

LAUDO ARBITRAL NACIONAL DE DERECHO

Piura, 23 de Abril de 2015.

Caso Arbitral: **CONSORCIO SAN ANTONIO** (en adelante, el demandante)
contra el **GOBIERNO REGIONAL PIURA** (en adelante, La
Entidad o Demandada).

Tribunal Arbitral: Dr. Napoleón Zapata Avellaneda
Dr. César Benavente Leihg
Dr. Luis Armando Patricio Córdova

Secretaria Arbitral: Elizabeth Julliana Atoche Chira

I. NORMAS APLICABLES : Serán de aplicación al arbitraje las reglas establecidas en el Acta de Instalación, lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, por el Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje y parte *in fine* del numeral 53.2 del artículo 53 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establece que, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y su Reglamento.

II. ANTECEDENTES:

Que, siendo el estado de la Causa el de Laudar, el Tribunal Arbitral a los VEINTITRÉS días del mes de ABRIL de 2015, lauda en los términos siguientes:

Con fecha 03 de julio del 2012 Consortio San Antonio solicita al Gobierno Regional Piura el inicio del procedimiento arbitral, la misma que es absuelta por ésta entidad el 17 de julio del 2012.

El Demandante designa como árbitro al Dr. César Benavente Leihg, y la entidad designa al Dr. Luis Armando Patricio Córdova quienes designan como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Napoleón Zapata Avellaneda.

Quedando válidamente designados y firmes sus designaciones los árbitros proceden a instalarse el 07 de noviembre del 2012 en presencia de las partes procesales.

Con fecha 14 de octubre el DEMANDANTE presenta su demanda arbitral precisando sus pretensiones y adjuntando los medios probatorios que las sustentan.

Mediante Resolución N° 04 el Tribunal Arbitral admite a trámite la demanda y corre traslado de la misma a la entidad a fin de que en el plazo de diez días hábiles cumpla con absolverla.

62

Con fecha 14 de noviembre del 2012 la entidad contesta la demanda y formula reconvención señalando sus pretensiones y adjuntando los medios probatorios que las sustentan.

En fecha 28 de diciembre del 2012 el demandante absuelve la reconvención formulada.

Con fecha 22 de febrero del 2013 se realiza la audiencia de saneamiento, conciliación, y determinación de puntos controvertidos en la que se fijan los puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios y se corre traslado al demandante de la tachada formulada por la entidad el 18 de febrero del 2013.

Con fecha 01 de marzo el demandante absuelve el traslado de la tachada formulada por la entidad.

Mediante Resolución N° 09 se tiene por absuelta la cuestión probatoria y se dispone se oficie al Juez de Paz de Primera Nominación de la Provincia de Huancabamba para que remita el Libro Único de actuaciones Judiciales del Año 2012.

Mediante escrito de fecha 05 de junio del 2013 la entidad formula recurso de reconsideración contra la resolución número nueve al habersele omitido remitir el escrito de absolución de la cuestión probatoria por parte del demandante.

Mediante Oficio N° 001-AD-HOC Piura se oficia al Juez de única Nominación de Huancabamba a fin de que cumpla con remitir el Libro de Actuaciones Judiciales del año 2012

Con Oficio N° 002-2013/JP1eraNH-LAJG el Juez de Paz de Única Nominación de Huancabamba absuelve el requerimiento del Tribunal respecto de la remisión del Libro de Actuaciones Judiciales en los términos que ahí se indican.

Mediante Resolución N° 11 de fecha 17 de julio del 2013, el Tribunal Arbitral designa como nueva secretaria arbitral a la Abg. Elizabeth Atoche Chira requiriendo al secretario arbitral saliente la devolución del expediente y el reembolso de parte de los honorarios secretariales.

Mediante Resolución N° 12 de fecha 26 de agosto del 2013, el Tribunal Arbitral hace de conocimiento a las partes de la demora en la entrega del expediente arbitral por parte del anterior secretario y corre traslado del escrito presentado por el Juez de Paz de única Nominación de Huancabamba a fin de que expresen lo que convenga a su derecho.

Con fecha 10 y 13 de setiembre del 2013 las partes absuelven el traslado.

Mediante Resolución N° 13 el tribunal arbitral en mayoría resuelve: 1) Solicitar Informe al Poder Judicial a fin que determine cuál era el Juez competente para realizar el Acta de Constatación Física e Inventario, el Juez de Paz de Primera denominación de Huancabamba o el Juez de Paz de Primera Denominación del Distrito de Carmen de la Frontera, teniendo en cuenta el lugar de la obra que se consigna en el Contrato y 2) Solicitar Informe al Colegio de Notario si a la fecha de la Constatación Física e Inventario existe notario en el Distrito de Carmen de la Frontera, así como en el Distrito de Huancabamba, ambos de la Provincia de Huancabamba. 3) Solicitar ampliación de su informe al Juez de Paz de Primera Nominación del

61

Distrito de Huancabamba, en el sentido que esclarezca si ese archivo que se lleva es de orden cronológico y consecutivo; debiendo para tal caso remitir las actuaciones razonablemente anteriores y posteriores a dicho acto; entre otros que puedan ubicar al Juez de paz de Huancabamba en el lugar de la obra en la fecha en que se indica.

Con escrito de fecha 10 de octubre del 2013 formula recurso de reconsideración contra la Resolución N° 13, la misma que se corre traslado a la demandada mediante Resolución N° 14 de fecha 19 de octubre del 2013.

Con fecha 24 de octubre la entidad absuelve el recurso de reconsideración,

Con Oficio N° 002-2013/JP1eraNH-LAJG el Juez de Paz de Única Nominación de Huancabamba absuelve el requerimiento del Tribunal respecto a la ampliación de informe.

Con fecha 04 de noviembre del 2013 la Corte Superior de Justicia de Piura hace llegar al Tribunal Arbitral la información respecto a la competencia de los Jueces de Paz.

Mediante Resolución N° 15 de fecha 20 de enero del 2014 el Tribunal Arbitral declara improcedente el recurso de reconsideración formulado por el demandante y admite los informes recepciones materia de la resolución 13 corriendo traslado a las partes para que expresen lo que corresponda a su derecho.

Mediante escrito de fecha 28 de enero del 2014 el demandante presenta escrito dejando constancia de vulneración de derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, y de defensa y absuelve traslado.

Con fecha 28 de enero la demandada absuelve el traslado de la resolución quince.

Mediante Resolución N° 17 de fecha 17 de febrero del 2014 se requiere al secretario arbitral cumpla con alcanzar los comprobantes de pago para cumplir con lo solicitado por el Gobierno Regional Piura.

Con escrito de fecha 20 de marzo del 2014 el demandado adjunta el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC del Colegio de Notarios de Piura como medio probatorio.

Mediante Resolución N° 20 el Tribunal Arbitral en mayoría resuelve **PRIMERO: DECLARAR** que este Tribunal Arbitral no ha vulnerado el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva ni del Debido Proceso, específicamente el Derecho de Defensa de Consortio San Antonio, toda vez que las actuaciones arbitrales han sido realizadas en estricto cumplimiento del numeral 1) del artículo 43° del D. Leg. N° 1071 y del inciso 2) del artículo 49° de la Ley que regula el Arbitraje, habiéndose dispuesto inclusive a través de la Resolución N° 15 CORRER TRASLADO A LAS PARTES DE LOS REFERIDOS INFORMES A FIN QUE EXPRESEN LO QUE MAS CONVenga A SU DERECHO; **SEGUNDO: DECLARAR** en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 40° de la Ley de Arbitraje, **FUNDADA** la tacha de ineficacia por nulidad de documento interpuesta por la Entidad contra el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012; **TERCERO: DECLARAR** en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 40° de la Ley de

60

Arbitraje, **INFUNDADA** la tacha presentada por el demandante contra el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC.

Con escrito de fecha 18 de junio del 2014 la demandante formula recurso de reconsideración contra dicha resolución, el mismo que se corre traslado a la demandada para que exprese lo que convenga a su derecho.

Mediante resolución número 23 de fecha 21 de julio del 2014 el tribunal arbitral en mayoría resuelve **RESUELVE: PRIMERO: DECLARAR** la rectificación y aclaración de los Considerandos números Décimo Segundo, Décimo Tercero y Décimo Sétimo de la Resolución N° 20 de fecha 26 de mayo de 2014, los mismos que quedan redactados de la siguiente manera: "**Décimo Segundo.-** Que, la parte pertinente del segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM dispone que: "... En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, **SEGÚN CORRESPONDA**, y se levantará un Acta.", dejándose expresa mención que para el presente caso la norma si hace una distinción al indicar Notario o Juez de Paz, nótese que no dice Notario y/o Juez de Paz, resaltando dicha distinción cuando dispone "según corresponda"; **1ro.**, para entender el alcance del término "según corresponda" debemos acudir al método sistemático, que es un método de interpretación jurídica, el cual consiste en que para entender el sentido de una norma tenemos que buscar en otras normas al interior del mismo cuerpo legal o al interior del sistema legal; por lo que el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM debe ser analizado a la luz del artículo 121° del mencionado Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando establece que "... El acto público se realiza, cuando menos, en presencia del Comité Especial, los postores y con la participación de Notario Público o Juez de Paz en los lugares donde no exista Notario.", asimismo, el artículo 30° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 083-2004-PCM cuando ordena que: "La presentación de propuestas y el otorgamiento de la Buena Pro en los procesos de Licitación o Concurso Público se realizará en acto público en una o más fechas señaladas en la convocatoria, con presencia de Notario Público o Juez de Paz cuando en la localidad donde se efectúe no hubiera el primero."; de tal forma que cuando el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM indica: **SEGÚN CORRESPONDA**, significa que sólo a falta de Notario en la localidad, un Juez de Paz puede asumir funciones notariales; y esto es así, porque no es función de un Juez de Paz realizar actos que competen a un notario, sólo excepcionalmente, a falta de notario el Juez de Paz puede asumir dichas funciones; **2do.**, siguiendo con nuestro análisis, de la interpretación sistemática del término **SEGÚN CORRESPONDA**, el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM, es concordante con el artículo 17° de la Ley N° 29824, Ley de Justicia de Paz, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" de fecha 03 de enero de 2012, cuya Segunda Disposición Final establece que: "La presente Ley entra en vigencia a los tres (3) meses de su publicación en el diario oficial "El Peruano", esto es, la Ley N° 29824 se encontraba en plena vigencia cuando se dio el acto de levantamiento del Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo

59

de 2012; asimismo, la Ley N° 29824 ni en su artículo 17°, ni en sus Disposiciones Finales establecen que el artículo 17° en mención, esté supeditado o se encuentre suspendido hasta la publicación, mediante Resolución Administrativa, de la relación de juzgados de paz que no pueden ejercer funciones notariales; no pudiéndose alegar que porque carecía de Reglamento o no se había comunicado aún la Resolución Administrativa N° 525-2012-P-CSJPI/PJ no era de fiel cumplimiento, puesto que el artículo 109° de la Constitución Política del Perú dispone liminarmente que: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."; pues bien, como indicábamos, el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es concordante con el artículo 17° de la Ley N° 29824 puesto que este cuerpo normativo dispone que en los centros poblados donde no exista notario, el juez de paz está facultado para ejercer funciones notariales, o lo que es lo mismo, en la localidad donde exista notario, el juez de paz no puede ejercer funciones notariales."; **Décimo Tercero:** Quedando demostrado que por ley en la localidad donde exista notario el juez de paz no puede ejercer funciones notariales, debemos establecer si en el Distrito de Huancabamba existe notario público, recurriendo a la internet en la página web <http://www.deperu.com/comercios/notarias/notaria-la-torre-melendres-22914> encontramos que en el Distrito de Huancabamba Provincia de Piura se encuentra la Notaría La Torre Melendres ubicada en la Calle Unión N° 527 con número de RUC 10032050005, e ingresando a la página web de la SUNAT <http://www.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrSOOAlias> observamos que el estado del contribuyente es activo y habido con domicilio fiscal en la calle Unión N° 527 Huancabamba – Piura, con fecha de inscripción de fecha 21 de abril de 1993; por lo que queda demostrado que en el Distrito de Huancabamba Provincia de Piura si existe notario, en consecuencia, el Juez de Paz de Primera Nominación del Distrito de Huancabamba no puede ejercer funciones notariales por contravenir el segundo párrafo del artículo 267° del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado concordante con el artículo 17° de la Ley N° 29824 Ley de Justicia de Paz; por tanto debe declararse FUNDADA la tacha interpuesta por la Entidad contra el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012, por carecer de eficacia probatoria conforme al artículo 243° del CPC, del artículo 267° del D.S. N° 084-2004-PCM, concordante con el artículo 17° de la Ley N° 29824."; **Décimo Séptimo:** Que, con respecto a la Resolución trece del 25 de setiembre del 2013, la misma que fue pasible de recurso de reconsideración fue notificada el 22 de enero del 2014, conforme consta del cargo de notificación; asimismo, este colegiado al evaluar la tacha presentada por el demandante observa que en el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC emitido por el Dr. Juan Manuel quinde Rázuri, Decano y la Dra. Amarilis Ramírez Carranza Secretaria del Colegio de Notarios de Piura y Tumbes expresan de manera indubitable que en la provincia de Huancabamba si existe notario, es más el propio Consortio San Antonio en su escrito de fecha 16 de abril del 2014 señala: "pues, bien es sabido que en la Provincia de Huancabamba sí existe Notario Público", por lo que el propio demandante tenía pleno conocimiento de la existencia de notario en la provincia de Huancabamba, lo expresado crea convicción en el Tribunal de que el referido medio probatorio sí acredita un hecho conforme lo dispuesto en el Art. 233 del Código Procesal Civil; asimismo, la demandante alega que el Oficio 131-2014-

CNPYT/DC de fecha 13 de marzo del 2014 no es válido por cuanto tiene como referencia el Oficio N° 058-2014-SUNARP-ZR-N° I-UREG que nada se relaciona con la Procuraduría Ad Hoc en Procesos Arbitrales de Piura; por lo que este Tribunal tendrá que analizar el Oficio N°131-2014-CNPYT/DC, a la luz del Art.140 del Código Civil, aplicable supletoriamente al presente proceso, el cual dice: "(...). Para su validez se requiere: 1. Agente capaz; 2. Objeto física y jurídicamente posible, 3. Fin lícito, 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad"; conforme observamos del Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC, el Decano y la Secretaria del Colegio de Notarios son agente capaz para suscribir dicho documento; que, el hecho mismo de que dicho documento afirme que en la provincia de Huancabamba, sí existe notario, corresponde al hecho físico y jurídicamente posible a que hace referencia la norma; por último que en la referencia se haya consignado Oficio N° 058-2014-SUNARP-ZR-N° I-UREG, no es una formalidad sancionada con nulidad, puesto que esta tiene que ser expresamente determinada por la norma, en todo caso, sería un error material que no resta eficacia probatoria a dicho documento, toda vez que según se observa de autos la Entidad demandada sí solicitó al Colegio de Notarios de Piura y Tumbes que le informe sobre la presencia de Notario Público en la Provincia de Huancabamba y lo hizo mediante Oficio N° 025-2014/GRP-110000-PPADHOC-A de fecha 19 de febrero de 2014, que es la referencia que debió tener el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC, lo cual crea convicción en el Tribunal en mayoría de que se trató de un error material que no resta eficacia probatoria al Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC, por ende, la tachada deber ser declarada infundada; **SEGUNDO: DECLARAR** la rectificación y aclaración del segundo ítem de la parte resolutive de la Resolución N° 20 de fecha 26 de mayo de 2014, el cual queda redactado como sigue: **DECLARAR** en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 40° de la Ley de Arbitraje y del inciso 1) del artículo 43° del D. Leg. N° 1071 **FUNDADA** la tachada interpuesta por la Entidad contra el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012 por carecer de eficacia probatoria conforme al artículo 243° del CPC, al artículo 267° del D.S. N° 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 17° de la Ley N° 29824 Ley de Justicia de Paz; **TERCERO: DECLARAR** en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 40° de la Ley de Arbitraje y del inciso 1) del artículo 43° del D. Leg. N° 1071 **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado el Consorcio demandante contra la Resolución N° 20 de fecha 26 de mayo de 2014, que declara **FUNDADA** la tachada interpuesta por la Entidad demandada contra el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012 e **INFUNDADA** la tachada interpuesta por el Consorcio demandante contra el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC.

