

Caso arbitral seguido entre:

CONSORCIO FORTALEZA

(Demandante o Contratista)

y

GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE

(Demandado o la Entidad)

LAUDO

Árbitro Único

Peter Palomino Figueroa

Secretario Arbitral

Giancarlo Peralta Miranda

Tipo de Arbitraje

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 2 de marzo de 2015

Resolución N° 13

I. INTRODUCCIÓN:

1. Por encargo del Gobierno Regional de Lambayeque (en adelante, el GRL, la Entidad o el Demandado, indistintamente), en el marco de la Adquisición Directa Pública N° 009-2011-GR-LAMB, el respectivo Comité Especial del proceso de selección otorgó la buena pro a Consorcio Fortaleza (en adelante, Fortaleza, el Consorcio, el Contratista o el Demandante, indistintamente) para la ejecución de la obra “Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo – Distrito De Pitipo – Ferreñafe – Lambayeque”.
2. Producto del proceso de selección antes referido, el 20 de diciembre de 2011, Fortaleza y el GRL suscribieron el “Contrato de Obra N° 017-2011-GR.LAMB/ORAD ‘Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo – Distrito De Pitipo – Ferreñafe – Lambayeque’” (en adelante, el Contrato y la Obra, respectivamente).
3. Durante la ejecución del Contrato surgieron controversias, las cuales constituyen el origen del presente arbitraje.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

4. El convenio arbitral sobre la base del cual se cimienta el presente arbitraje se encuentra previsto en la “Cláusula Vigésima Tercera: Solución de Controversias” del Contrato, la cual establece que cualquier controversia que

surja en la etapa de ejecución contractual deberá solucionarse mediante Arbitraje.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

III.1. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Inicio del arbitraje, designación e Instalación del Árbitro Único

5. Mediante carta recibida con fecha 12 de julio de 2013, Fortaleza comunicó al GRL su voluntad de iniciar un arbitraje en virtud del Contrato, manifestando que, vencido el plazo para recibir la respuesta a tal pedido, solicitaría la designación de un Árbitro Único a la Dirección de Arbitraje Administrativo (DAA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.
6. Mediante Resolución N° 311-2013-OSCE/PRE de fecha 9 de septiembre de 2013, el OSCE designó al doctor Peter Palomino Figueroa como Árbitro Único, quien conduciría y resolvería el arbitraje iniciado por el Consorcio contra el GRL, designación que fue aceptada por dicho profesional mediante carta recibida con fecha 17 de septiembre de 2013.
7. Con fecha 21 de octubre de 2013, en las instalaciones de la DAA – OSCE, se llevó a cabo, con asistencia de ambas partes, la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, en la cual se fijaron las reglas del presente arbitraje.
8. El Árbitro Único declaró haber sido debidamente designado, dejando constancia de que no incurría en algún supuesto de incompatibilidad o

compromiso alguno con las partes, por lo que se desenvolvería con imparcialidad e independencia.

9. Se dejó constancia de que ninguna de las partes impugnó o reclamó el contenido del Acta de Instalación de Árbitro Único, dando su conformidad al cumplir con las disposiciones contenidas en esta.

III.2. LA DEMANDA

10. Con fecha 19 de noviembre de 2013, Fortaleza presentó su demanda, formulando las siguientes pretensiones:

Pretensiones:

Primera Pretensión

Que se “declare ineficaz y nula la Resolución de Contrato invocada por la entidad, GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE, notificada a nuestra empresa con Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRIN-CVS con fecha 13 de Setiembre del 2012 por no ajustarse a ley ni a derecho, por el hecho de haber sido resuelto por un funcionario no competente del Gobierno Regional, y además por la demora en el pago del Adelanto Directo y Adelanto de Materiales que influyó en el retraso de la entrega de obra”.

Segunda Pretensión

Que la Entidad sufrague “las costas y costos que se deriven de todo el proceso de solución de esta controversia por haberla generado indebidamente”.

Fundamentos de hecho de la Demanda:

11. Fortaleza manifestó que con fecha 20 de diciembre de 2011 suscribió con el GRL el Contrato, convocado a través de la ADP N° 009-2011-GR-LAMB, dentro del marco del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento).
12. Asimismo, el Demandante sostuvo que dentro del proceso constructivo habrían tenido lugar reiterados retrasos en el pago de los adelantos Directo y de Materiales, así como demora en el pago de las valorizaciones tramitadas ante la Entidad, hechos que habrían influido en el avance normal de la Obra, trayendo como consecuencia el retraso del mismo. A modo de ejemplo, manifestó que los pagos del Adelanto Directo y del Adelanto de Materiales se habrían realizado después de tres meses de realizadas las respectivas solicitudes, hecho que habría ocasionado el retraso en la culminación de la Obra.
13. No obstante lo anterior –afirmó el Consorcio–, la Entidad decidió resolver el Contrato, decisión que les habría sido notificada mediante el Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRIN-CVS con fecha 13 de septiembre de 2012. Al respecto, Fortaleza precisó que el funcionario que suscribió el Contrato fue el señor economista Víctor Hugo Miranda Monteza, Jefe de la Oficina Regional de Administración, mientras que el funcionario que firmó la resolución del Contrato fue el señor ingeniero Fidel Ortiz Zapata, Gerente Regional, hecho que sería violatorio del principio de legalidad al no haber resuelto el Contrato la persona autorizada y/o competente para tales efectos, es decir, al no haberlo resuelto el Jefe de la Oficina Regional de Administración, quien sería

—según afirmó— el funcionario competente, y no el Gerente Regional, que no tendría las atribuciones respectivas.

14. El Contratista, en relación con la declaración de ineficacia y nulidad de la resolución de Contrato invocada por la Entidad, refirió que el literal c del artículo 40º de la LCE dispone que en caso de incumplimiento por parte del Contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podría resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por vía notarial del documento en el que manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Asimismo, el artículo 169º del RLCE prescribe —según señaló— que si alguna de las partes faltara al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga, bajo apercibimiento de resolver el contrato, siendo necesario que en el caso de obras medie un plazo de 15 días, teniendo como consecuencia la posibilidad de que la parte perjudicada resuelva el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial, si es que vencido el plazo, el incumplimiento continúa.

15. Fortaleza agregó que, de igual modo, el artículo 209º del RLCE prescribe que la parte que resuelve el contrato deberá indicar en su carta de resolución, fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirían en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantaría un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantaría el acta, teniendo pleno efecto legal.

16. Señaló el Demandante que, de las disposiciones glosadas, se advertiría que para que la resolución contractual haya sido válida habría sido imperativo que la Entidad siga el procedimiento descrito y cumpla con las formalidades previstas en la normativa.
17. Fortaleza afirmó que la resolución del Contrato, invocada por la Entidad, devendría, entonces, en ineficaz y nula, al no haber cumplido con las formalidades previstas por la normativa de contrataciones del Estado, puesto que la no habría sido resuelto por el funcionario competente para tales efectos y, además, no se habría hecho el requerimiento previo de obligaciones que prevé el referido artículo 169º del RLCE, en virtud del cual la parte que decide resolver un contrato tiene la obligación de requerir a la otra para que satisfaga su obligación con indicación del plazo dentro del cual debe ser subsanada y el apercibimiento de resolución, en caso de incumplimiento. Esta obligación habría sido materia de pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones, tal como daría cuenta de ello la Resolución N° 552-2012-TC-S3 que estableció lo siguiente:

“De la revisión de dichas comunicaciones, este Colegiado ha podido advertir que el requerimiento realizado por la Entidad mediante Carta Notarial N° 5588-06 no cumple las formalidades previstas en las normas antes citadas, toda vez que, si bien en ella se detalla las deficiencias del servicio prestado, así como solicita el estricto cumplimiento de los numerales 6.2, 6.3, 6.7, 6.8, 6.9 y 6.10 de la Cláusula Sexta “Obligaciones de parte del Contratista”; esta parte omitió determinar en dicho requerimiento el plazo dentro del cual el Consorcio debía subsanar el incumplimiento de sus obligaciones (...) Así, pues, sobre la base de lo expuesto, se advierte que no hubo un debido requerimiento previo al Consorcio, concluyéndose por tanto que la Entidad no observó lo previsto en la normativa de la materia para tal efecto, pues olvidó otorgar al consorcio un plazo determinado dentro de los márgenes previstos en la norma de contrataciones”.

18. Precisó el Demandante que, dentro del contexto citado precedentemente, nos encontraríamos, además, con una resolución de contrato que no habría contemplado la anticipación no menor de dos días que prescribe el artículo 209º del Reglamento para los efectos de realizar la constatación física e inventario, puesto que habiendo sido válidamente notificada la resolución el 13 de septiembre de 2012, tendría que haberse señalado cuando menos con dos días de anticipación, vulnerándose con ello el Principio del Debido Procedimiento, consagrado como garantía constitucional y bajo el cual debería estar inspirado todo procedimiento seguido ante cualquier organismo, órgano o autoridad pública, sea de índole judicial o administrativa. Siendo ello así –continuó afirmando el Consorcio–, la resolución del Contrato de la Entidad carecería de eficacia y validez, debiendo, por tanto, el Árbitro Único declarar fundada su pretensión, teniendo en cuenta la demora del pago de los adelantos Directo y de Materiales, solicitados con anticipación y que la Entidad se demoró en pagar por un lapso de tres meses, hecho que influyó en el retraso de la ejecución de la Obra.
19. Refiere Fortaleza que conforme lo dispone el artículo 46º de la Ley, los funcionarios son responsables del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la esta y el Reglamento, situación que supone el conocimiento de los presupuestos, términos y formalidades que ellos contienen y los efectos que su omisión produce; sin embargo, negligente y contrariamente a la responsabilidad que le asigna, la Entidad habría originado el inicio del presente arbitraje, el cual conllevará a que el Consorcio tenga que cubrir gastos de honorarios del Árbitro Único, Secretario Arbitral Ad Hoc, asesoría técnico-legal y otros, los cuales, atendiendo a la responsabilidad referida,

solicitó, mediante su demanda, que se disponga que sean trasladados, en vía de repetición, a la Entidad.

