

LAUDO DE DERECHO

Controversia relacionada a la Resolución del Contrato N° 118-2008 ENAPU S.A./GL "CONTRATACIÓN DE SERVICIO DE CONSULTORÍA PARA LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO CONSTRUCCIÓN DE PUNTOS DE APOYO PARA MANTENIMIENTO DE GRÚAS PÓRTICO DE MUELLE EN AMARRADEROS 5A Y 5B DEL TERMINAL PORTUARIO DEL CALLAO".

PARTES DEL PROCESO:

DEMANDANTE : Contratista Cesar Alfredo Fuentes Ortiz

DEMANDADA : Empresa Nacional de Puertos- ENAPU S.A.

Reunido en la fecha el Tribunal Arbitral en la sede del Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros de Lima sito en Calle Marconi, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima, los árbitros: Dr. Arturo Bouroncle Peralta, Presidente del Tribunal Arbitral, Dr. Emilio Cassina Rivas y Dr. Jesús Iván Galindo Tipactí, asistidos por la Secretaria del Tribunal Ad Hoc doctora Giuliana Melgar Choy; acordaron por unanimidad expedir el Laudo correspondiente.

RESOLUCIÓN N° 09

Lima, 12 de abril del 2010

I ANTECEDENTES

Mediante Acta de fecha 20.10.09, se instaló el Tribunal Arbitral, se aprobaron los acuerdos contenidos en ella y se declaró abierto el proceso arbitral.

El 03.11.09, don César Fuentes Ortiz presentó su demanda la que se dio por recibida y admitida con sus medios probatorios. Por Resolución N° 2 del 20.11.09, se corrió traslado de la misma a la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU S.A. para que la conteste dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

El 11.12.09 la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU S.A., dentro del plazo concedido presentó la contestación de la demanda, la que fue



admitida por Resolución N° 3 del 14.12.09, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios.

El Tribunal citó a las Partes a Audiencia de Saneamiento, Conciliación y, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el 28.12.09.

Por Resolución N° 04 del 21.12.09, se suspendió la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios programada para el 28.12.09 y se reprogramó para el 06.01.10.

AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 06.01.10, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En la Audiencia se fijaron como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si hay lugar o no que se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° 411-2009 ENAPU S.A./GG de fecha 21 de julio del 2009 emitida por el Gerente General de la Empresa, cuyo artículo único declara "Resolver totalmente el Contrato N° 118-2008 - ENAPU S.A./GL de fecha 16 de diciembre de 2008 correspondiente a la contratación del Servicio de Consultoría para la Elaboración del Expediente Técnico Construcción de Puntos de Apoyo para Mantenimiento de Grúas Pórtico de Muelle de Amarraderos 5 A y 5 B del Terminal Portuario del Callao".
2. Se disponga o no la extensión contractual por término no menor de 20 días para permitir realizar el Estudio de Suelos y la entrega formal del Expediente Técnico.
3. Determinar si en la práctica las prórrogas solicitadas han sido admitidas por ENAPU por el intercambio de comunicaciones regulares que han mantenido las partes en torno a la entrega del Informe Final.
4. Determinar si en el contexto de los puntos precedentes, la naturaleza del contrato y la legislación que lo regula hay lugar que se declare nula e ineficaz la decisión de ENAPU de resolver el contrato tal como está postulado en la demanda.

Posteriormente, mediante Resolución N° 5 del 14.01.10, se tuvo por presentado el Expediente Técnico entregado al Tribunal por Cesar Alfredo Fuentes Ortiz, el que se agregó al expediente, con conocimiento

 2

de la otra parte. Asimismo, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes el plazo común de cinco (5) días hábiles para que formulen sus alegatos escritos y, si lo consideran pertinente, soliciten uso de la palabra.

Mediante Resolución N° 6 del 28.01.10, se tuvo por presentado el alegato escrito de ENAPU S.A., y se citó a las partes a la Audiencia de Informe Oral para el día 12.02.10.

El 12.02.10, la Empresa Nacional de Puertos S.A.- ENAPU S.A., solicitó uso de la palabra.

Con fecha 12.02.10, don Cesar Alfredo Fuentes Ortiz, presentó propuesta conciliatoria, la que mediante Resolución N° 7 del 15.02.10, se puso en conocimiento de ENAPU S.A., teniéndose por acreditado al Ing. Jesús Román Rafael para que haga el uso de la palabra en la Audiencia de Informe Oral.

El Informe Oral se realizó el 12.02.10 con la presencia e intervención de las dos partes.

Por Resolución N° 8 del 16.03.10, se prorrogó el plazo para laudar por quince (15) días hábiles, que se adicionarán al plazo ordinario, venciéndose indefectiblemente el 19.04.10.

II PARTE CONSIDERATIVA

A- Síntesis de la Demanda presentada ante el Tribunal el 03.11.09.

1. El Demandante, Don César Fuentes Ortiz solicita que se declare nula y sin eficacia jurídica la Resolución de Gerencia General N° 411-2009 ENAPU S.A./GG de 21.07.09, emitida por el Gerente General de ENAPU, por medio de la cual se resuelve totalmente el Contrato N° 118-2008 ENAPU S.A./GL de 16.12.08, cuyo objeto era la prestación del Servicio de Consultoría consistente en la Elaboración del Expediente Técnico Construcción de Puntos de Apoyo para el Mantenimiento de Grúas Pórtico de Muelle de Amarraderos 5A y 5B del Terminal Portuario del Callao".

