

**VOTO SINGULAR DEL ING. MARIO M. SILVA LOPEZ RESPECTO DEL
PROCESO ARBITRAL SEGUIDO ENTRE JOHN AURELIO TORRES
OLIVERA - INGENIERO Y EL GOBIERNO REGIONAL DE LIMA**

VISTOS Y CONSIDERANDO:

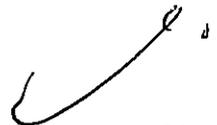
1. ANALISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la validez y/o eficacia de la Carta Notarial N° 032-2006/JIO/GRL, de fecha 23.11.06 que resuelve el contrato a la Entidad:

Posición de la Demandante: Señala el Contratista que luego de suscrito el Contrato N° 388-2006-GOBIERNO REGIONAL DE LIMA, y al apreciar observaciones por incompatibilidad del proyecto de la etapa a ejecutarse con el proyecto integral, puso en conocimiento de este hecho a la Entidad mediante su Carta s/n, de fecha 15.09.06, solicitando el pronunciamiento respectivo del Proyectista. Al no tener respuesta de ello, el Contratista mediante Carta s/n, de fecha 20.09.06, recepcionada en la misma fecha por la Entidad reiteró su solicitud de absolución de las observaciones formuladas.

A la par de estos hechos, señala que la Entidad le remitió con Carta s/n, de fecha 27.09.06, una copia del Expediente Técnico, recepcionando dicho Expediente. Con Carta s/n de fecha 29.09.06, recepcionada en la misma fecha por la Entidad, solicitó la entrega del Adelanto Directo para la obra adjuntando la Póliza respectiva, ello conforme a lo establecido en el Artículo 244°, del D.S. N° 084-2004-PCM "Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", en adelante el Reglamento.

Que, la Entidad hasta dicha fecha no absolvía las observaciones efectuadas por la Contratista; asimismo, señala que habiendo solicitado el Adelanto Directo dentro del plazo legal, la Entidad no cumplía con su obligación a pesar de haber transcurrido el plazo de ley.



Indica la Contratista también que con fecha 04.10.06, se llevó a cabo la Entrega de Terreno, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º, del Artículo 240º del Reglamento; siendo el caso que, en dicho documento realizó como observación: *"La ubicación de la presa no concuerda, por lo que estamos esperando el pronunciamiento del proyectista"*, solicitud ante la cual la Entidad no realizó acto alguno. Con Carta s/n de fecha 05.10.06 recepcionada el 16.10.06, por la Entidad el Proyectista le hace llegar a la Entidad la absolución a las observaciones planteadas por el Contratista.

Que, nuevamente mediante Carta s/n de fecha 18.10.06 dirigida al Coordinador de Obra, recibida el 20.10.06 por el mismo en representación de la Entidad, la Contratista solicitó se absuelva las observaciones referidas al Proyecto solicitando el pronunciamiento del proyectista al respecto.

Mediante Carta Notarial N° 025-2006/JTO/GRL de fecha 06.11.06, recepcionada por la Entidad el mismo día, la Contratista indica que conforme lo establecido en el inciso c) del Artículo 41º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y, de los Artículos 224º, 225º y 226º del Reglamento apercibió a la Entidad la resolución del contrato debido a que la Entidad Contratante no había procedido con absolver las observaciones respecto a la incompatibilidad del proyecto; así como, que a dicha fecha no se había nombrado al Supervisor y/o Inspector establecido por ley. En atención a este documento la Entidad con su Carta N° 0359-2006/GRL/GRI de fecha 09.11.06, comunica la supuesta absolución de las consultas formuladas por la Contratista, remitiendo adjunto la Carta s/n de fecha 05.10.06, del Proyectista.

Con Carta Notarial N° 030-2006-JTO/GRL de fecha 16.11.06, recepcionada por la Entidad en la misma fecha al amparo del Artículo 45º, de la Ley; y, los Artículos. 224º, 225º y 226º del Reglamento, respecto a la supuesta absolución de observaciones comunicada por la Entidad con Carta Notarial N° 0359-2006/GRL/GRI, de fecha 13.11.06, enfatizando que dicha comunicación no absolvía las



observaciones formuladas, solicitando se sirva pronunciarse al respecto dentro de los plazos establecidos por ley a efectos de poder cumplir con las metas del proyecto, bajo apercibimiento de resolución del contrato.

Que, con Carta Notarial N° 032-2006/JTO/GRL de fecha 23.11.06, recepcionada por la Entidad el mismo día y al amparo de los Artículos 45° de la Ley; así como, los Artículos 224°, 225° y 226° del Reglamento la Contratista comunicó a la Entidad la Resolución del Contrato en vista del incumplimiento de sus obligaciones contractuales citándola para el día 29.11.06 a efectos de que se apersona a la obra para llevar a cabo la inspección de la misma y realizar el Acto de Constatación Física e Inventario de Obra, de conformidad a lo establecido en el Artículo 267° del Reglamento.

