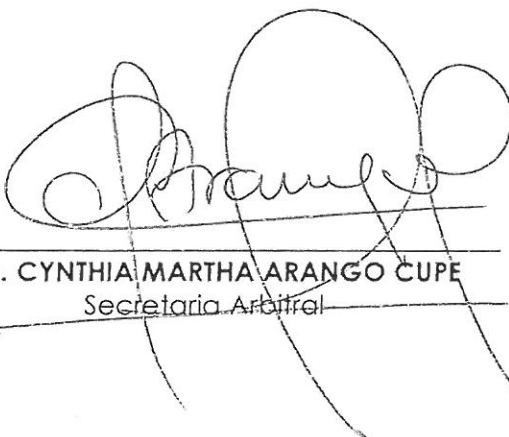
DÉCIMO TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes y **REMÍTASE** al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado- OSCE, copia del presente laudo arbitral para su respectivo registro conforme a ley.



Dra. CLAUDIA CRISTINA REYES JUSCAMAITA
PRESIDENTE



Dr. ALBERTO LOAYZA LAZO
ÁRBITRO



Dra. CYNTHIA MARTHA ARANGO CUPE
Secretaria Arbitral

III TRIMESTRE 2017

Procesos Arbitrales					
N°	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	ESTADO
1	I313-2015	CONSORCIO SANTA ANITA I	EMMSA	Controversia relaciona a la obra	EN PROCESO

Laudo Emitido					
N°	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	ESTADO
1		SINDEMMSA	EMMSA	Negociación Colectiva 2016 - 2017	Se emitió Laudo el 10.07.2017



LAUDO ARBITRAL

En ciudad de Lima, a los diez días del mes de Julio del dos mil diecisiete, el Árbitro Unipersonal Dr. **Hugo Félix Rosas Villanueva**, designado mediante Auto Directoral General N° 127-2017MTPE/2/14, para dar solución a la Negociación Colectiva 2016-2017 seguida por el **SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. SINDEMMSA**, y la **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A.EMMSA**, materia del Expediente N°115110-2016-MTPE/1/20.21, emite el Laudo Arbitral en ejercicio de las facultades reconocidas por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante Acta de Reunión de Conciliación se formalizó el Acta de Compromiso Arbitral de fecha 06 de Marzo de 2017 en su segunda cláusula, y las demás cláusulas sucesivas, las cuales obran a folios 55, del Expediente N° 115110-2016-MTPE/1/20.21, se aprecia que las partes **EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. EMMSA** (en adelante La Empresa) y el **SINDICATO DE EMPLEADOS DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE MERCADOS S.A. SINDEMMSA** (en adelante El Sindicato) en virtud de lo dispuesto en el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, expresa, libre y voluntariamente sometieron a Arbitraje la negociación colectiva.
- 1.2. Al no haber arribado a acuerdo alguno en trato directo ni en conciliación, las partes decidieron someter a la solución Arbitral el Pliego de Reclamos de la negociación colectiva 2016-2017, tal como puede apreciarse en el Acta de Compromiso Arbitral antes citada.
- 1.3. Ante la falta de acuerdo entre el **SINDICATO** y la **EMPRESA** sobre la persona del árbitro unipersonal el Ministerio de Trabajo emitió el Oficio N° 1097-2017-MTPE/2/14, en la que se resuelve señalar fecha y hora para la realización del sorteo público para la designación del árbitro unipersonal.
- 1.4. Siendo designado mediante Auto Directoral General N° 127-2017-MTPE/2/14 de fecha cinco de mayo como **ÁRBITRO UNIPERSONAL**, el Dr. **HUGO FÉLIX ROSAS VILLANUEVA**, folios(85-87).
- 1.5. Mediante Resolución N° 01-2017, convocó a las partes para el inicio del proceso arbitral, a la Audiencia que se llevó a cabo con fecha 08 de Junio del 2017. En dicha Audiencia el Árbitro aceptó formalmente la designación, se instaló el Proceso Arbitral y se declaró formalmente iniciado el proceso, al no haberse interpuesto recurso impugnatorio alguno. En el citado acto **EL SINDICATO** y **LA EMPRESA** hicieron entrega por escrito al Árbitro Unipersonal de sus respectivas propuestas finales, entregándose copia de cada propuesta a la otra parte, las mismas que

fueron posteriormente objeto de observación de una y otra parte en los términos que corren en autos con conocimiento de cada una de las partes respectivamente. Asimismo, el Árbitro Unipersonal dispuso cursar oficio a la Oficina de Economía y Productividad del Ministerio de Trabajo, a efecto que se proceda a valorizar las propuestas finales presentadas por las partes; así como emitir el Dictamen Económico Laboral, los cuales a la fecha de emisión del Laudo no han sido remitidos por conducto regular a este Proceso Arbitral.