Mediante Resolución 25 de fecha 21 de noviembre del 2014 se resuelve Por estas consideraciones el Tribunal Arbitral **RESUELVE: DECLARAR FUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por el Consorcio San Antonio; **DECLARAR FUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por el Gobierno Regional Piura; **DEJAR SIN EFECTO** el incremento de honorarios del Tribunal Arbitral y secretaría arbitral, fijados mediante Resolución N° 024; **DAR POR CONCLUIDA LA ETAPA PROBATORIA**, y en consecuencia **NOTIFICAR** a las partes para que en el plazo de **CINCO (05) DÍAS HÁBILES** presenten sus alegatos escritos y de considerarlo conveniente soliciten se fije fecha y hora para informar oralmente.

Con fecha 16 de diciembre del 2014 las partes presenta sus alegatos y escritos y solicitan se fije fecha para informes orales, audiencia que se realiza el 18 de febrero del 2015, en la que se fija el plazo para laudar en treinta días hábiles, ampliándose por quince días hábiles mediante resolución N° 27 de fecha 01 de abril del 2015.

III. I.- DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI PROCEDE, SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR LA DEMANDADA CON LAS CARTAS NOTARIALES N° 219 Y N° 220-2012/GRP-402000-402100; AL HABER QUEDADO CONSENTIDO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CONSORCIO ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA.

PRIMERO.- QUE, LA DEMANDANTE ALEGA QUE:

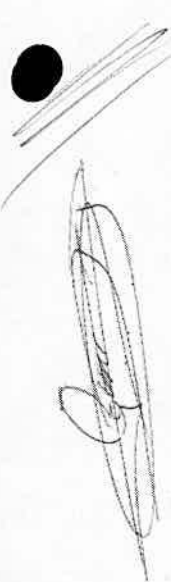
1. Mediante las Cartas Notariales N° 219 y N° 220-2012/GRP-402000-402100 del 21 de Junio del 2012, que fueran notificadas por conducto notarial en la misma fecha, la emplazada Resuelve el Contrato de Ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco Nancho, Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba, Provincia de Huancabamba"; argumentando que el Consorcio accionante no había cumplido con las obligaciones contractuales que fueron requeridas con la Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100 del 25 de Mayo del 2012, que nos fuera notificada vía notarial en la misma fecha, y mediante la cual nos requería que alcancemos "todos los seguros necesarios para resguardar la integridad de los bienes, los recursos que se utilizan y los terceros eventualmente afectados, de acuerdo a lo que establezcan las Bases"; así mismo, en las misivas inicialmente indicadas fijó "como fecha para la Constatación Física e Inventario de la Obra el día veintiséis de junio del año dos mil doce, a horas 9:00 a.m.".

2. Antes de proceder a exponer nuestros Fundamentos de Hecho, mediante los cuales rebatimos lo sostenido por la emplazada; resulta conveniente tener presente lo dispuesto en el Art. 206° del Reglamento, que estipula que "Durante la vigencia del contrato los plazos se computarán en días naturales, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario [...]"; como también, el Art. 226° del Reglamento, que dispone que "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial [...]", y, además lo prescrito en la parte in fine del Art. 267° del Reglamento, que señala que "[...] En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución


establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida".

3. Conforme a las normas antes citadas, y siendo que mediante nuestra Carta N° 001-2011-CSA del 21 de Noviembre del 2011, manifestamos nuestra oposición al requerimiento efectuado por la emplazada con la Carta N° 89-2011/GRP-402400-402420 del 16 de Noviembre del 2011, dejando claro que correspondía a la demandada elaborar el Expediente Técnico modificado del Proyecto; a través de nuestra Carta N° 001-2012-CSA del 10 de Abril del 2012, notificada por conducto notarial en la misma fecha, vale decir, después de más de cuatro (04) meses de nuestra última misiva y no habiendo recepcionado documento alguno de parte de la emplazada que evidenciara que se estaban realizando las acciones administrativas para modificar el Expediente Técnico de la Obra, requerimos a la Entidad demandada para que en el plazo de quince (15) días calendario dé cumplimiento a sus obligaciones contractuales, aprobando y alcanzando el Expediente Técnico modificado de la Obra: "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco Nancho, Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba, Provincia de Huancabamba", conforme a lo dispuesto en el Laudo Arbitral; no habiendo recepcionado pronunciamiento alguno de parte de la emplazada dentro del plazo otorgado; por lo que mediante nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, notificada vía notarial en la misma fecha, comunicamos nuestra decisión de Resolver el Contrato de Ejecución de la Obra va mencionada, fijando el día 08 de Mayo del 2012, como la fecha para la realización de la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra.


4. Habiendo recepcionado la demandada nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, de conformidad con el Art. 267° del Reglamento concordante con la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Ejecución de Obra, debió recurrir, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a dicha notificación, al Arbitraje; no obstante, mediante Carta Notarial N° 128-2012/GRP-GSRMH-402000 del 24 de Abril del 2012, notificada al Consorcio vía notarial el 27 de Abril del 2012, valga la aclaración, cuando ya el Contrato había sido resuelto, la Entidad nos comunica que existen hechos que justifican la demora en la aprobación del Expediente Técnico Modificado, los mismos que se encuentra directamente relacionados a cuestiones previas tales como: someter a reevaluación la Viabilidad del Proyecto y la respectiva autorización por ante la Contraloría General del República, teniendo en consideración que las modificaciones realizadas al Expediente Técnico han superado el 50% del valor contractual, y que de acuerdo a las exigencias de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, deben tramitarse antes de su aprobación con el procedimiento establecido por ley", con lo cual reconoce extemporáneamente que ha incumplido con sus obligaciones; como respuesta a dicha misiva, a través de nuestra Carta N° 003-2012-CSA del 30 de Abril del 2012, notificada por conducto notarial el 02 de Mayo del 2012, manifestamos a la demandada que su Carta resultaba extemporánea al haberse resuelto el Contrato con la Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012.



5. Posteriormente, con la Carta Notarial N° 153-2012/GRP-402000 del 15 de Mayo del 2012, la emplazada nos requiere para que en el plazo de cinco (05) días hábiles presentemos los Certificados de Seguro de Obra, caso contrario procedería a comunicar al OSCE para que de acuerdo a su potestad sancionadora inicie las acciones correspondientes por trasgredir la normativa de contrataciones del Estado; no debe olvidarse que el Consorcio había resuelto el Contrato desde el 28 de Abril del 2012; razón por la cual, mediante la Carta N° 004-2012-CSA del 16 de Mayo del 2012, notificada a la Entidad por conducto notarial el 17 de Mayo del 2012, manifestamos nuestro rechazo a la Carta Notarial N° 153-2012/GRP-402000 por encontrarse resuelto el Contrato; y, comunicamos a la demandada que no habiendo iniciado el procedimiento arbitral prescrito en la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA de fecha 13 de Diciembre del 2007, LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECTUADA POR NUESTRO REPRESENTADO HABÍA QUEDADO CONSENTIDA; correspondiéndonos continuar con la realización de las acciones tendientes a extinguir el Contrato ya mencionado. Al respecto, resulta conveniente tener presente lo dispuesto en la Resolución N° 597-2012-TC-S1 del 02 de Julio del 2012, en cuyo Fundamento 9 se ha estipulado que "[...] a la fecha se ha superado ampliamente el plazo de caducidad para cuestionar la resolución contractual, por lo que se trata de un acto firme y consentido. Es decir, no es realmente posible interponer ningún recurso contra la resolución contractual y por tanto, se trata de un acto que debe surtir todos sus efectos jurídicos [...]"; consecuentemente, habiendo transcurrido el plazo de caducidad que tenía la Entidad emplazada para cuestionar la resolución contractual efectuada por el Consorcio, ésta tiene la calidad de firme y consentida, no pudiendo ser cuestionada bajo ninguna circunstancia, surtiendo todos sus efectos.



6. Como se puede apreciar de los hechos hasta aquí esbozados, la Entidad ha tenido pleno conocimiento de nuestro requerimiento para que cumpla con sus obligaciones contractuales, pues, desde que se emitió la Disposición referida a que la Entidad debía Aprobar la Modificación del Expediente Técnico contenida en la Resolución Gerencia! Sub Regional N° 373-2009/GOB.REG.PIURA-GSRMH-G del 25 de Setiembre del 2009, cuya vigencia dispuso el Tribunal Arbitral en el Laudo Arbitral del 22 de Setiembre del 2011, a la fecha que se resolvió el Contrato habían transcurrido más de treinta (30) meses, período en el cual el Consorcio no fue notificado de la realización de acción alguna de parte de la demandada; así mismo, en forma oportuna se le comunico la decisión del accionante de resolver el Contrato; y, por propia inacción no recurrió al procedimiento arbitral que se había estipulado en el Contrato; contrariamente, se dedicó a cuestionar la formalidad de la resolución contractual más no recurrió ante Tribunal Arbitral alguno a fin de rebatir dicha resolución contractual. Por ello, el requerimiento de cumplimiento de obligaciones notificado por la Entidad el 25 de Mayo del 2012, mediante la Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100, deviene en nulo y carente de todo valor legal, TODA VEZ QUE DESDE EL 17 DE MAYO DEL 2012, LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CONSORCIO HABÍA QUEDADO CONSENTIDA Y FIRME, AL NO HABER SIDO CUESTIONADA EN LA VÍA ARBITRAL POR LA ENTIDAD DEMANDADA.



7. A tenor de lo antes expuesto, la Resolución Contractual efectuada por la emplazada con las Cartas Notariales N° 219 y N° 220-2012/GRP-402000-402100 del 21 de Junio del 2012, que fueran notificadas por conducto notarial en la misma fecha, y cuyo preaviso, según afirma la demandada, lo efectuó con la Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100 del 25 de Mayo del 2012, carecen de todo sustento legal y por ende devienen en nulas; pues, el pretendido procedimiento de resolución contractual implementado por la Entidad demandada, se ha iniciado cuando la resolución contractual efectuada por el Consorcio ya había quedado consentida; en consecuencia, corresponde al Colegiado dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad demandada, ratificando la resolución contractual realizada por el Consorcio.

SEGUNDO.- QUE, LA DEMANDADA ALEGA QUE:

El demandante pretende que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad mediante Cartas Notariales N° 219 y N° 220 2012/GRP-402000-402100, alegando que la resolución contractual efectuada por su parte mediante la Carta N° 002-2012-CSA ha quedado consentida.

El contratista sustenta esta pretensión, arguyendo que con Carta N° G01-2012-CSA20 de fecha 10 de Abril de 2012 (ANEXO 1- G), requirió a la Entidad para que en el plazo de Quince (15) días calendario de cumplimiento a sus obligaciones contractuales, aprobando y alcanzando el Expediente Técnico modificado de la Obra, conforme a lo dispuesto en el Laudo Arbitral, bajo apercibimiento de resolver el contrato suscrito, sin que haya recibido respuesta alguna, por lo que con Carta N° 002-2012-CSA20 de fecha 26 de Abril de 2012 (ANEXO 1- H) resolvió el contrato de ejecución de obra de fecha 13 de diciembre de 2007, fijando como fecha para la realización de la Constatación Física e inventario de la Obra, el día 8 de Mayo de 2012.

En el ámbito de las contrataciones con el Estado, el artículo 45° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que el contrato puede ser resuelto por causas imputables a la Entidad, al contratista, o de mutuo acuerdo.

En la medida que en el caso en cuestión, incluye dos de los tres supuestos señalados en la Ley: La Resolución de Contrato efectuada por el Contratista y la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad, procederemos a analizar de manera independiente cada uno de los supuestos, a fin de demostrar que la Resolución del Contrato efectuada por la Entidad mediante Cartas Notariales N° 219 y N° 220-2012/GRP-402000-402100 es válida, lo que no ocurre con la Resolución de Contrato efectuada por el Contratista.

De la Resolución del Contrato efectuada por el Contratista:

El artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Reglamento) establece lo siguiente:

"Artículo 225.- Causales de resolución

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

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

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

Mediante Carta N° 001-2012-CSA20 de fecha 10 de Abril de 2012, el Contratista solicitó a la Entidad lo siguiente:

"(...)

Conforme a lo antes expuesto, y siendo que hasta la fecha vuestra representada no ha efectuado acción alguna para cumplir con lo dispuesto en la Resolución Gerencial Sub Regional N° 373-2010/GRP-402000-G, tal cual lo ha ordenado el Tribunal Arbitral; de conformidad con el Inc. c) del artículo 40° del D.Leg. N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado concordante con el Art. 169° del DS. N° 184-2008-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, le requerimos para que en el plazo de Quince (15) días calendario de cumplimiento a sus obligaciones contractuales, aprobando y alcanzando el Expediente Técnico de la Obra de la referencia modificado, conforme se ha dispuesto en el Laudo Arbitral, procedimiento que se encuentra regulado en fe normas de contrataciones antes indicadas, bajo apercibimiento de resolver el contrato suscrito, (sic)"

Del tenor de la Solicitud antes transcrita se observa que el Contratista amparó su procedimiento de Resolución de Contrato en normas inaplicables al caso concreto. No obstante ello, la Entidad contrariamente a lo alegado por el Contratista, procedió a dar respuesta a la Carta cursada.

Así, mediante Carta Notarial N° 128-2012/GRP-GSRMH-402000 de fecha 24 de abril de 2012 (ANEXO 1-1), la Entidad respondió al Contratista en los siguientes términos:

"(...) Que, sin embargo la causal invocada por vuestra representada carece de asidero, toda vez que, si existen hechos que justifican la demora en la aprobación del Expediente Técnico Modificado, los mismos que se encuentran directamente relacionados a cuestiones previas tales como: someter a reevaluación la Viabilidad del Provento y la respectiva autorización por ante la Contraloría General de la República, teniendo en consideración que las modificaciones

realizadas al Expediente Técnico han superado el 50% del valor contractual, y que de acuerdo a las exigencias de la Ley de Contrataciones del Estado, su reglamento y la Ley del Sistema Nacional de inversión Pública, deben de tramitarse antes de su aprobación con el procedimiento establecido por ley.

Que, en consecuencia se puede determinar la inexistencia de un incumplimiento injustificado por parte de la Entidad, en el retraso de la aprobación del Expediente Técnico Modificado, máxime si el Laudo Arbitral no establece un lazo a través del cual se conmine a la Gerencia Sub Regional a aprobar el Expediente Técnico Modificado; sin embargo el retraso se encuentra sustentado y justificado en el estricto cumplimiento de las exigencias legales establecidas frente a las modificaciones y/o reformulaciones de los Expedientes Técnicos (...).

Señores del Tribunal Arbitral, como Ustedes podrán observar NO EXISTE UNA DEMORA INJUSTIFICADA por parte de la Entidad en la aprobación del expediente técnico modificado, sino que la demora es una consecuencia directa de los trámites correspondientes para su aprobación que efectuó la Entidad, tal como consta en los Informes N° 153-2012/GRP-402410 de fecha 20 de abril de 2012 (ANEXO 1-J), N° 154-2012/GRP-402410 de fecha 23 de abril de 2012 (ANEXO 1-K), N° 188-2012/GRP-402410 de fecha 14 de mayo de 2012 (ANEXO 1-L) y N° 201-2012/GRP-402410 de fecha 18 de mayo de 2012 (ANEXO 1-M); y más cuando, la modificación del acotado expediente suponía un incremento del monto contractual en más del 50%, tal como consta en el informe N° 045-2012/GRP-40240Q-CNF de fecha 09 de Mayo de 2012 (ANEXO 1-N).

