

LAUDO ARBITRAL

Demandante: Hernán Garagondo Balboa
(contratista)

Demandado: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte
Descentralizado – Proviñas Descentralizado –
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Materia: Resolución de Contrato

Arbitro Único: Abog. Francisco Javier Peñaloza Riega

Arbitraje: Ad Hoc – Nacional – Derecho

RESOLUCION N° 019-2015-AU

Lima, 18 de Febrero de 2015

El Arbitro Único designado por las partes conforme al convenio arbitral al término de las actuaciones procesales y de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley y manteniendo obligatoriamente el orden de prelación siguiente: 1) Constitución Política del Perú; 2) Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873 (en adelante la ley); el Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en lo sucesivo el Reglamento); 4) las normas de derecho público y 5) las normas de derecho privado; luego de haberse valorado todas y cada una de las pruebas ofrecidas, admitidas y actuadas en el presente proceso y oído los argumentos de las partes, expide el siguiente LAUDO.

Convenio Arbitral:

En la cláusula décimo séptimo del Contrato N° 149-201-MTC/21 para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Camino de Herradura Rapi – Amarupampa”, ubicado en el departamento de Ayacucho, celebrado con el

Ing. Hernán Garagondo Balboa, con fecha 16 de mayo del 2012, las partes celebraron el convenio arbitral, estableciendo que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje de derecho de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, con arbitro único.

Instalación de Árbitro Único:

Con fecha 20 de noviembre del 2013 en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Arbitro Único, con la presencia de la representante legal del demandante José Antonio Andrés Durand y el demandado, representado por el Abog. Carlos Alberto Muñoz Larico, según delegación de facultades por la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Asimismo se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, los honorarios arbitrales y de los gastos de la secretaría arbitral, declarando abierto el proceso.

Demanda presentada por el Ing. Hernán Garagondo Balboa:

Primera Pretensión Principal:

Se declare la nulidad e ineeficacia de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28.12.2012, a través de la cual la Entidad demandada decide resolver administrativamente el contrato N° 149.2012-MTC/21, celebrado con la demandada el 16 de mayo de 2012, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del Camino de Herradura Rapi-Amarupampa (L=15,676 Km.) ubicada en el departamento de Ayacucho, por estar sustentada en falsos hechos, no haberse evaluado la totalidad de documentos, que conforman el expediente de contratación y por no encontrarse debidamente motivada y adecuada a la ley especial.

Segunda Pretensión Principal:

Que, Provías Descentralizado, reconozca el pago de los gastos generales en que ha incurrido el contratista, por la indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra.

Tercera Pretensión Principal:

Se ordene el inicio del procedimiento de la liquidación de la obra.



Cuarta Pretensión Principal:

Se declare que los costos arbitrales sean asumidos íntegramente por la Entidad, debiendo establecerse el mecanismo para su pago en caso de incumplimiento.

Fundamentación hecho y de derecho de la demanda:

Como resultado del proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 01-2012-MTC/21 el demandante suscribió el contrato N° 149-2012, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del Camino de Herradura Rapi-Amarupampa (L=15,676 Km.), ubicado en la localidad de Rapi del distrito de Anco de la provincia de La Mar del departamento de Ayacucho, por el monto de S/.463,682.43 (cuatrocientos sesenta y tres mil con 43/100 nuevos soles), financiado con recursos ordinarios, con un plazo de ejecución de noventa (90) días calendario, el que regía desde el día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado.

El plazo contractual se computa a partir de 25 de mayo del 2012 y vence el 22 de agosto de 2012, de acuerdo con el acta de entrega del terreno del día 24 de mayo de 2012 siendo el residente de la obra el Ing. Carlos Córdoba Gamarra y el Inspector de Obra el Ing. Arnaldo Román Estacio.

El inspector de obra, no cumplió con cabalidad su función; pues, ejerció idéntica función en la obra: "Mejoramiento del camino de Herradura Osqoqocha-Hatunpalca (L=15,131 Km.), ubicada en la localidad de Osqoqocha del distrito de Anco, provincia de La Mar del departamento de Ayacucho, siendo físicamente imposible que cumpla la misma labor en forma permanente en distintas obras ubicadas en distintas localidades, a pesar de encontrarse en el mismo distrito y provincia.

Con fecha 08 de agosto del 2012 se concluyeron las actividades de ejecución de la obra – catorce días calendario antes de la fecha de su conclusión y consecuentemente se solicitó al inspector de obra, proceder con el trámite necesario para la recepción de la obra. Este hecho se encuentra corroborado con el Asiento N° 45 de fecha 08 de agosto del 2012 corrientes a fojas 34 del cuaderno e obra; así como con nuestra carta N° 355-2012-HGB/C de fecha 10 de agosto de 2012.

Dicha solicitud de recepción de obra debió ser atendida dentro de los siete días siguientes de comunicada la conclusión de las actividades de ejecución de la obra, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S.Nº 184-2008-EF.

La demandada a través del inspector de la obra Ing. Arnaldo Román Estacio con fecha 22 de agosto del 2012 emitió el Certificado de Terminación de Obra, señalando en forma abusiva de su derecho y posición que la obra se encontraba concluida el 22 de agosto de 2012, desconociendo lo asentado en su oportunidad en el cuaderno de obra. Demás esta decir, que ésta actitud me ocasionó evidente perjuicio, pues en los catorce días que arbitrariamente se demoró en extender dicho certificado, tuve que seguir efectuando actividades de mantenimiento de lo efectivamente ejecutado, así como levantar algunas observaciones menores advertidas por el inspector.