Fundamentos de Derecho de la Demanda:

20. Fortaleza fundamentó su demanda sobre la base de los siguientes dispositivos e instrumentos legales:

- Artículo 40° de la LCE.
- Artículo 44° de la LCE.
- Artículo 153° del RLCE.
- Artículo 168° del RLCE.
- Artículo 169° del RLCE.
- Artículo 202° del RLCE.
- Artículo 204° del RLCE.
- Artículo 209° del RLCE.

III.3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

21. Con fecha 8 de enero de 2014 el GRL contestó la demanda formulada por Fortaleza en los siguientes términos:

Fundamentos de hecho de la Contestación de Demanda:

22. El Demandado afirmó que, según el Demandante, si bien el Contrato se firmó el 20 de diciembre de 2011, habría habido supuesto retraso en el pago de los adelantos Directo y de Materiales, así como supuestas demoras en el

pago de las valorizaciones, lo que habría influido en la ejecución de la Obra, lo cual –para dicha Entidad– no tendría sustento en el respectivo Cuaderno de Obra, en donde debe anotarse todas las ocurrencias; pues, a contrario de lo que indicó el Consorcio, en ese cuaderno estarían anotadas todas las observaciones del Supervisor en el que se habría dado cuenta de que el Contratista era la que se retrasaba en el cumplimiento de sus obligaciones.

23. Por otro lado, afirmó el GRL que el Consorcio conocía del Contrato y del expediente técnico, debiendo el Árbitro Único tener en cuenta que se le habría entregado el Adelanto Directo, así como el terreno de la Obra el 6 de enero de 2012, siendo tal fecha el inicio de la ejecución de obra, según el artículo 184º del RLCE, razón por la cual sus afirmaciones serían falsas, tratando –según afirmó– de evadir un hecho cierto: que el retraso de la Obra es su responsabilidad.

24. Sobre lo anterior, la Entidad aseveró que, a tenor del artículo 184º del Reglamento, el plazo no contaría a partir de la firma del Contrato, sino desde la entrega del terreno. Así, el 6 de enero de 2012 sería el inicio de la fecha por la cual se debe computar el plazo de ejecución. Cualquier tema sobre las demoras debía ser anotado en el Cuaderno de Obra por su ingeniero residente; sin embargo, allí no constaría la falta de pago del Adelanto Directo, pues el pago sí se habría realizado, precisando que tampoco habría habido demora en el pago de las valorizaciones y reiterando que tales hechos no habrían sido anotados en el Cuaderno de Obras, habida cuenta que, según el artículo 195º del Reglamento, en materia de anotación de ocurrencias, refiere lo siguiente:

“En el cuaderno de obra se anotarán los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de esta, firmando al pie de cada anotación el inspector o supervisor o el residente, según sea

el que efectuó la anotación. Las solicitudes que se realicen como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el cuaderno de obra, se harán directamente a la Entidad por el Contratista o su representante, por medio de comunicación escrita”.

25. La Entidad también manifestó que si el Consorcio imputa el retraso en el pago del Adelanto Directo y las valorizaciones, así como retraso en la entrega de materiales, nunca el Demandante pidió, a consecuencia de ello, alguna ampliación en el plazo de 180 días de su Contrato. De haber sido el caso, no habría procedido, pues el artículo 175º del Reglamento no prevería este pedido como uno de los supuestos de ampliación de plazo; en cambio, dispone lo siguiente:

“1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado;

2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista;

3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad;

4. Por caso fortuito o fuerza mayor”.

26. Asimismo, el GRL agregó que la demanda no sería por un supuesto de Ampliación de Plazo, pues el Demandante nunca pidió el Cuaderno de Obra; tampoco solicitó en sede administrativa que se le otorgue tal ampliación, sino demanda la nulidad e ineeficacia porque no se habría respetado los artículos 160º y 209º del RLCE, y porque la resolución habría sido suscrita por el funcionario que no habría sido competente.

27. En relación con lo anterior, no habría en la demanda argumentos ni pruebas de un tema distinto, como sería el trámite de las consultas sobre ocurrencias en la Obra, procedimiento previsto en el artículo 196° del RLCE, consultas que deberían ser precisadas en el Cuaderno de Obra, estableciéndose un trámite a seguir para su absolución; sin embargo, el Demandante no habría acreditado el cumplimiento del procedimiento de consultas. Asimismo, señaló que de haber existido tales consultas –afirmando que, en efecto, no existirían–, estas habrían tenido que ser realizadas según el artículo 196° del RLCE, que dispone lo siguiente:

“... vencidos los plazos, no se absuelve la consulta, el contratista tendrá derecho a solicitar ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora, Esta demora se computará sólo a partir de la fecha en que la no ejecución de los trabajos materia de la consulta empiece a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de la obra”.

28. En virtud de lo anterior y sobre la base de lo contemplado en la demanda, el GRL concluye que Fortaleza nunca solicitó formalmente un trámite de ampliación de plazo. Siendo ello así, afirmó que todo supuesto retraso habría sido ocasionado por el Demandante, debiendo considerarse, además, que la respectiva ampliación de plazo no es materia de la demanda, siendo su pretensión arbitral de naturaleza distinta: una supuesta resolución en la que no le dieron el plazo de 15 días o de 2 días para subsanar y que el funcionario que firma dicho acto no sería el competente.
29. Sobre la misma pretensión, el GRL agregó que nada acreditaría como cierto el hecho de que habría retraso por causas imputables la Entidad, sino del Contratista y que esa es la razón de la resolución del contrato; a tal punto que se le impuso penalidades por retraso de la obra y que la imposición de estas sobrepasaron el monto fijado por la Ley.

30. En relación con el argumento sobre la falta de capacidad del funcionario que suscribió la resolución del Contrato, la Entidad mencionó que, en efecto, una de las razones para demandar la nulidad es que el Contrato se suscribió con el Jefe de la Oficina de Administración, economista Víctor Hugo Miranda Monteza y la resolución del Contrato la hizo el ingeniero Fidel Ortiz Zapata, Gerente Regional, que no sería la persona autorizada, o sea, no sería el funcionario competente. Sobre el particular, El Demandado sostuvo que la Obra se hizo por el requerimiento del Presidente Regional, es decir, por el GRL, siendo el área usuaria la Gerencia Regional de Infraestructura, a cargo del ingeniero Fidel Ortiz Zapata, Gerente Regional, cuya gerencia es una de las autorizadas por el artículo 29º de la Ley N° 27867, Ley de Gobiernos Regionales, cuyo artículo 29º – A.5 establece que “corresponde ejercer las funciones específicas sectoriales en materia de vialidad, transporte, comunicaciones, telecomunicaciones y construcción y demás funciones establecidas por Ley”. Por lo tanto, estaríamos ante un funcionario competente en el tema de la Obra y del Contrato.
31. Agregó el GRL que, siendo un tema de infraestructura, sería claro que la Obra está a cargo de la Gerencia Regional de Infraestructura, y si bien es cierto que el Contrato se suscribió con el Jefe de la Oficina de Administración, toda la supervisión de la Obra fue con el Jefe de la Gerencia Regional de Infraestructura, a tal punto de que fue aquella la que aprobó el expediente técnico, así como la Resolución de Gerencia Regional N° 002-2011-GR.LAMB/GRICVS, del 15 de agosto de 2011, que aprobó el expediente técnico del proyecto de inversión pública: “Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo, Distrito de Pitipo – Ferreñafe – Lambayeque”, cuya meta consiste en: Construcción de Infraestructura de dos pisos: obra: modulo 01: (03 aulas primer nivel/03

aulas segundo nivel + escalera), modulo 02: (dirección + secretaría + tópico + cocina y dos servicios higiénicos); equipamiento: 60 mesas y 60 sillas, 1er a 2do grado; 120 mesas y 120 sillas, 3er a 6to grado; 06 pupitres + 06 estantes + 06 sillas para profesor y 01 pupitres + 01 estantes + 01 sillas para director; obras exteriores e infraestructura complementaria ingreso principal: cerco perimétrico de 77.69 ml, 01 módulo de SS.HH., patio de concreto de 308.22 m², losa deportiva de 540.00 m², redes sanitarias, redes eléctricas interiores y exteriores, veredas, hasta de bandera, etc., demoliciones: demolición de aulas en mal estado, con un presupuesto total de S/. 1'417,009.07 (un millón cuatrocientos diecisiete mil nueve y 07/100 Nuevos Soles), desagregados de la siguiente manera: costo directo S/. 927,850.83 (novecientos veintisiete mil ochocientos cincuenta y 83/100 Nuevos Soles), gastos generales (10%) S/. 92,785.08 (Noventa y dos mil setecientos ochenta y cinco y 08/100 Nuevos Soles), utilidad (10%) S/. 92,785.08 (Noventa y dos mil setecientos ochenta y cinco y 08/100 Nuevos Soles), IGV (18%) S/. 200,415.78 (doscientos mil cuatrocientos quince y 78/100 Nuevos Soles), valor referencial S/. 1'313,836.77 (un millón trescientos trece mil ochocientos sesenta y seis y 77/100 Nuevos Soles), contingencia S/. 3,000.00 (tres mil y 00/100 Nuevos Soles), expediente técnico S/. 37,564.61 (treinta y siete mil quinientos sesenta y cuatro y 61/100 Nuevos Soles), gastos de supervisión S/. 62,607.69 (sesenta y dos mil seiscientos siete y 69/100 Nuevos Soles), con precios al mes de mayo de 2001 y un plazo de ejecución de 180 (ciento ochenta) días calendarios; modalidad de ejecución: contrata a suma alzada