Así, tenemos que la Aprobación del Expediente Técnico modificado supone un incremento del importe total de S/.2,431,282.11 aproximadamente, importe que representa el 139.73% más del monto contratado respecto a la viabilidad verificada, tal como consta en el Informe N° 079-2012/GRP-4024G0-CNF de fecha 17 de julio de 2012 (ANEXO 1-Ñ), en tal sentido, para su ejecución se debe contar con la respectiva autorización por parte de la Contraloría General de la República.

Para ello, además es necesario tener en cuenta la regulación correspondiente a las modificaciones de un Proyecto de Inversión Pública (PIP) en la fase de inversión, En atención a ello, tenemos que la Directiva General del SNIP, Aprobada por Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01, detalla lo siguiente:

"Artículo 27.- Modificaciones de un PIP durante la fase de inversión.-

27.1 Durante la fase de inversión, un PIP puede tener modificaciones no sustanciales que conlleven al incremento del monto de inversión con el que fue declarado viable el PIP, Las variaciones que pueden ser registradas por el órgano que declaró la viabilidad o el que resulte competente sin que sea necesaria la verificación de dicha viabilidad, siempre que el PIP siga siendo socialmente rentable, deberán cumplir con lo siguiente".

d. Deberán registrarse en el Banco de Proyectos, a través de la Ficha de Registro de Variaciones en la Fase de inversión (Formato SNIP-16), en el plazo máximo de 03 días hábiles,

como requisito previo a la ejecución de las variaciones. Dicho registro tiene carácter de declaración jurada, siendo el órgano que declaró la viabilidad, o quien haga sus veces, el responsable por la información que se registra".

En el presente caso, el proyecto de inversión del CONTRATO fue elaborado y programado por la Municipalidad Provincial de Huancabamba, correspondiéndole a dicha entidad, realizar las gestiones correspondientes tendentes a modificar el PIP.

La Modificación de Expediente Técnico traía consigo la aprobación del Adicional de Obra N° 3, adicional que no podía ser aprobado sin que previamente no se hubiesen registrado los Adicionales de Obra N° 1 y 2 otorgados por parte de la Oficina de Programación de Inversión Pública (OPI) de la Municipalidad Provincial de Huancabamba, quien no había cumplido con ello, tal como consta en el Informe N° 060-2012/GRP/404000-CNF de fecha 7 de junio de 2012 (ANEXO 1-0), y pese a que la Entidad le requirió ello mediante Oficio N° 039-2011/GRP-402400 de fecha 21 de marzo de 2011 (ANEXO 1-AA), lo cual recién hizo con fecha 03 de setiembre de 2012, tal como consta en la Ficha de Registros - Banco de Proyectos N° 14322 (ANEXO 1-P).

En consecuencia, para aprobar la modificación del expediente técnico y reiniciar los trabajos, según la normativa del SNIP que se detalla, se debían registrar los adicionales N° 1 y 2 ya ejecutados, lo cual recién se hizo por parte de la OPI- de la Municipalidad de Huancabamba, el 03.09.2012, tal como se ha señalado en el acápite anterior.

En este orden de ideas, ha quedado acreditado que la Entidad no ha omitido aprobar el Expediente Técnico Modificado por un incumplimiento injustificado de sus obligaciones como manifiesta el Contratista, sino que dicha demora se ha debido a razones justificadas, y un hecho determinante de tercero, como lo es la omisión por parte de la OPI de la Municipalidad Provincial de Huancabamba de registrar las variaciones en el proyecto de inversión de la obra.

Pese a que, la Entidad expuso al Contratista las razones por las cuales no había procedido aún a aprobar el expediente técnico modificado - razones que son justificables, razonables y legales-, éste mediante Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012 (ANEXO 1-H), procedió a resolver el contrato, señalando lo siguiente:

"(...) mediante la presente misiva estamos RESOLVIENDO EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA de fecha 13 de Diciembre de 2007, suscrito para la Ejecución de la Obra "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco - Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba - Provincia de Huancabamba", fijando el día 08 de Mayo del 2012,, como fecha para la realización de la Constatación Física e inventario que se realizara en el lugar de la Obra" (...)

Como puede observarse, la carta notarial mediante la cual el Contratista pretendía resolver el contrato no cumplió con las formalidades de la Ley, con lo cual es ineficaz al estar viciada de nulidad, al NO HABERSE FIJADO LA HORA PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSTATACIÓN FÍSICA E INVENTARIO, tal como lo establece el Artículo 267 del Reglamento que a la nota dice:

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

50

(...)

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 días (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notorio Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta la otra levantará el acta. (...)

Unido a la omisión en la fijación de la hora de la realización de la constatación física e inventario, se debe de valorar el hecho que EL CONTRATISTA NO EFECTUÓ TAL CONSTATACIÓN, pues no hemos sido notificadas con el acta que la contenga y no ha presentado conjuntamente a su demanda arbitral medio probatorio alguno que acredite su realización-Señores del Tribunal Arbitral, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye una norma de orden público y sus disposiciones constituyen requisitos esenciales que deben de ser cumplidos por las partes para su validez. Así, los requisitos establecidos en el Artículo 267 del Reglamento, concordante con los artículos 3 y 5 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444, constituyen normas de orden público que deben ser acatadas y observadas obligatoriamente por las partes.

En ese sentido, el vicio incurrido por el Contratista en el procedimiento de resolución del contrato, al no haber señalado la hora de la constatación ha acarreado su invalidez y por ende, no puede producir efectos jurídicos.

En consecuencia, el Contratista no puede alegar que su Resolución de Contrato ha quedado consentida, pues su resolución carece de sustento pues la Entidad no ha incumplido injustificadamente sus obligaciones, sino que la demora en la aprobación del expediente técnico modificado tiene sustento. Además, la carta notarial de resolución de contrato del contratista no cumplía con uno de los requisitos establecidos por la norma, y no habiendo subsanando el Contratista dicha omisión, la Entidad válidamente la tuvo por no presentada y no considero resuelto el Contrato, el cual se mantuvo vigente, hasta la fecha en que la Entidad decidió resolverlo, ante el incumplimiento del Contratista.

Respecto a la alegación del contratista referida a que su resolución del contrato habría quedado consentida en la medida que no habríamos cuestionado la misma dentro del plazo de 15 días, es necesario precisar que tanto la Ley como su reglamento establecen plazos de caducidad, en ese sentido analizaremos la legalidad de dicho plazo con la finalidad de determinar si efectivamente en el presente caso ha caducado nuestro derecho a cuestionar la resolución del contrato, y en consecuencia, ha quedado consentida la Resolución del Contrato efectuada.

El Artículo 53.2 de la Ley establece que "Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre la ejecución interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación v/o arbitraje, según el acuerdo de las partes,

debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

Conforme al artículo citado, las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato deben ser sometidas a conciliación y/o arbitraje, debiendo iniciarse dichos procedimientos antes de que el contrato culmine, siendo éste un plazo de caducidad general. No obstante ello, el reglamento ha establecido un plazo especial, tales como los señalados en el primer párrafo de los artículos 272 y del Reglamento, encontrando entre dichos plazos especiales el plazo de caducidad que operaría en el supuesto de resolución de contrato.

Debemos de tener en cuenta, que la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel, luego de transcurrido el "plazo fijado por la Ley o la voluntad de los particulares". En este sentido, el artículo 2003 del Código Civil establece que la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente."

Pese a que el Código Civil establece que los plazos de caducidad se establecen por Ley, en el presente caso, observamos que el plazo de caducidad alegado por el Contratista se encuentra establecido en el reglamento, lo cual contraviene el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, García-Calderón señala que dado que el artículo 2004 del Código Civil establece que «los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario», considera que el plazo de caducidad contemplado en el Reglamento es incorrecto e ilegal toda vez que estos plazos se encuentran regulados en el Código Civil no siendo posible establecerlos a través de normas de inferior jerarquía como un decreto supremo, dejando en indefensión al interesado al recortársele el derecho de acceso a la justicia.

Asimismo, Rodríguez Ardiles —teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 2004 del Código Civil— señala que ello conduce a cuestionarnos respecto a si las disposiciones efectuadas por el Reglamento, en el sentido de establecer plazos de caducidad, cumplen o no con el principio de legalidad.

Así, el citado autor afirma que el poder recurrir a la instancia arbitral en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato, ofrece a las partes contratantes una facultad amplia para determinar, dentro de dicho lapso, la posibilidad de decidir el momento en el cual, por razones de costo u oportunidad, se puede recurrir a la instancia arbitral, cumpliendo con las normas de procedimiento establecidas en el Reglamento.

A entender del citado autor, el Reglamento ha fijado plazos de caducidad no previstos en la Ley, dependiendo de la situación que en cada caso corresponde, recortando o limitando —sin explicación— la amplitud que la Ley otorga, lo que a la postre significaría una desnaturalización de la norma jerárquica superior a cuyos conceptos debe sujetarse.

CP

De esta manera, el establecer plazos perentorios que limitan la libertad que la Ley otorga a las partes contratantes, tiene un efecto perturbador del principio de legalidad, el mismo que es necesario restituir en el más breve plazo.

La posibilidad de recurrir a la instancia arbitral, ante la resolución del contrato por una de las partes, en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato, no sólo ha sido reconocida por la doctrina antes citada, sino que también ha sido recogido por algunos Tribunales Arbitrales. Así, en el Laudo de Derecho de fecha 11 de Octubre de 2012, emitido en el Proceso Arbitral seguido por Consortio Vial Piura contra el Gobierno Regional de Piura (ANEXO 1-Q), los árbitros se pronunciaron en los siguientes términos:

"Previo al análisis de los puntos controvertidos señalados en este proceso arbitral, resulta necesario verificar, de oficio, si el proceso iniciado por la demandante se encuentra dentro del plazo previsto en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, atendiendo a los argumentos esgrimidos por la demandada en su escrito de cumplimiento de requerimiento de fecha 08 de agosto de 2012.

Al respecto de debe tener presente que el cuestionamiento en el presente caso reside en establecer si la solicitud arbitral no está afectada por la caducidad establecida por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a que el arbitraje puede ser iniciado en cualquier momento previo a la culminación del Contrato; es pertinente indicar, sin embargo, que en concordancia, el artículo 170° del Reglamento, establece que el arbitraje puede ser iniciado dentro de los 15 días siguientes de dicho evento, lo que importa la posibilidad que el interesado puede o no ejercerla dentro de ese plazo, dado que no se establecido como obligación (porgue para tal caso la norma tendría que utilizar el verbo imperativo "deber" y no el facultativo "poder"). En consecuencia, la acción y el derecho del contratista no deben de entenderse incursos en caducidad si no hubiera ejercido la opción, facultativa, de iniciar el arbitraje.

Como conclusión respecto a la caducidad invocada por la demandada debe desestimarse al haber, el Tribunal, formado convicción en el sentido la solicitud de arbitraje presentada por el CONSORCIO VIAL PIURA ha sido formulada dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, (sic)".

En este orden de ideas, tenemos que la Entidad puede recurrir a arbitraje a cuestionar la resolución del contrato efectuada por el Contratista hasta antes de la culminación del contrato. Y en ese sentido, lo que cabría preguntar es, efectivamente, cuándo culmina el contrato.

Para tal efecto, vamos a recurrir al artículo 43 de la Ley, norma que señala lo siguiente:

"Artículo 43. - Culminación del contrato. -

Los contratos destinados a la adquisición de bienes ya la contratación de servicios, culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada. (...)".

47

Para el caso de los bienes y servicios, el artículo 234 del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 234.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso".

En ese sentido, tenemos que a la fecha aún estamos dentro del plazo para cuestionar la resolución efectuada, pues a la fecha la Entidad no ha emitido su conformidad a la prestación efectuada por el Contratista, sino que contrariamente a ello, ha resuelto el contrato celebrado, ante el incumplimiento del demandante de presentar los seguros de la obra.

Por lo tanto, no estamos ante una resolución de contrato que haya quedado consentida y siendo que la Resolución de Contrato efectuada por el Contratista adolece de nulidad, tal como se ha expuesto, corresponde declarar infundado este extremo de la demanda.

De la Resolución del Contrato efectuada por la Entidad:

El Inc. c) del Artículo 41 de la Ley, prescribe que "Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: 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 el documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo 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. 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".

Asimismo, el inciso 1) del Artículo 225 del Reglamento, señala que: "...La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 41° de la Ley, en los casos en que el Contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.

A su vez, el Artículo 226 del Reglamento, estipula que "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará

necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento".

Conforme a las normas citadas, la resolución contractual conlleva todo un procedimiento que debe ser seguido por la parte contractual que desea resolver el Contrato; así tenemos, que para resolver válidamente el contrato, por incumplimiento de obligaciones contractuales, la parte perjudicada con el incumplimiento debe requerir el cumplimiento de la obligación dentro de un plazo no menor de quince (15) días calendario, bajo apercibimiento de resolverse el contrato.

De otro lado, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 225 del reglamento, para que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento imputable al Contratista, el incumplimiento debe estar referido a obligaciones que están establecidas en el contrato; posición que además ha quedado establecida en el Pronunciamiento N° 018-2004 (GTN), que en su numeral 3.6 sobre causales de resolución de contrato señala: "...Adicionalmente, se deberá establecer en las Bases, de manera diferenciada, las obligaciones esenciales y las no esenciales para efectos de poder resolver el contrato, conforme a lo establecido en el artículo 143° del Reglamento...". Y conforme se aprecia del contrato, la contratación de seguros para la obra está contemplada como una obligación contractual del contratista, al igual que en las bases del proceso de selección.

Dado que algunos trabajos ejecutados por el contratista habían sufrido deterioros por: deslizamientos, socavaciones, derrumbes, huaycos, entre otros, la Entidad procedió a solicitar las Pólizas de Seguro de la Obra, debido a que éstas no habían sido presentado, y siendo que la contratación de seguros era una obligación contractual del contratista, la Entidad válidamente requirió la presentación de los certificados de los seguros que acrediten su contratación.

Así, mediante Carta Notarial N° 153-2012/GRP-402000 de fecha 15 de mayo de 2012 (ANEXO 1-R), la Entidad requirió al Contratista lo siguiente:

"(...), de la revisión de la documentación alcanzada por su representada se tiene que hasta la fecha no ha cumplido con alcanzar los certificados de Seguro de Obra, razón por la cual se solicita dar estricto cumplimiento a lo establecido en las Bases Integradas y el Contrato suscrito, para lo cual se le otorga el Plazo de 05 días hábiles, caso contrario se procederá a iniciar las acciones necesarias así como comunicarle al OSCE para que de acuerdo a su potestad sancionadora, inicie las acciones correspondientes por transgredir la normativa de contrataciones del Estado.(...).

El Contratista en lugar de entregar los seguros de la obra, procedió a cursar a la Entidad, la Carta N° 004-2012-CSA de fecha 16 de mayo de 2012 (ANEXO 1-S), en la cual indicó lo siguiente;

"(...) Respecto a su misiva debemos de manifestar que la misma resulta contraria a la Ley y fuera de toda vinculación contractual, pues, mediante nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de abril de 2012, notificada en la misma fecha, hemos RESUELTO EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA de fecha 13 de diciembre de 20071...).

Ante la acotada comunicación, la Entidad mediante Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100 de fecha 25 de mayo de 2012 (ANEXO 1-T), le indicó al Contratista, lo siguiente:

"(...) Que, no obstante resulta necesario precisarle que en su Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha veintiséis de abril del dos mil doce (26.04.2012), donde comunica la resolución del Contrato, fija como fecha para la Constatación física e Inventario el día ocho de mayo del dos mil doce (08.05.2012), sin indicar la hora para la realización de dicho acto, lo que desde ya contradice lo textualmente señalado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones específicamente el artículo N°209, que establece que:"(...)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 (...)", lo que desde ya, invalida la aplicación de la resolución de contrato incoada por su representada, en consecuencia todo acto realizado por las empresas amparándose en la aplicación del Artículo N° 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, carece de asidero fáctico y jurídico.