Pese a la mala intención de la Entidad y actuando de buena fe emití la carta N° 395-2012-HGB/C de fecha 03 de setiembre de 2012, solicitando nuevamente al inspector, se proceda con el trámite para la recepción de la obra, para cuyos efectos se debería designar la Comisión de Recepción de Obra. Sin embargo y después de 44 días calendario de haberse asentado en el cuaderno de obra que se había concluido con la ejecución de la obra y después de 39 días calendario de haberse extendido el Certificado de Terminación de Obra y después de 18 días calendario de solicitada por segunda vez el inicio del trámite de recepción de la obra, con Resolución Directoral N° 939-2012-MTC/21 de fecha 21 de setiembre de 2012 la Entidad designó el Comité de Recepción de Obra, entre los cuales se encuentra el inspector de obra

De acuerdo con el tercer párrafo del numeral 1) del artículo 210 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Comité contaba con un plazo no mayor de veinte (20) días calendario, para verificar el fiel cumplimiento de la ejecución de la obra y efectuar las pruebas que sean necesarias, para comprobar la ejecución, conforme al expediente técnico, para ulteriormente proceder a su recepción.

No obstante haberse levantado las observaciones formuladas por el inspector de obra – hecho que originó la emisión del Certificado de Terminación de Obra de fecha 22 de noviembre de 2012 y haberse corroborado la culminación de las actividades de ejecución al 100% el 26 de setiembre de 2012; el Comité de Recepción de obra, procede a levantar

FRANCISCO JAVIER PEÑAHOZA RIEGA
ARBITRO
OSCE

el acta de pliego de observaciones, esto es después de 48 días calendario de haberse concluido con la ejecución de la obra al 100%.

No obstante, las observaciones formuladas por el comité fueron totalmente levantadas por el recurrente, situación que fue asentada en el cuaderno de obra (asiento 47 de fojas 36) y comunicada formalmente con carta N° 467-2012-HGB/C entregada el 10 de octubre de 2012.

Esta situación ni mucho menos los documentos detallados en ql párrafo que antecede, han sido materia de evaluación y pronunciamiento por parte de la Entidad, tal y conforme puede colegirse de un menor análisis de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28 de diciembre de 2012, lo cual constituye una infracción al debido proceso por falta de motivación de dicho acto administrativo y vicia el acto de nulidad.

El 07 de noviembre del 2012 la Entidad me remite el Oficio N° 3396-2012-MTC/21, a través del cual siguiendo con el abuso de derecho, me requiere la subsanación y el cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales, referidas al hecho de no haber levantado las observaciones formuladas por el comité de recepción. Procedí a emitir la carta N° 149-2012-HGB/C entregada el 13 de noviembre de 2012 a la oficina de Coordinación Regional de Ayacucho, señalando que ya se había cumplido con levantar las observaciones y lo que correspondía era proceder con la recepción de la obra, en tanto ésta se había ejecutado conforme al expediente técnico.

Con Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28 de diciembre del 2012 la demandada procede a resolver el contrato N° 149-2012-MTC/21, atribuyendo a mi representada supuesto incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

El procedimiento de resolución de contrato utilizado por la Entidad, resulta nulo de pleno derecho, pues, de acuerdo al numeral 3 del artículo 210 del Reglamento, lo que correspondía era que el comité de recepción, eleve lo actuado a la Entidad, con un informe debidamente sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco días calendario, contados a partir de la fecha en que se recibió nuestra comunicación de haberse levantado las observaciones, esto es desde el 12 de noviembre del 2012, siendo la fecha límite el 17 de noviembre de 2012, para luego la Entidad emitir pronunciamiento sobre dicha situación en igual plazo. De persistir la discrepancia esta se someta a conciliación y/o arbitraje.


FRANCISCO JAVIER PENALZO RIEGA
ARBITRO
OSCE

Es decir, no ha existido un “retraso en la subsanación de las observaciones que haya excedido el plazo otorgado para su levantamiento”, como temeraria y abusivamente viene sosteniendo la Entidad para proceder con la resolución del contrato. Lo que realmente ha existido es una discrepancia en el levantamiento de las observaciones, que no ha merecido el procedimiento para su definición, tal y conforme lo hemos señalado en el párrafo que antecede.

Como podrá observarse es la Entidad y no el contratista quien ha incumplido y infringido abiertamente, no solo sus obligaciones contractuales, sino también la propia ley de Contrataciones del estado y su Reglamento.

Debe tenerse en cuenta que la buena fe, no solo se circumscribe a los términos de corrección o lealtad e impone una correcta conducta, que debe existir entre las partes que intervienen en un contrato, sino que alcanza otras prohibiciones y otras obligaciones, además de las previstas en el contrato, ello por ser el modelo de conducta que supone corrección, probidad, honestidad, lealtad, confianza, credibilidad, garantía, fidelidad, etc. y es fuente objetiva de integración contractual, toda vez que a los contratantes les será exigible los deberes de conducta antes señalados (y a la vez tendrán ciertos derechos) derivados de la necesidad de dar al contrato un oportuno y eficaz cumplimiento de conformidad con la finalidad perseguida por las partes. Y siendo así, el incumplimiento de este principio de la buena fe, conlleva responsabilidad civil e incluso la resolución del contrato al encontrarnos frente a un acto o negocio jurídico perfeccionado.

De acuerdo al artículo 70º de la Ley de Arbitraje los costos arbitrales deben ser asumidos por las partes, bajo responsabilidad de cobrárseles a la fuerza, solicitando que la entidad asuma íntegramente los costos arbitrales.

Medios Probatorios:

Se han admitido los medios probatorios A,B,C,D,E,F,G,H,I,J, y K.

Solicita se declare fundada la demanda.