32. Según la Entidad, el Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRINCVS, de fecha 13 de septiembre de 2012, que comunicó la resolución del Contrato al Consorcio, se debe a que el personal de esta gerencia emitió los informes técnicos que habrían indicado los problemas de la Obra y que habría

recomendado el sentido de dicha decisión. Ello se encontraría plasgado en los siguientes informes:

- Informe N° 006-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 29 de febrero de 2012.
 - Informe N° 014-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 17 de abril de 2012.
 - Informe N° 013-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 13 de abril de 2012.
 - Informe N° 030-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 19 de julio de 2012.
33. Los anteriores documentos –según el GRL– detallarían el reiterado incumplimiento de las obligaciones del Contratista y recomendarían la resolución porque habría dicha parte superado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de sus prestaciones, al amparo de los artículos 165° y 168° del Reglamento, informes emitidos por el ingeniero Víctor Palacios Olazábal. En tal sentido, sería la Gerencia de Infraestructura la que le compete comunicar la resolución del Contrato, como así lo habría hecho notar el ingeniero Víctor Palacios Olazábal a través de sus informes.
34. Asimismo, la Entidad manifestó que tanto el gerente de la Gerencia Regional de Infraestructura como el Jefe de la Oficina Regional de Administración, tendrían el mismo nivel en el Gobierno Regional, en tanto ambos son funcionarios de nivel F5, como así se acreditaría con la Resolución Ejecutiva

Regional N° 515-2011-GR.LAMB/PR, del 3 de octubre de 2011, por la cual se designó a Víctor Hugo Miranda Monteza como Jefe de la Oficina Regional de Administración, apareciendo la calidad remunerativa F5. Del mismo modo, con la Resolución Ejecutiva Regional N° 218-2011-GR.LAMB/PR, del 17 de abril de 2011, por la cual se designó a Fidel Ortiz Zapata como gerente de la Regional de Infraestructura, apareciendo su calidad remunerativa F5, por lo que ambos serían de la misma jerarquía.

35. Si la demanda sostiene que el funcionario que resolvió el Contrato no era competente –añadió la Entidad–, tal aseveración sería falsa, pues la Ley sí permitiría que la resolución pueda hacerla el mismo funcionario que suscribió el Contrato, el superior u otro de igual nivel y jerarquía. Así, el artículo 40°, literal c) de la Ley sostiene lo siguiente

“En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato”.

36. Según lo manifestado por la Entidad, en virtud de lo anterior, el jefe de la Gerencia Regional de Infraestructura, ingeniero Fidel Ortiz Zapata, es decir, el Gerente Regional, sí era el competente para ordenar y comunicar la resolución del contrato.
37. Asimismo, el Demandado añadió que debe tenerse en consideración que se trataría de una sola entidad pública, una misma unidad ejecutora, las que se encuentran en la misma sede regional, y que en el Contrato, así como en los

documentos del proceso de selección, se trata de la misma unidad ejecutora a la que pertenecen ambos funcionarios, estando el Contrato está afecto al presupuesto de Ingresos y Egresos del Pliego N° 452 del GRL, Unidad Ejecutora N° 001 – Sede Lambayeque, Programa de Inversiones del Año 2011, por lo que la pretensión de nulidad sería infundada.

38. En relación con los cuestionamientos respecto de que no se habrían respetado los artículos 169° y el 209° del RLCE, el Demandado refirió que, entre los fundamentos de rubro III, el Consorcio manifestó que el artículo 169° del Reglamento dispone que, en caso de incumplimiento de las prestaciones, deberá remitirse carta notarial a la parte que incumple para que la satisfaga en el plazo de 15 días, siendo que, vencido ese plazo si el incumplimiento continuase, se resuelve el contrato por carta notarial, pero que era preciso dar ese plazo para requerir el cumplimiento, plazo que no se le habría otorgado. A ello Fortaleza habría añadido el argumento respecto de que el artículo 209° del mismo cuerpo legal también dispondría que al resolverse el contrato se deberá indicar, en la respectiva carta notarial, la fecha y hora de la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con anticipación de 2 días.
39. Sobre lo anterior, sucede que la resolución del Contrato –manifestó el GRL– no se sostendría únicamente en el artículo 209° del RLCE, sino en el derecho sustantivo, previsto en la LCE, que daría lugar a su derecho de resolución. Para tales efectos, señaló que el literal c) del artículo 40° establece lo siguiente:

"En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación,

esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá emitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento”.

40. Para la Entidad, este sería el caso en el que se encuentran ambas partes, pues el Contrato se habría resuelto por causa imputable a Fortaleza, por la demora en la ejecución de sus prestaciones. Así, si la Entrega de Terreno se habría efectuado el 6 de enero de 2012, por lo que la fecha de inicio del plazo contractual fue el 7 de enero de 2012, considerando que el plazo de ejecución es de 180 días calendario, la fecha del término del plazo contractual habría sido el 4 julio de 2012.

41. Dicho lo anterior, el Demandado sostuvo que el ingeniero Víctor Palacios Olazábal, Inspector de Obra, informó sobre la problemática del proyecto “Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo – Distrito De Pitipo – Ferreñafe – Lambayeque”, por incumplimiento de los compromisos contractuales del Contratista, por los informes N° 006-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 29 de febrero de 2012; N° 014-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 17 de abril de 2012; N° 013-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 13 de abril de 2012; y N° 030-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 19 de julio de 2012; por los cuales se habría dado cuenta del atraso de la Obra en los plazos asumidos por el Demandante y recomendó la resolución del Contrato porque se habría

superado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo del Contratista, al amparo de los artículos 165° y 169° del RLCE.

42. El GRL afirmó que el artículo 168.2° del RLCE regula las causales de resolución por incumplimiento, indicando que:

"La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en todo los casos en que el contratista: 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo".

43. Para la Entidad, sobre la base de la Ley, mediante Oficio N° 1802-2012.GR.LAMB/GRINCVS, de fecha 13 de septiembre de 2012, se comunicó a Fortaleza la resolución del Contrato, por la causal de incumplimiento de los compromisos contractuales de dicha parte, demoras injustificadas y paralizaciones permanentes, imputables exclusivamente al Contratista, que conllevó a un exceso del cronograma de ejecución de la Obra. Asimismo, porque el Contratista habría llegado a superar el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.
44. Mencionó el GRL que si el contrato tenía como plazo de ejecución 180 días, desde la entrega del terreno, es decir, el 6 de enero de 2012, el plazo vencía el día 4 de julio de 2012. Siendo ello así, habría existido un exceso en el plazo, teniéndose en consideración, además, que los informes del ingeniero Víctor Palacios Olazábal, Inspector de Obra, darían cuenta de la imposición de penalidades impuestas al Consorcio. Por ejemplo, el Informe N° 006-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, de 29 de febrero de 2012, donde se

dejaron constancia de las demoras injustificadas en la ejecución de la Obra, atribuibles al Contratista, según el artículo 205º del RLCE, requiriéndolo para que, en el más breve plazo, revierta el atraso y cumpla con presentar el Calendario Acelerado de Ejecución de Obra. Asimismo, el Informe N° 014-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 17 de abril de 2012, donde se reiterarían las demoras injustificadas en la ejecución de la Obra, por causas atribuibles a Fortaleza, la falta de presentación del Calendario Acelerado de Ejecución de Obra dentro del plazo señalado, 7 días, la cual podría ser causal para que opere la Intervención Económica de la Obra o la Resolución del Contrato. Finalmente, el Informe N° 013-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 13 de abril de 2012, en donde se indicaría que se devolvía el cronograma acelerado presentado por el Demandante porque no se habría ajustado a los avances parciales de la Obra, debiéndose corregir ese cronograma en 3 días, así como el Informe N° 030-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 19 de julio de 2012, que indicó que, hasta el 31 de mayo de 2012, la Obra presentaba un avance de 40.05%, Valorización N° 05 (obra atrasada) y su plazo contractual había vencido el 4 de julio de 2012, siendo que, según el artículo 205º del RLCE, podrá ser considerada como causal de resolución, requiriendo que se notifique al Contratista para que entregue el Cronograma Acelerado de Ejecución de Obra y termine los trabajos de manera urgente.

45. El Demandado manifestó, además, que el Inspector, mediante el Informe N° 34-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, del 28 de septiembre de 2012 se presentó el Cálculo de la Penalidad por atraso de Obra, aplicando la fórmula legal, de acuerdo con el artículo 165º del RLCE, que regula la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, estableciendo, además, el modo de calcularla, disponiendo que *"cuando se llegue a cubrir el monto máximo de"*

la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento”. Tal es el caso – según el GRL– de la Entidad, que habría aplicado tal norma en la resolución prevista en el Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRINCVS, de fecha 13 de septiembre de 2012.