1.6. Con fecha 22 de Junio del 2017, se realizó la Audiencia de Informe Oral Sustentación y Absolución de Observaciones, en la cual las partes hicieron uso de la palabra, ejercitando su derecho de defensa y efectuando la sustentación de las respectivas propuestas finales de manera amplia con los derechos de replica y duplica correspondientes. En esta audiencia el Sindicato presentó el Informe Económico-Financiero de la Empresa EMMSA S.A., así mismo la EMPRESA, presentó la valorización de la propuesta económica del pliego de reclamos 2016-2017, documentos que fueron notificados a las partes en la misma audiencia. Con fecha 18 de Junio del 2017, la EMPRESA, presentó documentación complementaria, la misma que se puso en conocimiento al SINDICATO, mediante Resolución N° 10-2017.

1.7. El 07 de Julio del 2017, se notificó a las partes de la conclusión de la Etapa de Prueba y los convocó para el 10 de Julio del 2017, a fin de darles a conocer el Laudo Arbitral, que pone fin al procedimiento arbitral, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 56° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

1.8. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 55° Decreto Supremo N° 011-92-TR, se notificó de manera oportuna a las partes de todos los actos y resoluciones recaídas durante el proceso arbitral, los mismos que no han sido materia de cuestionamiento de las partes.

II. PROPUESTAS

2.1. La Empresa ha presentado su propuesta final considerado doce cláusulas: **1)** Otorgar un incremento mensual a la bonificación por concepto de riesgo de trabajo, de S/ 40.00 a S/ 50.00 soles. **2)** Otorgar mensualmente una bonificación de S/ 40.00 soles por realizar labores de alto riesgo. **3)** Otorgar un incremento al personal de turno rotativo por concepto de movilidad, de S/ 20.00 a S/ 22.00 soles por días efectivos de labor. **4)** otorgar por concepto de refrigerio a todos los trabajadores de S/ 10.00 a S/ 11.00 soles, por días efectivos de labor. **5)** Otorgar conforme todos los años una canasta de víveres por fiestas navideñas, por el mismo monto del periodo 2015-2016, valorizada en la suma de S/ 433.34 soles. **6)** reconocer de 80% a 90% el pago de la prima mensual del seguro médico particular EPS plan base, correspondiendo al trabajador asumir el pago del 10%. **7)** otorgar u incremento mensualmente por concepto de riesgo de caja, de S/

60.00 a S/ 70.00 soles, a los trabajadores que tengan la responsabilidad de manejo de dinero. 8) uniformes de acuerdo al siguiente detalle.

DAMAS ADMINISTRATIVAS			
VERANO		INVIERNO	
Artículo	Unidades	Artículo	Unidades
Blusa	2	Saco vestir	1
		Blusa	2
		Pantalón	2
		Zapatos	2

VARONES ADMINISTRATIVOS			
VERANO		INVIERNO	
Artículo	Unidades	Artículo	Unidades
Camisa	2	Casaca	1
Pantalón	2	Saco terno	0
		Chompa v	2
		Camisa	2
		Pantalón	2
		Zapatos	2

DAMAS OPERATIVAS			
VERANO		INVIERNO	
Artículo	Unidades	Artículo	Unidades
Blusa	2	Casaca	1
Falda	2	Blusa	2
		Pantalón	2
		Zapatos	2
		Chompa jch	1

VARONES OPERATIVOS			
VERANO		INVIERNO	
Artículo	Unidades	Artículo	Unidades
Camisa	2	Casaca	1
Pantalón	2	Camisa	2
		Pantalón	2
		Zapatos	2
		Chaleco	1
		Gorro	1
		Chompa jch	1

9) Otorgar a los trabajadores una bonificación extraordinaria por cierre de pliego del trato directo equivalente a S/ 1800.00 soles, monto que será pagado en 02 partes:

FECHA DE PAGO	MONTO
A los 15 días de firmada el acta	S/ 1000.00
A los 45 días siguientes de la primera entrega	S/ 800.00

10) Otorgar por concepto de incentivos por cese de labores, lo siguiente:

RANGO	SULEDO BASICOS
De 60 a 65 años	8
De 55 a 59 años	10
De 50 a 54 años	12

11) La empresa conviene con el Sindicato en seguir otorgando a los trabajadores los demás beneficios que vienen percibiendo por ley, pacto o costumbre en forma permanente. 12) Las partes acuerdan dar vigencia al convenio colectivo por el periodo de un año, desde el 01 de Setiembre de 2016 hasta el 31 de Agosto de 2017.