Posición de la Entidad: La Entidad por su parte, dentro de la Contestación a la Demanda manifiesta que, conforme el Contratista lo señala en el punto 4.1.1. de su Demanda, luego de suscrito el Contrato N° 388-2006-GRL, este se comprometió a ejecutar la obra denominada "**Construcción de la Represa de Potaga**", con un plazo contractual de cuarenta (40) días calendario.

Que, en la etapa de ejecución contractual; y, alegando una supuesta incompatibilidad del proyecto (estudio definitivo) con el terreno donde se ejecutaría la obra, el Contratista envió sucesivas cartas de resolución. Así, el 16 de noviembre de 2006, el Contratista indica mediante Carta N° 025-2006-JTO/GRL que *"(...) la entidad supuestamente, no ha absuelto las observaciones formuladas sobre la incompatibilidad del proyecto, que, según el Contratista, permitan su ejecución. En tal sentido, en este primer apercibimiento nos concede quince días calendario para que dicho plazo se de cumplimiento a lo que el Contratista considera como obligación contractual supuestamente incumplida."*

La Entidad señala que, ante la supuesta verificación de un incumplimiento, el Contratista indica mediante su Carta N° 030-2006-



66

JTO/GRL de fecha 23 de noviembre de 2006, que el Contrato se resuelve de pleno derecho y en forma total.

Mediante Informe N° 049-2006-GRL/GRI/JO-LDPS, se indica que el contratista alega la incompatibilidad en el proyecto, precisándose en este Informe que el mismo se ha negado a aceptar las consultas absueltas por el Consultor, relacionadas con:

- a) Memoria de cálculo de diseño
- b) Estudio geológico
- c) Presupuesto
- d) Planos
- e) El plano topográfico.

Mediante Carta N° 060-2006-FCL-CONSULTOR, el Consultor Francisco Cárdenas Lagones, con fecha 30 de Octubre de 2006, precisa que se ha absuelto detalladamente todas las observaciones plasmadas en la Carta N° 059-2006-FCL-CONSULTOR, y esta carta fue debidamente hecha de conocimiento al Contratista, mediante Carta N° 00359-2006-GRL/GRI.

Con fecha 31 de enero de 2007, la Oficina de Obras de la Entidad expide el Informe N° 00148-2007-GRL/GRI/OO-CEPF, considerando básicamente que el Contratista, a pesar de manifestar "(...) *incompatibilidad del expediente técnico, efectuó actos tales como: suscripción del contrato, solicitud de adelantos directo y de materiales (ya entregados), firma del acta de entrega de terreno*".

En este punto, precisa la Entidad que el avance de obra es prácticamente nulo. Frente a esta notoria inacción por parte del Contratista, a través de Carta Notarial N° 057-2007-GRL/GRI, la Entidad le exhortó, con fecha 7 de febrero de 2007, a iniciar los trabajos de la obra, toda vez que esta, a dicha fecha presentaba un avance físico del 0.00% y financiero del 60%. Ello motiva el apercibimiento efectuado por medio de Carta Notarial N° 0059-2007-GRL/GRI, y la definitiva Resolución Contractual, a través de la Carta Notarial N° 063-2007-GRL/GRI, de fecha 3 de Abril de 2007,



configurándose según expresa la Entidad una Resolución Contractual plenamente válida.

Esto debido a que el Contratista, en todo momento, alegando una supuesta incompatibilidad entre el terreno y el proyecto, se rehusó a ejecutar la obra en las condiciones que él mismo pudo conocer, teniendo en cuenta que el punto 7.04 literal a) de las bases administrativas, establecían como obligaciones del participante, de manera textual, lo siguiente:

"(...) A efecto de presentar una oferta bien sustentada y estar en condiciones de ejecutar la obra en armonía con las normas de ingeniería, es indispensable que el postor efectúe una detenida inspección del lugar donde se ejecutará la obra. No se está solicitando un certificado de visita a la zona, pero la presentación de la propuesta implicará la tácita aceptación del postor de no haber encontrado inconveniente alguno, tanto para la preparación de la oferta, como para la ejecución de la obra en el plazo previsto".

CONSIDERANDO: El presente punto controvertido esta dirigido a establecer la validez y/o eficacia de la Carta Notarial N° 032-2006/JIO/GRL de fecha 23.11.06 cursada a la Entidad por el Contratista y en virtud de la cual resuelve el contrato de obra.