Que, su representado lejos de cumplir con la normatividad incurre en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, toda vez que hasta la fecha no alcanza los certificados de Seguro de Obra, teniendo en consideración que el Contrato de Ejecución de Obra, señala expresamente lo siguiente:

(...)

Que, habiendo quedado invalidado todo el proceso de Resolución de contrato, realizado por Consortio San Antonio, por la inobservancia del Reglamento de la Ley de Contrataciones y ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales precisadas en el contenido de la presente, esta Gerencia Subregional Morropón Huancabamba, le concede quince días (15 d.), para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, bajo percibimiento de proceder con la Resolución del Contrato de ejecución de la Obra (...)"

Ante el incumplimiento del Contratista de presentar los SEGUROS DE LA OBRA, la Entidad mediante Carta Notarial N°-219-2012/GRP-402000-402100 de fecha 21 de junio de 2012 (ANEXO 1-U) procedió a resolver el contrato de ejecución de la obra, fijando como fecha para la constatación física e inventario el día 26 de junio del 2012, a horas 9:00 A.M, en lugar de la Obra.

El 26 de junio de 2012 se efectuó en el lugar de la obra y en presencia del Juez de Paz de Sapalache, la Constatación Física e Inventario, precediéndose a levantar el acta respectiva (ANEXO 1-V).

Como el Colegiado podrá advertir, la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad ha observado los requisitos establecidos en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento, con lo cual debe de mantener su eficacia y efectos a no estar incurso en vicios de nulidad; y por ende, debe declararse infundada la pretensión del contratista de que se deje sin efecto.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI PROCEDE, SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR LA DEMANDADA CON LAS CARTAS NOTARIALES N° 219 Y N° 220-2012/GRP-402000-402100; AL HABER QUEDADO CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CONSORCIO ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA.

TERCERO.- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

Que, tratándose el presente punto sobre resolución contractual tenemos que tener presente el artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM, el cual contiene tres actos a los que hemos llamado escenarios diferenciados a saber: 1) La Resolución del Contrato 2) Citación a la Constatación Física e inventario y 3) La Liquidación correspondiente.

Que, según se observa de autos la resolución del contrato efectuada por LA DEMANDANTE se realizó mediante Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012, esto es, la Resolución del Contrato fue efectuada primero por LA DEMANDANTE, puesto que LA DEMANDADA resolvió el contrato mediante las Cartas Notariales N° 219° y N° 220-2012/GRP-402000-402100 del 21 de junio de 2012, ambas Cartas notificadas notarialmente en la misma fecha; por lo que comenzaremos analizando la resolución del Contrato efectuada por el Contratista o LA DEMANDANTE.

I) RESOLUCION DEL CONTRATO EFECTUADA POR EL CONTRATISTA

PRIMER ESCENARIO: LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

A) SOBRE AFIRMACION DE LA DEMANDADA EN EL SENTIDO QUE NO EXISTE UNA DEMORA INJUSTIFICADA POR PARTE DE LA ENTIDAD EN APROBAR EL EXPEDIENTE TECNICO MODIFICADO

Que, el inciso c) del artículo 41° del D.S. N° 083-2004-PCM T.U.O de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado indica con relación a la Resolución del Contrato por Incumplimiento que: "... 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."

Que, el último párrafo del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. N° 084-2004-PCM, establece que: "... El contratista podrá solicitar la resolución del contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 41° de la Ley en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.

Que, la Entidad Demandada aduce que se puede determinar la inexistencia de un incumplimiento injustificado por parte de la Entidad, en el retraso de la aprobación del Expediente Técnico Modificado, máxime si el Laudo Arbitral no establece un plazo a través del cual conmine a la Gerencia Sub Regional a aprobar el Expediente Técnico Modificado; por su parte LA DEMANDANTE señala que desde que se emitió la Resolución Gerencial Sub Regional N° 373-2009/GOB.REG.PIURA-GSRMH-G del 25 de septiembre de 2009 referida a que la Entidad debía aprobar la modificación del Expediente Técnico, Resolución cuya vigencia la estableció un laudo arbitral; a la fecha que se resolvió el contrato han transcurrido más de 30 meses.

Que, lo cierto es que la aprobación del expediente técnico es una obligación esencial de LA DEMANDADA, puesto que sin él no podría cumplirse la finalidad contractual, cual es, la ejecución de la obra y cuya naturaleza, la de ser obligación esencial, no ha sido enervada ni contradicha por ésta; asimismo LA DEMANDADA en ningún momento cuestiona el procedimiento que LA DEMANDANTE siguió para requerirle cumpla con sus obligaciones esenciales cual es la aprobación del expediente técnico; es más LA DEMANDADA admite demora en la aprobación del expediente técnico, pero afirma que dicha demora es justificada; por lo que debemos analizar dicha demora para saber si se cumple con lo dispuesto en el artículo 225° del Reglamento de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sobre incumplimiento injustificado de obligaciones esenciales.

Que, LA DEMANDADA afirma que su demora justificada se debe a que se tuvo que someter a reevaluación la viabilidad del Proyecto debiéndose realizar una serie de trámites, Informes N° 153-2012/GRP-402410 de fecha 20 de abril de 2012 (ANEXO 1-J), N° 154-2012/GRP-402410 de fecha 23 de abril de 2012 (ANEXO 1-K), N° 188-2012/GRP-402410 de fecha 14 de mayo de 2012 (ANEXO 1-L) y N° 201-2012/GRP-402410 de fecha 18 de mayo de 2012 (ANEXO 1-M); contar con la autorización de Contraloría General de la República por superar el 50% del valor contractual, Informe N° 045-2012/GRP-40240Q-CNF de fecha 09 de Mayo de 2012 (ANEXO 1-N), Informe N° 079-2012/GRP-4024G0-CNF de fecha 17 de julio de 2012 (ANEXO 1-Ñ); asimismo, el proyecto de inversión del CONTRATO fue elaborado y programado por la Municipalidad Provincial de Huancabamba, correspondiéndole a dicha entidad, realizar las gestiones correspondientes tendentes a modificar el PIP; la Modificación de Expediente Técnico traía consigo la aprobación del Adicional de Obra N° 3, adicional que no podía ser aprobado sin que previamente no se hubiesen registrado los Adicionales de Obra N° 1 y 2

otorgados por parte de la Oficina de Programación de Inversión Pública (OPI) de la Municipalidad Provincial de Huancabamba, quien no había cumplido con ello, tal como consta en el Informe N° 060-2012/GRP/404000-CNF de fecha 7 de junio de 2012 (ANEXO 1-0), y pese a que la Entidad le requirió ello mediante Oficio N° 039-2011/GRP-402400 de fecha 21 de marzo de 2011 (ANEXO 1-AA), lo cual recién hizo con fecha 03 de setiembre de 2012, tal como consta en la Ficha de Registros - Banco de Proyectos N° 14322 (ANEXO 1-P)

Que, sobre el particular, el Laudo arbitral según señala LA DEMANDANTE en su escrito de demanda, que resuelve dejar sin efecto las Resoluciones Gerenciales Sub Regionales N° 487-2010/GOB.REG.PIURA-GSRMH-G del 08 de noviembre del 2010 y N° 498-2010/GOB.REG.PIURA-GSRMH-G del 12 de noviembre de 2010, manteniéndose la vigencia del contrato suscrito; es de fecha 22 de septiembre de 2011, teniendo calidad de consentido y ejecutoriado en sede arbitral conforme a la Resolución N° Catorce que data del **04 de noviembre de 2011** y, la Carta N° 002-2012-CSA, mediante la cual LA DEMANDANTE resuelve el contrato, data del **26 de abril de 2012**; por lo que entre la fecha en que quedó consentido el Laudo y la fecha en que operó la resolución del contrato por parte de LA DEMANDANTE pasaron **173 días calendario aproximadamente**.

Que, según se observa de autos LA DEMANDADA recién con fecha 20 de abril de 2012, mediante Informe 153-2012/GRP-402410 el Sub Director de la Unidad de Estudios alcanza al Director Sub Regional de Infraestructura el Expediente Técnico modificado, esto es **a los 167 días calendarios aproximadamente** desde que el Laudo quedó consentido en sede Arbitral la Entidad recién evaluó las observaciones formuladas por el contratista para lo cual **sólo tenía 7 (siete) días hábiles** de conformidad con el artículo 210° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; cabe resaltar que la Entidad Demandada mediante Carta N° 89-2011/GRP-402400-402420, de fecha 16 de noviembre de 2011, reitera al Consorcio Demandante observaciones en el sentido que la modificación del proyecto no está firmado por ingeniero responsable y que debe alcanzar Estudio Geológico detallado de la zona por donde se ha trazado el canal, sin embargo, el artículo 210° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que el contratista debe comunicar de inmediato a la Entidad de las fallas o defectos que advierta luego de la suscripción del contrato, sobre cualquier especificación o bien que la Entidad le hubiere proporcionado, con lo cual cumplió LA DEMANDANTE (Carta N° 001-2011-CSA, de fecha 21 de noviembre de 2011) y que estando al artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la Entidad es responsable de aquellos cambios que se generen en los proyectos debido a la necesidad de ejecución de los mismos, esto es, es obligación de la Entidad elaborar y aprobar el expediente técnico de las obras a ser ejecutadas, tanto de la obra principal como de las obras adicionales, siendo que el presente caso se trata de una ejecución de obras adicionales y no una prestación adicional de obra (en la que la Entidad puede ordenar al Contratista a elaborar el expediente técnico).

Que, según lo expresado queda acreditado de autos que la Entidad con fecha 20 de abril de 2012, mediante Informe 153-2012/GRP-402410 el Sub Director de la Unidad de Estudios

alcanza al Director Sub Regional de Infraestructura el Expediente Técnico modificado, esto es reacciona a los 167 días calendarios aproximadamente cuando la norma le indica que tiene que evaluar las observaciones formuladas por el contratista en 7 (siete) días hábiles; fue recién el 17 de julio de 2012, mediante Informe N° 079-2012/GRP-402400-CNF, es decir cuando el contrato ya había sido resuelto por LA DEMANDANTE mediante Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012, que el Inspector de la Obra comunica al Sub Director de Obras que recomienda derivar la información allí contemplada a la Municipalidad Provincial de Huancabamba a fin de que su respectiva OPI registre dicha información.

Que, la Entidad Demandada no puede aducir que no existe incumplimiento injustificado por parte de la Entidad, en el retraso de la aprobación del Expediente Técnico Modificado, debido a que el Laudo Arbitral no estableció en su oportunidad un plazo a través del cual conmine a la Gerencia Sub Regional a aprobar el Expediente Técnico Modificado, toda vez que el plazo para la aprobación del expediente técnico lo da la propia norma y constitucionalmente una norma publicada se tiene que es de conocimiento público, máxime si se trata de una Entidad que se encuentra familiarizada con éste tipo de procedimientos.

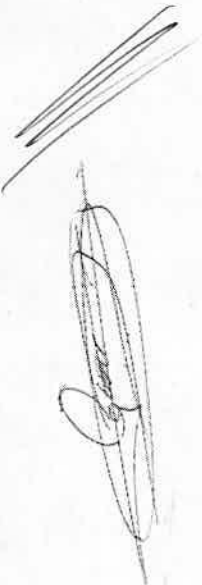
Que, la Entidad Demandada no puede aducir que la Municipalidad Provincial de Huancabamba tiene la culpa de su demora puesto que el Contrato de Ejecución de Obra fue suscrito sólo entre la Entidad y el Contratista.

Que, la Entidad tampoco puede aducir que el trámite ante Contraloría General de la República por superar el 50% del valor contractual, causó su demora toda vez que, si el valor contractual supera el 50% es debido a obras adicionales, el artículo 266° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que Contraloría contará con un plazo máximo de 15 días hábiles bajo responsabilidad para emitir pronunciamiento, transcurrido ese plazo sin que medie pronunciamiento la Entidad está autorizada para la ejecución de obras adicionales sin perjuicio de control posterior; por otro lado, a mayor abundamiento el segundo párrafo del artículo 248° del mismo cuerpo normativo establece que, en casos distintos a los adicionales de obras, Contraloría también tiene un plazo máximo de 15 días hábiles para pronunciarse caso contrario las prestaciones adicionales se consideran aprobadas sin perjuicio de control posterior; por lo que el plazo para que Contraloría se pronuncie, en cualquier caso, también se encuentra normado.

Por tanto, en base a los argumentos legales expuestos es que no se puede afirmar conforme lo hace LA DEMANDADA, que no existe una demora injustificada en aprobar el expediente técnico modificado; quedando pues acreditado de autos que la Entidad demandada no cumplió con sus obligaciones esenciales, quedando resuelto el contrato a favor del Consorcio demandante, conforme a ley.

SEGUNDO ESCENARIO: CONSTATAACION FISICA E INVENTARIO


Que, este segundo escenario el efecto que produce la resolución del contrato es la Constatación Física e Inventario, toda vez que el segundo párrafo del artículo 267° del




Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que: "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 ...", por lo que primero debe existir una resolución del contrato de obra válida, para poder pasar a la constatación física e inventario y analizar la validez de éste porque la constatación física e inventario que resulte válida será la causa para que jurídicamente exista una liquidación de obra que surta efectos jurídicos puesto que la parte *in fine* del segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que: "...Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación"

Sin embargo las partes han tratado sobre la constatación física e inventario al abordar el primer punto controvertido por lo que lo analizaremos en este punto pero lo volveremos a tratar cuando veamos el segundo punto controvertido sobre liquidación de obra, que es el tercer escenario del Artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.


B-1) SOBRE AFIRMACION DE LA DEMANDADA EN EL SENTIDO QUE LA CARTA NOTARIAL MEDIANTE LA CUAL EL CONTRATISTA PRETENDÍA RESOLVER EL CONTRATO ES NULA AL NO HABERSE FIJADO LA HORA PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSTATAION FISICA E INVENTARIO.



Que, el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece liminarmente que 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.



Que, teniendo a la vista la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, observamos que LA DEMANDADA obvió consignar la hora en que debería realizarse la Constatación Física e Inventario; nótese que la norma utiliza la palabra "deberá indicar la hora", y no utiliza la palabra, podrá indicar la hora, la palabra podrá tiene carácter facultativo, mientras que la palabra deberá tiene carácter imperativo y como tal, debe entenderse que es un requisito fundamental y formalidad prescrita por la norma que tiene el carácter de esencial sin la cual no puede surtir efectos jurídicos dicho acto, por contravenir expresamente el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por lo que la Carta Notarial en mención es Nula en el extremo de llevar adelante la Constatación Física e Inventario puesto que no fijó hora para su realización; es decir, no se podía realizar la Constatación Física e Inventario puesto que LA DEMANDANTE obvió consignar la formalidad prescrita por la norma cual es la consignación de la hora en que debía realizarse dicha Constatación, la cual tiene carácter imperativo; empero, la Carta Notarial en mención es válida y surte todos los efectos jurídicos en el extremo a que se contrae la resolución del contrato, puesto que conforme a quedado probado de autos no existió una demora justificada en aprobar el expediente técnico modificado por parte de la Entidad habiéndose producido la resolución del contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 41° de la Ley cuando dice



que la resolución del contrato se dará en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales.

Que, teniendo presente que LA DEMANDANTE no cumplió con indicar en su Carta Notarial la hora para llevar a cabo la diligencia de Constatación Física de la Obra, dicha comunicación no surtió efectos jurídicos exigidos por la norma de Contrataciones del Estado puesto que en principio, la vulneración del ordenamiento jurídico origina la nulidad del acto producido e implica que, en este extremo, no surta efectos legales.