Contestación de la demanda:

Fundamentos Primera Pretensión Principal: Se declare la nulidad e ineeficacia de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28.12.2012, a través de la cual la Entidad demandada decide resolver

administrativamente el contrato N° 149.2012-MTC/21, celebrado con la demandada el 16 de mayo de 2012, para la ejecución de la obra: "Mejoramiento del Camino de Herradura Rapi-Amarupampa (L=15,676 Km.) ubicada en el departamento de Ayacucho, por estar sustentada en falsos hechos, no haberse evaluado la totalidad de documentos, que conforman el expediente de contratación y por no encontrarse debidamente motivada y adecuada a la ley especial.

El contratista cuestiona la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 al señalar que la misma no ha sido expedida conforme a la normativa aplicable y al no encontrarse debidamente motivada.

El marco establecido para esta nulidad es el artículo 10° Causales de nulidad de la ley 27444.

Las obligaciones y responsabilidades del contratista se encuentran establecidas en el contrato de obra N° 149-2012-MTC/21, dentro del cual forma parte el expediente técnico de la obra, el que contiene las especificaciones, bajo las cuales se debe ejecutar la obra, siendo que el no cumplimiento de dichas especificaciones, conlleva a un incumplimiento contractual.

Para el presente caso el contratista solicitó a través de la carta N° 395-2012-HGB/C de fecha 03 de setiembre del 2012 la recepción de la obra, al señalar la culminación total de las partidas que conforman la ejecución de la obra, la misma que fue remitida a través de inspector de obra, procediéndose conforme a lo establecido por el artículo 210° del reglamento de la ley de contrataciones, por lo que con Resolución Directoral N° 939-2012-MTC/21 se designó al Comité de Recepción.

Con fecha 28 de setiembre de 2012 el Comité de Recepción de la Obra, procedió a hacer la verificación de los trabajos realizados en campo, concluyendo que el contratista no cumplió con ejecutar totalmente la obra, levantando el acta de pliego de observaciones del 28 de setiembre de 2012, las mismas que fueron aceptadas y admitidas por el contratista, suscribiendo el acta, por consiguiente, en aplicación del artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se le otorgó el plazo de un décimo (1/10) del plazo contractual para que el contratista cumpla con subsanar las observaciones realizadas por el comité.

El contratista procedió a informar a la Entidad la subsanación de las observaciones efectuadas, conforme a la carta N° 467-2012-HGB/C

recibida el día 10 de octubre de 2012; en ese contexto el Comité de Recepción, se constituyó en la obra levantando el acta de persistencia de observaciones del 26 de octubre del 2012, detectando que el contratista nuevamente no cumplió con subsanar las observaciones efectuadas, por tanto la obra no se recibió, negándose el contratista a firmar el acta.

Persistiendo los incumplimientos del consorcio, la Entidad otorgó mediante la carta notarial N° 3396-2012-MTC/21 del 07 de noviembre del 21012, un nuevo plazo de quince (15) días, para que subsane las observaciones, sin perjuicio de lo establecido en el reglamento de la ley de contrataciones.

Luego por carta notarial N° 491-2012-HGB/C de fecha 12 de noviembre de 2012, el contratista contesta al oficio remitido por conducto notarial; sin embargo efectuada la verificación los días 26 al 30 de noviembre del 2012, por personal de Provías Descentralizado, se constata que el contratista no ha cumplido con levantar las observaciones del acta de persistencia de observaciones.

Los hechos descritos, fueron recogidos en la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 que resolvió el contrato, por lo que ahora corresponde señalar las consecuencias jurídicas de dichos actos, los cuales forman parte de la motivación y contenido del acto administrativo controvertido.

Basado en los artículos 209° y 168° del Reglamento sostiene, que en primer término el contratista incumplió injustificadamente con sus obligaciones contractuales, al no cumplir con el objeto del contrato, pese a haber sido requerido en reiteradas oportunidades, quedando en claro que el contratista nunca levantó las observaciones.

Cabe indicar dentro del artículo 2° de la RD N° 1361-2013-MTC/21 del 28 de diciembre de 2012 se dispuso que la constatación física de la obra se realizaría el 15 de enero de 2013 a la 9.00 a.m.; en dicho acta Provías Descentralizado verificó que la obra se encontraba inconclusa y el acta fue suscrita por el Juez de Paz de Sacharajay, el teniente Gobernador de Anjay y el Presidente de la Directiva Comunal de Anjay y Anexos.

Adicionalmente debe considerarse que el contratista, no ha señalado en ninguno de los argumentos de la demanda y no ha acreditado con documento alguno, que haya procedido a subsanar las observaciones efectuadas por el comité de recepción, siendo que no ha probado el cumplimiento de sus obligaciones. No presenta ninguna foto que acredite sus dichos y conforme al Certificado Situacional de Obra, se concluye que la obra se encuentra

inconclusa y no recepcionada, según acta de constatación física de obra de realizada el 15 de enero de 2013.

La validez de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21, se debe verificar si contiene los elementos que debe contener el acta administrativo, con sujeción a lo dispuesto por la ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que norma el procedimiento del contrato. Contiene competencia al estar suscrita por el Director Ejecutivo de Provías Descentralizado; objeto, la resolución del contrato; finalidad pública, persigue un interés general, el cual es el correcto uso de los recursos públicos y entrega a la población en general de los proyectos ejecutados dentro de los plazos contractuales.

Por estos fundamentos solicitan se declare la validez de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 y en consecuencia declarar infundada la primera pretensión principal de la demanda.

Fundamentos de la Segunda Pretensión Principal: Que, Provías Descentralizado, reconozca el pago de los gastos generales en que ha incurrido el contratista, por la indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra.