Ante todo, debemos establecer lo que indica el D.S. N° 083-2004-PCM "T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", en adelante la Ley; así como, el D.S. N° 084-2004-PCM "Reglamento del T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", en adelante el Reglamento.

El Artículo 45° que trata de la Resolución de los Contratos establece que:

"Artículo 45.- Resolución de los contratos.-

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



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

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

La Entidad deberá reconocer en el acto administrativo resolutorio los conceptos indicados en los párrafos precedentes. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, bajo responsabilidad.

La resolución del contrato por causas imputables al contratista le originará las sanciones que le imponga el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados."

Por su parte el Reglamento establece con respecto a la figura de la Resolución del Contrato lo siguiente:

Artículo 224.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Artículo 225.- Causales de resolución

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

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



3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226º.

Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

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

La Contratista ha señalado que mediante su Carta S/N. de fecha 15.09.06, le hizo conocer a la Entidad de Incompatibilidad existente del proyecto indicando en su Carta lo siguiente:

"...solicitarle se nos defina la etapa o el tramo a ejecutarse, ya que no se aprecia claramente en el proyecto el tramo a ejecutarse de acuerdo

al presupuesto referencia! de obra entregado en el expediente v las bases: Existiendo INCOMPATIBILIDAD DEL PROYECTO DE LA ETAPA A EJECUTARSE CON RESPECTO AL PROYECTO INTEGRAL.

En esta INCOMPATIBILIDAD de proyecto es urgente que se pronuncie el PROYECTISTA encargado de la elaboración del proyecto por parte de Ud., a fin de que la ejecución se cumpla de acuerdo al presupuesto y contrato.

Cabe además solicitarle se pronuncien de esta INCOMPATIBILIDAD antes de la firma del contrato a fin de que se cumplan con los plazos establecidos y presupuesto establecidos."

El Artículo 210º del Reglamento, indica que el contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado, por lo que se aprecia que la Contratista actuó de acuerdo a Ley.

La Entidad por su parte respecto a esta Carta en su contestación a la demanda indica que la contratista alegando una supuesta incompatibilidad del proyecto (estudio definitivo) con el terreno donde se ejecutaría la obra, le envió sucesivas cartas de resolución, indicando que el 16.11.06, el Contratista con Carta N° 025-2006-JTO/GRL le señala que no ha absuelto las observaciones formuladas sobre la incompatibilidad del proyecto que permiten su ejecución requiriéndolo para que en quince (15) días cumpla con absolver las mismas, considerándolo como una obligación contractual supuestamente incumplida. Sin embargo, manifiesta mas adelante que mediante Carta N° 059-2006-FCL-CONSULTOR de fecha 05.10.06, el Consultor Francisco Cárdenas Lagones cumplió con absolver las observaciones y que mediante Carta N° 00359-2006-GRL/GRI le remitió al Contratista la absolución de consultas.

De la revisión de los documentos que se adjuntan a la Contestación a la Demanda se aprecia que efectivamente el Consultor efectuó la absolución de consultas mediante Carta N° 059-2006-FCL-CONSULTOR de fecha 05.10.06, incluso existe la Carta N° 060-2006-FCL-CONSULTOR de fecha 30.10.06 donde nuevamente hace de

71

conocimiento a la Entidad que absolvió las consultas efectuadas por el Contratista con la Carta N° 059 antes señalada. De la revisión de los documentos se aprecia la existencia de la Carta N° 00359-2006-GRL/GRI, la misma que ha sido presentada por ambas partes.

Que, estando a lo expuesto, se debe tener en consideración el Artículo 210° respecto al comportamiento que debe desarrollar la Entidad una vez recepcionada una consulta u observación con respecto al bien entregado por la misma, que haya efectuado la Contratista, señala dicho artículo que la Entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles.

Si acoge las observaciones, la Entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, empezando a correr nuevamente el plazo de la ejecución de la prestación a partir de ese momento, de ser el caso. En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la Entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación del objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones; sin embargo la Entidad no actuó de acuerdo a lo estipulado en dicho articulado incumpliendo el plazo de siete días que la ley le otorgaba. Sin embargo dicho incumplimiento de plazos no son causal de resolución de contrato, lo que debe tenerse presente.

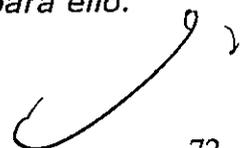
Estando a lo señalado precedentemente, debe establecerse si realmente las observaciones efectuadas por la Contratista, daban lugar a que se consideren como condiciones contractuales cuyo incumplimiento derivarían en la resolución de contrato.

Como lo señaláramos líneas arriba, el Artículo 225° del Reglamento establece las causales de Resolución de Contrato, siendo el caso del numeral 1) que establece lo siguiente:

"...

1) *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*

..."