46. La Entidad afirmó que no es de aplicación el artículo 169º del RLCE en la parte que se señala que, en caso de incumplimiento de las prestaciones, deberá remitirse carta notarial a la parte que incumple para que la satisfaga en el plazo de 15 días, siendo que, vencido ese plazo y si el incumplimiento continúa, se resuelve el contrato por carta notarial; ello en virtud de que en el presente caso no había otra alternativa que resolver, al haber el Contratista llegado a acumular el máximo de penalidades permitidas; de allí que no se requiera darle un plazo más (de 15 o 2 días) para que las satisfaga, tal como lo sustenta el tercer párrafo del artículo 169º del Reglamento, el cual dispone que *“no será necesario efectuar requerimiento precio cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En ese caso, bastará comunicar al Contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”*.

47. Habría otro argumento del Demandante, que es acudir al artículo 209º, que ordena que al resolverse el contrato, se deberá indicar en la carta la fecha y hora de la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con anticipación de dos días, sosteniendo Fortaleza que este plazo no le habría sido concedido. Sobre el particular, el GRL indicó que el Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRINCVS, del 13 de septiembre de 2012, comunicó la resolución del Contrato al Contratista, indicándole que el día 14 de septiembre de 2012 a las 11:00 a.m. se realizaría la constatación física e inventario de la Obra, con lo cual se habría cumplido con el procedimiento

legal; refiriendo, además, que mediante Carta S/N, del 14 de septiembre de 2012, Fortaleza autorizó al señor Jesús Vallejos Hidalgo, identificado con DNI N° 10290083, para que en su representación asistiera al acto antes referido.

48. De otro lado, la Entidad manifestó que el procedimiento de la constatación física e inventario en el lugar de la Obra se llevó a cabo ante el Juez de Paz de Única Nominación de Motupillo el día 19 de septiembre de 2012, levantándose a las 10:00 am el Acta de Constatación Física e Inventario de la respectiva obra, con la participación del señor Daniel Medina Burga, Juez del Juzgado de Paz de Única Nominación de Motupillo; ingeniero Víctor Palacios Olazábal, Inspector de Obra, en representación de la Gerencia Regional de Infraestructura, Construcción, Vivienda y Saneamiento de la Entidad, así como el ingeniero Jesús Vallejos Hidalgo, representante autorizado del Demandante, suscribiéndose el documento en señal de conformidad.

49. Asimismo, la Entidad mencionó que el Contrato se habría resuelto debido al atraso permanente de la Obra, lo cual habría quedado acreditado en el Informe N° 23-2013-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, sin fecha, del ingeniero Víctor Palacios Olazábal, Inspector de Obra, en el cual se habrían indicado las demoras injustificadas en la ejecución, atribuibles al Contratista, todas anotadas en el Cuaderno de Obra se acuerdo con lo siguiente:
 - El 20 de enero de 2012, en el asiento N° 3, la Inspección habría indicado al Contratista que no había ingeniero residente en la Obra.

- El 25 de enero de 2012, en el asiento N° 4, la Inspección habría comunicado al Contratista que no había ingeniero residente en Obra y que, por lo tanto, no se valorizaría ningún trabajo. Asimismo, que debía presentar el calendario de ejecución acorde con el inicio de Obra.
- El 1 de febrero de 2012, en el asiento N° 5, se habría indicado al Contratista que la Obra se ejecutaba con poco personal y a ritmo lento, por lo que debía aumentar el número de trabajadores
- El 8 de febrero de 2012, en el asiento N° 6, se habría indicado al Contratista que la Valorización N° 1 tenía un avance de 1.42%, por lo que no llegaba al 80% del calendario alcanzado por el Contratista que en el mes de enero habría sido de 8.43% y el 80% sería 6.47%, por lo que se le comunicaba que, de inmediato, debía alcanzar a la Inspección el calendario acelerado, para revertir el atraso de obra, requiriéndole, además, que disponga un mayor número de personal para novelar el avance.
- El 17 de febrero de 2012, en el asiento N° 15, se habría indicado al Contratista colocar más personal en la Obra, ya que esta se habría encontrado atrasada. Asimismo, se habría reiterado a Fortaleza la necesidad de que presente el calendario acelerado, para revertir el atraso.
- El 1 de marzo de 2012, en el asiento N° 27, se le habría comunicado al contratista que hasta tal fecha, no había entregado el calendario acelerado de ejecución de obra, a pesar de que el 8 de febrero de 2012,

mediante asiento N° 6, se habría solicitado dicho instrumento, reiterando, además, que la Obra estaba atrasada.

- El 14 de marzo de 2012, en el asiento N° 41, se habría indicado al Contratista que debía colocar en Obra todos los materiales para revertir el atraso, así como presentar los pagos a Sencico, Conafoviser, SGTR (Seguro Contra Todo Riesgo).
- El 16 de marzo de 2012, en el asiento N° 43, se habría indicado al Contratista que faltaba material en Obra, tales como cemento, acero y otros, por lo que, de manera urgente, tenía que abastecer el proyecto con dichos materiales para revertir el atraso de la Obra.
- El 2 de abril de 2012, Asiento N° 60, se indica al Contratista que debe colocar en Obra, todos los materiales, ya que han recibido el Adelanto por materiales, y actualmente la Obra continúa atrasada, también no existe manera suficiente ejecutar las labores de Encofrado; x) En la fecha 12-04-2012, Asiento N° 72, se indica al Contratista que la Obra sigue Atrasada, por lo que era necesario que asigne más personal en los otros frentes tales como: SS.HH, Ambientes Administrativos (Centro de Computo + Dirección + Secretaría + Tópico + Cocina) y también en el Cerco Perimétrico.
- El 26 de abril de 2012, en el asiento N° 88, nuevamente se le habría recordado al Contratista que la Obra continuaba atrasada y que había poco personal.

- El 14 de mayo de 2012, en el asiento N° 101, se habría dejado constancia de que la Obra continuaba atrasada, exigiendo a Fortaleza que destine mayor cantidad de personal.
- El 4 de mayo de 2012, en el asiento N° 117, se habría indicado al Contratista que la Obra continuaba atrasada, reiterándole que debía disponer mayor personal, ya que el número de trabajadores que laboraban en tal fecha era insuficiente para avanzar todos los frentes de trabajo.
- El 6 de junio de 2012, en el asiento N° 118, se habría indicado al Contratista que hasta tal fecha no habría cumplido con entregar el Calendario Acelerado de Avance de Obra, concordante con el Cronograma Inicial. Asimismo, se habría indicado que la Obra estaría atrasada, por lo que el contratista debía colocar mayor cantidad de trabajadores.
- El 6 de julio de 2012, en el asiento N° 140, nuevamente se habría reiterado al Contratista que el personal de la Obra era insuficiente, y que esta se encontraba atrasada, por lo que debía destinar mayor personal.
- El 11 de julio de 2012, en el asiento N° 145, nuevamente se habría reiterado al Contratista para que destine más trabajadores en Obra y aborde todos los frentes disponibles.

- El 13 de julio de 2012, en el asiento N° 148, se habría reiterado al Contratista que el personal de Obra era insuficiente, por lo que debía incrementar los trabajadores.
 - El 17 de julio de 2012, en el asiento N° 152, se habría indicado al Contratista, nuevamente, que destine más trabajadores a la Obra.
 - El 20 de julio de 2012, en el asiento N° 156, se habría dejado constancia, nuevamente, de que la Obra se encontraba paralizada por supuesta falta de materiales, indicándose a Fortaleza que debía reiniciar de inmediato los trabajos.
 - El 30 de julio de 2012, en el asiento N° 165, se habría reiterado al contratista que destine más personal en Obra.
 - El 1 de agosto de 2012, en el asiento N° 168, se habría indicado al Contratista que la obra se encontraba atrasada, a pesar de que se habría notificado al Contratista en varias oportunidades, vía Cuaderno de Obra, para que destine más personal; además de presentar el Cronograma Acelerado para terminar los trabajos.
50. Como consecuencia tales atrasos y penalidades incluidas, manifestó el RGL, se concretó la resolución del Contrato, precisando que el Demandante no

habría terminado los trabajos y habría incurrido en penalidad por mora por incumplimiento, monto que excedería el 10% del Contrato, ya que la fecha del término del plazo contractual sería el 4 de julio de 2012, por lo que, al amparo del artículo 165º del RLCE, llegado al monto máximo de la penalidad, la Entidad podía resolver el vínculo contractual por incumplimiento.

51. La Entidad manifestó que una vez resuelto el Contrato por medio del Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRINCVS, del 13 de septiembre de 2012, procedía la liquidación de la Obra. Así el artículo 211º del RLCE establece:

“El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día de la recepción de la obra, Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguiente”.