Previamente dejan constancia que el contratista no ha sustentado esta pretensión; ni señalado cual fue el plazo de la supuesta demora de la recepción de obra, no acredita documentalmente ninguno de sus argumentos y no establece el monto de los mayores gastos generales.

Asimismo debe considerarse que ni la ley ni el reglamento establecen el reconocimiento de este concepto como gastos generales, por la supuesta indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra; por lo que el tribunal Arbitral debe evaluar su incompetencia, para conocer de esta materia inarbitrable, máxime si era obligación del contratista, cumplir con sus obligaciones pactadas, hasta la fecha de culminación del contrato de obra, esto es, con el pago definitivo; la incompetencia es advertible de oficio.

Por otro lado, afirmamos que la Entidad nunca se demoró en recepcionar la obra, sino que por el contrario siguió con el procedimiento establecido en el artículo 210° RLCE.

Atendiendo a lo expuesto, no ha existido una indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra, puesto que esta no se pudo recibir al no


FRANCISCO JAVIER PENALZA RIEGA
A.P.BITR.C

haberse levantado las observaciones efectuadas, por tanto la presente pretensión deviene en infundada.

Fundamentos de la Tercera Pretensión Principal:

Se ordene el inicio del procedimiento de la liquidación de la obra.

Atendiendo a que se discute la resolución del contrato efectuada por la Entidad, no corresponde ordenar el inicio del procedimiento de liquidación de obra, al existir controversias pendientes de resolver conforme a lo establecido en el art. 211º del Reglamento. Por lo tanto esta pretensión es improcedente, al no tener el árbitro único competencia para ordenar el inicio del procedimiento de la liquidación de la obra.

Fundamentos de la Cuarta Pretensión Principal: Se declare que los costos arbitrales sean asumidos íntegramente por el Entidad, debiendo establecerse el mecanismo para su pago en caso de incumplimiento.

Respecto a la presente controversia no debe corresponder se condene a la Entidad el pago total de los gastos arbitrales, ya que como se ha fundamentado existen suficientes argumentos que demuestran la falta de sustento de la demanda.

Medios probatorios:

Se han admitido las instrumentales del 1 al 15 ofrecidos en la contestación de la demanda.

No se admitió la pericia de oficio y se otorgó un plazo de veinticinco (25) días hábiles para que la demandada presente su peritaje de parte.

Solicita se declare improcedente y/o fundada entonos sus extremos la demanda.

Segundo otrosi: Oposición a exhibición de medios probatorios.- Nos oponemos a la exhibición de los medios probatorios d, e, f, y j del numeral 1.2 de la demanda, en la medida que son documentos que han sido elaborados por el propio contratista y de los cuales la demandada desconoce su ubicación, dado que no habrían sido presentados a mi representada.

A la exhibición del documento referido en el literal e: sostenemos nuestra oposición en la medida que nuestra posición es de demandado, debiendo entender el contratista si el alega hechos debe probarlos.

Tercer otrosí: Excepción de Incompetencia del tribunal para conocer de la segunda pretensión principal.

Debe considerarse que ni la LCE ni su reglamento establecen el reconocimiento de este concepto, solicitado por el contratista como gastos generales, por la supuesta indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra. En tal sentido, no puede reconocérsele ningún monto adicional a lo pactado en el contrato; por lo que el tribunal es incompetente, para conocer de esta materia inarbitrable, máxime si era obligación del contratista.

Cabe indicar que la incompetencia es advertible de oficio y constituye causal de anulación de laudo (sin requerir reclamo expreso por medio), conforme a los incs. 1.e y 3 del artículo 63º LGA.

Cuarto otrosí: Excepción de Incompetencia del tribunal para conocer de la tercera pretensión principal.

Atendiendo a que se discute la resolución del contrato efectuada por la Entidad, no corresponde ordenar el inicio del procedimiento de liquidación de la obra, al existir controversias pendientes de resolver, conforme a lo establecido en el artículo 211º RLCE.

Quinto otrosí: Reconvención.

Pretensiones:

Primera Pretensión Principal Reconvenida:

Que, el señor árbitro declare la validez de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21, que resolvió el contrato de obra N° 149-2012-MTC/21.

Fundamento: Por principio de economía procesal, se remiten a los argumentos señalados en la primera pretensión de su demanda, la misma que sustenta la validez sustantiva y formal de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21.

Pretensión accesoria a la primera pretensión principal reconvenida:

Que, el señor árbitro faculte a Provías Descentralizado la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento ascendente al 10% del monto contractual.

Fundamento: Se ha demostrado que la resolución contractual efectuada por la Entidad se encontró debidamente motivada y sustentada, como consecuencia del reiterado incumplimiento contractual por parte del contratista.

Una de las consecuencias de la resolución del contrato por el contratista, es la ejecución de la garantía, en este caso la retención del 10% del monto contractual efectuada por Provías Descentralizado, en atención a la cláusula octava del contrato sobre la garantía de micro empresa, la que se encuentra en armonía con el artículo 170 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En consecuencia corresponde que el señor arbitro declare el derecho de la Entidad a ejecutar la mencionada garantía, por lo que la presente pretensión debe ser declarada fundada.

Segunda Pretensión Principal, reconvenida:

Se ordene al contratista se pague a favor de Provías Descentralizado, la respectiva indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados por la resolución del contrato, conforme al artículo 170º del RLCE y cláusula 16º del contrato y que serán determinados en una pericia independiente.

Sustentamos nuestra posición en que la resolución del contrato por causas imputables al contratista es válida, conforme a los argumentos expuestos en nuestra contestación de la demanda, por tanto procede la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados, que comprenden entre otros, la convocatoria de un nuevo concurso público que tomará unos 45-50 días hábiles, la contratación y dedicación de 20-30 personas para dicho CP.