2.2. **EL SINDICATO**, presenta Propuesta Final de convenio en el que advierten 13 cláusulas, siendo tales: 1) **AUMENTO GENERAL**: La Empresa conviene con el sindicato un incremento de 10% al haber básico mensual de cada uno de los trabajadores de planillas EMMSA. 2) **BONIFICACIÓN POR RIESGO DE CAJA**: La empresa conviene con el Sindicato en incrementar esta bonificación de S/ 60.00 a S/ 80.00 soles mensuales a los trabajadores tales como: Gasfiteros, Inspectores, Auxiliares de Caja, Cajeros, Taquilleros, Asistentes de Cobranzas, Recaudadores, así como a los reemplazantes. 3) **RIESGO DE TRABAJO**: La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar a bonificación por riesgo de trabajo de S/ 40.00 a S/ 60.00 soles mensuales, independientemente de cualquier otro aumento que pudiera decretar el supremo gobierno o pudiera establecer por efectos de la reestructuración de la empresa. 4) **TRABAJO DE ALTO RIESGO**: La Empresa conviene con el Sindicato en otorgar una bonificación por trabajos de alto riesgo equivalente a S/ 40.00 mensual a los trabajadores que desarrollen labores de alto riesgo. 5) **ASIGNACIÓN POR MOVILIDAD**: La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar la asignación por movilidad que viene otorgando de S/ 20.00 a S/ 30.00 diarios en forma mensual. 6) **ASIGNACIÓN POR REFRIGERIO**: La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar la bonificación por refrigerio de S/ 10.00 a S/ 20.00 diarios en forma mensual. 7) **BONIFICACION POR TURNO ROTATIVO**: La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar al 10% la bonificación por turno rotativo que viene otorgando a sus trabajadores. 8) **BONIFICACIÓN UNICA POR JUBILACIÓN**: La Empresa conviene con el Sindicato en otorgar una bonificación por única vez equivalente a un sueldo total del trabajadores que cese en sus funciones como servidor de EMMSA por motivos de Jubilación. 9) **UNIFORMES**: La Empresa conviene con el Sindicato en seguir otorgando los

uniformes de trabajo según detalle del Anexo 1. **10) SEGURO MEDICO PARTICULAR EPS PLAN BASE:** La Empresa conviene con el Sindicato en reconocer el 901% del pago de la prima mensual del seguro médico particular EPS, correspondiendo al trabajador asumir el 10% del pago mensual. **11) ASIGNACIÓN POR CIERRE DE PLIEGO:** La Empresa conviene con el Sindicato en otorgar una bonificación extraordinaria por cierre de pliego equivalente a S/ 3000.00 soles. **12) BENEFICIOS PERMANENTES:** La Empresa conviene con el Sindicato en seguir otorgando a los trabajadores los beneficios que vienen percibiendo por ley, por pacto o costumbre en forma permanente. **13) VIGENCIA DEL CONVENIO:** La vigencia del presente Convenio Colectivo es del 01 de Setiembre 2016 al 31 de Agosto del 2017.

ANEXO N° 1

DAMAS ADMINISTRATIVAS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Saco de vestir	1	1
Blusa de vestir	3	3
Pantalón de vestir o falda de vestir	3	3
Falda de vestir	0	0
Zapatos de vestir(par)	1	2
Poulover de vestir	1	1

VARONES ADMNISTRATIVOS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Casaca	0	2
Saco de Terno	0	1
Choampa V	0	1
Camisa de vestir	3	3
Pantalón de vestir	3	3
Zapatos de vestir (par)	1	2
Gorro	1	1

DAMAS OPERATIVAS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Casaca	0	2
Choampa V	0	1
Blusa de vestir	3	3
Pantalón de vestir o falda de vestir	3	3
Falda de vestir	0	0
Zapatos de vestir(par)	1	2
Gabán	0	1
Impermeable	0	1

VARONES OPERATIVOS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Casaca	0	2
Chompa V	0	1
Camisa de vestir	3	3
Pantalón de vestir	3	3
Zapatos de vestir (par)	1	2
Chaleco	1	1
Gorro	1	1
Gabán	0	1
Impermeable	0	1
Chompa Jorge Chávez	0	1

CONSIDERANDOS

III. LA JURISDICCION ARBITRAL

Previamente a efectuar la elección de una de las propuestas el Árbitro Unipersonal, es necesario hacer referencia a los fundamentos y alcances de la jurisdicción arbitral en materia de laudos laborales económicos.

3.1. Históricamente las controversias laborales derivadas de la negociación colectiva se resolvían mediante la huelga o mediante la intervención resolutoria de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Contemporáneamente las formas clásicas de resolución de conflictos laborales han abierto campo al Arbitraje como uno de los medios alternativos de resolución de conflictos que constituye un verdadero instrumento de paz, eficaz y de equidad.