52. Al respecto, el Demandado agregó que el Contratista no habría efectuado la liquidación que le correspondía, siendo necesario que la Entidad realice la liquidación respectiva. Tal modo, se habría emitido la liquidación de cuentas, que habría sido aprobada por Resolución Directoral N° 004-2013-GR.LAMB/GRINCVS-DSL, del 18 de enero de 2013, comunicada al Contratista. Siendo ello así, la resolución demostraría –según afirmó el GRI–

que la Liquidación de Obra N° 017-2011-GR.LAMB/ORAD, del 20 de diciembre de 2011, determinaría que el costo total ejecutado ascendería a S/. 572,550.58, de lo cual, incluyendo el saldo de las amortizaciones de los adelantos Directo y de Materiales, se habría cancelado el importe de S/. 896,049.93, por lo que existiría una suma de S/. 323,499.35 que Fortaleza tendría que devolverles. Asimismo, el Contratista también tendría que cancelar, por concepto de penalidades, la cantidad de S/. 118,245.31, más los gastos de elaboración de liquidación de cuentas S/. 500.00, menos valorización de material en cancha, según Acta de Constatación Física e Inventario de Obra, por S/. 6,473.45, por lo que existiría un saldo final en contra de la Empresa demandante de S/. 435,771.21.

53. Es con los datos y cifras anteriores, según informó la Entidad, que se emitió la Resolución Directoral N° 004-2013-GR.LAMB/GRINCVS-DSL, del 18 de enero de 2013, por la cual se aprobó la Liquidación del Contrato de Obra N° 017-2011-GR.LAMB/ORAD, del 20 de diciembre de 2011, en donde se estableció que existiría un saldo final en contra del Demandante de S/. 435,771.21. Dicha resolución habría sido notificada al Consorcio, el cual nunca habría impugnado dicha decisión, por lo que habría quedado consentida, según se apreciaría en el Informe N° 023-2013-GR.LAMB/GRINCVS-DOV-VPO, sin fecha, del ingeniero Víctor Palacios Olazabal, Inspector de Obra.

54. Para el GRL todo lo anterior le habría generado perjuicio económico, ascendente a S/. 435,771.21, que el Demandante debería devolver, debiendo tener en consideración el Árbitro Único que, además, implica que dicha Entidad sería la compelida a terminar la Obra. Siendo ello así, de conformidad con el artículo 44º de la LCE:

“En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo”.

55. Asimismo, el GRL aseveró que fue por tales razones que se emitió el Oficio N° 176-2012-GR.LAMB/GRIN-DEAT, del 14 de noviembre de 2012, donde la Dirección de Estudios y Asistencia Técnica, habría puesto en conocimiento de la Gerencia Regional de Infraestructura que se había procedido a la revisión del Expediente Técnico de Culminación de Meta del Proyecto de Inversión Pública: Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo – Distrito De Pitipo – Ferreñafe – Lambayeque, elaborado según acta de constatación del 19 de septiembre de 2011, por el ingeniero Víctor Palacios Olazábal, el cual se encontró conforme por tal dirección, para su ejecución bajo la modalidad de Administración Directa, debido a la resolución de Contrato a Fortaleza; por un monto de S/. 605,803.00, con precios al mes de noviembre de 2011 y un plazo de ejecución de 60 días calendarios, a través de la modalidad de ejecución de administración diaria [sic], solicitando que se proceda a elaborar la resolución de aprobación de la culminación de metas y la nueva modalidad de ejecución de trabajos por administración directa.

56. La Entidad manifestó que fue en ese sentido que también se emitió la Resolución de Gerencia Regional N° 088-2012-GR.LAMB/GRINCVS, del 19 de noviembre de 2012, que habría aprobado el expediente técnico de culminación de metas del proyecto de inversión pública “Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo – Distrito De Pitipo

– Ferreñafe – Lambayeque”, cuya culminación de Metas requiere de un S/. 605,803.00, desagregado de la siguiente manera

DESCRIPCIÓN	%	MONTO S/.
Modulo I		177,349.49
Modulo II		86,629.20
Modulo III		215,205.33
Equipamiento		47,601.20
COSTO DIRECTO		526,785.22
Gastos Generales + Gastos Administrativos	10.00	52,678.52
Gastos De Supervisión	5.00	26,339.26
TOTAL		605,803.00

57. En tal sentido, todo lo anterior, probaría –según señaló la Entidad– que Fortaleza habría causado daño patrimonial al GRL de S/. 435,771.21, que sería la deuda establecida en la liquidación de cuentas del Contrato supuestamente incumplido, razones por la cuales las pretensiones contenidas en la demanda deberían ser declaradas infundadas.

Fundamentos de Derecho de la Contestación de Demanda:

58. Fortaleza fundamentó su contestación de demanda, además de las normas mencionadas, sobre la base de los siguientes dispositivos e instrumentos legales:

- Artículo 40° de la LCE.
- Artículo 44° de la LCE.
- Artículo 153° del RLCE.
- Artículo 165° del RLCE.
- Artículo 168° del RLCE.

- Artículo 39º del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje (en adelante, el DLA).
- Artículo 442º del Código Procesal Civil.
- Artículo 29º de la Ley N° 27867, Ley de Gobiernos Regionales.

III.4. LA DETERMINACIÓN DE LAS CUESTIONES MATERIA DEL ARBITRAJE Y LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

59. Mediante el Acta de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios de fecha 21 de marzo de 2014 se dejó constancia de las siguientes actuaciones:

La conciliación:

60. El Árbitro Único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, sin embargo, ante la imposibilidad de arribar a un acuerdo parcial o total de las posiciones de las partes, decidió proseguir con las actuaciones arbitrales, dejando abierta la posibilidad de que estas puedan llegar a conciliar sus puntos de vista.

Las cuestiones materia del Arbitraje:

61. En la audiencia, el Árbitro Único determinó las siguientes cuestiones materia del Arbitraje:

1. Determinar si corresponde que se declare ineficaz y/o nula la resolución contractual invocada por el Gobierno Regional de

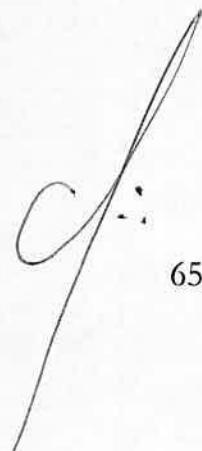
Lambayeque, comunicada a Consorcio Fortaleza mediante Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRIN-CVS.

2. Determinar a quiénes y en qué proporciones corresponde el pago de los costos del arbitraje, conforme con lo establecido en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.

La admisión de medios probatorios:

62. Asimismo, se admitieron los medios probatorios presentados por ambas partes con la demanda y la contestación de la demanda.
63. También fueron incorporados los medios probatorios que con posterioridad a la celebración de la Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios se presentaron y fueron objeto de conocimiento y/o traslado.

III.5. LOS ALEGATOS

- 
64. Mediante Resolución N° 6, incluida en el Acta de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios, el Árbitro Único invitó a las partes para que dentro de un plazo de quince (15) días hábiles formularan sus alegaciones finales por escrito y, de considerarlo conveniente, soliciten el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.
 65. Transcurrido el plazo otorgado mediante la referida resolución, únicamente el GRL presentó sus alegaciones finales por escrito, mientras que Fortaleza no ejerció tal derecho, de lo cual se dejó constancia mediante Resolución N° 7.
- 

66. A través de la referida decisión, asimismo, el Árbitro Único dejó constancia de que ninguna de las partes solicitó el uso de la palabra en Audiencia de Informes Orales.

III.6. LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

67. Mediante Resolución N° 7 se citó a las partes a Audiencia de Informes Orales, llevándose a cabo tal diligencia el día 25 de abril de 2014.
68. A través del Acta de Audiencia de Informes Orales, las partes declararon que el arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.

III.7. PLAZO PARA LAUDAR

69. Mediante Resolución N° 11, el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.
70. A través de la Resolución N° 12 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, los cuales se empezarían a computar a partir del vencimiento del término original.

IV. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

IV.1. CUESTIONES PRELIMINARES

71. Antes de analizar la materia controvertida, el Árbitro Único estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:
- a. El Árbitro Único fue designado de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral vinculante entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
 - b. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
 - c. Ni Fortaleza ni el GRL impugnaron o reclamaron contra las disposiciones del procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Árbitro Único.
 - d. Fortaleza presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, el GRL fue debidamente emplazado con dicha demanda, ejerciendo planamente su derecho de defensa, contestándola.
 - e. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna.
 - f. Tal como se previó en el acta de la Audiencia de Informes Orales, ambas partes declararon que el presente arbitraje se desarrolló respetando todas las reglas relativas al debido proceso.
 - g. El Árbitro Único, dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente Laudo.

Las Cuestiones Materia del Arbitraje:

72. La “Audiencia de Determinación de las Cuestiones Materia del Arbitraje y Admisión de Medios Probatorios” el Árbitro Único procedió a determinar los asuntos que serían materia de su pronunciamiento, tomando cada una de las pretensiones planteadas.
73. Al respecto, el Árbitro Único, en congruencia con lo expresado en tal audiencia y en pleno ejercicio de sus facultades, deja expresa constancia de que procederá a pronunciarse respecto de estas cuestiones en la forma y el orden que estime conveniente para resolver de manera adecuada la totalidad de las controversias sometidas a su conocimiento.

IV.2.1 Determinar si corresponde que se declare ineficaz y/o nula la resolución contractual invocada por el Gobierno Regional de Lambayeque, comunicada a Consorcio Fortaleza mediante Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRIN-CVS.