Debe considerarse que la obra se encuentra inconclusa y falta un 30% aproximado por concluir; además que hay muchas quejas de los pobladores, situación que nos genera un daño a la imagen de la Entidad.

Dejamos constancia que nos reservamos el derecho de ampliar nuestra reconvenión de demanda, así como de aportar medios probatorios adicionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39º del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que norma el arbitraje.

Medios probatorios de la reconvención:

- a) Nos remitimos a los documentos presentados en nuestra contestación a la demanda.
- b) La realización de una pericia independiente que llevará a cabo un perito a ser designado por el Arbitro Único, con la finalidad de determinar la cuantificación de los daños ocasionados por el contratista.

CONSIDERANDO:

Que, previamente el árbitro único estableció con Provías Descentralizado por inasistencia del contratista Hernán Garagondo Balboa en la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos pronunciarse en el laudo sobre las dos oposiciones a la exhibición de documentos y las dos excepciones formuladas por la demandada, por lo que previamente debe resolverlas.

OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS, formulado en el segundo otrosí de la contestación de la demanda, concernientes a los documentos referidos en los literales d, f y j, y al ofrecido en el literal e, manifestando la demandada que son documentos que han sido elaborados por el propio contratista, de los cuales Provías Descentralizado desconoce su ubicación, dado que no habrían sido presentados a la Entidad.

Que, el demandante, no ha contestado este punto, por lo que debe ampararse la presente oposición por cuanto quien debe presentar los indicados documentos para la exhibición es Hernán Garagondo Balboa, por cuanto el los ha generado y está obligado a presentarlos por lo que debe declararse fundada esta oposición a la exhibición de medios probatorios. Declarándose no admitida esta pruebas.

EXCEPCIÓN INCOMPETENCIA PARA CONOCER LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

La demandada ha formulado como medio defensa la excepción de incompetencia para conocer la segunda pretensión principal de la demanda, consistente en que la demandada Provías Descentralizado reconozca el pago de los gastos generales en que ha incurrido el contratista por la indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra.


FRANCISCO JAVIER PEÑALOZA RIEGA
ARBITRO
OSCE

La demandada fundamenta la excepción en que ni la LCE ni su reglamento, establecen el reconocimiento de este concepto solicitado por el contratista como gastos generales por la supuesta indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra, en tal sentido no puede reconocérsele ningún monto adicional a lo pactado en el contrato. Por lo que el tribunal unipersonal es incompetente, para conocer de esta materia, no habiendo cumplido con ofrecer sus medios probatorios, no habiéndose pronunciado el demandante.

La excepción de incompetencia debe estar referida a que si compete a este arbitro resolver o no la presente controversia. Esta acreditado con el acta de instalación de fecha 20 de noviembre del 2013 que el arbitro competente para resolver el presente Casio arbitral es el Abog. Francisco Javier Peñaloza Riega y que de conformidad con el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 1071, el árbitro es el competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella, que se promueva durante las actuaciones arbitrales.

En consecuencia, debe declararse improcedente esta excepción de incompetencia.

EXCEPCION DE INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL.

En cuanto a esta excepción de incompetencia para ordenar el inicio del procedimiento de liquidación de la obra, fundamenta la demandada que esta tercera pretensión es improcedente al no tener el arbitro único competencia para ordenar el inicio del procedimiento de liquidación de la obra, procedimiento que esta establecido en el reglamento, solo cuando no existan controversias pendientes por resolver (lo cual no es el caso de autos), por loo que el tribunal es incompetente, para conocer de esta materia inarbitrable. La demandada no ha ofrecido medios probatorios.

El Arbitro Único y por resultar ocioso el análisis reproduce sus argumentos respecto a la anterior excepción, por lo que declara improcedente esta excepción.

Al haberse declarado fundada la oposición a los medios probatorios de exhibición e improcedentes las dos excepciones formuladas por la demandada Provías Descentralizado y no habiendo mas puntos pendientes de resolver se declara saneado definitivamente el proceso arbitral,

quedando las partes vinculadas definitivamente por una relación procesal válida, procediendo el arbitro único a resolver las pretensiones de fondo; pasando a resolver los puntos controvertidos de fondo.

El Arbitro Único debe resolver los puntos controvertidos establecidos en el acta de conciliación y fijación de puntos controvertidos siguientes:

Demandas:

Primera Pretensión Principal:

Se declare la nulidad e ineeficacia de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28.12.2012, a través de la cual la Entidad demandada decide resolver administrativamente el contrato N° 149.2012-MTC/21, celebrado con la demandada el 16 de mayo de 2012, para la ejecución de la obra: " Mejoramiento del Camino de Herradura Rapi-Amarupampa (L=15,676 Km.) ubicada en el departamento de Ayacucho, por estar sustentada en falsos hechos, no haberse evaluado la totalidad de documentos, que conforman el expediente de contratación y por no encontrarse debidamente motivada y adecuada a la ley especial.

Que, el demandante en primer término manifiesta que concluyó la obra el 08 de agosto de 2012 y que anotó en el asiento 45 de la página 34 del cuaderno de obra, lo cual ha probado con la copia del indicado documento y no ha sido contradicho por la demandada, por lo que se tiene probado que el contratista demandante Hernán Garagondo Balboa concluyó la obra el 08 de agosto de 2012 y no el 22 de agosto del 2012 como lo afirma el inspector de obra.