Solicita también que el Tribunal disponga que el Contrato se extienda por 20 días con el objeto de que se le permita elaborar el Estudio de Suelos y entregar formalmente el Expediente Técnico.



Este Contrato tenía un plazo de duración de 30 días calendarios y el precio era de S/. 96,390.00. Las obligaciones y derechos de las partes, así como el objeto y desarrollo de la ejecución de esta convención figuran claramente en el texto de ésta.

2. Manifiesta el Demandante que el 16.01.09, mediante Carta de 02.01.09, solicitó a la Entidad ampliar el plazo del Contrato, relativo a la elaboración del primer Informe de Alternativas de Ubicación para los Puntos de Apoyo de Grúas para el Mantenimiento de éstas, hasta el 10.02.09 debido a que el Gobierno Nacional había declarado feriados los días 25, 26, y 27.12.08 y los días 01, 02 y 03.01.09 y porque, también, se habían presentado interrupciones inesperadas en su Plan de Trabajo por la llegada y acoderamiento de las nuevas Grúas de Pórtico, lo que le impidió ejecutar labores en esa zona. Esta solicitud no fue aceptada por ENAPU.

- Señala el Demandante que el 17.03.09 entregó a ENAPU un original y dos copias del Informe Final de este servicio, junto con un CD con la información mencionada, pero que el 18.03.09 ENAPU le hizo cinco (5) observaciones, otorgándole un plazo para subsanarlas.
- El 23.04.09, el Demandante entregó a ENAPU el Informe Final del servicio con la subsanación de las Observaciones hechas por ésta y, en esta comunicación, le hizo saber que había tenido que desechar la versión original de las Bases del Concurso (apoyo sobre pilotes) por razones constructivas y estructurales que determinaron buscar nuevas alternativas; y que esa búsqueda había demandado un consumo mayor del tiempo planificado en su oferta.
- El 01.06.09, con Oficio N° 009-ENAPU, por intermedio del Supervisor de Infraestructura de la Gerencia de Ingeniería y Mantenimiento, manifiesta haber recibido la última versión del Informe Final, con las subsanaciones antes mencionadas, señalando que, se requiere la presentación del Estudio de Suelos ofrecido con la Propuesta Técnica del Contratista.
- El 26.09.09, el Demandante manifiesta que volvió a entregarle a ENAPU otra versión del Informe Final pero que, a pesar de ello, ENAPU, con Carta Notarial N° 147-2009-ENAPU S.A./GTTPP de 30.06.09, lo requiere para que, en el plazo de 5 días, entregue el Informe Final subsanado, bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Por este motivo, dice el Demandante, el 06.07.09, volvió a entregar a



ENAPU copia de su Carta de 26.06.09 con la que había remitido el Informe Final antes referido.

- El 21.07.09, ENAPU le remitió la Carta Notarial N° 807-2009-ENAPU SA/GG, comunicando la Resolución del Contrato decidida mediante la Resolución GG 411 de esa misma fecha, basándose en que la versión del Informe Final alcanzada a ENAPU el 26.06.09 no ha incluido el Estudio de Suelos.
- Por último, el Demandante dice que el 22.07.09, le señaló a ENAPU que, técnicamente, ya había cumplido con ejecutar el diseño solicitado en el Contrato y que, respecto del Estudio de Suelos, éste podía realizarse los días 30 y 31 de julio y 01 de agosto del 2009 por razones de disponibilidad de equipos.
- Posteriormente, el Demandante ha propuesto a ENAPU llegar a un acuerdo conciliatorio, lo que ésta no ha contestado.

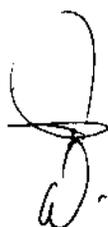
Durante la Audiencia de Alegatos, el representante técnico del Demandante manifiesta que el Estudio de Suelos no era necesario porque, en la solución para ejecutar la obra que el Supervisor debía diseñar, no se utilizaba la fijación en el suelo sino que se había contemplado el uso de voladizos.

B- Síntesis de la Contestación de la Demanda, presentada ante el Tribunal el 11.12.09

ENAPU ha negado y contradicho los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda.

La Demandada manifiesta que suscribió con el Demandante el Contrato N° 118-2008-ENAPU el 16.12.08 para la ejecución del Servicio de Consultoría ya mencionado, por el monto total de S/. 96,390.00, con un plazo de ejecución de 30 días calendarios que venció el 15.01.09.

Agrega que, durante la ejecución del Contrato, el Demandante, con fecha 26.01.09, le entregó el Informe Final de este servicio, subsanando las observaciones efectuadas anteriormente por ENAPU. Este Informe Final fue rechazado por ENAPU porque no contenía el Estudio de Suelos exigido por los Términos de Referencia y ofrecido por el propio Contratista en su Propuesta Técnica.