3.2. Cuando una relación humana o social llega al nivel de un conflicto o una controversia, para que se restituya o subsista la armonía debe resolverse ese conflicto o controversia, lo cual pueden hacerlo las partes, con o sin ayuda de terceros, en lo que se conoce como autotutela o auto composición; o se resuelve mediante la decisión de un tercero (arbitraje o proceso), a lo que se denomina heterocomposición. La heterocomposición tiene dos formas clásicas de expresarse: el arbitraje y el proceso judicial. En el primer caso, como ya se ha señalado, estamos ante un medio alternativo de resolución de conflictos que constituye una visión distinta de la tradicional atención de litigios exclusivamente por medio del proceso judicial; en el segundo ante la figura tradicional en la que un juez o funcionario gubernamental decide la cuestión discutida.

3.3. Al arbitraje se define como el sometimiento de un litigio o una controversia a un tercero neutral ajeno a las partes, que se decide mediante una resolución llamada Laudo que tiene fuerza vinculante para las partes. El Tribunal Constitucional de nuestro país lo define en los siguientes términos: "El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en

donde “jueces particulares”, a través de un laudo, resuelven una controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial”.

3.4. Es con la Constitución democrática de 1979 que el arbitraje tiene consagración constitucional en nuestro país. En efecto, el artículo 253 así lo establecía:

Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, **con excepción de la arbitral** y la militar.

3.5. La Constitución de 1993 norma la institución en términos similares:

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, **con excepción de la militar y la arbitral**”

3.6. En “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” César Landa Arroyo reconoce una doble fuente de legitimación de la jurisdicción arbitral, cuando señala que “siendo el Perú un Estado Constitucional y democrático de derecho, **esta legitimación proviene de la voluntad general, plasmada por el Constituyente en las Cartas de 1979 y 1993**; mientras que, en el marco de una determinada controversia, es el principio de autonomía de la voluntad de los privados, el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto”. La doctrina nacional (Fernando Vidal Ramírez, Cantuarias, Jorge Satisfiban de Noriega, entre otros), se alinea con este reconocimiento de la doble fuente de legitimación a la que hace referencia Landa.

3.7. Pero es el propio Tribunal Constitucional que, ejerciendo su rol de intérprete de la Constitución, quien expresa en términos irrefutables esta doble naturaleza, poniendo énfasis en el fundamento constitucional de la jurisdicción arbitral:

“9. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, **sino que forma parte esencial del orden público constitucional.**”

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el

artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

10. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

12. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje.

RESTRICCIONES DE LAS LEYES DE PRESUPUESTO CON RESPECTO A LOS ARBITRAJES.

3.8. La Organización Internacional del Trabajo reconoce explícitamente el carácter independiente del arbitraje y la proscripción de toda forma restrictiva de intervención gubernamental (Recopilación de Decisiones del Comité Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo).

Restricciones al principio de la negociación libre y voluntaria

995. Para conseguir y conservar la confianza de las partes, todo sistema de arbitraje debería ser realmente independiente, es decir que los resultados de los arbitrajes no deberían ser predeterminados por criterios legislativos.

3.9. El arbitraje laboral en materia económica es un arbitraje de equidad y se le vaciaría de contenido y eficacia si el Estado pretendiera imponerle parámetros o lineamientos para su actuación.

3.10. Si la jurisdicción arbitral tiene sustento constitucional directo y es indiscutible que se le reconoce independencia jurisdiccional, ésta debe ejercitarse “sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria” y, por tanto, se “encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros”; de manera tal que la única conclusión posible es que un Tribunal Arbitral no se encuentra ni puede encontrarse sometido a las restricciones y prohibiciones de la Ley de Presupuesto.

3.11. Si ésta es la regla general que debe respetarse en cuanto a la jurisdicción arbitral en general, con mayor razón tratándose del arbitraje laboral en un procedimiento de negociación colectiva.

En efecto el artículo 28 constitucional establece que

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

Los alcances de esta prescripción constitucional los desarrolla el Tribunal Constitucional al expedir sentencia en el proceso de inconstitucionalidad seguido por Juan José Gorriti vs el Congreso de la República, materia del expediente 008-2005-AI/TC., en los siguientes términos:

c.4.5.) La intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales

35. A tenor del inciso 2 del artículo 28.º de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos

aspectos muy concretos, a saber:

- **Fomentar el convenio colectivo.**
- **Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales** en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.

En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y **arbitraje**.

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.

38. El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.

Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto.