Que, está acreditado que el inspector de obra Ing. Arnaldo Román Estacio, con fecha 22 de agosto de 2012 emitió el Certificado de Terminación de Obra, señalando que la obra se encontraba concluida a esa fecha, desconociendo la fecha de conclusión anotada por el contratista en el cuaderno de obra y que en la contestación de la demanda se señala como fecha válida la petición del contratista a través de la carta N° 395-2012-HGB/C de fecha 03 de setiembre del 2012, por lo que para la demandada el proceso de recepción de obra se inicia el 03 de setiembre de 2012; lo cual no es válido por cuanto el inciso uno del artículo 210º del Reglamento, establece clara y meridianamente que en la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción, lo cual invalida el proceso de recepción de obras, al vulnerar la


FRANCISCO JAVIER PENALOZA RIEGA
ARBITRO
CSCE

demandada las normas sobre contratación, que de puro derecho invalida el acto administrativo de resolución de contrato, por cuanto violentan los plazos y términos otorgados por la propia ley.

Que, el artículo 210º del Reglamento establece que el en la fecha de culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obra y solicitará la recepción de la misma. Esta probado que el demandante ha actuado conforme ha ley.

Que, está plenamente probado que el inspector de obra Ing. Arnaldo Román Estacio, no estuvo en forma permanente en la obra, incumpliendo sus funciones lo que a la vez hace que la Entidad incumpla sus obligaciones de supervisar el avance de la obra, lo que implica el atraso en el procedimiento de la recepción de la obra.

Que, el artículo 169º de la misma norma señala el procedimiento a seguir en la resolución de contrato.

Que, la resolución del contrato por si misma no tiene vigencia solo entra a operar cuando se haya concretado una causal para el desarrollo del procedimiento de la resolución del contrato.

Que, en base al Principio de Razonabilidad, debe precisarse si la causal se ajusta a ley y en este caso como he indicado se ha viciado la causal amparada en el inciso 1) del artículo 168º del Reglamento, por abuso del derecho por parte de la Entidad, al incumplir los plazos para pronunciarse sobre la anotación del contratista que la obra esta concluida al 100% y solicita al inspector de obra la recepción de la misma, debiendo designar la Entidad al comité de recepción y proceder conforme a lo dispuesto por el artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; anotación que se realizó en el asiento 45 de la página 34 del cuaderno de obra, con fecha 08 de agosto de 2012, es decir, la obra estaba concluida al 08 de agosto de 2012, por lo que el procedimiento para la recepción de obra se iniciaba en esa fecha.

Que, el inspector de obra y así consta en la contestación de la demanda aparece que el contratista solicitó con fecha 03 de setiembre de 2012 a través de la carta N° 395-2012-HGB/C, al señalar la culminación total de las partidas que conforman la ejecución de la obra.

Que, el contratista mediante la carta indicada solo reitera su pedido de recepción de obra, es decir, casi un mes después de su solicitud realizada

conforme a lo dispuesto por el artículo 210º del Reglamento, que es culminada la obra el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará su recepción, quedando claramente probado que la fecha de la solicitud de recepción de obra es el 08 de agosto de 2012.

Que, iniciado el procedimiento de recepción de obra con la anotación en el cuaderno de obras por el residente, el inspector de obra tiene un plazo máximo, es decir no mayor de cinco (05) días posteriores a la anotación señalada, para informar a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente; lo cual recién se produjo con fecha 22 de agosto de 2012 con la emisión del Certificado de Terminación de Obra, es decir, después de 14 días calendario y que arbitrariamente se fijó como fecha de culminación de obra el 22 de agosto del 2012, cuando se había indicado en la anotación del cuaderno de obra el 08 de agosto del 2012.

Que, la Entidad dentro de los siete (07) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector procederá a designar al comité de recepción; sin embargo fue designado después de cuarenta y cuatro (44) días de haberse asentado en el cuaderno de obra; y después de treinta y nueve (39) días de haberse extendido el Certificado de terminación de Obra; y dieciocho (18) después de solicitada por segunda vez el inicio del trámite de recepción de obra, tal como aparece de la demanda, es decir, incumpliendo la Entidad con sus obligaciones contractuales.

Que, computado el plazo máximo que tiene el inspector de obra para informar a la Entidad es de cinco (05) días calendario posteriores a la anotación señalada, ratificando o no lo indicado por el residente, de conformidad con el primer párrafo del Inc. 1) del artículo 210º del Reglamento, la fecha vencía el día 13 de agosto de 2012 y no el 22 de agosto del 2012, por lo que el inspector de obra quedó fuera de plazo y cuyo certificado resulta inválido, nulo e ineficaz, lo que conlleva a graves irregularidades en el ínterin del procedimiento de recepción de obra.

Que, está plenamente acreditado y probado que de conformidad con el segundo párrafo del Inc. 1) del artículo 210º del Reglamento, con Informe N° 04-2012-MTC/21 de fecha 03 de setiembre del 2012, el Inspector de Obra de Provías Descentralizado Ing. Arnaldo Román Estacio, informa a la Oficina de Coordinación Zonal de Ayacucho, que la obra ha concluido el 22 de agosto del 2012 y así lo manifiesta la Resolución Directoral N° 939-2012-MTC/21 de fecha 21 de setiembre de 2012 en su tercer considerando.

Que, asimismo esta acreditado y probado que la demandada designó al comité de recepción cuarenta y cuatro (44) días posteriores a la solicitud de recepción hecha por el contratista en el cuaderno de obra y dieciocho días contados desde el día siguiente que informa el inspector de obra.

Que, el 26 de setiembre del 2012 el comité de recepción de obra, lleva a cabo la diligencia de la recepción, levantando el acta correspondiente, con el pliego de observaciones, es decir, está probado que esta se realizó cuarenta y ocho (48) días posteriores a la conclusión de la obra, anotada en el cuaderno de obras.