Por consiguiente, dice ENAPU, el 03.07.09, con Carta Notarial N° 147-2009-ENAPU S.A./GTTPP, se otorgó al Contratista un plazo perentorio de cinco (5) días útiles para que entregue el Informe Final subsanado, bajo apercibimiento de resolver el Contrato y aplicar las sanciones correspondientes.

Aunque el Contratista se opuso al requerimiento, dice la Entidad que el incumplimiento persistió y se tuvo que resolver el Contrato mediante la Resolución de Gerencia General N° 411-2009-ENAPU SA/GG de 21.07.09 notificada ese mismo día por Carta Notarial N° 807-2009.

La contestación de la demanda se sustenta en el incumplimiento del plazo contractual y en el hecho de que las prestaciones realizadas por el Contratista no han sido cumplidas tampoco en su integridad pues no se ajustan a las Bases ni a su Propuesta Técnica; por lo que el Contratista ha infringido la cláusula 6ª del Contrato sobre la observancia del plazo y, finalmente, no ha entregado el Estudio de Suelos que era parte sustancial del servicio encargado.

C- Análisis y decisiones del Tribunal

1. Aunque ciertos aspectos del Contrato, tales como el precio, el objeto y el plazo están bien definidos, los Términos de Referencia de las Bases y la propia Propuesta Técnica formulada por el Contratista cuando era postor, son complejos y adolecen de cierta ambigüedad que, seguramente, pueden haber dado origen a dicotomías y contradicciones durante la ejecución de aquel.

Hay, pues, la necesidad de concentrarse en los puntos principales que han causado la controversia durante la ejecución del Contrato, como son el desarrollo del plazo de ésta y el cumplimiento de las prestaciones y contraprestaciones recíprocas de las partes en una convención regida por la normatividad de las contrataciones del Estado y por el Código Civil (artículos 1426 y siguientes del Código Civil).

2. Habida cuenta que, el Contrato se resolvió el 21.07.09, pese a que, teóricamente, venció el 15.01.09, el Tribunal considera indispensable poner y comprender en su secuencia cronológica los diversos y principales hechos y actos, producidos en el curso de la ejecución del Contrato, tanto durante su vigencia y ejecución como a posteriori de la Resolución del Contrato, declarada por ENAPU, de forma tal que el Tribunal cuente con

un cronograma de los mismos. Este cronograma es el siguiente:

- a. El Contrato N° 418-2008 del 16.12.08, celebrado entre ENAPU S.A. como Contratante y César Fuentes Ortiz como Contratista, tenía como objeto el siguiente:

"Prestación del Servicio de Consultoría para la elaboración del Expediente Técnico de la Construcción de Puntos de Apoyo para el mantenimiento de las grúas del pórtico del Muelle en Amarraderos 5 A y 5 B del Terminal Portuario del Callao", de acuerdo a los Términos de Referencia de las Bases y a la Propuesta Técnica del Contratista (Cláusula 2).

- b. Los numerales 1 y 2 de los Términos de Referencia indican en síntesis que:

- i. El servicio consiste, finalmente, en elaborar un Expediente Técnico para construir ocho puntos de apoyo para el montaje y operación de las citadas grúas;
- ii. El servicio consiste en desarrollar las actividades previstas en el numeral 2) elaborando un anteproyecto que contenga por lo menos tres alternativas de construcción para definitivamente, presentar un Expediente Técnico para que se pueda ejecutar esa construcción de puntos de apoyo.

- c. Plazo del Contrato.- 30 días, a partir de la suscripción del Contrato, por lo que vencía el 15.01.09.

- d. Precio.- El precio pactado fue de S/96,390.00 pagadero conforme a lo previsto en la Cláusula 5ta. del Contrato.

- e. Forma de Pago del Precio (Cláusula 5ta)

- i. 30% a la aprobación del Informe de Alternativas, procediendo el pago con la conformidad de la alternativa más viable.

El Informe de Alternativas de Solución de las estructuras antes mencionadas debía presentarse a los diez días de iniciado el plazo del contrato, esto es el 28.12.08.

- ii. 40% a la presentación del Informe Final previa aprobación por ENAPU.

El Informe Final debía presentarse a los quince días calendario de haberse definido la alternativa más conveniente.

- iii. 30% a la aprobación del Expediente Técnico Definitivo.
- iv. Este informe tenía que presentarse a los cinco días de recibida la conformidad del Informe Final.

f. **Cómo se desarrolló la ejecución del Contrato**

- i. Informe de Alternativas: Debía presentarse a los diez días útiles esto es el 28.12.08 pero se presentó el 06.01.09.

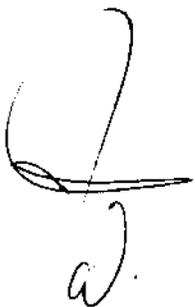
La Alternativa N° 3 presentada por el Contratista se aprobó por la Entidad el 12.01.09 con correo electrónico de esa fecha, ratificándose el 15.01.09 con Oficio N° 004-2009-ENAPU- S.A. GM/FRV.

- ii. El Informe Final debía presentarse en los siguientes 15 días calendarios, es decir, a más tardar el 27.01.09 pero se entregó el 17.03.09, cuando el plazo contractual original ya había vencido.