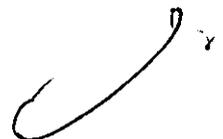
Bajo este contexto, se debe tomar en consideración que el Contratista en su Carta N° 025-2006/JTO/GRL de fecha 06.11.06 comunica a la Entidad que estaría incurriendo en incumplimiento contractual por dos razones: a) Falta de pronunciamiento sobre la incompatibilidad del proyecto respecto a lo que el Proyectista no se ha pronunciado hasta dicha fecha, y b) Falta de designación de Ingeniero Supervisor de la obra o Inspector de obra. De acuerdo a la normatividad invocada en la referida comunicación se infiere que la Entidad contaba con quince días para pronunciarse bajo apercibimiento de resolverse el Contrato.

Al respecto debemos señalar que conforme obra en autos, la Entidad remitió al Contratista la Carta N° 00359-2006-GRL/GRI de fecha 09.11.06 recepcionada el 13.11.06, mediante la cual cumple con presentar la absolución de observaciones efectuada por el Proyectista. Esta comunicación se efectúa dentro de los quince días que otorga la ley, es decir la Entidad si cumplió con el requerimiento del Contratista respecto a uno de los supuestos incumplimientos incurridos por la Entidad.

El Contratista con fecha 16 de noviembre mediante Carta N° 030/JTO/GRL señala haber evaluado las absoluciones de observaciones efectuadas por el Proyectista, ante lo cual alcanza a la Entidad un nuevo *Informe de Observaciones a la absolución de consultas planteadas por el Proyectista* referidas a incompatibilidad del proyecto. Asimismo señala que se mantiene el plazo de 15 días calendario concedidos en la Carta 025-2006/JTO/GRL para que la Entidad cumpla con sus obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Es así que con fecha 23.11.06, es decir 07 días calendario posteriores a la remisión de la Carta N° 030-2006/JTO/GRL el Contratista cursa la Carta Notarial N° 032-2006/JIO/GRL "resolviendo el contrato de pleno derecho y en forma total".

Al respecto debe tenerse presente lo siguiente:



- a) La Entidad había cumplido con presentar al Contratista la absolución de las observaciones formulada por el Proyectista dentro del plazo de 15 días que otorga la ley a efectos de no incurrir en incumplimiento contractual.
- b) Las nuevas observaciones formuladas por el contratista y que se adjuntaron a la Carta N° 030-2006/JTO/GRL de fecha 16.11.06 otorgaban a la Entidad un nuevo plazo de quince días para absolverlas por lo que no correspondía al Contratista resolver el contrato anticipadamente.

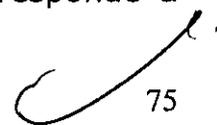
De otro lado es necesario tener en consideración que las Bases que normaron el proceso de selección establecieron que el Contratista tenía la obligación de efectuar una detenida inspección del lugar donde se iba a ejecutar la obra, por lo que la presentación de su propuesta implicaba la aceptación del postor de no haber encontrado inconveniente alguno para la preparación de la oferta como para la ejecución de la obra en el plazo previsto. Consecuentemente el hecho que el Contratista efectúe observaciones aseverando la incompatibilidad del proyecto con posterioridad al otorgamiento y consentimiento de la buena pro, además de haber suscrito el contrato, haber recepcionado el terreno, de suscribir el cuaderno de obra, de recibir el adelanto de obra y el adelanto de materiales, implica una trasgresión de lo establecido en las Bases, las mismas que forman parte integrante del contrato de acuerdo a ley. En tal sentido correspondía al Contratista una actitud de búsqueda de solución a los aparentes inconvenientes de orden técnico encontrados al recepcionar el terreno, cuanto más si la Entidad ya había alcanzado la posición técnica del Proyectista, la misma que si bien había merecido nuevas observaciones por parte del Contratista, no daba mérito a la inmediata resolución del contrato aplicando equívocamente los plazos de apercibimiento.

En lo que respecta a la segunda causal de incumplimiento contractual invocado por el Contratista para apercibir a la Entidad, es decir a la falta de designación del Supervisor de obra, se evidencia una aparente contradicción por cuanto se manifiesta por un lado que no se ha

designado Supervisor y sin embargo se encuentra acreditado en el Acta de Entrega de Terreno que se apertura el CUADERNO DE OBRA, siendo que para ello se requiere haber designado al Supervisor de la obra, quien además debe firmar todas sus páginas, conforme lo establece el Artículo N° 253° del Reglamento. De lo actuado en el presente proceso no se evidencia ninguna prueba presentada por las partes que conlleven a la convicción de que en efecto existió dicho incumplimiento contractual.