Que, la demandada Provías Descentralizada no ha respetado ni cumplido los plazos otorgados por la normativa en contrataciones con el Estado para la fase de la recepción de la obra, los cuales tienen un tope como máximo, no permitiendo ampliación de plazo a favor de la Entidad; ya que el artículo 210º se refiere a “ no mayor de cinco días”; “dentro del plazo de siete días”; “en un plazo no mayor de veinte días”; en un plazo máximo de cinco días”; incumpliendo así su obligación de respetar el procedimiento para la recepción de obra y que tiene consecuencias jurídicas.


FRANCISCO JAVIER PEÑALOZA RIEGA
ARBITRO
OSCE

Que, el inciso 5) del artículo 210º del Reglamento establece que todo retraso en la subsanación de 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. Es el caso que se refiere al retraso en la subsanación de las observaciones, es decir que ha ido mas allá del límite que tenía el contratista para subsanarlas, incurriendo en mora; que no es el presente caso, por cuanto el demandante ha cumplido con subsanar las observaciones dentro del plazo otorgado y así consta del asiento N° 047 de fojas 36 del cuaderno de obras, comunicada formalmente con carta N° 467-2012-HGB/ entregada el 10 de octubre de 2012. Entonces no se trata de un incumplimiento injustificado, sino de las discrepancias entre el contratista y el comité de recepción frente a las observaciones, por lo que resulta ilegal y nulo aplicar este inciso como causal de resolución de contrato siendo ineficaz y sin validez alguna dicha causal para la resolución del contrato.

Que, la inobservancia de los plazos por la Entidad del procedimiento para la recepción de la obra tiene su consecuencia jurídica y está prevista en el inciso 7) del artículo 210º del Reglamento, que dispone que si la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo(210º), el lapso de la demora se adicionara al plazo de ejecución de

la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados en que hubiese ocurrido el contratista durante la demora.

Que, la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28 de diciembre de 2012, resuelve administrativamente el contrato N° 149-2012-MTC/21, suscrito con el contratista Ing. Hernán Garagondo Balboa, encargado de la ejecución del Mejoramiento del Camino de Herradura RAPI-AMARUPAMPA (L015.676 KM) ubicado en el departamento de Ayacucho, por incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista y acumulación máxima de penalidad por mora, conforme con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución. Así reza literalmente el artículo 1º de esta norma resolutoria.

Que, es materia de análisis el establecer si existió o no el incumplimiento injustificado de la obligación contractual requerida y si el monto de la penalidad llegó al su tope como causales para la resolución del contrato.

Que, debe analizarse si el incumplimiento de la obligación contractual del demandante ha sido injustificado y tenemos que durante el proceso de construcción de la obra esta se encuentra supervisada por el Inspector de Obra, por lo que dentro de sus funciones es la de velar por el cumplimiento de la ejecución de acuerdo al expediente técnico, normatividad técnica que al parecer no ha sido cumplida por este, dado que no tenía permanencia en la obra por tener que atender otras tres obras más con distintas distancias entre ellas.

Que, en el procedimiento de la recepción de la obra está probado que el comité de recepción ha formulado observaciones a la obra, las cuales el demandante dentro del plazo ha comunicado su subsanación, por lo que ha cumplido con su obligación dentro del proceso de recepción de la obra.

Que, el comité de reopción de obras no aceptó las subsanaciones realizadas por el demandante, generando discrepancias entre ambos, las mismas que debía ser dirimida por la propia Entidad, a fin de establecer las controversias de la subsanación.

Que, en primer término el demandante no ha incumplido injustificadamente con sus obligaciones contractuales, sino que se trata de establecer si las observaciones posteriores a la subsanación son correctas o no, lo que los ha llevado a una controversia a la cual no le han dado solución.

Que, la Entidad si bien cuenta con el Imperium de la ley frente a una finalidad pública, no le da carta blanca para que imponga arbitrariamente sus criterios que conlleven a la resolución del contrato.

Que, en efecto la ley para estos casos señala el procedimiento para definir las discrepancias para definir las controversias antes de proceder a la resolución del contrato; pues, de acuerdo al numeral 3 del artículo 210 del Reglamento, lo que correspondía era que el comité de recepción, eleve lo actuado a la Entidad, con un informe debidamente sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco días calendario, contados a partir de la fecha en que se recibió nuestra comunicación de haberse levantado las observaciones, esto es desde el 12 de noviembre del 2012, siendo la fecha límite el 17 de noviembre de 2012, para luego la Entidad emitir pronunciamiento sobre dicha situación en igual plazo. De persistir la discrepancia esta se someta a conciliación y/o arbitraje; procedimiento que no ha sido aplicado por el comité de recepción y al proceder a la resolución del contrato ha incurrido en causal de nulidad al estar incursa dentro del inciso 1) del artículo 10° de la ley 27444, por lo que debe ampararse esta pretensión.

Que, en este caso se ha aplicado como causal de resolución el inciso 1) del artículo 168° del D.S.Nº 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por "incumplimiento injustificado" de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo pese a haber sido requerido para ello, pero se confunde y no se motiva este término en la resolución directoral cuestionada, por cuanto no se ha demostrado cual es el incumplimiento en primer término y en segundo término lo injustificado y que de los antecedentes aparece claramente y probado que el demandante si dio cumplimiento a la subsanación de las observaciones dentro del plazo otorgado; por lo tanto no ha incumplido injustificadamente, sino que existe claramente discrepancias en la subsanación de las observaciones lo que debió definir la Entidad para así dar paso a que la controversia de la discrepancia de las observaciones se solucionen en la vía conciliatoria y/o arbitral y con lo resuelto luego de ello recién proceder a resolver el contrato o a recepcionar la obra; por lo que se ha afectado el debido proceso, causando la nulidad e invalidez de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28 de diciembre de 2012, por lo que debe declararse fundada la demanda formulada por Hernán Garagondo Balboa, debiendo tener por recepcionada la obra.