Entre las principales características del arbitraje aparecen las siguientes:

- **Autonomía: Se despliega dentro del marco de la Constitución y la ley con plena capacidad y competencia para resolver el conflicto.**
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje”.

Del texto transcribe fluye inequívocamente que el arbitraje laboral tiene doble amparo constitucional: el establecido en el artículo 139 y el establecido en el artículo 28

Reiterando expresiones, términos y conceptos del Tribunal Constitucional, la negociación colectiva es un derecho fundamental de la persona; como tal, se interpreta de conformidad con los Tratados Internacionales.

3.12. El derecho a la negociación colectiva, al igual que la libertad sindical y de asociación, son derechos humanos fundamentales en el trabajo, consagrados en la Constitución de la OIT desde 1919. Figura entre las cuatro categorías de principios y derechos de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por los Estados miembros de la OIT en la Conferencia Internacional del trabajo de 1998. Esta Declaración hace hincapié en que todos los Estados miembros están

obligados a respetar los referidos principios y derechos, hayan ratificado o no los convenios pertinentes de la OIT.

3.13. El derecho a la negociación colectiva se encuentra contemplado en el Convenio 98 de la OIT y en el Convenio 154 y desarrollado por el Comité de Libertad Sindical.

3.14. El principio general es el de fomento de la negociación colectiva. En efecto, el Compendio de Decisiones antes citado lo señala claramente:

880. Debería estimularse y fomentarse entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

La OIT ha definido con exactitud la trascendencia de que la negociación colectiva esté inmune a la política económica de los gobiernos.

1005. La intervención de las autoridades públicas con el fin esencial de asegurar que las partes en las negociaciones subordinen sus intereses a la política económica nacional del gobierno, independientemente del hecho de que estén o no de acuerdo con dicha política, es incompatible con los principios generalmente aceptados de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben tener el derecho de organizar libremente sus actividades y de formular su programa y que las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal, y de que la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe el goce de dicho derecho.

3.15. La OIT admite la intervención estatal en materia de negociación colectiva sólo en condiciones excepcionales y bajo severos requisitos en el que deben concurrir copulativamente:

- 1) Como medida de excepción
- 2) Limitarse a lo necesario
- 3) No exceder de un periodo razonable
- 4) Ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.

Este criterio se explicita ampliamente en los siguientes términos.

1007. En un caso en el que, en el marco de una política de estabilización, en lo que respecta a negociaciones futuras sólo son admisibles las injerencias del gobierno con arreglo al siguiente principio: «si en virtud de una política de estabilización un

gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores».

1024. Si en virtud de una política de estabilización un gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.

3.16. De lo expuesto y transcrito no cabe la menor duda que las prohibiciones y restricciones a la negociación colectiva en las empresas públicas que han establecido las diferentes Leyes de Presupuesto no califica dentro de la situación de excepcionalidad prevista por la OIT.

3.17. A estas mismas conclusiones han llegado los distintos Tribunales Arbitrales que han resuelto las negociaciones colectivas en empresas y entidades públicas, tales como:

Laudo Arbitral del 21 de agosto del 2009 Sindicato de Trabajadores de CONASEV y CONASEV.

Laudo Arbitral del 22 de julio del 2009: Coalición Nacional de Sindicatos de Petróleos del Perú y PETROPERU.

Laudo Arbitral del 8 de agosto del 2008: Sindicato de Trabajadores Administrativos de Petróleos del Perú con PETROPERU S.A.

Laudo Arbitral del 24 de junio del 2008: Coalición Nacional de Sindicatos de Petróleos del Perú y PETROPERU

3.18. No obstante que no cabe la menor duda que en un proceso arbitral está proscrita la intervención del Estado y de terceros y que la negociación colectiva no puede estar tutelada ni sometida a restricciones, salvo situaciones excepcionales y ante la eventualidad que una Ley de Presupuesto establezca restricciones, la doctrina más calificada reconoce la facultad de los Tribunales Arbitrales para aplicar el control difuso y preferir obligatoriamente la norma constitucional sobre cualquier otra norma infralegal.

En "El Control difuso en la jurisdicción arbitral", (Diálogo con la jurisprudencia No. 91 abril 2006). Oswaldo Hundskopf sostiene:

El Control Difuso en el Arbitraje: un deber

El ordenamiento jurídico, en países como el nuestro donde impera un Estado de Derecho Constitucional, tiene una estructura piramidal. En la cúspide de esta

estructura tenemos a la Constitución también llamada Norma Fundamental o Carta Magna o Carta Fundamental o Norma Suprema. Esta Carta Magna es el principio y fundamento de cualquier ley, decreto supremo y otros.