Que, en este sentido el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual CABANELLAS indica que la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos y, puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de voluntad y la observancia de las formas prescrita para el acto. En el mismo sentido la Enciclopedia Jurídica OMEBA señala que el ordenamiento jurídico "... constituye un todo coherente y armónico que vive de acatamientos y de trasgresiones (en esa medida) cuando se transgrede una norma forzosa ese ordenamiento jurídico queda violado porque los individuos no pueden derogar lo establecido en un tal tipo de normas".

Que, es en virtud de los argumentos legales expuesto que la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, presentada por LA DEMANDANTE mediante la cual resuelve el contrato, sólo es válida y surte todos sus efectos jurídicos en el extremo a que se contrae la resolución del contrato; siendo nula y por tanto ineficaz, no surtiendo efectos jurídicos, en el extremo de llevar adelante la Constatación Física e Inventario de la Obra.

B-2) SOBRE EL ACTA DE CONSTATAcion FISICA E INVENTARIO

Que, LA DEMANDADA afirma que el Contratista no efectuó tal Constatación pues no han sido notificados con el Acta y que no la ha presentado conjuntamente a su demanda arbitral.

Que, LA DEMANDANTE en su escrito de Contestación de la Reconvención, de fecha 26 de diciembre de 2012, ofrece a su vez como medio probatorio, el Acta de Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra de fecha 08 de mayo de 2012.

Que, este Tribunal mediante resolución firme e inimpugnable en sede arbitral, Resolución N° 23 de fecha 21 de julio de 2014 en el Tercer Ítem de su parte Resolutiva DECLARA en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 40° de la Ley de Arbitraje y del inciso 1) del artículo 43° del D. Leg. N° 1071 INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por el Consorcio demandante contra la Resolución N° 20 de fecha 26 de mayo de 2014, que declara FUNDADA la tacha interpuesta por la Entidad demandada contra el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012 e INFUNDADA la tacha interpuesta por el Consorcio demandante contra el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC.

Por lo que el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012 no puede ser merituada al momento de laudar, puesto que al haber procedido su tacha, deviene en ineficaz como medio probatorio. Sin embargo, cabe resaltar que como ha quedado probado de autos no se podía realizar jurídicamente la Constatación Física e Inventario puesto que LA DEMANDANTE obvió consignar la formalidad prescrita por la norma cual es la consignación de la hora en que debía realizarse dicha Constatación, la cual tiene como analizamos carácter imperativo, contraviniéndose expresamente el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, estando a que la vulneración del ordenamiento jurídico origina la nulidad del acto producido implica que, en este extremo, no surta efectos jurídicos, siendo éste el argumento legal de fondo por el que no debió llevarse a cabo la Constatación Física e Inventario y no la tacha declarada FUNDADA presentada contra el Acta de Constatación Física e Inventario, que son dos cosas diferentes.

C) SOBRE QUE LA RESOLUCION DEL CONTRATO EFECTUADA POR LA DEMANDANTE HABRIA QUEDADO CONSENTIDA PUESTO QUE LA ENTIDAD NO ACCIONO DENTRO DEL PLAZO DE CADUCIDAD.

Que, el artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prescribe que: "Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre la ejecución interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Este plazo es de caducidad."

Que, el artículo 273° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que **cualquiera de las partes tiene derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 53° de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268° y 269° de este Reglamento.**

Que, el artículo 227° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre efectos de la **resolución del contrato en general**, dispone en su tercer párrafo que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Que, para el caso que nos avoca toda vez que se trata de un **Contrato de Ejecución de Obra a Suma Alzada, Licitación Pública N° 002-2007/GOB.REG.PIURA-GSRMH-DSRI**, de fecha 13 de diciembre de 2007, es de aplicación el último párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sobre **efectos de la resolución del contrato de obra que se encuentra dentro del Capítulo III, Normas Especiales para la Ejecución de Obras** el cual liminarmente prescribe que en caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o el Contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles

siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

Que, según se observa de autos la Carta Notarial N° 002-2012-CSA, mediante la cual LA DEMANDANTE resuelve el contrato, fue notificada a LA DEMANDADA el día 26 de abril de 2012, por lo que LA DEMANDADA, estando a la Cláusula 13.2 del Contrato de Ejecución de Obra sobre solución de controversias, la cual dispone que las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje; tenía LA DEMANDADA 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la Carta Notarial N° 002-2012-CSA para recurrir a arbitraje (Artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pertinente al caso que nos avoca); sin embargo no lo hizo, hecho que se encuentra debidamente acreditado en autos; tanto es así que LA DEMANDADA dejó vencer el plazo para recurrir a arbitraje que, en su escrito de contestación de demanda fundamenta su defensa en el sentido que aún se encuentran dentro del plazo para cuestionar la resolución efectuada, puesto que tiene plazo hasta que culmine el contrato de conformidad al artículo 43° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, artículo que se encuentra dentro de las Disposiciones Generales de la Ley y el artículo 234° del Reglamento el cual indica que luego de haberse dado la conformidad a la prestación, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo; cuando es de verse que son de aplicación el artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los artículos 273° y 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, antes mencionados; a mayor abundamiento, no se observa de autos documento alguno por parte de LA DEMANDADA promoviendo arbitraje dentro del plazo de caducidad que señala la norma.

Que, en el presente caso ha quedado extinguido el derecho y la acción correspondiente que LA DEMANDADA tenía para recurrir a arbitraje por controversias surgidas sobre la resolución del contrato, habiendo quedado la resolución del contrato efectuada por LA DEMANDANTE consentida, al haber operado el plazo de caducidad contemplado en la norma.

II) RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD

Que, es jurídicamente imposible la coexistencia de dos resoluciones de contrato de obra.

Que, en el presente caso quien primero efectuó la resolución del contrato de obra fue LA DEMANDANTE mediante Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012, LA DEMANDADA resolvió el contrato mediante las Cartas Notariales N° 219° y N° 220-2012/GRP-402000-402100 del 21 de junio de 2012, ambas notificadas notarialmente en la misma fecha.

Que, toda vez que el plazo contemplado en el artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM, mediante el cual la resolución del contrato queda consentida; es de caducidad, en virtud del artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; es que, LA DEMANDADA contaba con este plazo que le franqueaba la norma para que dentro de él pudiera recurrir a arbitraje y plantear las controversias que sobre la resolución del contrato tenía; pero como se ha acreditado de autos,

al haber operado el plazo de caducidad en contra de LA DEMANDADA por su inercia al no acudir a arbitraje, ha operado la caducidad que extingue el derecho y la acción correspondiente conforme al artículo 2003° del Código Civil.

Que, siendo que LA DEMANDANTE mediante Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012, resolvió el contrato de obra, LA DEMANDADA tenía hasta aproximadamente el 11 de mayo de 2012 para recurrir a arbitraje, sin embargo la Entidad demandada, en lugar de acudir a arbitraje; mediante Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100, de fecha 25 de mayo de 2012, concede a LA DEMANDANTE quince días para el cumplimiento de sus obligaciones y LA DEMANDADA mediante Carta Notarial N° 219-2012/GRP-402000-402100 de fecha 21 de junio de 2012 resuelve el contrato de obra, asimismo notifica Carta Notarial N° 220-2012/GRP-402000-402100 de fecha 21 de junio de 2012, esto es en la misma fecha, cuyo tenor y asunto es el mismo del de la Carta Notarial N° 219-2012, es decir, la resolución del contrato de obra.

Que, como se podrá observar del procedimiento para la resolución del contrato efectuada por LA DEMANDADA, ésta lo inició mediante Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100 de fecha 25 de mayo de 2012 y resolvió el contrato mediante Carta Notarial N° 219-2012/GRP-402000-402100 y notifica Carta Notarial N° 220-2012/GRP-402000-402100 ambas con fecha 21 de junio de 2012; por lo que LA DEMANDADA inició el procedimiento de resolución de contrato cuando su plazo para recurrir a arbitraje ya había caducado y había quedado consentida la resolución de contrato de obra a favor de LA DEMANDANTE.

Que, estando a los argumentos legales glosados en el presente considerando se determina que si procede, se deje sin efecto la resolución contractual efectuada por la demandada con las Cartas Notariales N° 219 y N° 220-2012/GRP-402000-402100; al haber quedado consentida la Resolución Contractual efectuada por el Consorcio accionante mediante la Carta N° 002-2012-CSA. Debiendo DECLARARSE, en el punto controvertido correspondiente, que la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, presentada por LA DEMANDANTE mediante la cual resuelve el contrato, sólo es válida y surte todos sus efectos jurídicos en el extremo a que se contrae la resolución del contrato; siendo nula y por tanto ineficaz, no surtiendo efectos jurídicos, en el extremo de llevar adelante la Constatación Física e Inventario de la Obra.


AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE TENER POR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONSORCIO Y CANCELE EL SALDO A FAVOR ASCENDENTE A S/. 928,900.06, MAS SUS RESPECTIVOS INTERESES LEGALES HASTA LA FECHA DE SU EFECTIVO PAGO.


CUARTO.- QUE, LA DEMANDANTE ALEGA QUE:

1. Antes de proceder a sustentar nuestros Fundamentos de Hecho de la presente Pretensión, se hace necesario recurrir a la Cláusula Décimo Primera Num. 11.4 del Contrato para la ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco Mancho, Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba, Provincia de Huancabamba", en el cual se


34



estipulo que "La Liquidación del Contrato y sus efectos, se efectuará de acuerdo a lo establecido en los Artículos 269° y 270° del Reglamento": como también a lo prescrito en el Art. 267° del Reglamento, que dispone que "[...] Culminado este acto [la constatación física e inventario], la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269° [...]" (entre corchetes y subrayado nuestro); y, a lo señalado en el Art. 269° del Reglamento, que estipula que "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 de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) 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. [...] La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. [...] No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver", así como, a lo dispuesto en el Art. 38° del D. Leg. N° 1071, que señala que "Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje" (el subrayado es nuestro).



2. En virtud a las normas citadas, y teniendo presente que la Constatación Física e Inventario se llevó a cabo el 08 de Mayo del 2012, por haberse así fijado en la Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, con la cual Resolvimos el Contrato; resolución contractual que había sido consentida por la Entidad al 17 de Mayo del 2012, al no haber recurrido al Arbitraje, no existiendo controversia alguna pendiente de resolver; nuestro representado, en virtud del Art. 267° del Reglamento, que dispone que "[...] Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269° [...]" concordante con el primer párrafo del Art. 269° del Reglamento, que estipula que "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 de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) 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 [...]", mediante la Carta s/n del 04 de Junio del 2012, presentada a la Entidad emplazada el 05 de Junio del 2012, procedió a



presentar la Liquidación del Contrato de Obra; la misma que fuera devuelta por la demandada con la Carta N° 114-2012/GRP-402400-402420 del 18 de Junio del 2012, argumentando que la "supuesta resolución de Contrato ha contravenido la normatividad de la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, al no haber fijado hora para la constatación física e inventario de obra, y no alcanza el Acta de la constatación física e inventario de obra"] téngase presente que la emplazada no formulo observaciones a la Liquidación ni practico una nueva Liquidación como lo manda la norma antes citada.

3. Ante la devolución de nuestra Liquidación de Obra, con fecha 25 de Junio del 2012, a través de nuestra Carta N° 005-2012-CSA de la misma fecha, de conformidad con el primer párrafo del Art. 269° del Reglamento, que estipula que "[...] Dentro del plazo de treinta (30) 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 [...]" (subrayado nuestro); ratificamos nuestra Liquidación de Obra en todos sus extremos por haber quedado consentida al no haber sido observada ni haberse practica una nueva Liquidación, toda vez que conforme a la Opinión N° 119-2005/GTN del 26 de septiembre del 2005, emitida por la Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE, hoy OSCE, la demandada podía haber adoptado dos (02) acciones: 1) Observar la Liquidación presentada; o, 2) Elaborar una nueva Liquidación y alcanzarla al contratista; la primera, está relacionada con la "[...] inconformidad con el contenido de dicha liquidación, es decir, sobre los aspectos económicos consignados por el contratista en el documento de liquidación, puesto que no existe una forma determinada para la elaboración de dicho documento por parte del contratista. Así, por ejemplo, podría observarse que en el documento no se hayan considerado las penalidades por mora deducidas por la Entidad, o que se hayan valorizado metrados no contratados o ejecutados, o que se pretendan aún cobrar conceptos ya pagados, o que se pretendan cobrar gastos generales por ampliaciones no aprobadas, entre otros supuestos [...]", en tanto que la segunda, tiene relación, según la Opinión antes aludida, con "[...] la posibilidad que la Entidad presente una nueva liquidación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 269° del Reglamento, [lo cual conlleva a que tenga que recurrirse] al artículo 43° de la Ley, que ha previsto que la misma deberá realizarse mediante Resolución o Acuerdo, debidamente fundamentado [...]" (entre corchetes nuestro); acciones que no siguió la emplazada, pues, del tenor mismo de la Carta N° 114-2012/GRP-402400-402420 se desprende que Devolvió la Liquidación de Obra presentada por el Consorcio; posteriormente, con fecha 06 de Julio del 2012, fuimos notificados de la Carta Notarial N° 233-2012/GRP-402000 de la misma fecha, a través de la cual la demandada vuelve a devolvernos la Liquidación de Obra, por los mismos argumentos expuestos en su Carta N° 114-2012/GRP-402400-402420.

4. Conforme a lo acotado, el Consorcio demandante ha seguido estrictamente los plazos y el procedimiento regulados en el Art. 269° del Reglamento; no obstante, la Entidad demandada no ha cumplido con lo dispuesto en la norma ya citada y en las Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, pues, nunca observo la Liquidación presentada ni formulo una nueva Liquidación; por lo que resulta conveniente tener presente

además lo expuesto por Álvarez Pedroza, quien manifiesta que "queda aprobada la liquidación cuando las observaciones a la Liquidación no son objetadas por la otra parte [...] En cambio queda consentida, cuando la otra parte no objeta la liquidación presentada en el plazo de 15 días; siendo así, nuestra Liquidación ha quedado consentida, toda vez que con la Carta N° 114-2012/GRP-402400-402420 del 18 de Junio del 2012, no se objetó u observo la Liquidación que presentáramos el 05 de Junio del 2012, pues, la acción realizada por la Entidad de devolver la misma, no cuenta con el sustento legal debido; razón por la cual, mediante nuestra Carta N° 007-2012-CSA del 16 de Julio del 2012, notificada a la demandada el 17 de Julio del 2012, dejamos constancia que nuestra Liquidación de Obra había quedado consentida y que toda la documentación relacionada con la misma obraba en poder de la emplazada.

5. A tenor de lo expuesto, la Liquidación presentada por el Consorcio demandante con fecha 05 de Junio del 2012, resulta válida y consentida, puesto que la misma no ha sido objetada conforme a lo dispuesto en el Art. 269° del Reglamento; además debe tenerse presente que la Liquidación de Obra ha sido formulado en base a lo realmente ejecutado, debiendo precisar que lo ejecutado contó con la aprobación e inspección del Supervisor de Obra; en consecuencia, corresponde al Colegiado disponer la aprobación de nuestra Liquidación por haber quedado consentida, y ordenar que se haga efectivo el saldo a nuestro favor más sus respectivos intereses hasta la fecha de su real pago.

QUINTO.- QUE, LA DEMANDADA ALEGA QUE:

El demandante pretende que el Tribunal Arbitral declare consentida la su Liquidación del Contrato de Obra practicada y cancele el saldo a su favor ascendente a S/.928,90G.06, más sus respectivos intereses legales hasta la fecha de su efectivo pago a nuestro favor.

El Contratista sustenta su pretensión arguyendo que mediante Carta S/N del 04 de junio de 2012 (ANEX01-W), presentada a la Entidad el 5 de junio de 2012, procedió a presentar la Liquidación del Contrato de Obra; la misma que fue devuelta por la demandada con Carta N° 114-2012/GRP-402400-402420 del 18 de Junio de 2012 (ANEXO 1-X), sin que se formule observaciones a la misma, ni se practicó una nueva liquidación.