FRANCISCO JAVIER PEÑALOZA RIEGA
ARBITRAGE
2013

Segunda Pretensión Principal:

Determinar si corresponde si Provías Descentralizado, reconozca el pago de gastos generales en que ha incurrido el contratista, por la indebida e ilegal demora de la Entidad en la recepción de la obra.

Que, se ha acreditado y probado que la demandada no ha dado cumplimiento a los plazos establecidos en el inciso 1) del artículo 210° para efectos del procedimiento de la recepción de la obra habiendo generado un retraso de cuarenta (44) días calendario por lo que el inciso 7) del indicado artículo la causa del retraso ha sido ajena a la voluntad del contratista, habiendo superado los plazos establecidos, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que hubiese incurrido durante la demora. Por lo que debe ampararse la presente pretensión principal.

Tercera Pretensión Principal:

Determinar si procede ordenar el inicio del procedimiento de la liquidación de la obra.

Esta pretensión no ha sido fundamentada por el demandante y si contestada por la demandada, manifestando esta que no corresponde ordenar el inicio del procedimiento de liquidación de la obra, al existir controversias pendientes de resolver, conforme a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento, siendo improcedente esta pretensión.

Que, el procedimiento para la liquidación de la obra está previsto en el artículo 211° del Reglamento, por lo que de no existir otras controversias distintas a las del presente proceso, procede iniciar la liquidación del contrato de obra y se inicia ha pedido del contratista; por lo que debe declararse fundada en parte la presente pretensión.

Cuarta Pretensión Principal:

Se declare que los costos sean asumidos íntegramente por la Entidad.

Es criterio del Arbitro Único que es la parte vencida la que debe asumir las costas y costos del proceso, por lo que debe ampararse la presente pretensión.

Demandante:

Reconvención:

Primera Pretensión Reconvenida:

Se declare la validez de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 que resolvió el contrato de obra N° 149-2012-MTC/21

Que, al declararse fundada la primera pretensión principal de la demandada y que versa sobre el mismo punto, debe declararse la presente pretensión en irrelevante e improcedente.

Pretensión accesoria a la primera pretensión reconvenida:

Que se faculte a Provías Descentralizado la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, ascendente al diez (10%) por ciento del monto contractual.

Que, al ser improcedente la primera pretensión principal reconvenida y por el Principio de que el accesorio corre la suerte del principal, deviene en improcedente.

Segunda Pretensión Principal Reconvenida:

Se ordene al contratista que pague a favor de Provias Descentralizado, la respectiva indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados por la resolución del contrato, conforme al artículo 170° del Reglamento y cláusula 16 del contrato y que serán determinados en una pericia independiente.

De igual forma siendo improcedente la primera pretensión principal reconvenida resultando improcedente la presente pretensión.

En uso de las atribuciones y facultades otorgadas por las partes al Arbitro Unico,

LAUDO:

ARTICULO PRIMERO.- Declarar fundado su oposición a los medios probatorios, en consecuencia no se admite las pruebas de exhibición de medios probatorios d, e, f, y j del numeral 1.2 ofrecidas en la demanda

ARTICULO SEGUNDO.- Declarar infundada la excepción de incompetencia del Arbitro Único para conocer de la segunda pretensión principal, propuesta por Provías Descentralizado.

ARTICULO TERCERO.- Declarar infundada la excepción de incompetencia del Arbitro Unico para conocer de la tercera pretensión principal, propuesta por Provías Descentralizado.

ARTICULO CUARTO.- Declarar improcedente la primera pretensión principal de la reconvención formulada por la demandada.

ARTICULO QUINTO.- Declarar improcedente la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento en mérito a lo resuelto en el artículo primero del presente laudo.

ARTICULO SEXTO.- Declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda, en consecuencia DISPONGO: declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 1361-2012-MTC/21 de fecha 28 de diciembre de 2012, a través de la cual Provías Descentralizado decide resolver administrativamente el contrato el contrato N° 149-2012-MTC/21 de fecha 16 de mayo de 2012, para la ejecución de la obra “Mejoramiento del Camino de Herradura Rapi-Amarupampa (L=15.676 KM) y por sus efectos se dispone tener por recepcionada la obra, restituyendo el plazo para proceder con la subsecuente etapa.

ARTICULO SETIMO.- Declarar fundada la segunda pretensión principal, en consecuencia DISPONGO: que se adicione al plazo contractual el periodo de retraso en la recepción de la obra y que la demandada Provías Descentralizado, reconozca y pague a favor del contratista Hernán Garagondo Balboa, los gastos generales por la demora en la recepción de la obra, los mismos que deben considerarse en la liquidación final del contrato de obra conforme a ley.

ARTICULO OCTAVO.- Declarar fundada en parte la tercera pretensión principal , debiendo procederse conforme a lo resuelto en el artículo primero de este laudo.

ARTICULO NOVENO.- Declarar infundada la segunda pretensión principal reconvenida, en mérito a lo resuelto en el artículo primero de este laudo.

ARTICULO DECIMO.- Ordenar que cada parte asuma sus propios costos incurridos y en partes iguales los honorarios del Arbitro Unico y de la Secretaria Arbitral.

ARTICULO UNDECIMO.- Establecer los honorarios del Arbitro Unico y de la Secretaria Arbitral en los montos previamente cancelados.

Registre y notifíquese.

.....
FRANCISCO JAVIER PEÑALOZA RIEGA
ARBITRO
CGE