No obstante lo expuesto precedentemente, la resolución contractual efectuada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 032-2006/JIO/GRL, de fecha 23.11.06, deviene en un acto jurídico ejecutado, por cuanto la norma no establece algún impedimento legal para que cualquiera de las partes contratantes que se considere afectada con el incumplimiento contractual de la otra adopte tal decisión, por lo que ante la situación descrita debe aplicarse lo dispuesto en el Artículo N° 267° del Reglamento, referido a Resolución del Contrato de Obra, el mismo que señala textualmente en su último párrafo que "en caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución habrá quedado consentida".

En efecto, las normas sobre contrataciones del estado, en el caso específico de resolución de contratos de obra, establecen un plazo de caducidad para impugnar dicha resolución, el mismo que es de diez días, al término de los cuales la resolución queda consentida. En el caso de autos, el Contratista resolvió el contrato con fecha 23.11.06 por lo que a partir de dicha fecha la Entidad, dentro del plazo de diez días, debió recurrir a los mecanismos de solución de controversias (Conciliación y/o Arbitraje) a efectos que se determine la ilegalidad de la resolución de contrato dispuesta por el Contratista. No obstante la Entidad dejó consentir la resolución del contrato, consecuentemente resulta jurídicamente imposible declarar la ineficacia de la resolución de contrato efectuada por el Contratista, por lo que corresponde a



75

este Tribunal declarar que dicha Resolución de Contrato tiene plena validez legal al haber quedado consentida.

2. ANALISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 0063-2007-GRI/GRL, de fecha 03.04.07 que aprueba la resolución del contrato por parte de la Entidad contratante.

Que, bajo los fundamentos expuestos en los considerandos de la pretensión anterior, este Tribunal Arbitral ha determinado que es válida la Resolución del Contrato efectuada por el Contratista al haber quedado consentida de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 267° del Reglamento; y, teniendo en cuenta que la Resolución contractual efectuada por la Entidad se ejecutó cuando ya se había resuelto el Contrato y no mediaba documento alguno que dentro del plazo legal pusiera en controversia dicho acto jurídico, los actos posteriores a dicha Resolución de contrato emitidos con igual objeto aun cuando tengan diferente fundamentación, son nulos de pleno derecho; por consiguiente, este Tribunal declara que es nula la Carta Notarial N° 063-2007-GRI/GRL de fecha 03.04.07.

3. ANALISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la validez y/o eficacia del acta de constatación física e inventario de la obra realizada por el Contratista.

Posición de la Contratista: Señala la contratista que mediante su Carta Notarial N° 032-2006/JTO/GRL, de fecha 23.11.06, conforme a lo establecido en el Artículo 45°, del D.S. N° 083-2004-PCM, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y los Arts. 224°, 225° y 226° del D.S. N°084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, comunicó a la Entidad la Resolución del Contrato en vista del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, citando a la Entidad para el día 29.11.06 a efectos de que se apersona a la obra para llevar a cabo la inspección de la misma y realizar el Acto de Constatación Física e Inventario de



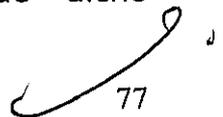
Obra, de conformidad a lo establecido en el Artículo 267°, para el día 29.11.06 a las 08:00 horas.

Posición de la Entidad: La Entidad señala por su parte que la primera Constatación Física (la del Contratista) fue realizada con fecha 03.04.07; y, se encuentra suscrita por el Juez de Paz de San Pedro de Casta, don Alfredo Salinas Gonzáles, el Teniente Alcalde, Victoriano Osores de la Cruz, y el Contratista. En ella se deja constancia de que se verificó la existencia de: a) *una caseta de guardianía y almacén, b) material preparado por la empresa (piedra zarandeada)-aprox. 60m²- c) Zanja de coronación de drenaje aguas -arriba donde se ubicará la represa; y d) no se ha encontrado arena gruesa en la zona.*

Al respecto, el Teniente Alcalde de la aludida Comuna, emitió el **Informe N° 06-2007-SVODC-CMSPC-HRI-L**, de fecha 13 de agosto de 2007, en el cual indica que el Contratista se apersonó en la fecha indicada en el párrafo precedente a la Municipalidad de San Pedro de Casta, **presentándose el Contratista como si fuera "funcionario del Gobierno Regional de Lima-Provincias"**, solicitando caballos para acudir a la zona de la obra. Ya en el lugar (según indica el Teniente Alcalde) el Contratista comenzó a tomar fotografías y vídeos.

Asimismo, se indica que el Contratista y los profesionales que lo acompañaron expusieron unas hojas bond en las cuales han "escrito un acta respecto a la visita efectuada" y textualmente se indica que ese documento era necesario "para proseguir con los trabajos de la obra" (aseveración efectuada, como vemos, después de todo el procedimiento de resolución contractual activado por el Contratista). Sin embargo, refiere dicho funcionario del Concejo Municipal que se enteró luego de que el material acumulado, el muro de cemento y demás, corresponden a trabajos, y compras efectuadas por el gobierno municipal de la gestión 2003- 2006.