Este informe fue observado por ENAPU a través del Supervisor de Infraestructura de la Gerencia de Ingeniería y Mantenimiento en 4 oportunidades, según lo indica la Entidad, debido a que el Contratista no incluyó el Estudio de Suelos exigido en las Bases y en su Propuesta Técnica para definir las características y distribución del pilotaje a ser utilizado, además de contener errores elementales e inaceptables, según ENAPU.

Lo que está acreditado en autos es que la Entidad observo al día siguiente el Informe Final del 17.03.09.

El 22.04.09 el Contratista volvió a presentar el Informe Final indicando que en esta versión, se han incorporado los aportes y sugerencias (observaciones) de la Entidad (Anexo de Prueba 1-H).



- iii. Con el Oficio N° 009 del 01.06.09 ENAPU admite haber recibido el Informe Final del Contratista, presentado el 27.05.09, con la subsanación de ciertas observaciones formuladas anteriormente a su Informe Final presentado el 3 de marzo del 2009, pidiendo al Contratista hacer ciertas precisiones conforme al plano que le adjunta. Pero en lo que se refiere al contenido de este Informe Final, ENAPU insiste en que falta el Estudio de Suelos y que sin éste no se debe proceder a desarrollar el Expediente Técnico (Anexo 1 I de Prueba de la Demanda).

ENAPU dice no haber recibido del Contratista, en ninguna fecha, el Expediente Técnico objeto del Contrato y que es el que sirve para ejecutar la obra.

- iv. Sin embargo ENAPU en su alegato señala que el Contratista, presentó el Informe Final el 27.05.09 en forma extemporánea y cuyo contenido es diferente del Expediente Técnico presentado posteriormente al Tribunal Arbitral (04.01.10).

Para ENAPU el Expediente Técnico del 27.05.09 no sirve para construir la obra. En cambio el Expediente Técnico presentado ante el Tribunal el 04.01.10 si es apto para construir.

- v. El 26.06.09 el Contratista remite el Estudio que contiene el Informe Final, según aparece en el Anexo de Prueba 1 J de la Demanda.
- vi. El 30.06.09 ENAPU requiere al Ing. Fuentes Ortiz para que en 5 días presente el Informe Final subsanado (Anexo de Prueba 1 K de la Demanda).
- vii. El 06.07.09 el Demandante Fuentes Ortiz remitió la Carta CFO-ENAPU presentando el cargo de su carta del 26.06.09 con la cual dice haber remitido el Informe Final con subsanación de las observaciones del Sistema de Infraestructura de ENAPU. Así aparece el Anexo 1 L de la Demanda.

Esta es la respuesta de la Carta Notarial No. 147-2009-ENAPU S.A./GTTPP del 30.06.09 con la que ENAPU lo requiere para que en 5 días entregue el Informe Final subsanado bajo apercibimiento de resolver el contrato.



viii. El 21.07.09 según aparece en el Anexo 1 M de la Demanda ENAPU resuelve el contrato porque:

- La carta del Contratista del 26.06.09 no contiene el Estudio de Suelos, exigido por los Términos de Referencia de las Bases y ofrecido en la Propuesta Técnica del Contratista en el proceso de selección.
- Continuaba vigente el requerimiento del 30.06.07 hecho por ENAPU, por cuanto no ha habido la subsanación exigida al Contratista

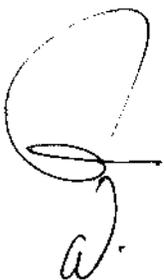
3. Documentación presentada por el Contratista después de la resolución del Contrato.

- El 22.07.09 el Demandante se dirigió a ENAPU (Anexo de prueba de la Demanda 1 – O), manifestando que ENAPU le pidió cambiar el diseño de las ménsulas por el apoyo en pilotes y que esto le demandó tiempo adicional.

No se dice claramente pero se sugiere en esta carta por el Demandante que él ya había hecho el Estudio de Suelos a través de estudios de perforación diamantina. Sin embargo, ENAPU en su carta señala que esos estudios no constituyen un verdadero Estudio de Suelos.

- El 04.01.10, el Contratista presentó al Tribunal el Expediente Técnico objeto del Contrato. El Tribunal lo tuvo por presentado con Resolución del 06.01.10.
- Este Expediente Técnico, según lo dicho por ENAPU en su alegato, serviría para llevar adelante la construcción de los puntos de apoyo, no así el Expediente que se le entregó a ENAPU con fecha 27.05.09.
- El 12.01.10 el Contratista solicitó a ENAPU llegar a una conciliación con el objeto de entregar formalmente, en un plazo de 20 días, el Expediente Técnico junto con el Estudio de Suelos requerido.
- El 11.02.10 el Contratista había presentado al Tribunal una copia de la carta dirigida a ENAPU referida en el párrafo anterior.

4. Cómputo del plazo del contrato



La complejidad de los términos contractuales y la forma como se ha desarrollado su ejecución – prestaciones y contraprestaciones ejecutada después del vencimiento del plazo original, disentimiento entre las partes respecto al cumplimiento cuantitativo y cualitativo de las obligaciones típicas de un contrato de prestaciones recíprocas – obligan al Tribunal a intentar la reconstrucción de la voluntad de las partes y de sus comportamientos tanto individuales como comunes que pueda conducir, por el iter más certero, al esclarecimiento más justo y cabal de los hechos y, finalmente, examinar cuáles han sido los remedios contractuales utilizados y si es que éstos se ajustan a los hechos y a las normas aplicables.