No puede haber norma de rango inferior a la Constitución que sea dictada en contravención a la misma, ello la anula o la hace inaplicable. Lo expuesto constituye el principio de supremacía Constitucional al que todos los ciudadanos, sin excepción alguna, nos encontramos obligados a respetar y acatar. "El principio de supremacía de la Constitución constituye una garantía de equilibrio en el ejercicio del poder político y de los derechos fundamentales de la persona, por cuanto obliga a todos-gobernantes y gobernados-a encuadrar sus actos, decisiones o resoluciones, a la partes." La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar.

A su vez del Principio de supremacía constitucional se deriva o concurre el principio de jerarquía normativa.

Como gobernantes y gobernados están obligados a respetar la Constitución, tiene necesariamente que haber un control para garantizar este respeto y cumplimiento. De allí que la propia Constitución ha establecido sus propios mecanismos y procedimientos. Al conjunto de mecanismos se le denomina control de la constitucionalidad. "El control de constitucionalidad es la acción política o jurisdiccional que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la que debe ser acatada y cumplida por todos los órganos de poder público, los gobernantes y gobernados, así como aplicada con preferencia a las leyes, decretos o resoluciones"

Desde que la Constitución Política del Estado ha reconocido la Jurisdicción Arbitral y luego de haber fundamentado que los árbitros vienen a ser jueces particulares por voluntad constitucional, al no haber normas expresas en la Constitución que hayan regulado principios para el ejercicio de la función arbitral, resulta de aplicación extensiva a los árbitros el segundo párrafo del artículo 138° que prescribe que " En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior." Este mandato no es otro que el Control jurisdiccional de constitucionalidad- Control Difuso.

El control difuso es un control concreto porque está referido a un determinado caso y sus alcances son interpartes. Cuando el árbitro advierta que la posible trasgresión a la Constitución Política debe inaplicar determinada norma. El control difuso no es una facultad sino un deber. El texto del artículo constitucional 138° contiene un imperativo: "los jueces prefieren".

3.19. Lo expuesto en los párrafos que anteceden es imprescindible para valorar la jerarquía del Arbitraje y para dar sustento, en última instancia, a las decisiones que se apliquen en cada arbitraje y constituye el fundamento en última instancia para inaplicar las restricciones establecidas en la Ley General de Presupuesto, por contravenir una norma de mayor jerarquía como es la Constitución. Máxime si en el Acta de Compromiso Arbitral las partes declararon inequívocamente que reconocían que el arbitraje al que se sometían era un arbitraje de equidad, y sin reparo ni exclusión de la cláusula de aumento de remuneraciones.

3.20 El principal reparo por parte de la empresa al incremento de remuneraciones se funda en los considerandos y alcances de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 003-2013-PI/TC mediante la cual se exhorta al Congreso de la República para que legisle sobre la negociación colectiva relativa al ámbito de las empresas del estado y al haberse decretado la vacatio sententiae de la sentencia que declara inconstitucional las prohibiciones a la negociación colectiva establecidas en la ley de presupuesto. El árbitro que suscribe considera que no necesariamente debe adaptarse al criterio del Tribunal, por cuanto el arbitraje en negociación colectiva no es de derecho, sino de equidad.

IV. ESTADOS FINANCIEROS

4.1. Al instalarse el arbitraje no se había tramitado el dictamen económico laboral, por lo que el árbitro que suscribe hizo el trámite correspondiente, no habiendo sido emitido a la fecha de la finalización de la etapa probatoria, lo que imposibilita materialmente tenerlo presente.

4.2. En autos obra información y documentación sobre la situación económico financiera de la empresa que ha sido proporcionada por el Sindicato y que no ha sido contradicha u objetada por la empresa, por lo que es razonable considerarla, entre lo que destaca un flujo de caja positivo, así como una utilidad neta del ejercicio 2016 superior a S/. 1'000,000.00; todo lo cual ha sido debidamente meritado para los efectos de la elección de la propuesta final.

V. DE LA PROPUESTA ELEGIDA POR EL ÁRBITRO

5.1. Conforme lo establece el artículo 65° del D.S. 010-2003-TR el Árbitro debe recoger en su integridad la propuesta final de una de las partes, sin poder establecer una solución distinta ni combinar planteamientos de una y otra, estando facultado por su naturaleza de fallo de equidad, a atenuar sus posiciones extremas de la propuesta elegida, lo cual tiene que ser debidamente fundamentado.

5.2. El Árbitro ha procedido a compulsar las propuestas finales presentadas por las partes en el acto de instalación, desde la perspectiva mencionada en el numeral anterior, llegando a la conclusión que la propuesta final de EMMSA al no contener monto alguno por concepto de incremento de remuneraciones al básico, estando en condiciones

financieras de hacerlo, la hace inelegible porque no puede ni siquiera cotejarse con la propuesta de EL SINDICATO, más aún teniendo en cuenta los antecedentes de convenios colectivos pasados y de la situación particular de EMMSA.