Resalta la Entidad que el Informe emanado del Teniente Alcalde, quien fue sorprendido por el Contratista en ese acto, expresa su preocupación porque dicho documento como acta de constatación ha sido mal utilizada para acreditar un (supuesto) compromiso contractual con la Entidad, señalando que ha firmado dicho



77

documento "...sin sospechar la premeditada y malintencionadas maniobras de estos malos profesionales que a la postre van a entorpecer las buenas relaciones con el Gobierno Regional (...)

Con fecha 16 de agosto de 2007 el Juez de Paz del Distrito de San Pedro de Casta, Sr. Alfredo Salinas Gonzáles, emite otro informe ratificando los hechos expuestos en el Informe N° 06-2007-SVODC-CMSPC-HRI-L. Cabe señalar que esta documentación fue alcanzada por el propio alcalde de San Pedro de Casta, el Sr. Cástulo Obispo Bautista, mediante Oficio N° 48-2007- ALC-MDSPC-PH.

En cuanto a la segunda acta (que es la que corresponde a la Entidad) se constató la existencia de a) una caseta de triplay y listones de madera de aproximadamente cinco metros cuadrados, b) excavación de una zanja de 2 metros lineales de largo, 1.50 de ancho y una profundidad de 3.00 metros lineales, c) agregados, d) muro de concreto, e) tuberías, f) caseta, g) almacén.

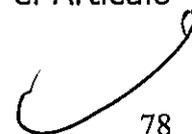
Considerando: El Artículo 267° del reglamento señala que:

"Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269°."

De la Carta emitida por el Contratista que resuelve el Contrato de Obra N° 388-2006-G REL, esta se ajusta a lo dispuesto por el Artículo



indicado respecto al señalamiento de día y hora para el Acto de Constatación Física e Inventario de Obra; sin embargo, esta no se llevó a cabo reprogramándose para el día 03.04.07 a las 10:30 horas mediante Carta Notarial N° 015-2007/JTO/GRL, hecho que no causó mayor objeción u observación por parte de la Entidad.

Ha quedado establecido en autos que la Entidad en ningún momento se opuso a la constatación física efectuada por el Contratista, no cursando comunicación o documento alguno, teniendo conocimiento de que se llevaría a cabo tal actuación.

El Acta suscrita por el Juez de Paz del distrito de San Pedro de Casta cumple con las formalidades legales exigidas por la Ley y el Reglamento, por lo que la declaración de los suscribientes en el sentido que fueron sorprendidos por el Contratista, no es un hecho demostrable ni puede sentar convicción jurídica para declarar la nulidad de la misma, cuanto más si no se configura causal prevista en nuestro ordenamiento legal para su nulidad.

Estando a lo expuesto este Tribunal es de la opinión que se debe declarar legalmente válida el Acta de Constatación Física e Inventario de obra de fecha 03.04.07, exceptuándose el concepto referido a 60 m³ de piedra zarandeada, material que el Contratista ha reconocido ante este Tribunal que no fue adquirido por dicho consorcio.

4. ANALISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia del acta de constatación física e inventario de la obra, realizada por la Entidad contratante.

Que, estando a que la Resolución de Contrato de Obra efectuada por la Entidad se ha declarado nula, los actos provenientes de dicho acto administrativo también carecen de validez; por lo que este Tribunal Arbitral declara la Nulidad de dicha Acta de Constatación Física efectuada por la Entidad.

5. ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde que este Colegiado apruebe y ordene el pago del saldo a favor de la Entidad contratante de S/. 53,849.81 (Cincuenta y tres mil ochocientos cuarenta y nueve y 81/100 nuevos soles), resultante de la liquidación final de obra, presentada por el Contratista con carta N° 0018-2007/JTO/GRL, de fecha 27.04.07; al haber quedado consentida a merito del artículo 269°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

De acuerdo con el Artículo 43° de la Ley los contratos de ejecución de obras culminan con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista. Asimismo el Artículo 269° del Reglamento establece que el Contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta días, contados desde la recepción de la obra. Asimismo el mencionado artículo establece textualmente que "No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver".

En el presente caso, el Contratista con fecha 16 de Abril de 2007 emplaza a la Entidad a un procedimiento de conciliación con respecto a las controversias suscitadas en relación a la resolución del contrato, para lo cual cursa la comunicación correspondiente al Centro de Conciliación. Posteriormente con fecha 24 de abril de 2007 presenta a la Entidad la Liquidación de la Obra mediante Carta N° 0018/JTO/GRL.