Normativa Aplicable:

74. Previamente a dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos, el Árbitro Único considera importante señalar que el Contrato materia de la presente controversia constituye una de las modalidades en que las entidades públicas y los privados establecen relaciones jurídico-patrimoniales, la cual está sometida a lo regulado por la LCE y el RLCE.
75. En tal sentido, el efecto que se genera cuando el Estado contrata con un privado en el marco de la LCE y el RLCE, consiste en la prevalencia de estas

normas sobre aquellas de derecho público y privado que sean aplicables, inclusive al momento de resolver las controversias surgidas del contrato, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 5º de la LCE¹

76. Tal prevalencia no implica la exclusión total a las normas que existen en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 142º del RLCE señala que “[e]l contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título [...] En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado”.
77. En concordancia con ello, el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil advierte que “[l]as disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.
78. En tal sentido, para resolver las controversias surgidas entre Fortaleza y el GRL, serán de aplicación las normas convenidas en el Contrato, lo dispuesto en la LCE, el RLCE, otras normas de derecho público de manera supletoria y, las normas del Código Civil, en ausencia de estas.

La naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos con el Estado

79. Asimismo, el Árbitro Único considera pertinente señalar que la actual LCE, así como su predecesora, no han recogido un concepto especial de contrato

¹ “Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables...”

administrativo que distinga claramente los contratos administrativos y los contratos estatales de derecho privado; como ocurre en la legislación española².

80. Siendo ello así, no está definida de manera clara en la normativa de contrataciones del Estado la naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos regulados por esta Ley. Sin embargo, podría afirmarse que en la intervención de las entidades con los particulares en este tipo de contratos existe una interrelación de actos con naturaleza administrativa y de connotación civil. Para estos efectos, podemos mencionar la adjudicación de la buena pro, como un acto administrativo, y la suscripción del contrato, como un acto de naturaleza civil, por ejemplo.
81. En ese sentido, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos que no son exclusivos del ejercicio del *ius imperium* sino que también son manifestaciones que pueden emitirse en el marco de la relación con particulares producto de negocios jurídicos de carácter privado, como ocurre en los contratos regulados por la LCE.
82. Por lo tanto, las actuaciones de las entidades estatales no deben circunscribirse a competencia exclusiva del derecho administrativo y a facultades exorbitantes del Estado, sino a características mixtas (Derecho público y privado) que, por su naturaleza, no dejan de ser actos contractuales y que deben ser aplicables para la solución de controversias teniendo en

² BUSTILLO BOLADO, Roberto. Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, pág. 194.

cuenta los principios del Derecho Administrativo y del Derecho Civil sin desvirtuar la naturaleza de cada uno de sus actos.

La naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos con el Estado

83. Es necesario tener en cuenta que el análisis que se efectúe en el presente Laudo no debe soslayar que estamos ante un contrato suscrito en el marco del régimen de contratación pública y sujeto a sus reglas privativas, siendo al respecto pertinente lo expresado por el Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC³, que al referirse al objeto del artículo 76º de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que

“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados...” (el subrayado es propio).

84. De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en el contrato, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme con los objetivos descritos en los párrafos

³ Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635 en cuanto establece la adquisición de medicamentos destinados a establecimientos hospitalarios del Ministerio de Salud, ESSALUD y las Sociedades de Beneficencia Pública mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

anteriores, teniéndose en cuenta las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal y, de acuerdo con ello, los principios y reglas que la sostienen, dentro de los cuales debe tenerse en cuenta el necesario equilibrio entre las partes que intervienen.

85. Habiendo establecido como cuestión previa el marco normativo aplicable, la naturaleza de los actos contractuales de la Administración Pública y el objeto en la contratación pública, corresponde dar inicio al análisis de cada uno de los puntos controvertidos.

Breve marco teórico:

86. De manera liminar, es oportuno señalar que en el presente caso nos encontramos ante un contrato con prestaciones recíprocas. Un contrato de tal naturaleza es aquél en cual existen partes que son acreedoras y deudoras a la vez, es decir, acreedoras y deudoras una respecto de la otra; ello con total independencia de la cantidad de prestaciones que cada una estuviera obligada respecto de su contraparte.
87. En tal contexto, tal como sostiene RAMELA⁴, se genera:

“...un nexo especial –que se denomina de correspondencia o reciprocidad y que consiste en la interdependencia (o causalidad recíproca) entre ellas–...”

⁴ RAMELA, Anteo E., Resolución por Incumplimiento. Buenos Aires: Astrea, 1975, pág. 144.

88. Es por la existencia de ese nexo que cada parte está obligada al cumplimiento y satisfacción de las prestaciones que ambas –de mutuo y libre acuerdo– se comprometieron, a través de la celebración de un negocio jurídico, en honrar.
89. En resumen y en palabras de GARRIDO y ZAGO⁵, podemos concluir, entonces, que es:

“...en el intercambio de ventajas y en la interrelación de ellas donde está la característica tipificante de los contratos con prestaciones recíprocas”.

90. El contrato con prestaciones recíprocas que suscribieron las partes fue un Contrato de Obra, el cual –en el marco del presente caso– se encuentra regulado en el Título III, “De las Contrataciones”, del LCE, así como en el Título III, “Ejecución Contractual”, del Reglamento de la LCE.
91. En palabras de PODETTI⁶, en el marco del Derecho de la Construcción⁷, habrá Contrato de Obra cuando:

“...una de las partes, el constructor, se compromete a construir y entregar a la otra, el comitente, a través de la organización de medios necesarios, una obra inmueble o a suministrar su producto o a producir un resultado en una obra inmueble ya existente, asumiendo o no el riesgo técnico o económico, sin subordinación jurídica, y la otra parte a pagarle a cambio un precio determinado o determinable, equivalente para ambas partes a la obra prometida”.

⁵ GARRIDO, Roque Fortunato y Jorge Alberto ZAGO. Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Tomo I, Buenos Aires: Universidad, 1989, pág. 66.

⁶ PODETTI, Humberto. Contrato de Construcción. Buenos Aires: Astrea, 2004, pág. 52.

⁷ Cabe precisar que en el trabajo citado, Podetti circunscribe el concepto de –lo que nosotros conocemos como– “Contrato de Obra” al Derecho de la Construcción, llamándolo “Contrato de Construcción”.

92. En síntesis, podríamos afirmar que el Contrato de Obra es aquel por el cual el Contratista se compromete a realizar un trabajo (obra) en un determinado plazo, según los alcances establecidos por el Comitente, a cambio de un precio pactado y pagado por este último.
93. Enmarcado conceptualmente el Contrato, es oportuno señalar que las partes identificaron cada una de sus obligaciones en las cláusulas contenidas en dicho acto jurídico, así como en las Bases y los Términos de Referencia, partes integrantes de este último.
94. En el presente caso, las partes pactaron que Fortaleza ejecutaría la obra llamada “Mejoramiento de la Infraestructura Educativa de la I.E. N° 11539 Motupillo – Distrito De Pitipo – Ferreñafe – Lambayeque”, según las especificaciones técnicas establecidas en las Bases. Al mismo tiempo, el GRL pagaría una suma de dinero al Contratista, a manera de contraprestación.
95. Para la prestación del servicio contratado, Fortaleza tenía que ejecutar la Obra de conformidad con lo pactado en el Contrato, teniendo especial consideración en el cumplimiento de los plazos con los cuales contaba para tales efectos.
96. Al respecto, ha quedado acreditado con las pruebas aportadas por la parte Demandante que, en efecto, a esta le fue otorgada la buena pro; así también que, como consecuencia de lo anterior, ambas partes suscribieron el contrato que da origen al presente arbitraje, contando este con los requisitos de validez para el despliegue de sus efectos.

97. Asimismo, ha quedado acreditado que ambas partes delimitaron sus prestaciones en el marco del Contrato. Entre otras obligaciones, la Contratista se comprometió a ejecutar la Obra de conformidad con el objeto del Contrato, establecido en la Cláusula Cuarta de dicho instrumento, en el plazo previsto para los efectos en la Cláusula Décima Tercera.

Sobre la supuesta ineficacia y/o nulidad de la resolución contractual del GRL

98. De la lectura de la demanda formulada por Fortaleza, el Árbitro Único aprecia que dicho Contratista alegó que la resolución invocada por su contraparte devendría en ineficaz y/o nula, fundamentalmente, por los siguientes motivos:

- (i) El GRL habría incurrido en incumplimientos contractuales tales como la demora en el pago de los adelantos Directo y de Materiales, así como de las valorizaciones, lo cual, a su vez, habría producido atrasos.
- (ii) El GRL no habría seguido el procedimiento adecuado para resolver el Contrato.
- (iii) La resolución del Contrato invocada por el GRL habría sido invocada por una persona y/o funcionario no investido con las facultades para tal efecto.

99. Al respecto, es oportuno mencionar que para el Árbitro Único los puntos (i) y (ii) se encuentran íntimamente relacionados, en tanto giran en torno de un

hecho (jurídico) cuya existencia, per se, no ha generado controversia: el retraso en la Obra. Es decir, queda claro que para ambas partes, en efecto, hubo un retraso en el normal desarrollo de la Obra, siendo realmente el extremo controvertido la atribución de responsabilidad de dicho retraso y los efectos jurídicos que este desplegaría en el marco del Contrato.

Sobre los supuestos incumplimientos del GRL de sus prestaciones

100. Es principio fundamental que quien alegue un hecho deba probarlo, salvo exista disposición legal que determine la reversión de la carga de la prueba de determinados hechos. En tal contexto, el Árbitro Único observa que Fortaleza desarrolló su argumento respecto del retraso atribuible a la Entidad únicamente en el siguiente extremo de la demanda:

“Dentro del proceso constructivo se sucedieron reiterados retrasos en el pago del Adelanto Directo y de Materiales, así como demoras en el pago de las valorizaciones tramitadas ante el Gobierno Regional de Lambayeque, hechos que han influido en el avance normal de la obra trayendo como consecuencia el retraso del mismo. El pago del Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales se realizó después de tres meses de realizada nuestra solicitud de Adelanto, hecho que ocasionó el retraso en la culminación de la obra”.