5.3. Teniendo presente el criterio que antecede y compulsando la propuesta final del Sindicato que sí considera incremento a las remuneraciones básicas, lo cual guarda perfecta concordancia con la definición de convenio colectivo de la LRCT, y que solo podría estar al margen del convenio por grave y persistente mala situación económica de la empresa, lo cual no es el caso, pues la situación económico financiera de la empresa tal como se advierte de los Estados Financieros de la empresa que es una empresa rentable y viable, tal como se precisa en el numeral 4.2. del Lado, el Árbitro recoge íntegramente la Propuesta Final presentada por el Sindicato, atenuándola en los siguientes extremos en función a los Estados Financieros de la empresa.

5.4. **AUMENTO GENERAL:** El Sindicato propone un incremento de remuneraciones al haber básico mensual en 10%. Se atenúa este extremo fijando el incremento en 6.5% de la remuneración básica mensual, es decir, procurando un incremento real moderado de las remuneraciones de los trabajadores.

5.5. **BONIFICACIÓN POR RIESGO DE CAJA:** El Sindicato propone un incremento de S/. 80 soles. Se atenúa este extremo fijando el incremento en S/. 70.00 soles mensuales.

5.6. **RIESGO DE TRABAJO.** El Sindicato propone establecerlo en S/. 60.00 soles mensuales. Se atenúa este extremo fijando en S/ 50.00 soles mensuales.

5.7. **ASIGNACIÓN POR MOVILIDAD:** El Sindicato propone por este concepto la suma de S/ 30.00 soles diarios. Se atenúa este extremo fijando en 24.00 soles por día efectivo de trabajo, no siendo susceptible de otorgarse por día calendario, dada la naturaleza de la asignación que es para cubrir un gasto determinado, en este caso el traslado al centro de trabajo en día laborable.

5.8. **ASIGNACIÓN POR REFRIGERIO:** El Sindicato propone por este concepto la suma de S/ 20.00 soles diarios. Se atenúa este extremo fijando en S/ 14.00 soles por días efectivos de trabajo. no siendo susceptible de otorgarse por día calendario, dada la naturaleza de la asignación que es para cubrir un gasto determinado, en este caso la alimentación durante la jornada de trabajo en el centro laboral.

5.9. **BONIFICACIÓN POR TURNO ROTATIVO:** El Sindicato propone un incremento del 10%. Se atenúa este extremo fijando el incremento en 9%.

5.10. **BONIFICACIÓN ÚNICA POR JUBILACIÓN:** El Sindicato propone, un sueldo total del trabajador por motivos de jubilación. Se atenúa este extremo fijándolo en un sueldo básico para los trabajadores que cesen por jubilación.

5.11. **ASIGNACIÓN POR CIERRE DE PLIEGO:** El Sindicato propone por este concepto el monto de S/. 3,000. Se atenúa este extremo fijando la bonificación por cierre de pliego en S/. 1,600 soles por cada trabajador comprendido en el ámbito del Laudo. .

5.12. Finalmente, advirtiéndose la necesidad de una redacción idónea acorde con la calidad de la norma convencional, se efectúan correcciones de forma a la redacción de la propuesta final del Sindicato, sin desvirtuar ni alterar su contenido y sin apartarse de las consideraciones expuestas en el Laudo.

En atención a todo lo expresado, el Arbitro Unipersonal designado para dar solución a la Negociación Colectiva 2016-2017.

SE RESUELVE:

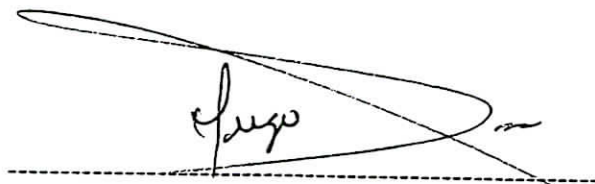
PRIMERO: LAUDAR adoptando la propuesta final del Sindicato.

SEGUNDO: APROBAR el texto del Laudo Arbitral con el siguiente contenido y redacción.