Si bien es cierto, se aprecia de los actuados que Liquidación efectuada por el contratista se llevó a cabo cuando existían controversias pendientes de resolver, las mismas que han dado lugar al presente proceso arbitral, debemos indicar que el Tribunal en la primera pretensión arbitral ha establecido que la resolución de Contrato efectuada por el Contratista con Carta Notarial N° 032-2006/JIO/GRL de fecha 23.11.06, tiene plena validez legal al haber quedado consentida, de la misma manera se ha declarado la validez del Acta de Constatación Física de la Obra efectuada por la Contratista; y, que

como fuera mencionado en los argumentos esto no fue objetado por la Entidad en su oportunidad.

Que, de la revisión de los actuados del Expediente Arbitral, la Entidad luego de recepcionar la Carta N° 0018/JTO/GRL de fecha 24 de abril de 2007, la misma que contenía la Liquidación Final de Obra practicada por el Contratista, no emitió pronunciamiento alguno dentro de los treinta días calendarios posteriores a la recepción de la liquidación practicada por la Contratista, conforme lo establecido en el Artículo 269° del Reglamento, con lo cual queda demostrada una inacción u omisión por parte de los Funcionarios encargados de la observación o elaboración de una nueva liquidación.

Se observa que luego de un (01) día de vencido el plazo (27.05.07) para emitir su pronunciamiento, la Entidad con su Carta N° 070-2007-GRL/GRI de fecha 28.05.07 y notificada el 01.06.07 a la Contratista, se pronuncia señalando que resultaba improcedente la Liquidación de la obra practicada por el Contratista, ello en razón que existían controversias pendientes de resolver; lo que demuestra nuevamente un descuido o desinterés pues lo manifestado con la Carta N° 070-2007-GRL/GRI se debió haber efectuado de manera inmediata habiéndose tomado conocimiento de la existencia de la liquidación, este hecho en opinión del Tribunal debería ser puesto en conocimiento de la Oficina de Control Interno de la Entidad a fin de que sea evaluado y se determinen las responsabilidades inherentes de los funcionarios.

Que, de los actuados se aprecia que las partes no han presentado como medio probatorio el documento denominado Liquidación del Contrato; sin embargo, la Entidad hace mención de que efectivamente la Carta N° 0018/JTO/GRL señala un saldo a favor de S/. 53,849.81 Nuevos Soles; sin embargo, la demandante no ha presentado dicha Liquidación; así como la Entidad no ha presentado dicho documento y menos aun documento alguno de su Liquidación practicada.

Que, el valor de la prueba se sustenta en que quien afirma un hecho debe demostrarlo; sin embargo, como se ha señalado, la Contratista no ha adjuntado a su demanda su Liquidación, hecho que tampoco fue



observado por el Tribunal en dicho momento; y, teniendo en cuenta que el momento oportuno en que se sustenta su pretensión es adjuntando los medios probatorios de manera conjunta con la demanda, este Tribunal concluye que debe declararse improcedente por carecer del documento sobre el cual sustenta su derecho.

- 6. DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL GOBIERNO REGIONAL DE LIMA RECONOZCA Y PAGUE A FAVOR DEL CONTRATISTA UNA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS ASCENDENTE A LA SUMA DE S/.70.000.00 (SETENTA MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES), POR LOS COSTOS EN QUE VIENE INCURRIENDO DESDE EL CONSENTIMIENTO DE SU LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA, POR LA RENOVACIÓN DE SUS PÓLIZAS DE CAUCIÓN, DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, ADELANTO DIRECTO Y ADELANTO DE MATERIALES, ASÍ COMO POR LA NO UTILIZACIÓN DE SUS GARANTÍAS EN OTRAS OBRAS, ASÍ COMO EL DAÑO MORAL DE LA IMAGEN DEL CONTRATISTA**
- 7. DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL CONTRATISTA DEVUELVA A LA ENTIDAD EL PAGO A CUENTA POR ADELANTO DE MATERIALES, EFECTUADO CON FECHA 20 DE OCTUBRE DE 2006 MEDIANTE COMPROBANTE DE PAGO N° 4068, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 65,509.93 (SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NUEVE CON 93/100 NUEVOS SOLES).**
- 8. DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL CONTRATISTA DEVUELVA A LA ENTIDAD EL PAGO POR ADELANTO DE MATERIALES EFECTUADO CON FECHA 20 DE OCTUBRE DE 2006 MEDIANTE COMPROBANTE DE PAGO N° 4069, POR LA SUMA DE S/. 41,129.07 (CUARENTA Y UN MIL CIENTO VEINTINUEVE CON 07/100 NUEVOS SOLES).**
- 9. DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL CONTRATISTA DEVUELVA A LA ENTIDAD EL PAGO POR ADELANTO DIRECTO, EFECTUADO CON FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2006 MEDIANTE COMPROBANTE DE PAGO N° 3988 POR LA SUMA DE S/. 53,319.50 (CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE CON 50/100 NUEVOS SOLES).**