Para conocer la forma cómo se ha ejecutado un contrato e interpretarlo, es necesario fijar los términos de su contenido y valorar el significado de las declaraciones y de los comportamientos de las partes, teniendo en cuenta los hechos que le precedieron y los que le siguieron (antecedentes y consecuentes) como modos de conducta a los que uno debe atenerse cuando el pacto ha quedado definido y ha comenzado a ejecutarse.

Veamos que dicen algunos autores al respecto:

En las Reglas para la interpretación de las Convenciones de R.J. Pothier¹ en "El Tratado de las Obligaciones" (1) se dice:

"Regla Primera: Se debe buscar en las convenciones la COMUN INTENCION de las partes contratantes prefiriéndola al sentido gramatical de los términos".

Emilio Betti² lo plantea en estos términos:

"Según los cánones hermeneúticos de la autonomía y la totalidad, el significado del negocio se obtiene no sólo y no tanto del tenor literal de las palabras usadas, tomadas por sí mismas, sino también y específicamente, por el comportamiento observado por las partes, pero sobre todo el comportamiento en conjunto."

Por su parte, Carmen Arana Courrejolles³ añade:

¹ Tratado de las Obligaciones, Editorial Bibliográfica Argentina, pág. 60

² Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos – Editoriales de Derechos Reunidos, Madrid, páginas 347 y 348

³ La Interpretación del Acto Jurídico, Cultural Cusco S.A., páginas 314 y 315

" Debe preferirse, en primer lugar, las normas de interpretación subjetiva, o, en concreto.

Al interior de este orden tenemos un suborden; Primeramente, la interpretación gramatical El intérprete se dirige a la letra del texto, es decir, a las expresiones del acto cuando éstas son claras y no dejan duda sobre la voluntad evidenciada del agente quien elige el sentido literal

Debe atenderse primeramente, entonces, a la declaración pura, en la convicción de que constituye expresión del pensamiento.

- Interpretación lógico-contextual, (2do párrafo del art. 19). Cuando el texto no expresa una declaración real. el intérprete se dirige al comportamiento total y a la personalidad del agente.

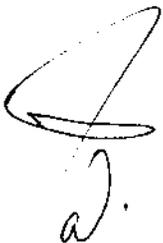
El segundo párrafo del Art. 19 señala que si las palabras fueran contrarias a la intención evidente del agente, prevalecerá ésta sobre aquellas. Es necesario que la divergencia entre las palabras y la voluntad sea puesta claramente de manifiesto, correspondiendo a quien afirma la existencia de la divergencia, acreditarla mediante los medios admitidos para proporcionar el intérprete una convicción inequívoca

A través de todos los medios que proporciona la lógica, el intérprete debe considerar "todo lo que las partes han hecho con relación al acto jurídico") el comportamiento total sea anterior, coetáneo o posterior al acto) Opera aquí el principio de unidad del acto jurídico."

Juan Carlos Garibotto⁴ en su obra "Teoría General del Acto Jurídico" señala:

" En torno del divorcio entre la manifestación y la voluntad y a la prevalencia de una u otra se han formulado dos doctrinas extremas:

La doctrina de la voluntad sostiene que cuando la declaración está en desacuerdo con la voluntad interna de los autores del acto, debe predominar la voluntad psicológica, real o interna. Esta tesis se funda en la convicción de que el negocio jurídico se basa, en lo esencial, en la voluntad, mientras que la manifestación carece de valor en sí misma y es tan sólo un simple medio de exteriorización de aquélla. Por tanto, la interpretación debe dirigirse a desentrañar el sentido y alcance de lo realmente


⁴ Teoría General del Acto Jurídico, Editorial Depalma, páginas 53, 54, 55 y 56

querido, de la voluntad real de los otorgantes del acto, con prescindencia de su declaración.

.....
La doctrina de la declaración, en el polo opuesto, propugna que debe prevalecer la manifestación, apoyando esta afirmación en el apotegma de que el ordenamiento jurídico no toma, ni puede tomar, en consideración el querer meramente interno. Esta posición estima que el fundamento del acto jurídico no reside en la voluntad sino en su declaración, porque aquella - mientras no es exteriorizada- es tan sólo una faz preparatoria del acto volitivo, que concluye con la manifestación. Por tanto, en lo que se refiere a la interpretación, ésta debe estar encaminada a desentrañar el sentido y alcance de la manifestación misma, dejando a un lado que ella coincida o no con la voluntad interna de los autores del acto jurídico.