101. Sin embargo, al margen de lo alegado por el Consorcio, no existe prueba admitida en este arbitraje que acredite lo referido por dicha parte, máxime si Fortaleza ejerció su derecho a presentar material probatorio acompañando a su demanda, en tal calidad, únicamente el Contrato y el documento a través del cual se le hizo conocer la decisión de la Entidad de resolver su vínculo negocial con este.

102. A contrario sensu, el GRL ejerció su derecho de defensa aportando diversos medios probatorios al presente arbitraje, dentro de los cuales se encuentran determinados asientos del Cuaderno de Obra, el cual tiene un carácter fundamental en esta, en tanto registra las incidencias más relevantes durante la ejecución de un proyecto de construcción. Así, se constituye como “...un instrumento con características definidas por la normativa que, en su caso, respecto de las solicitudes, tiene naturaleza probatoria...”⁸.
103. Como ya se ha expresado, para el Árbitro Único no existe controversia entre las partes respecto de la existencia del retraso, mas sí respecto de la atribución de responsabilidad sobre este, es decir, a quién es atribuible que la Obra haya experimentado retrasos en su ejecución, hecho que, sin duda, se encuentra íntimamente ligado al análisis respecto de si deviene en ineficaz o nula la resolución del Contrato, practicada por el GRL.
104. Expresada la importancia del Cuaderno de Obra, es oportuno resaltar algunas circunstancias que, de las pruebas admitidas en el presente arbitraje, han sido debidamente acreditadas. Así, por ejemplo, el Árbitro Único ha podido evidenciar que existieron en la Obra –entre otros– los siguientes problemas recurrentes: (i) retraso en la ejecución; (ii) ausencia de personal suficiente para la ejecución de la Obra; y (iii) retraso en la entrega del Cronograma Actualizado de la Obra (en adelante, el CAO).
105. Entregado el terreno de la Obra el 6 de enero de 2012, el Inspector de la Entidad realizó anotaciones en el Cuaderno de Obra, que detallaban la existencia de algunos problemas, tal como la ausencia del Residente de Obra

⁸ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro y Orlando ÁLVAREZ MEDINA. El Proceso de Contratación de Ejecución de Obra. Lima: Ediciones Gubernamentales, 2012, pág. 419.

del Consorcio, según dan cuenta los asientos N° 3, N°4 y N° 5, del 20 y 25 de enero, así como del 1 de febrero de 2012, respectivamente. Asimismo, se daba cuenta de la existencia de “01 almacenero + 05 peones” para los trabajos que se debían efectuar, a casi un mes de iniciado el plazo de ejecución de Obra.

106. La primera oportunidad en la que se evidencian los efectos del retraso se encuentran recogidas en el asiento N° 5, del 1 de febrero de 2012, tras casi treinta días de iniciado el plazo de ejecución de Obra, en el cual el Inspector expresó lo siguiente:

“Del Ing. Inspector de Obra, fecha: 01-02-2012, Asiento N° 05

[...]

- *La obra en la actualidad se encuentra con poco personal (01 almacenero + 05 peones), a ritmo lento, por lo que se indica al Contratista que de inmediato colocar [sic] más trabajadores*” (el subrayado y el resaltado son propios).

107. Tras el paso de los días sin que, una vez más, el Contratista respondiera las observaciones efectuadas por la Entidad, esta cuantifica los efectos del tiempo de la siguiente manera:

“Del Ing. Inspector de Obra, fecha: 08-02-2012, Asiento N° 06

[...]

- *Se indica al Contratista que la Valorización N° 01 tiene un avance de 1.42%, por lo que no llega al 80% del calendario alcanzado por el Contratista que es de 8.43% en el mes de enero y el 80% sería el 6.74%, por lo que se comunica al Contratista que de inmediato alcanzar [sic] a la Inspección el calendario acelerado para revertir el atraso de obra.*

- *Actualmente la obra se encuentra atrasada 1.42%, por lo que de inmediato el Contratista debe colocar más personal de obra, para revertir el atraso de obra*" (el subrayado y el resaltado son propios).

108. Cabe mencionar que los avisos de retraso, así como –entre otros– requerimientos de mayor personal en obra y remisión del CAO efectuados por la Entidad al Consorcio fueron reiterados en diversas oportunidades, tal como lo acreditan los asientos N° 15, del 17 de febrero de 2012; N° 27, del 1 de marzo de 2012; N° 41, del 14 de marzo de 2012; N° 43°, del 16 de marzo de 2012; y N° 60, del 2 de abril de 2012; este último, haciendo la siguiente observación:

"Del Ing. Inspector de Obra, Asiento N° 60, fecha: 02-04-2012

[...]

- *Se indica al Contratista de manera urgente que debe colocar materiales y otros materiales [sic] ya que han recibido por parte del G.R.[L.] el respectivo Adelanto de Materiales.*
- *Asimismo, se indica que la obra continúa atrasada.*

[...]

- *Se están ejecutando labores de encofrado de manera lenta, porque no existe material suficiente para avanzar la obra*" (el subrayado y el resaltado son propios).

109. La situación antes descrita fue reiterada –entre otros– en los asientos N° 88, del 26 de abril de 2012; N° 101, del 14 de mayo de 2012; N° 117, del 4 de junio de 2012; N° 118, del 6 de junio de 2012; N° 140, 6 de julio de 2012; N° 145, del 11 de julio de 2012; N° 148, del 13 de julio de 2012; N° 152, del 17 de julio de 2012; y N° 165, del 30 de julio de 2012; situación que se vio agravada con la paralización de la Obra por falta de materiales, tal como dan

cuenta los asientos N° 156, del 20 de julio de 2012; N° 168, del 1 de agosto de 2012; N° 172, del 8 de agosto de 2012; y N° 173, del 10 de agosto de 2012.

110. Es oportuno anotar que, en muchos de los pasajes de los asientos antes referidos, Fortaleza (su Residente de Obra) no respondió o contradijo las observaciones y requerimientos efectuados por el GRL, eventual contradicción que el Contratista tampoco ha acreditado con pruebas a lo largo del presente arbitraje. Más aun: no está acreditado que el Contratista haya solicitado ampliación de plazo alguna, por causales ajenas a su voluntad, a lo largo de su vínculo contractual con la Entidad.

111. Es en virtud de todo lo sustentado hasta este extremo de la presente decisión, que el Árbitro Único considera que el atraso incurrido en la Obra es atribuible a Fortaleza.

112. Establecido lo anterior, corresponde que el Árbitro Único analice si, sobre la base de los hechos antes referidos, la Entidad resolvió de manera incorrecta el Contrato, para determinar si corresponde o no declarar la ineficacia y/o nulidad de aquella.

Sobre las penalidades aplicadas a Fortaleza

113. Como ya se ha expresado, otro de los asuntos relevantes cuestionados por el Consorcio es que (ii) el GRL no habría seguido el procedimiento adecuado para resolver el Contrato. Al respecto, Fortaleza sostuvo que la Entidad debió requerirle, previamente, el cumplimiento de sus prestaciones, señalando puntualmente cuál o cuáles de estas habrían sido soslayadas. Por su

parte, el Demandado manifestó que ese habría sido el procedimiento a seguir si es que se hubiera invocado una causal de resolución por incumplimiento distinta de la que realmente invocó: la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora, prevista por el numeral 2. del artículo 168º del RLCE.

114. Sobre la naturaleza jurídica de la cláusula penal (a saber, penalidad por mora), OSTERLING y CASTILLO⁹ señalan que esta tendría un carácter de reparación:

“...en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que esta tiene una finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil”.

115. La doctrina internacional, también se refiere a la naturaleza de la penalidad por mora (también llamada “pena convencional”). Así, por ejemplo, JURISTO SÁNCHEZ¹⁰, particularmente en el ámbito del Contrato de Obra Pública, se refiere a ella en los siguientes términos:

“La pena convencional cumple una función estrictamente sancionadora [...] pues su finalidad es estimular al cumplimiento tempestivo y evitar cualquier retraso en la terminación de la obra. No tiene, pues, la cláusula penal una simple función liquidatoria que permite establecer previamente el importe de daño, ni mucho menos se concibe como facultad del deudor que le permita librarse de su obligación pagando la pena...”.

116. Este sentido es el que parece adoptar el artículo 165º del RLCE:

“Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima: Palestra, 2008, pág. 910.

¹⁰ JURISTO SÁNCHEZ, Rafael. El Contrato de Obra Pública. Madrid: Juristo Sánchez, 1997, pág. 391.

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

[...]

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento” (el resaltado y el subrayado son propios).