CONVENIO COLECTIVO 2016-2017

- 1) **AUMENTO GENERAL:** La Empresa conviene con el sindicato un incremento de 6.5% al haber básico mensual de cada uno de los trabajadores comprendidos en el ámbito de la presente convención colectiva.
- 2) **BONIFICACIÓN POR RIESGO DE CAJA:** La empresa conviene con el Sindicato en incrementar esta bonificación en S/ 70.00 soles mensuales a los trabajadores tales como: Gasfiteros, Inspectores, Auxiliares de Caja, Cajeros, Taquilleros, Asistentes de Cobranzas, Recaudadores, así como a los reemplazantes.
- 3) **RIESGO DE TRABAJO:** La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar a bonificación por riesgo de trabajo en S/ 50.00 soles mensuales, independientemente de cualquier otro aumento que pudiera decretar el supremo gobierno o pudiera establecer por efectos de la restructuración de la empresa.
- 4) **TRABAJO DE ALTO RIESGO:** La Empresa conviene con el Sindicato en otorgar una bonificación por trabajos de alto riesgo equivalente a S/ 40.00 mensual a los trabajadores que desarrollen labores de alto riesgo.
- 5) **ASIGNACIÓN POR MOVILIDAD:** La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar la asignación por movilidad que viene otorgando en S/ 24.00 diarios, soles diarios, por día de trabajo efectivo.

- 6) **ASIGNACIÓN POR REFRIGERIO:** La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar la bonificación por refrigerio en S/ 14.00 soles diarios, por día de trabajo efectivo.
- 7) **BONIFICACIÓN POR TURNO ROTATIVO:** La Empresa conviene con el Sindicato en incrementar al 9% la bonificación por turno rotativo que viene otorgando a sus trabajadores.
- 8) **BONIFICACIÓN ÚNICA POR JUBILACIÓN:** La Empresa conviene con el Sindicato en otorgar una bonificación por única vez equivalente a un sueldo básico del trabajador que cese por motivo de jubilación.
- 9) **UNIFORMES:** La Empresa conviene con el Sindicato en seguir otorgando los uniformes de trabajo según detalle del Anexo N° 1.
- 10) **SEGURO MEDICO PARTICULAR EPS PLAN BASE:** La Empresa conviene con el Sindicato en reconocer el 90% del pago de la prima mensual del seguro médico particular EPS, correspondiendo al trabajador asumir el 10% del pago mensual.
- 11) **ASIGNACIÓN POR CIERRE DE PLIEGO:** La Empresa conviene con el Sindicato en otorgar una bonificación extraordinaria por cierre de pliego equivalente a S/ 1,600.00 soles.
- 12) **BENEFICIOS PERMANENTES:** La Empresa conviene con el Sindicato en seguir otorgando a los trabajadores los beneficios que vienen percibiendo por ley, por pacto o costumbre en forma permanente.
- 13) **VIGENCIA DEL CONVENIO:** La vigencia del presente Convenio Colectivo es del 01 de Setiembre 2016 al 31 de Agosto del 2017.
- TERCERO:** Regístrese y comuníquese a las partes y a la autoridad Administrativa de Trabajo para los fines de ley.



HUGO FÉLIX ROSAS VILLANUEVA
ÁRBITRO UNIPERSONAL



CDA 5658

ANEXO N° 1

DAMAS ADMINISTRATIVAS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Saco de vestir	1	1
Blusa de vestir	3	3
Pantalón de vestir o falda de vestir	3	3
Falda de vestir	0	0
Zapatos de vestir(par)	1	2
Poulover de vestir	1	1

VARONES ADMINISTRATIVOS

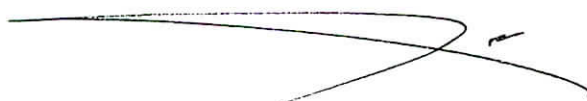
ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Casaca	0	2
Saco de Terno	0	1
Chompa V	0	1
Camisa de vestir	3	3
Pantalón de vestir	3	3
Zapatos de vestir (par)	1	2
Gorro	1	1

DAMAS OPERATIVAS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Casaca	0	2
Chompa V	0	1
Blusa de vestir	3	3
Pantalón de vestir o falda de vestir	3	3
Falda de vestir	0	0
Zapatos de vestir(par)	1	2
Gabán	0	1
Impermeable	0	1

VARONES OPERATIVOS

ARTÍCULO	VERANO	INVIERNO
Casaca	0	2
Chompa V	0	1
Camisa de vestir	3	3
Pantalón de vestir	3	3
Zapatos de vestir (par)	1	2
Chaleco	1	1
Gorro	1	1
Gabán	0	1
Impermeable	0	1
Chompa Jorge Chávez	0	1



IV TRIMESTRE 2017

Procesos Arbitrales					
N°	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	ESTADO
1	I313-2015	CONSORCIO SANTA ANITA I	EMMSA	Controversia relaciona a la obra	EN PROCESO

Laudo Emitido					
N°	EXP.	DEMANDANTE	DEMANDADO	MATERIA	ESTADO
* No se emitió ningún Laudo					