.....
Ambas doctrinas extremas - la de la voluntad y la de la declaración - no pueden ser sostenidas en todo su rigor, y de allí que se plasman numerosas posiciones intermedias que las atemperan. La teoría de la voluntad es atenuada mediante la admisión **del principio de responsabilidad**, que postula el mantenimiento de la voluntad declarada por sobre la voluntad interna cuando el declarante es culpable de la discordancia por no haber obrado con la debida diligencia. La teoría de la declaración, a su vez, queda menguada en su rigor por medio de la aceptación **del principio de confianza**, que propone el predominio de la voluntad real cuando aquella pudo ser conocida actuando con cuidado y previsión. Ambos principios - el de responsabilidad y el de confianza- pueden ser coordinados sobre la base de la buena fe, impuesta por la necesaria seguridad el tráfico, además de por consideraciones de orden ético, sistema que rige, como veremos, en nuestro ordenamiento.

.....
Criterio entre actos entre vivos.

Dice Orgaz, que en los actos o negocios entre vivos, donde la manifestación o declaración de voluntad tiene como destinatario a otra persona, la doctrina subjetiva constituye el principio; en consecuencia, se debe atender a la voluntad real de declarante, pero no libremente conjeturada, desde luego, sino solamente deducida de la declaración misma y de las demás circunstancias del caso". Agrega que "la doctrina objetiva, en cambio, gobierna todas aquellas situaciones de excepción en que la discordancia entre la voluntad interna y la declaración se debe al dolo o a la culpa del declarante".

 13

Este criterio es aplicable, en particular, a los actos bilaterales y, especialmente, a los contratos y otras convenciones y, a modo de síntesis, importa que, para interpretarlos, se debe buscar la voluntad real a partir del modo como ha sido exteriorizada, tomando la buena fe como criterio rector y atendiendo a aquellos elementos objetivos que – según las circunstancias concretas del caso – se pueda considerar que integran el negocio jurídico.”

Finalmente, cuando Manuel de la Puente y Lavalle⁵ comenta el artículo 1361 del Código Civil señala que, entre las cuatro teorías para solucionar la discrepancia entre la voluntad y la declaración, el Código Civil de 1984 se ha inclinado por la teoría de la confianza.

5. Puntos específicos respecto al plazo original del Contrato

De la cronología elaborada por el Tribunal se advierte que las partes pactaron un plazo de ejecución de 30 días calendarios, contados entre el 16.12.08 y el 15.01.09. Sin embargo, el Informe de Alternativa no se presentó el 28.12.08 como estaba previsto en la Cláusula 5ta., sino el 06.01.09 y la Entidad lo aprobó en definitiva el 16.01.09, o sea el último día del plazo original de vencimiento. Es evidente que, a esta fecha, el contrato se encontraba todavía en sus albores y que, luego del 15.03.09 la intención de las partes era continuarlo.

El Informe Final, que debía presentarse el 27.01.09 se entregó el 17.03.09 cuando el plazo original estaba ya vencido. Fue objeto de ciertas observaciones por parte de la Entidad según el Oficio N° 006.209 (Anexo de Prueba de la Demanda 1-G) en cuyos párrafos 2 y 3 ENAPU deja constancia de que la no inclusión en él del Estudio de Suelos demuestra que el Contratista “ha decidido no utilizar el pilotaje para la cimentación de los puntos de apoyo y que, de ser así en la Memoria del Cálculo deberá justificarse las sobrecargas por los puntos de apoyo Lado Mar”.

El 22 de abril, según carta que aparece como Anexo de Prueba 1-H de la demanda, el Contratista presentó otra versión del Informe Final destacando que ella contiene los aportes y sugerencias de la Entidad. Remarca aquí que la versión original según las Bases del Concurso que originó el Contrato, consistente en un apoyo sobre pilotes se había tenido que descartar por razones constructivas y estructurales lo que determinó que tuviera que buscar nuevas alternativas tecnológicas para cumplir los requisitos exigidos por

⁵ El Contrato en General – Tomo I, Palestra Editores

ENAPU, búsqueda ésa que le demandó consumir más tiempo que el previsto.

En la línea de este análisis, se anota que ENAPU, según Oficio N° 009-2009 del 01.06.09 acusa recibo de una última versión del Informe Final del Contratista del 27.05.09 en la cual se han subsanado las observaciones de ENAPU referidas a una solución estructural basada en pilotes para los puntos de apoyo alrededor de la Viga Carril Lado tierra.

Es importante resaltar que, a esta fecha, el Oficio de ENAPU da cuenta de que tanto los profesionales de ENAPU, como los del Contratista han estado reuniéndose para tratar de los Puntos de Apoyo en la Viga Carril Lado Mar.

Se le solicita al Contratista en este oficio que adapte el Informe Final a las condiciones existentes para cuyo efecto le remite un plano hecho por ENAPU.

ENAPU le dice al Contratista que le agradecerá incluir en el Informe Final del Estudio de Suelos ofrecido por éste en la página 71 de su Propuesta Técnica, incluyendo los planos modificados, antes de proceder a elaborar el Expediente Técnico.

El 26.06.09 el Contratista remite otra vez el Informe Final.

El Tribunal asume, relacionando la carta antecedente de ENAPU con la carta consiguiente del Contratista, que esta nueva versión del Informe Definitivo contenía ya las correcciones y subsanaciones solicitadas por ENAPU el 01.06.09, excepto que, según se desprende de los sucesos posteriores, el Estudio de Suelos en la forma exigida por ENAPU, el cual no llegó a ser presentado.