Añadió que la Liquidación de Obra presentada resulta válida y consentida, puesto que no ha sido objetada conforme lo dispuesto en el artículo 269 del Reglamento.

Al respecto, debemos de precisar que el Contratista presentó su Liquidación de Obra, pese a que el Contrato de Obra aún se encontraba vigente, pues la resolución de contrato efectuada por el Contratista era inválida, y por ende, incapaz de tener efectos jurídicos. Respecto a este argumento nos remitiremos a los fundamentos de hecho y derecho expuestos en el acápite de la primera pretensión y a los argumentos que se expondrán en nuestra reconvencción.

No obstante, en el supuesto negado, que el Tribunal Arbitral falle a favor de que la resolución de contrato efectuada por el Contratista es válida, debe de tenerse en cuenta que de conformidad con el Artículo 267 del Reglamento, LA LIQUIDACIÓN DE LA OBRA SE REALIZA UNA VEZ QUE SE HAYA REALIZADO EL ACTO DE CONSTATACIÓN FÍSICA E INVENTARIO EN EL

LUGAR DE LA OBRA. ACTO DE CONSTATACIÓN QUE EN EL PRESENTE CASO NO FUE EFECTUADO POR EL CONTRATISTA, prueba de ello es-que no ha presentado conjuntamente con su demanda el acta respectivamente.

En consecuencia, mientras que se no efectúe el acto de constatación física e inventario de la obra, el Contratista no tenía habilitado su derecho para presentar su Liquidación de Obra al no haberse cumplido el presupuesto establecido por el reglamento; y de hacerlo, su Liquidación de Obra de ninguna manera puede generar consecuencias jurídicas, al haberse efectuado sin observar los requisitos establecidos por la Ley y el Reglamento.

En el presente caso, pese a que el contrato aún estaba vigente y que no se había realizado el acto de constatación e inventario de la obra, el Contratista mediante Carta S/N de fecha 4 de junio de 2012 presentó su Liquidación de Obra (ANEXO 1-W), la cual constaba de 512 folios, precisándose los documentos que se adjuntan. De dicha relación se puede observar que no se presentó conjuntamente con la Liquidación de Obra el acta de constatación física e inventario.

En atención a la Liquidación de Obra presentada, la Entidad mediante Carta N° 114-2012/GRP-4G2400-402420 de fecha 18 de junio de 2012 (ANEXO 1-X) devolvió al Contratista los documentos de la Liquidación de Obra presentada, indicándosele "que no había mérito para pronunciarse sobre dicha liquidación debido a que la supuesta resolución de contrato había contravenido la normatividad de la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, al no haber fijado hora para la constatación física e inventario de obra, y no alcanza el Acta de la constatación física e inventario de obra, contradiciendo lo normado en el Art. N° 209 del RLCE".

No obstante a que la Entidad devolvió al Contratista su Liquidación de Obra, éste de manera renuente y desconociendo totalmente el ordenamiento vigente, mediante Carta N° 005-2012-CSA de fecha 25 de junio de 2012 (ANEXO 1-Y) se ratificó en su Liquidación de Obra presentada el 5 de junio de 2012, la misma que mantenía inalterable en todos sus extremos al haber quedado consentida al 18 de junio de 2012, al no habérsele efectuado Observación alguna. Sin embargo, tal como se ha expuesto líneas arriba, tal Liquidación de Obra no ha quedado consentida, debido a que la misma ha sido elaborada sin observar lo prescrito en el Artículo 267 del Reglamento, razón por la cual la Entidad nuevamente procedió a devolverla mediante Carta Notarial N° 233-2012/GRP-402000 de fecha 6 de julio de 2012 (ANEXO 1-Z).

Respecto a la alegación del Contratista referida a que su Liquidación de Obra habría quedado consentida debido a que la Entidad no la habría observado, nos remitimos a los fundamentos expuestos en el apartado de la primera pretensión respecto a la interpretación respecto a los plazos de caducidad establecidos en el reglamento. En ese sentido, la Entidad válidamente puede cuestionar la Liquidación de Obra efectuada por el Contratista, tal como se ha hecho en el presente extremo, pues la misma no puede quedar consentida debido a que es inválida al haberse practicado sin observar el presupuesto establecido en el Artículo 267 del Reglamento, y al haberse efectuado de manera inoportuna, pues a la fecha de la Liquidación de Obra - 4 de junio de 2012, el Contrato aún se encontraba vigente.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE TENER POR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONSORCIO Y CANCELE EL SALDO A FAVOR ASCENDENTE A S/. 928,900.06, MAS SUS RESPECTIVOS INTERESES LEGALES HASTA LA FECHA DE SU EFECTIVO PAGO.

SEXTO.-

Que, es importante tener en cuenta que, en un solo documento, la Carta Notarial N° 002-2012-CSA, se da la resolución del contrato y a su vez se cita a constatación física e inventario, por lo que primero debe existir una resolución del contrato de obra válida, para que dicha citación proceda jurídicamente, asimismo, sólo si la citación es válida, esto es, cuenta con todos los requisitos que la norma prescribe, la constatación física que se lleve adelante surte efectos jurídicos, cual es, proceder a la liquidación de obra; de tal manera que sólo si se dan los supuestos o pasos anteriores se puede entrar a analizar si la liquidación del contrato de obra practicada por el Consorcio está consentida, puesto que esta habría sido presentada de conformidad con la normatividad especial aplicable al caso que nos avoca, esto es, conforme al segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por lo que para resolver sobre el consentimiento de la liquidación de obra, se debe determinar si ésta fue presentada con la debida sujeción a los pasos previos que dicta el artículo 267° Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es por ello que este Tribunal tiene que decidir sobre las cuestiones subsidiarias o conexas a la presentación de la liquidación de obra, es decir, los pasos previos que deben darse para procurar y garantizar válidamente la presentación de una liquidación de obra, puesto que sólo así ésta surte efectos jurídicos y puede quedar consentida. La facultad del Tribunal Arbitral para poder decidir sobre las cuestiones subsidiarias o conexas a la presentación de la liquidación de obra la encontramos en el artículo 44° de la Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje cuando establece que: "Los árbitros son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones **subsidiarias**, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso."; en el mismo sentido, aunque no de aplicación para el caso que nos avoca, pero que sin embargo sirve sólo a manera de ilustración, el artículo 40° del D. Leg. N° 1071 Ley de Arbitraje actual, dispone que: "El Tribunal Arbitral es 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, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las misas." De donde, como sabemos, subsidiarias es palabra relacionada a conexas.

Que, al primer escenario sobre resolución del contrato de obra, se observa que LA DEMANDADA demoró injustificadamente la aprobación del expediente técnico modificado, lo que constituía su obligación esencial por lo que existía causal de resolución del contrato toda vez que LA DEMANDADA contravino los artículos 210° y 211° del Reglamento de la Ley de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado; asimismo, conforme ha quedado acreditado al analizar el Primer Punto Controvertido, se ha extinguido el derecho y la acción correspondiente que LA DEMANDADA tenía para recurrir a arbitraje por controversias surgidas sobre la resolución del contrato, habiendo quedado la resolución del contrato de obra efectuada por LA DEMANDANTE consentida, por haber operado el plazo de caducidad contemplado en la norma. Por lo que tenemos que la resolución de contrato realizada por LA DEMANDANTE es válida, esto es, no tiene vicios que acarreen su nulidad ni opera los efectos que ésta produce y a su vez ha quedado consentida

Que, conforme se ha indicado, en un solo documento, la Carta Notarial N° 002-2012-CSA, se da la resolución del contrato y a su vez se cita a la Constatación Física e Inventario, habiéndose determinado que la resolución del contrato es válida, pasaremos ahora a analizar el segundo escenario referido a la Constatación Física e Inventario.

SEGUNDO ESCENARIO: CONSTATAACION FISICA E INVENTARIO

Que, este segundo escenario las partes lo tocaron en el primer punto controvertido, cuando en realidad corresponde al segundo punto controvertido, que ahora nos avoca, por lo que reproducimos los argumentos legales ya expuestos, con ciertos agregados, a fin de no perder la ilación de nuestro análisis.

B-1) SOBRE AFIRMACION DE LA DEMANDADA EN EL SENTIDO QUE LA CARTA NOTARIAL MEDIANTE LA CUAL EL CONTRATISTA PRETENDÍA RESOLVER EL CONTRATO ES NULA AL NO HABERSE FIJADO LA HORA PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSTATAACION FISICA E INVENTARIO.

Que, el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece liminarmente que 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.

Que, teniendo a la vista la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, observamos que LA DEMANDADA al citar para la Constatación Física e Inventario obvió consignar la hora en que debería realizarse dicha Constatación; nótese que la norma utiliza la palabra "deberá indicar la hora", y no utiliza la palabra, "podrá indicar la hora", la palabra podrá tiene carácter facultativo, mientras que la palabra deberá tiene carácter imperativo y como tal, debe entenderse que es un requisito fundamental y formalidad prescrita por la norma que tiene el carácter de esencial sin la cual no puede surtir efectos jurídicos dicho acto, por contravenir expresamente el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y, toda vez que el artículo 10° de la Ley N° 27444 establece que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los realizados en contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas; es que deviene nula en parte la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, siendo dicha nulidad en lo referente a la citación para la Constatación Física e Inventario, específicamente en la

parte en que se fija fecha para la realización de la mencionada Constatación en el lugar de la obra por no consignar la hora en que debía llevarse a cabo; dejándose en claro que no existe nulidad en la resolución del contrato, toda vez que como se encuentra acreditado de autos LA DEMANDADA demoró injustificadamente la aprobación del expediente técnico modificado, lo que constituía su obligación esencial por lo que existía causal de resolución del contrato; habiendo quedado incluso dicha resolución de contrato, consentida a favor de LA DEMANDANTE. Siendo que la Carta Notarial N° 002-2012-CSA, es nula en el extremo en que cita a la Constatación Física e Inventario, dicha citación no surtió los efectos jurídicos respectivos.

B-2) SOBRE EL ACTA DE CONSTATAcion FISICA E INVENTARIO

Que, LA DEMANDADA afirma que el Contratista no efectuó tal Constatación pues no han sido notificados con el Acta y que no la ha presentado conjuntamente a su demanda arbitral.

Que, LA DEMANDANTE en su escrito de Contestación de la Reconvención, de fecha 26 de diciembre de 2012, ofrece a su vez como medio probatorio, el Acta de Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra de fecha 08 de mayo de 2012.

Que, este Tribunal mediante resolución firme e inimpugnable en sede arbitral, Resolución N° 23 de fecha 21 de julio de 2014 en el Tercer Ítem de su parte Resolutiva DECLARA en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 40° de la Ley de Arbitraje y del inciso 1) del artículo 43° del D. Leg. N° 1071 INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por el Consorcio demandante contra la Resolución N° 20 de fecha 26 de mayo de 2014, que declara FUNDADA la tacha interpuesta por la Entidad demandada contra el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012 e INFUNDADA la tacha interpuesta por el Consorcio demandante contra el Oficio N° 131-2014-CNPYT/DC.

Por lo que el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 08 de mayo de 2012 no puede ser merituada al momento de laudar, puesto que al haber procedido su tacha, deviene en ineficaz como medio probatorio. Sin embargo, cabe resaltar que como ha quedado probado de autos no se podía realizar válidamente la Constatación Física e Inventario puesto que LA DEMANDANTE, al citar para dicha Constatación obvió consignar la formalidad prescrita por la norma, cual es, la consignación de la hora en que debía realizarse, la cual tiene como analizamos carácter imperativo, es por ello que LA DEMANDANTE ha contravenido expresamente el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que la citación para realizarse la Constatación Física e Inventario es nula; siendo éste el argumento legal de fondo por el que no pudo jurídicamente llevarse a cabo la Constatación Física e Inventario y no la tacha propiamente dicha, que fue declarada FUNDADA y que iba dirigida contra el Acta de Constatación Física e Inventario, éstas obviamente son dos cosas diferentes.

TERCER ESCENARIO: LIQUIDACION DE LA OBRA

Que, el segundo párrafo del Artículo 267° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece liminarmente que 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.




Que, como se podrá observar, no pudo jurídicamente efectuarse la Constatación Física e Inventario por no haberse consignado la hora en que esta debía realizarse, contraviniéndose el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, **al ser nula en parte** la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, en lo referente a la parte en que fija fecha para la realización de la Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra por no haberse consignado la hora, es que **la realización de dicho acto no surte efectos jurídicos**, amén de que el Acta de Constatación Física e Inventario deviene en ineficaz como medio probatorio por haber procedido su tacha; en consecuencia la liquidación de obra presentada también deviene en nula toda vez que el numeral 13.1 del artículo 13° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General prescribe que "La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él." Y toda vez que el numeral 12.1 del artículo 12° del mismo cuerpo normativo dispone que: "La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro." Es que al ser nula también la liquidación de obra, ésta no puede quedar consentida, puesto que no puede quedar consentida algo que jurídicamente no existe. En consecuencia se debe declarar nula la citación para la Constatación Física e Inventario y todos los actos efectuados con posterioridad a ésta incluida la liquidación del contrato de obra.

Por tanto, corresponde declarar la nulidad en parte de la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, en lo referente a la citación para la realización de la Constatación Física e Inventario, así como todos los actos efectuados con posterioridad a ésta, incluida la liquidación del contrato de obra. En consecuencia no corresponde tener por consentida la liquidación del contrato de obra practicada por el consorcio, así como no corresponde que se cancele el saldo a favor ascendente a s/. 928,900.06, mas sus respectivos intereses legales hasta la fecha de su efectivo; debiéndose proseguir con el procedimiento de Resolución de Contrato según su estado.

AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI COMO CONSECUENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, SE DISPONGA A LA DEMANDADA DEVUELVA AL DEMANDANTE LAS CARTAS FIANZAS DE FIEL CUMPLIMIENTO, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS; COMO TAMBIÉN, LAS CARTAS FIANZAS DE ADELANTO PARA MATERIALES, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS.


SEPTIMO.- QUE, LA DEMANDANTE ALEGA QUE:



1. En virtud de la Cláusula Décimo Primera Num. 11.7. Apartado 11) del Contrato para la ejecución de la Obra: "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco Nancho, Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba, Provincia de Huancabamba", que estipula que "Antes de la suscripción del presente Contrato, "EL CONTRATISTA" ha presentado la siguiente documentación: [...] Carta Fianza N° 0011-0278-9800012015-98 expedida por el Banco Continental, con fecha 30 de Noviembre del 2007, por el monto de SA 180,572.00 (Ciento Ochenta Mil Quinientos Setenta y Dos con 00/100 Nuevos Soles), con vencimiento al 28 de Abril del 2008, la misma que corresponde a la garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de Ejecución de Obra. La garantía presentada se mantendrá vigente durante el plazo de ejecución, hasta el consentimiento de la liquidación final (Artículos 215° y 221° del Reglamento) o hasta la fecha de emisión del Laudo Arbitral en caso de solución de controversias" concordante con el Art. 215° del Reglamento, que prescribe que "Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de ejecución y consultoría de obras" (subrayado nuestro); corresponde, que la Entidad demandada nos devuelva la Garantía de Fiel Cumplimiento, al haber quedado consentida la Liquidación del Contrato de Obra, presentada con fecha 05 de Junio del 2012.

2. Así mismo, conforme a la Cláusula Sexta Num. 6.5. del Contrato de Ejecución de Obra, que dispone que "Con arreglo de este instrumento "EL CONTRATISTA" se obliga a: Solicitar el adelanto directo que fijan las Bases dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato, incluyendo en dicha solicitud la Garantía (Carta Fianza y/o Póliza de Caucción) y el Plan de Utilización de dicho adelanto en forma detallada y al calendario ofertado, a nivel de partida específica", encontrándose a la fecha vigente nuestra Carta Fianza que garantiza el Adelanto Directo otorgado, y siendo el caso que la Liquidación del Contrato de Obra, presentada con fecha 05 de Junio del 2012, ha quedado consentida; procede que la emplaza nos devuelva dicha Carta Fianza.