Que, las pretensiones 6), 7), 8) y 9) se encuentran íntimamente ligadas a la Liquidación de Obra, ello en razón de que la pretensión 6) versa sobre una indemnización por Daños y Perjuicios en la demora de la aprobación de la Liquidación, mientras que las pretensiones 7), 8) y 9) se refieren a sumas de dinero que se encuentran debidamente sustentadas en la Liquidación de Obra, pues la Liquidación importa un proceso técnico en donde se procede al ajuste formal de cuentas, llevada a cabo mediante un conjunto de operaciones para determinar lo pagado en relación al contrato. Es en consecuencia ante un proceso de cálculo técnico, en función de las condiciones contractuales y las disposiciones legales aplicables al tema.

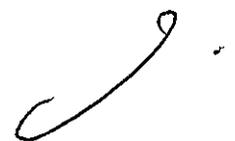
Que, teniendo en cuenta que la pretensión 5) ha sido declarada improcedente y las pretensiones que se han mencionado deben revisarse y verificarse en la documentación que sustente la Liquidación, documentación que no han presentado ninguna de las partes, motivo por el cual dichas pretensiones deben ser declaradas Improcedentes, puesto que el Tribunal no puede determinar devoluciones o pagos no teniendo los documentos que los sustentan.

10. ANALISIS DEL DECIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar que parte debe asumir los costos y costas del proceso arbitral.

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

En consecuencia, este Tribunal estima que la Entidad debe asumir el 90% de los de los gastos, costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral, mientras que la Contratista debe asumir el 10% de los gastos, costos y costas del presente Proceso Arbitral.



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

LAUDA:

PRIMERO: Declarando **FUNDADA** la primera pretensión contemplada en la demanda de JOHN AURELIO TORRES OLIVERA - INGENIERO y en consecuencia este Tribunal declara la validez y eficacia de la Carta Notarial N° 032-2006/JIO/GRL, de fecha 23.11.06 que resuelve el contrato a la Entidad, al haber quedado consentida la resolución del contrato.

SEGUNDO: Declarando **FUNDADA** la segunda pretensión contemplada en la demanda de JOHN AURELIO TORRES OLIVERA - INGENIERO y en consecuencia NULA y sin efecto legal alguno la Carta Notarial N° 0063-2007-GRI/GRL, de fecha 03.04.07 que aprueba la resolución del contrato por parte de la Entidad contratante, Gobierno Regional de Lima.

TERCERO: Declarando **FUNDADA EN PARTE** la tercera pretensión contemplada en la demanda de JOHN AURELIO TORRES OLIVERA - INGENIERO por lo que se declara legalmente válida el Acta de Constatación Física e Inventario de obra de fecha 03.04.07, exceptuándose el concepto referido a 60 m³ de piedra zarandeada, material que el propio Contratista ha reconocido ante este Tribunal que no fue adquirido por su parte.

CUARTO: Declarando **FUNDADA** la cuarta pretensión contemplada en la demanda de JOHN AURELIO TORRES OLIVERA - INGENIERO y en consecuencia NULA el acta de constatación física e inventario de la obra realizada por el Gobierno Regional Lima.

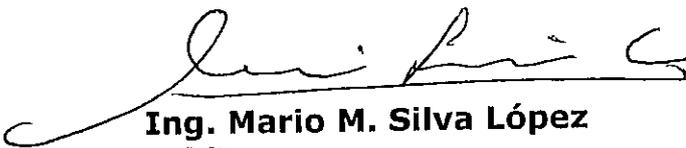
QUINTO: Declarando **IMPROCEDENTE** la quinta pretensión contemplada en la demanda de JOHN AURELIO TORRES OLIVERA - INGENIERO.

SSEXTO: Respecto de las pretensiones **6), 7), 8), y 9)**, se deben declarar **IMPROCEDENTES** estando a los fundamentos expuestos en los considerandos pertinentes.

SÉPTIMO: Disponer que no hay condena de costas y costos y en consecuencia, cada una de las partes debe asumir los gastos del presente procedimiento arbitral en proporciones iguales, debiendo cada una solventar igualmente los gastos que haya demandado su defensa y otros en los que pudiera haber incurrido como consecuencia del arbitraje.

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

Notifíquese a las partes.



Ing. Mario M. Silva López
Arbitro



Dra. Alicia Vela López
Secretaria Arbitral