En su Escrito de Alegatos, ENAPU dice haber recibido del Contratista el 27.05.09 un Expediente Técnico que no era efectivo ni útil para construir; mientras que el citado Contratista ha entregado al Tribunal el 04.01.10, un Expediente que sí sería apto para construir la obra.

Aunque no lo expresa, se entiende que esta presentación ENAPU la consideraría fuera del plazo contractual.

Luego de estos hechos, cronológicamente presentados y analizados, viene el requerimiento hecho al Contratista para que subsane los incumplimientos atribuidos (Carta Notarial del 30.06.09) y finalmente la resolución del contrato con fecha 21.07.09.

La trascendencia de los hechos analizados radica en que, por medio de este examen, se evidencia que el Contrato no culminó el 15.01.09, como estaba originalmente convenido, sino que se extendió por lo menos hasta el 21.07.09 cuando la Entidad hizo llegar al Contratista la carta del 21.07.09 resolviendo el Contrato, después que el 26.06.09 el Contratista le hizo llegar a la primera el Informe Final como aparece en el Anexo 1 - J de la Demanda.

Se trata, pues, de una prórroga tácita del plazo convenida por ambas partes mediante hechos, prestaciones y comunicaciones que lo demuestran y acreditan, por lo que resulta irrelevante detenerse en el examen de lo alegado por el Contratista en su solicitud de Ampliación de plazo ya descrita y rechazada por ENAPU.

Sobre la prórroga tácita del plazo el maestro Messineo⁶ se pronuncia de este modo.

"PRORROGA O RENOVACION DE CONTRATO.- Sin embargo, el contrato de duración, próximo al vencimiento puede prorrogarse expresamente (esto es, puede diferirse su duración) por acuerdo entre las partes.

6. Sobre la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 411-2009-ENAPU demandada

El Tribunal debe hacer el examen de los hechos que constituyen la causa de esta decisión de la Entidad. Esos hechos son según la Entidad la demora excesiva en la ejecución de las prestaciones incurrida por el postor el cual, además, no ha entregado el Estudio de Suelos que era una de las partes que el Expediente Técnico tenía que contener obligatoriamente.

Tal como se dijo anteriormente, hay cierta obscuridad en las Bases y en el propio Contrato respecto a lo que constituía el objeto de éste.

Dicho objeto era que el Contratista finamente, elaborase y entregase un Expediente Técnico que permitiese a ENAPU realizar por si misma o por terceros la ejecución de la obra llamada "Construcción de Puntos de Apoyo para el Mantenimiento de Grúas Pórtico de Muelle de Amarradero 5-A Y 5-B del Terminal Portuario del Callao".

⁶ El Contrato en General , Tomo I, Palestra Ediciones, páginas 324 y 325.

Según el numeral 28 del Anexo I Definiciones del Reglamento de la Ley 26850: *"Expediente Técnico de Obra: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuestos, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios"*

Si éste era el objeto de Contrato, pudiera pensarse, revisando las Bases, que la Entidad querría un cierto tipo de obra de acuerdo a un tipo de especificación y técnica y requerimientos y que, teniéndolas en cuenta, el Contratista, como Consultor, debía elaborar el Expediente Técnico. Pero, dado que en los numerales 2 y 3 de los Términos de Referencia, Bases y el Contrato en su Cláusula 5 establecían que el consultor podría proponer tres alternativas, para que la Entidad aprobase una de ellas, surge la duda de que, si decidida tal aprobación, el Contratista podría desarrollar la elegida y, en este caso, prescindir del Estudio de Suelos si es que éste no era necesario en la solución propuesta por la alternativa seleccionada. Esto es, por lo menos, lo que parece sugerir el Contratista en el curso de su defensa y lo que de algún modo, se dice por ENAPU en su alegato en el sentido de que el Expediente Técnico del 27.05.09 presentado por el Contratista no es apto para la construcción de la obra pero sí lo es el que se remitió al Tribunal el 04.01.10; pareciendo –sin poderse concluir en ello – que ninguno de los dos contenía un Estudio de Suelos.

Al respecto, la Entidad en su Oficio Nº 009-2009 del 01.06.09 acusa recibo de un Informe Final del Contratista que contiene una solución basada en pilotes en la Viga Carril del Lado Tierra y manifiesta que se encuentran trabajando especialistas de ambas partes para la Viga Lado Mar; solicitándose al Contratista que adapte el Informe final a las condiciones existentes conforme a un plano que le entregó al Contratista. Es llamativo que la Entidad diga allí al Contratista que le apetecería incluir en el Informe Final el Estudio de Suelos ofrecido en su Propuesta Técnica; incluyendo los planos modificados antes de proceder a elaborar el Expediente Técnico.

Pero, también, se tiene que, la Alternativa aprobada por ENAPU se habría derivado otra como lo menciona el Contratista el 22.04.09.

Todo esto viene a colación porque la obscuridad y ambigüedad de las Bases y del Contrato, han originado disparidades y desviaciones entre la letra del contrato y su ejecución real,



especialmente, en lo que se refiere a la actividad del contratista que denota, durante casi todo el curso del contrato y en su misma defensa, una actitud dudosa como quien quiere evitar a toda costa un desenlace infeliz de la relación contractual.