3. De conformidad con las disposiciones contractuales y norma antes citada, la Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y Adelanto Directo deben ser devueltas al quedar consentida la Liquidación del Contrato de Obra; por tanto, siendo el caso que nuestra Liquidación ha quedado consentida desde el 18 de Junio del 2012, por no haber la emplazada objetado u observado nuestra Liquidación del 05 de Junio del 2012, procede que el Tribunal Arbitral la declare como tal y disponga que la demandada devuelva al demandante las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y Adelanto Directo, pues, se da el caso que pese a que oportunamente hemos venido renovando las mismas, la emplazada no ha cumplido con devolvernos aquellas que ya vencieron; por lo que debe disponerse que se devuelvan junto con las Cartas Fianzas que a la fecha de emitir el Laudo Arbitral se encuentren vigentes.



4. Conforme a lo expuesto, la presente pretensión cuenta con el sustento fáctico y legal debido; por lo que corresponde al Tribunal Arbitral declarar Fundada la misma.

OCTAVO.- QUE, LA DEMANDADA ALEGA QUE:

El Contratista pretende que como consecuencia del consentimiento de la Liquidación de Contrato de Obra presentada se le devuelva las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento y las Cartas Fianzas de Adelanto para materiales presentadas.

El Contratista alega que al haber quedado consentida su Liquidación de Obra presentada con fecha 4 de junio de 2012, la Entidad debe proceder a la devolución de sus cartas fianzas de fiel cumplimiento y de adelanto de materiales presentadas.

Al respecto, tal como se ha argumentado en el apartado correspondiente a la Segunda Pretensión, la Liquidación de Obra presentada por el Contratista no ha quedado consentida.

En este extremo debemos señalar que el Artículo 215° del Reglamento, prescribe que "Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras". (El subrayado es nuestro).

De otro lado los incisos 2) y 3) del artículo 221° del acotado Reglamento establece: "2) La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado. 3) Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista".

Por su parte el Artículo 219° establece: "Garantía por adelantos.- La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso".

Conforme a lo señalado en los artículos citados, la garantía de fiel cumplimiento no solamente tiene que estar vigente hasta que mediante laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare

procedente la decisión de resolver el contrato, sino hasta el consentimiento de la liquidación - e incluso hasta el cumplimiento del pago del saldo en contra arrojado en la liquidación-. En ese sentido, al no haber ocurrido ninguno de estos dos eventos resulta improcedente solicitar la devolución de dicha garantía; asimismo, la garantía por el Adelanto Directo, debe estar vigente hasta la amortización total de dicho adelanto; y dado que en el proceso no se ha demostrado que se amortizó este adelanto/persiste la obligación legal de mantener vigente esta garantía. Por lo tanto, al no haberse producido ninguno de estos eventos, el Tribunal Arbitral deberá desestimar la presente pretensión, caso contrario se estaría contraviniendo las normas que rigen las contrataciones del estado.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI COMO CONSECUENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, SE DISPONGA A LA DEMANDADA DEVUELVA AL DEMANDANTE LAS CARTAS FIANZAS DE FIEL CUMPLIMIENTO, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS; COMO TAMBIÉN, LAS CARTAS FIANZAS DE ADELANTO PARA MATERIALES, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS.

NOVENO.- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

Que, el artículo 215° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado dispone que como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, **tener vigencia hasta** la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios o **hasta el consentimiento de la liquidación final**, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Que, el artículo 219° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado indica que tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo.

Que, el artículo 246° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado establece que cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización de los adelantos se tomará en cuenta al momento de efectuar el pago siguiente que le corresponda al contratista y/o **en la liquidación**.

Que este Tribunal en base a los argumentos legales expuestos en los considerandos respectivos, ha determinado que corresponde declarar la nulidad en parte de la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, en lo referente a la citación para la realización de la Constatación Física e Inventario, así como todos los actos efectuados con posterioridad a ésta, incluida la liquidación del contrato de obra. En consecuencia no corresponde tener por

consentida la liquidación del contrato de obra practicada por el consorcio, así como no corresponde que se cancele el saldo a favor ascendente a s/. 928,900.06, mas sus respectivos intereses legales hasta la fecha de su efectivo; debiéndose proseguir con el procedimiento de Resolución de Contrato según su estado.

Que, al no haber quedado consentida la liquidación del contrato de obra practicada por el contratista por ser nula, no se puede disponer a LA DEMANDADA devuelva a LA DEMANDANTE las cartas fianzas de fiel cumplimiento, tanto la que se encuentra vigente como las vencidas, ni se puede disponer que LA DEMANDADA devuelva las cartas fianzas de adelanto para materiales, tanto la que se encuentra vigente como las vencidas; toda vez que lo concerniente a las cartas fianzas, se determinará en la futura liquidación final que se practique, como consecuencia de proseguirse con la secuela de la resolución del contrato según su estado.

AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE SE CONDENE A LA DEMANDADA ASUMA EL PAGO DE LOS COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

DECIMO.- QUE, LA DEMANDANTE ALEGA QUE:

Siendo que de los hechos descritos líneas arriba se demuestra que la demandada es responsable del inicio del proceso arbitral al pretender resolver el Contrato de Obra cuando la resolución contractual efectuada por el Consorcio ha quedado consentida por la inacción de la propia Entidad, además de haber consentido la Liquidación del Contrato de Obra al no haberla cuestionado conforme a Ley, corresponde que los costos del presente proceso arbitral - honorarios de arbitros; gastos administrativos de la institución arbitral; los gastos incurridos por el demandante en su defensa, que en nuestro caso ascienden a S/. 15,000.00 (Quince Mil Nuevos Soles); entre otros-, de conformidad con los Artículos 70° y 73° Inc. 1. del D. Leg. N° 1071, que establecen la estructura de los costos arbitrales y que los mismos sean asumidos por la parte vencida, amén del monto total de nuestros petitorios, sean cubiertos por la Entidad demandada; toda vez que conforme lo hemos demostrado en los hechos que sustentan la presente demanda, nuestra actuación en la ejecución de la Obra se ha sujetado a lo dispuesto en las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado vigentes durante la ejecución contractual.

Conforme a los hechos antes expuestos, corresponde al Tribunal Arbitral declarar FUNDADA nuestra Demanda, dejando sin efecto la pretendida resolución contractual efectuada por la emplazada y ratificar la resolución contractual realizada por el Consorcio al haber quedado consentida; así como, disponer a la demandada efective el saldo a favor del Consorcio determinado en la Liquidación del Contrato de Obra, al haber quedado consentida ésta; además de devolver las Cartas Fianzas que garantizan el Adelanto Directo y el Adelanto para Materiales; y, que asuma el pago de los costos arbitrales.

DECIMO PRIMERO .- QUE, LA DEMANDADA ALEGA QUE:

El demandante pretende que el Tribunal Arbitral condene a la Entidad que asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral.

El contratista pretende que se le reconozcan los costos y costas procesales, incluidos los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros, generados en el Proceso Arbitral, así como los gastos por asesoramiento, hasta por un monto de S/.15,000.00 (QUINCE MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES).

Sobre este extremo se debe señalar que el inciso 1) de! artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, dispone que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes y a falta de este, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; siendo que, sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso, conforme fluye del tenor del Convenio Arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del Proceso Arbitral. Atendiendo a esta situación, el Tribunal Arbitral se encuentra compelido a emitir decisión sobre los costos del arbitraje, teniendo como regla básica el sentido o resultado de la decisión adoptada, apelando a su debida prudencia.

De esta manera, queda fehacientemente acreditado que la Resolución del Contrato efectuada por el contratista y la Liquidación del Contrato presentada por el Contratista resulta ilegal, al haberse presentado cuando no correspondía. Y por lo tanto, se debe desestimar todas sus pretensiones, declarando INFUNDADA la Demanda Arbitral en todos sus extremos.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE SE CONDENE A LA DEMANDADA ASUMA EL PAGO DE LOS COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

DÉCIMO SEGUNDO.- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

Que, el artículo 52° sobre Costos del Arbitraje de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, aplicable al caso materia de autos, toda vez que el Contrato de Ejecución de Obra fue suscrito por las partes el día 13 de diciembre del año 2007; establece que: "Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9o, cuando ello corresponda. Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el

resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral. En los casos de los Artículos 15o y 41o, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado."

Que, el numeral 13) del Contrato de Ejecución de Obra, Licitación Pública N° 002-2007/GOB.REG.PIURA-GSRMH-DSRI, "Mejoramiento de Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco - Nancho, Distritos Carmen de la Frontera y Huancabamba - Provincia de Huancabamba"; no contiene pacto alguno sobre gastos.

Que, estando a que las partes no han pactado sobre gastos, en consecuencia se debe tener en cuenta el resultado y sentido del laudo, emitido por este Tribunal y, siendo que ambas partes han tenido motivos atendibles y justificados para recurrir a la vía arbitral, es que corresponde disponer que cada una de las partes asuma sus propios costos y costas, en que se incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral.

II.- DE LA RECONVENCIÓN

DE LA RECONVENCION AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE SE DECLARE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR EL CONTRATISTA ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA, EN ATENCIÓN A QUE DICHO DOCUMENTO NO HA OBSERVADO LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEY Y A QUE LA CAUSAL INVOCADA POR EL CONTRATISTA NO SE HA CONFIGURADO, PUES LA ENTIDAD NO HA INCUMPLIDO INJUSTIFICADAMENTE SUS OBLIGACIONES.

DÉCIMO TERCERO.- QUE, LA RECONVINIENTE (LA DEMANDADA) ALEGA QUE:

El contratista mediante Carta N° 001-2012-CSA20 de fecha 10 de Abril de 2012 requirió a la Entidad para que en el plazo de quince (15) días calendario de cumplimiento a sus obligaciones contractuales, aprobando y alcanzando el Expediente Técnico modificado de la Obra, conforme a lo dispuesto en el Laudo Arbitral, bajo apercibimiento de resolver el contrato suscrito, lo cual hizo mediante Carta N° 002-2012-CSA20 de fecha 26 de Abril de 2012.

Señores del Tribunal Arbitral, tal como se ha expuesto en el acápite correspondiente a la Primera Pretensión del Contratista, la resolución del contrato efectuado por el Contratista adolece de vicios de fondo y forma, al haber inobservado lo prescrito en los artículos 225 y 267 del Reglamento.

Respecto a los vicios de fondo, tenemos que el Contratista invoca como causal de resolución de contrato la demora injustificada de la entidad de su obligación consistente en la aprobación del expediente técnico modificado.

Señores del Tribunal Arbitral, tal como se ha alegado reiteradamente, NO EXISTE UNA DEMORA INJUSTIFICADA por parte de la Entidad en la aprobación del expediente técnico

modificado, sino que la demora es una consecuencia directa de los trámites correspondientes para su aprobación que efectuó la Entidad, tal como consta en los Informes N° 153-2012/GRP-402410 de fecha 20 de abril de 2012, N° 154-2012/GRP-402410 de fecha 23 de abril de 2012, N° 188-2012/GRP-4Q2410 de fecha 14 de mayo de 2012 y N° 201-2Ü12/GRP-40241G de fecha 18 de mayo de 2012; y más cuando, la modificación del acotado expediente suponía un incremento del monto contractual en más del 50%, tal como consta en el Informe N° 045-2012/GRP-402400-CNF de fecha 09 de Mayo de 2012,

Al haberse incrementado importe contratado en un 139.73% respecto a la viabilidad verificada, tal como consta en el Informe N° 079-2012/GRP-402400-CNF de fecha 17 de julio de 2012, se debe contar con la respectiva autorización por parte de la Controlaría General de la República.

Para ello, además es necesario tener en cuenta la regulación correspondiente a las modificaciones de un Proyecto de Inversión Pública (PIP) en la fase de inversión. En atención a ello, tenemos que la Directiva General del SNIP, Aprobada por Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01, detalla lo siguiente:

"Artículo 27.- Modificaciones de un PIP durante la fase de inversión.-

27.1 Durante la fase de inversión, un PIP puede tener modificaciones no sustanciales que conlleven al incremento del monto de inversión con el que fue declarado viable el PIP. Las variaciones que pueden ser registradas por el órgano que declaró la viabilidad o el que resulte competente sin que sea necesaria la verificación de dicha viabilidad, siempre que el PIP siga siendo socialmente rentable, deberán cumplir con lo siguiente".

d. Deberán registrarse en el Banco de Proyectos, a través de la Ficha de Registro de Variaciones en la Fase de Inversión (Formato SNIP-16), en el plazo máximo de 03 días hábiles, como requisito previo a la ejecución de las variaciones. Dicho registro tiene carácter de declaración jurada, siendo el órgano que declaró la viabilidad, o quien haga sus veces, el responsable por la información que se registra".

En el presente caso, el proyecto de inversión del contrato de obra en cuestión fue elaborado y programado por la Municipalidad Provincial de Huancabamba, correspondiéndole a dicha entidad, realizar las gestiones correspondientes tendientes a modificar el PIP, al haber éste variado por los Adicionales de Obra N° 1 y 2o otorgados por la Entidad. .

La Modificación de Expediente Técnico por parte de la Entidad suponía la aprobación del Adicional de Obra N° 3, adicional que no podía ser aprobado sin que previamente no se hubiesen registrado los adicionales de obra N° 1 y 2 por parte de la Oficina de Programación de Inversión Pública (OPI) de la Municipalidad Provincial de Huancabamba, quien no había cumplido con ello, tal como consta en el Informe N° 060-2012/GRP/404000-CNF de fecha 7 de junio de 2012, PESE A QUE SE LE HABÍA ENTIDAD SE LO HABÍA REQUERIDO mediante Oficio N° 039-2011/GRP-402400 de fecha 21 de marzo de 2011 (ANEXO 1-AA), lo cual recién ha

cumplido con fecha 03 de setiembre de 2012, tal como consta en la Ficha de Registros - Banco de Proyectos N° 14322.

En consecuencia, para aprobar la modificación del expediente técnico y reiniciar los trabajos, según la normativa del SNIP que se detalla, se debían registrar los adicionales N° 1 y 2 ya ejecutados, lo cual recién se hizo por parte de la OPI- de la Municipalidad de Huancabamba, el 03,09.2012.

En este orden de ideas, ha quedado acreditado que la Entidad no ha omitido aprobar el Expediente Técnico Modificado por un incumplimiento injustificado de sus obligaciones como manifiesta el Contratista, sino que dicha demora se ha debido a razones justificadas, y un hecho determinante de tercero, como lo es la omisión por parte de la OPI de la Municipalidad Provincial de Huancabamba de registrar las variaciones en el proyecto de inversión de la obra.

Respecto a los defectos de forma, tenemos que la carta notarial mediante la cual el Contratista alegar haber resuelto el contrato no cumplió con la formalidad del reglamento, consistente en la FIJACIÓN DE LA HORA PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSTATACIÓN FÍSICA E INVENTARIO, tal como lo establece el Artículo 267 del Reglamento.

Unido a la omisión en la fijación de la hora de la realización de la constatación física e inventario, se debe de valorar el hecho que EL CONTRATISTA NO EFECTUÓ TAL CONSTATACIÓN, pues no hemos sido notificadas con el acta que la contenga y no ha presentado conjuntamente a su demanda arbitral medio probatorio alguno que acredite su realización.


Señores del Tribunal Arbitral, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye una norma de orden público y sus disposiciones constituyen requisitos esenciales que deben de ser cumplidos por las partes para su validez. Así, los requisitos establecidos en el Artículo 267 del Reglamento, concordante con los artículos 3 y 5 de la Ley del Procedimiento Administrativo General " - Ley 27444, constituyen normas de orden público que deben ser acatadas y observadas obligatoriamente por las partes.