117. Sobre dicha disposición, es oportuno resaltar lo señalado por ÁLVAREZ PEDROZA¹¹, al explicar las consecuencias del retraso en una obra pública:

*“El retraso injustificado obedece a la culpa inexcusable del contratista, en razón de lo cual no puede probar con documentos y con el amparo del derecho los motivos justificados del retraso. En tal sentido, el funcionario presume que el retraso es injustificado, por lo tanto, a quien le corresponderá probar que dicha mora obedeció a razones justificadas es al contratista; al funcionario le corresponderá calificar que la demora afecta la ejecución de ‘las prestaciones objeto del contrato’ para aplicar la penalidad automáticamente. Ello quiere decir que si hay retraso, se genera la penalidad bajo presunción *Iuris Tantum*” (el resaltado y el subrayado son propios).*

118. En tal sentido, habiéndose acreditado la responsabilidad del Consorcio en el atraso de la Obra, al no haber este podido acreditar que la dilación en sus labores se debió a causas ajenas a su voluntad, el Árbitro Único considera que, en efecto, correspondía imponer penalidades a Fortaleza.

Sobre el procedimiento seguido por el GRL para la resolución del Contrato

¹¹ ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. Vol. 2, 6ta. Ed. Lima: Escuela de Gerencia Gubernamental, 2010, pág. 1356.

119. Ha quedado acreditado que el Contratista es responsable de los atrasos de la Obra y que las penalidades impuestas a este por la Entidad fueron justificadas. Siendo ello así, corresponde formular el siguiente interrogante: ¿fue correcta la resolución del Contrato realizada por el GRL?
120. Tal como ya se ha mencionado en el glosado artículo 165º del RLCE, cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, es decir, el 10% del monto total del contrato, la Entidad queda habilitada para resolver tal negocio jurídico por incumplimiento. Sin embargo, cabe preguntarse ¿cuál es el procedimiento que se debe seguir para tales efectos?
121. En primer lugar, en necesario mencionar que la habilitación para que el GRL haya quedado expedito para ejercer su derecho de resolución contractual se encuentra en el numeral 2. del artículo 168º del mismo cuerpo normativo, que establece lo siguiente:

“Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

[...]

2. ***Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo***” (el resaltado y el subrayado son propios).

122. Sin embargo, la respuesta al interrogante antes planteado, respecto de cuál es el procedimiento que se debe seguir para la resolución por incumplimiento, al haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora del Contratista, la encontramos, de un lado, en el artículo 169º del Reglamento:

“Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato” (el resaltado y el subrayado son propios).

123. Como se puede apreciar, la norma glosada prevé una regla y una excepción.

La regla está dada por un procedimiento de resolución contractual que implica un apercibimiento o intimación, seguida de la resolución, per se. La excepción está dada por un procedimiento de resolución contractual que no requiere de apercibimiento o intimación, bastando únicamente la comunicación de resolución.

124. Sobre la forma de resolución del Contrato, Fortaleza manifestó que la Entidad habría violentado sus derechos, la Ley y el Reglamento al haber invocado una resolución sin haber seguido el procedimiento debido, es decir, sin haberle la Entidad requerido previamente el cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, el Árbitro Único aprecia que los hechos acaecidos en la Obra no se enmarcaban en ese procedimiento de resolución contractual

general (la regla), sino en la excepción, en tanto la razón que invocó la Entidad para dejar sin efecto el vínculo negocial con su contraparte fue la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora del Contratista, supuesto previsto como excepción al procedimiento general antes referido.

125. En efecto, tal como se acredita en el Informe N° 34-2012-GR.LAMB/GRICVS-DOB-VPO, del 28 de septiembre de 2012 –el cual fue objeto de traslado al Demandante al formar tal documento parte de los medios probatorios ofrecidos por su contraparte, sin que se pronunciara al respecto–, la penalidad impuesta por el GRL fue de 69 días calendarios, con lo cual, tras la aplicación de la respectiva fórmula prevista en el Reglamento, se rebasaba claramente el límite máximo permitido, el cual, en el marco del Contrato, solo era de 27 días calendarios.

126. Es oportuno precisar que dicha mora, por su naturaleza, es automática, “...por lo que basta la verificación del retraso en el cumplimiento de su obligación para que este empiece a generar penalidades...”¹². Ello sucedió en el presente caso, quedando acreditado que Fortaleza claramente superó el límite de la penalidad por mora permitida (es decir, el 10% del monto contractual).

127. De otro lado, en adición a lo previsto en el artículo 169° del RLCE, encontramos el complemento para responder el interrogante respecto de cuál es el procedimiento que se debe seguir para la resolución por incumplimiento, al haber llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora del Contratista:

“Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

¹² Ídem, pág. 1359.

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

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de las obras según las alternativas previstas en el artículo 44º de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211º.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164º y 165º....”.

128. Tal como se puede apreciar del Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRINCVS-DSL, del 11 de septiembre de 2012, recibido por el Consorcio el 12 de septiembre de 2012, la Entidad no solo cumplió con el artículo 165º del RLCE, al remitir su decisión de resolución vía conducto notarial, cumpliendo, asimismo, con especificar que dicha decisión tenía como base el hecho de que el Contratista había llegado a superar “*el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo*”, sino que también cumplió con lo previsto en el artículo 209º del RLCE, al señalar fecha y hora para la constatación física e inventario de la Obra. Por tales razones, el Árbitro Único considera que **el procedimiento de resolución contractual seguido por el GRL fue el correcto.**

Sobre la falta de capacidad del funcionario del GRL para resolver el Contrato

129. Como ya se ha expresado, otro de los asuntos relevantes cuestionados por el Consorcio es que (iii) la persona que suscribió el Contrato no fue la misma que suscribió la decisión de la Entidad de resolver dicho acto jurídico, razón por la cual tal instrumento sería ineficaz y/o nulo el GRL no habría seguido el procedimiento adecuado para resolver el Contrato.
130. Al respecto, de los actuados, el Árbitro Único considera que tanto el jefe de la Gerencia Regional de Infraestructura, ingeniero Fidel Ortiz Zapata, como el Jefe de la Oficina Regional de Administración, economista Víctor Hugo Miranda Monteza, poseían la misma jerarquía en el Gobierno Regional, según las resoluciones ejecutivas regionales N° 515-2011-GR.LAMB/PR y N° 218-2011-GR.LAMB/PR, del 3 de octubre y 17 de abril de 2011, respectivamente, al ser ambos funcionarios de nivel F5.
131. Asimismo, debe tenerse en consideración lo previsto en la LCE, que en su artículo 40º establece lo siguiente respecto de la resolución por incumplimiento:

"Artículo 169.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

[...]

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de

aquella que haya suscrito el contrato...” (el subrayado y el resaltado son propios).

132. De lo acreditado en autos y lo previsto en la LCE, el Árbitro Único concluye que el funcionario que suscribió la resolución del Contrato sí era competente para tales efectos.
133. Por las razones expuestas a lo largo del análisis de este punto controvertido, el Árbitro Único considera que corresponde declarar infundada la Primera Pretensión de Fortaleza.

IV.2.2 Determinar a quiénes y en qué proporciones corresponde el pago de los costos del arbitraje, conforme con lo establecido en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje.”

134. El numeral 1. del artículo 72º del DLA dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos indicados en el artículo 70º del citado cuerpo legal.

135. Al respecto, el artículo 70º del DLA:

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral*
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral*

e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

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

137. En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

138. En este orden de ideas, en virtud de lo sustentado y decidido en el presente Laudo, sobre la base de un criterio de equidad y en legítimo ejercicio de sus facultades, el Árbitro Único, considerando el resultado del arbitraje, estima que, en puridad, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, independientemente del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral. Asimismo, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos del presente arbitraje. En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral Ad Hoc), así

como asumir sus propios costos, según el referido artículo 70° del DLA, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

139. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que mediante Resolución N° 4 se facultó al GRL para que sufrague los costos arbitrales, en defecto de su contraparte. En consecuencia, corresponde que se disponga que Fortaleza devuelva los costos arbitrales antes referidos que la Entidad sufragó en su defecto, los cuales ascienden a un total de S/. 6,000.00 (Seis Mil con 00/100 Nuevos Soles), más el correspondiente Impuesto a la Renta.

V. FALLO

PRIMERO: DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión derivada de la demanda planteada por Consorcio Fortaleza el 19 de noviembre de 2013; y, en consecuencia, **PRECÍSESE** que no corresponde declarar ineficaz y/o nula la resolución contractual invocada por el Gobierno Regional de Lambayeque, comunicada a Consorcio Fortaleza mediante Oficio N° 1802-2012-GR.LAMB/GRIN-CVS.

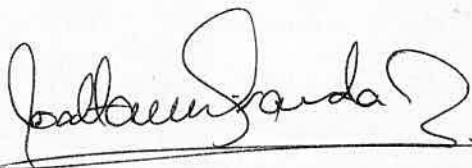
SEGUNDO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión derivada de la demanda planteada por Consorcio Fortaleza el 19 de noviembre de 2013; y, en consecuencia, **DISPÓNGASE** que dicha parte y el Gobierno Regional de Lambayeque asuman, cada una de ellas y directamente, los costos arbitrales que les correspondían cancelar (50% a cargo de cada una de ellas), así como sus propios gastos en los que incurrieron por los demás conceptos expresados en el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071. Asimismo, **PRECÍSESE** que Consorcio Fortaleza deberá devolver al Gobierno Regional de Lambayeque la

suma de s/. 6,000.00 (Seis Mil con 00/100 Nuevos Soles), más el correspondiente Impuesto a la Renta., por concepto de los costos arbitrales facultados mediante Resolución N° 4, que dicha parte pagó en su defecto.-



PETER PALOMINO FIGUEROA

Árbitro Único



GIANCARLO PERALTA MIRANDA

Secretario Arbitral