Una reflexión integradora y reconocitiva de las intenciones de las dos partes al suscribir el contrato, permitirían, sin embargo, concluir en que - sin perjuicio de aquello que a juicio del Tribunal evidencia que se ha actuado con buena fe y considerando la confianza mutua que se supone debe existir entre las partes- el Estudio de Suelos formaba parte de las actividades que debía efectuar el Contratista antes de presentar el Informe de Alternativas, esto es que, independientemente de la solución alternativa aprobada por la Entidad y abstracción hecha de que dicha solución no requiriese de un Estudio de Suelos, éste debió haberse hecho en forma previa y presentarse junto con el citado Informe de Alternativas.

Desde este punto de vista, y más allá de que la Entidad bajo el principio de la conservación del Contrato y teniendo en cuenta que, aparentemente el Estudio de Suelos podría no haber sido necesario en la Alternativa propuesta, el no haberse acompañado ese Estudio en alguno de los momentos requeridos por la Entidad constituye un incumplimiento de la obligación constituida por la promesa del Contratista que consta en la página 71 de su Propuesta Técnica que forma parte del Contrato, incumplimiento que originó la resolución de éste. Pero, esa resolución no puede ser sino parcial atendiendo al hecho de que, primero, se había operado la prórroga del contrato y la ejecución de éste ya había avanzado bastante y se había superado satisfactoriamente las etapas del Informe de Alternativas y la de presentación del Informe Final, faltando sólo el Estudio de Suelos requerido junto con el Expediente Técnico.

De acuerdo con el inciso c) del art. 41 de la Ley 26850 la resolución de un contrato celebrado con el Estado origina la extinción automática de pleno derecho, a partir de la recepción por el destinatario de la carta notarial que comunica dicha medida. Así, pues, la relación contractual fenece definitivamente y sólo queda que se pueda controvertir lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios si fuese el caso y establecer en extremo si existiera la eventual responsabilidad de la parte demandante, por la resolución parcial o total del contrato.

El Tribunal aprecia que, realmente, las dos partes han actuado de buena fe y que los incumplimientos atribuidos responden a una percepción indebida de las normas contenidas en las bases y el contrato que las originaron, por la ambigüedad de su texto. En



consecuencia, la resolución de este contrato no tiene un carácter sancionatorio sino más bien liberador de las obligaciones de la Entidad a fin de que ésta pueda buscar de otro modo aquello que motivó llegar a la celebración del contrato ahora.

En estas circunstancias, el Tribunal no puede imputar que el Contratista haya incurrido en culpa en el no cumplimiento de sus obligaciones que originó la aludida resolución del contrato, pues hubo prórroga tácitamente acordada del plazo y el contratista cumplió con ciertas prestaciones e hizo subsanaciones en varias oportunidades denotando actuar con buena fe, aunque no concretó la entrega del Estudio de Suelos; por lo tanto, el Tribunal considera que no existe causal para que el Contratista sea pasible de sanción por parte del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE.

Con arreglo a la Ley 26850 y los arts. 224 y 226 de su Reglamento, la resolución del contrato por parte de ENAPU debió ser parcial y no por el total del contrato, quedando preservadas y eficaces la presentación del Informe de Alternativas y el Informe Final subsanado, por lo que el Tribunal decide la nulidad parcial de la Resolución de Gerencia General N° 441-2009 en cuanto declaró la resolución total del contrato la misma que solo recae sobre la entrega del Expediente Técnico por carecer del Estudio de Suelos ofrecido.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral emite el siguiente Laudo por unanimidad y, en consecuencia:

PRIMERO: Declara Fundada la Demanda del Contratista bajos los alcances fijados en el Punto Controvertido N° 3 y, en consecuencia, que el plazo del Contrato N° 118-2008 fue prorrogado tácitamente por las partes hasta el 21.06.09 no habiendo lugar para que el demandante deba asumir el pago de penalidades por mora ni responsabilidad por la resolución parcial del contrato.

SEGUNDO: Declara Fundada en parte la Demanda en cuanto plantea la nulidad e ineficacia de la Resolución de Gerencia General de ENAPU que lleva el N° 441-2009-ENAPU que decidió resolver totalmente el Contrato N° 118-2008 y en consecuencia, y de acuerdo con los fundamentos de este Laudo, se declara la resolución parcial del Contrato respecto a las prestaciones consistentes en la entrega del Expediente Técnico y del Estudio de Suelos que debía acompañarse, dilucidándose de este modo los Puntos Controvertidos Nos. 1 y 4.

TERCERO: Declara Infundada la Demanda del Contratista en el extremo al que se contrae el Punto Controvertido No. 2; en

consecuencia no ha lugar al otorgamiento al demandante del plazo de 20 días para que elabore y presente el Estudio de Suelos.

CUARTO: Declara que cada parte debe asumir los gastos que sus respectivas defensas les han irrogado.



ARTURO BOURONCLE PERALTA

Presidente del Tribunal



EMILO CASSINA RIVAS
Arbitro



JESUS IVAN GALINDO TIPACTI
Arbitro



GIULIANA MELGAR CHOY
Secretaria Arbitral