En ese sentido, el vicio incurrido por el Contratista en el procedimiento de resolución del contrato, al no haber señalado la hora de la constatación ha acarreado su invalidez y por ende, no puede producir efectos jurídicos,


En consecuencia, al adolecer la Resolución del Contratista efectuada por el Contratista defectos de fondo y forma, corresponde que el Tribunal Arbitral declare su nulidad.

DÉCIMO CUARTO .- QUE, LA RECONVENIDA (LA DEMANDANTE) ALEGA QUE:


1. Resulta inaudito, a pesar que está en su derecho, que la Entidad emplazada, vía reconvencción, solicite la nulidad de la Resolución de Contrato efectuada mediante nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, que le fuera notificada vía notarial en la



misma fecha; argumentando que la resolución contractual efectuada adolece de vicios de fondo y forma; cuando es el caso que, como lo hemos sostenido en nuestra demanda, la resolución del contrato efectuada por el Consorcio accionante ha quedado consentida por la inacción de la propia demandada al no recurrir al arbitraje dentro del plazo estipulado por norma de cumplimiento obligatorio, como es el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; lo cual conlleva a que todo cuestionamiento posterior resulte vano y carente de todo sustento, en este sentido conviene tener presente lo citado por el procesalista uruguayo Eduardo Couture, para quien "la institución llamada caducidad o decadencia de derechos tienen lugar cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término no puede ya ser ejercitado"¹(COUTURE, Eduardo. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". 3ra. Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires -Argentina, 1988. Pág. 114.); consecuentemente, habiendo operado la Caducidad, entendida como la pérdida o menoscabo de una facultad procesal por no ejercitarla dentro de un plazo fijado por la ley o la voluntad de las partes, ha caducado el derecho de la demandada para cuestionar la resolución contractual efectuada por el demandante.



2. En el orden de ideas expuesto, lo alegado por la emplazada en los argumentos de hecho de la presente pretensión, respecto a que no existe una demora injustificada de su parte en la aprobación del Expediente Técnico modificado carece de toda validez; no obstante, a fin de dar mayores elementos de juicio al Colegiado, resulta conveniente se tenga presente lo siguiente: la demandada manifiesta que ha efectuado los trámites correspondientes para que se modifique el Expediente Técnico, para lo cual debió modificarse el Proyecto de Inversión Pública en el SNIP, lo cual correspondía efectuar a la Municipalidad Provincial de Huancabamba por ser la que elaboró y programó el PIP; así también, agrega que ha tenido que realizar las acciones correspondientes ante la Contrataría General de la República, toda vez que el PIP se incrementaba en 139.73% del monto contratado; sin embargo, es el caso que desde que se emitió la Disposición referida a que la Entidad debía Aprobar la Modificación del Expediente Técnico contenida en la Resolución Gerencial Sub Regional N° 373-2009/GOB.REG.PIURA-GSRMH-G del 25 de Setiembre del 2009, cuya vigencia dispuso el Tribunal Arbitral en el Laudo Arbitral del 22 de Setiembre del 2011, a la fecha que se resolvió el Contrato transcurrieron más de treinta (30) meses, período en el cual el Consorcio no fue notificado de la realización de acción alguna de parte de la demandada: lo cual, queda ratificado del tenor mismo de la Carta Notarial N° 128-2012/GRP- GSRMH-402000 del 24 de Abril del 2012, notificada al Consorcio vía notarial el 27 de Abril del 2012, vale decir, cuando el Contrato había sido resuelto, y en la cual la Entidad emplazada sólo se limita a señalar en forma genérica "[...] que, si existen hechos que justifican la demora en la aprobación del Expediente Técnico Modificado, los mismos que se encuentra directamente relacionados a cuestiones previas tales como: someter a reevaluación la Viabilidad del Proyecto y la respectiva autorización por ante la Contraloría General del República, teniendo en consideración que las modificaciones realizadas al Expediente Técnico han superado el 50% del valor contractual, y que de acuerdo a las exigencias de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y la Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública, deben tramitarse antes de su aprobación con el procedimiento establecido por ley", más en ninguna parte de la mencionada misiva hace alusión a la documentación (Informes, Oficios) que hoy presenta y con los cuales pretende sustentar su accionar y por ende justificar su falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.







En lo que respecta a la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra, la cual según afirma la emplazada no se efectuó, debemos manifestar que la misma se realizó con fecha 08 de Mayo del 2012 y en ella participaron el Representante Común del Consorcio, C.P.C. Osear Marotazo Espinoza, el Ing. Erick Javier Vizconde Osorio en representación del Consorcio, y el Juez de Paz de Primera Nominación del Distrito y Provincia de Huancabamba, Sr. Luis Antonio Jibaja García; siendo así, lo sostenido por la emplazada carece del sustento y asidero debido; igualmente, el cuestionamiento referido a la no fijación en nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, de la hora para la realización de la Constatación Física e Inventario, resulta contraproducente y fuera de todo contexto, pues, habiendo recepcionado nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, que le fuera notificada vía notarial en la misma fecha, y mediante la cual le comunicamos nuestra decisión de Resolver el Contrato de Ejecución de la Obra ya mencionada y fijamos la fecha para la realización de la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra, conforme a lo dispuesto en el Art. 267° del D.S. N° 084-2004- PCM - Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante simplemente el Reglamento) concordante con la Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Ejecución de Obra, debió recurrir, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a dicha notificación, al Arbitraje, cuestionando nuestra decisión de resolver el contrato, así como todas las acciones que de ella se desprendían, lo cual no ocurrió; por lo que resulta pertinente lo señalado en la Opinión N° 061-2012/DTN del 24 de Abril del 2012, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE y a la cual se puede acceder en la Web www.osce.gob.pe, en cuyos numerales 2.1.1 y 2.1.2 se ha precisado que "[...] la caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel, luego de transcurrido el "plazo fijado por la Ley o la voluntad de los particulares"2 (PEÑA ACEVEDO, Juan. Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú. En: Arbitraje Panorama Actual del Arbitraje, Biblioteca de Arbitraje. Editorial Palestra. Lima - Perú, 2010. Vol. 13. Pág. 100.). En este sentido, el artículo 2003 del Código Civil establece que "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente." (El subrayado es agregado). [...] Es importante reiterar que la caducidad del plazo trae como consecuencia la extinción del derecho material y la acción correspondiente, situación que no le permitirá al contratista o a la Entidad, según el caso, cuestionar la resolución del contrato debido a que esta ha quedado consentida. En consecuencia, en caso se produzcan controversias derivadas de la resolución de contratos de bienes o servicios, la parte interesada cuenta con el plazo de caducidad establecido en el artículo 170 del Reglamento para someter dichas controversias a conciliación y/o arbitraje; en cambio, cuando se produzcan controversias derivadas de la resolución de contratos de obra, la parte interesada cuenta con el plazo de caducidad establecido en el artículo 209 del Reglamento". Consecuentemente, habiendo quedado consentida la resolución contractual resulta imposible física y jurídicamente cuestionar la misma y todas las acciones que de ella se derivan.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LA RECONVENCION AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE SE DECLARE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR EL CONTRATISTA ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA, EN ATENCIÓN A QUE DICHO DOCUMENTO NO HA OBSERVADO LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEY Y A QUE LA CAUSAL INVOCADA POR EL CONTRATISTA NO SE HA CONFIGURADO, PUES LA ENTIDAD NO HA INCUMPLIDO INJUSTIFICADAMENTE SUS OBLIGACIONES.



DÉCIMO QUINTO .- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

I) SOBRE SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECUTADA POR EL CONTRATISTA ACCIONANTE MEDIANTE CARTA N° 002-2012-CSA, EN ATENCION A QUE DICHO DOCUMENTO NO HA OBSERBADO LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEY.

Que, el numeral 13.1 del artículo 13° de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que: "La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él."

Que, el numeral 13.2 del artículo 13° de la Ley N° 27444 establece que: "La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten **independientes** de la parte nula, salvo que sea su **consecuencia**, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario."

Que, el artículo 10° del mismo cuerpo legal sobre causales de nulidad señala que: "Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas"


Que, el artículo 267° del DS N° 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado dispone que: "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."

Que, el artículo 267° del mismo cuerpo normativo en un segundo párrafo, esto es, deja de manera independiente (CAUSA) en el primer párrafo lo referido a la resolución del contrato y pone como consecuencia (EFECTO) del mismo la citación para la Constatación Física e Inventario y a la Liquidación de la Obra, juntos en este segundo párrafo, denotándose que la Constatación Física e Inventario está vinculada a la Liquidación de Obra; al declarar que: "**La parte que resuelva deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantara un acta. Si alguna de ellas no se presenta la otra levantará el acta. Culinado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 269°.**"


Que, este Tribunal Arbitral ya ha expresado que, tratándose el presente punto sobre resolución contractual tenemos que tener presente el artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM, el cual contiene tres actos a los que hemos llamado escenarios diferenciados, a saber: 1) La Resolución del Contrato 2) La citación a la Constatación Física e inventario y 3) La Liquidación correspondiente.

91


15



Que, en virtud de los argumentos legales antes glosados y en este orden de ideas, pasamos a explicar porque la resolución del contrato es independiente de la Constatación Física e Inventario y de la Liquidación de la Obra, estando estos dos últimos vinculados entre sí; para de esta manera comprender los alcances de los numerales 13.1 y 13.2 del artículo 13° de la Ley N° 27444, a fin de determinar si la nulidad de la citación a Constatación Física e Inventario y la Liquidación de Obra comportan la nulidad, a su vez, de la Resolución del Contrato pretendida por LA DEMANDADA puesto que en palabras de la Entidad Demandada: "La Resolución del Contrato efectuada por el Contratista mediante Carta N° 002-2012-CSA es nula, en atención que dicho documento no ha observado los requisitos establecidos por ley.





Que, en este punto debemos analizar el numeral 13.2 del artículo 13° de la Ley N° 2744 con los dos primeros párrafos del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; observándose, en este último artículo, que entre sus dos párrafos existe una relación de causa y efecto, de donde la causa u origen es independiente del efecto o consecuencia y en tal sentido el efecto o consecuencia es dependiente de su origen o causa; en otras palabras, la Resolución del Contrato es Independiente (CAUSA) de la Constatación Física e Inventario y la Liquidación de Obra, puesto que es su origen; si no se hubiera realizado la Resolución del Contrato, la cual se realizó válidamente, no podrían existir la Constatación Física e Inventario y la Liquidación de Obra puesto que son consecuencia (EFECTO) de ésta y en tal sentido dependen, en cuanto a su existencia, de la Resolución del Contrato; es por ello que cuando el numeral 13.2 del artículo 13° de la Ley N° 2744, dispone que: "La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten **independientes** de la parte nula, salvo que sea su **consecuencia** ...", se debe entender que, en el caso que nos avoca, la nulidad parcial de la Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012, no alcanza a la Resolución del Contrato puesto que es independiente (CAUSA) de la Constatación Física e Inventario y la Liquidación de Obra, que devienen en nulas y, en tal sentido la Resolución del Contrato no es consecuencia (EFECTO), sino más bien origen (CAUSA) de donde proviene su carácter independiente, por tanto la nulidad de la citación para la Constatación Física e Inventario y la Liquidación de Obra no alcanza a la Resolución del Contrato.



Que, también debemos analizar el numeral 13.1 del artículo 13° de la ley N° 27444 con el segundo párrafo del artículo 267° del DS N° 084-2004-PCM, así pues, observamos que la Constatación Física e Inventario y la Liquidación de Obra, se encuentran vinculadas entre sí, puesto que el artículo 267° del DS N° 084-2004-PCM liminarmente señala que: "**La parte que resuelva deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario ... Culminado este acto, ... se procede a la liquidación, ...**"

Que, es por ello que este Tribunal expresó que, corresponde declarar la nulidad en parte de la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, en lo referente a la citación para la realización de la Constatación Física e Inventario, así como todos los actos efectuados con posterioridad a ésta, incluida la liquidación del contrato de obra, por no haber consignado la hora en que se debía llevar adelante la Constatación Física e Inventario, siendo éste un requisito fundamental y a la vez un requisito formal prescrito por la norma de manera



imperativa, que tiene carácter esencial sin la cual no puede surtir efectos jurídicos, conforme se analizó; dejándose en claro que no existe nulidad en la resolución del contrato, toda vez que como se encuentra acreditado de autos LA DEMANDADA demoró injustificadamente la aprobación del expediente técnico modificado, lo que constituía su obligación esencial por lo que existía causal de resolución de contrato.

Que, mediante la Reconvención correspondiente al Quinto Punto Controvertido, LA DEMANDADA pretende que se declare la nulidad de la Resolución del Contrato debido a que el Consorcio demandante mediante Carta N° 002-2012-CSA no ha cumplido con los requisitos establecidos por la Ley; esto es, lo que pretende la Entidad demandada es que se declare nula la Resolución del Contrato (CAUSA) por un defecto que acarrea nulidad, pero que es propio de la citación a la Constatación Física e Inventario (EFECTO) y no de la Resolución del Contrato, a la cual no alcanza; por lo que, conforme quedó explicado no se puede declarar la nulidad de la Resolución del Contrato puesto que ésta es válida e independiente de la citación a la Constatación Física e Inventario, la cual sí tiene vicio que acarrea nulidad y se encuentra vinculada a la Liquidación de Obra.

II) SOBRE SI CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECUTADA POR EL CONTRATISTA ACCIONANTE MEDIANTE CARTA N° 002-2012-CSA, EN ATENCION A QUE LA CAUSAL INVOCADA POR EL CONTRATISTA NO SE HA CONFIGURADO, PUES LA ENTIDAD NO HA INCUMPLIDO INJUSTIFICADAMENTE SUS OBLIGACIONES.

Que, de autos ha quedado demostrado que la entidad demandada sí demoró injustificadamente la aprobación del expediente técnico modificado, lo que constituía su obligación esencial por lo que existe causal de resolución de contrato

Que, en tal sentido y, estando a los argumentos legales glosados en el presente considerando es que, no corresponde declarar la nulidad de la resolución del contrato efectuada por el contratista accionante mediante Carta N° 002-2012-CSA, en atención a que dicho documento no ha observado los requisitos establecidos por la ley y a que la causal invocada por el contratista no se ha configurado, pues la entidad no ha incumplido injustificadamente sus obligaciones.

DE LA RECONVENCION AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO PRETENSIÓN ACCESORIA, QUE AL DECLARARSE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SE DECLARE IMPROCEDENTE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA, TODA VEZ QUE LA MISMA NO FUE PRESENTADA DENTRO DE LA OPORTUNIDAD DEBIDA, PUESTO QUE EL CONTRATO NO SE RESOLVIÓ VÁLIDAMENTE.

DÉCIMO SEXTO .- QUE, LA RECONVINIENTE (LA DEMANDADA) ALEGA QUE:

Tal como lo hemos acreditado fehacientemente a lo largo del presente escrito, la resolución contractual formulada por EL CONTRATISTA es inválida.

En este sentido, existiendo todavía relación contractual, la liquidación del contrato no es un acto pertinente, resultando improcedente su práctica, ya que, según lo establece el artículo 179° de EL REGLAMENTO, dicho acto debe practicarse tras el otorgamiento de la conformidad de la última prestación, algo que no ha ocurrido en el caso de autos.

En consecuencia, la "Liquidación del Contrato" practicada por EL CONTRATISTA debe ser tenida por no presentada o bien declararse improcedente.

Esta consecuencia, que resulta lógica, ha sido advertida también por el CONSUCODE (hoy OSCE), el cual mediante OPINIÓN N° 119-2005/GTN, estableció que cuando un contratista presentara su liquidación antes de la oportunidad dispuesta por el ordenamiento para su presentación, tal liquidación deberá considerarse no presentada, sin perjuicio de que la Entidad pueda comunicar al contratista de su improcedencia. Veamos:

"De igual forma sucedería si el contratista presentara una liquidación sin estar habilitado para hacerlo, ya sea porque aún no se hubiera realizado la recepción de la obra o porque incluso no se hubiera culminado con la ejecución de los trabajos de la obra. En estos casos, al igual que en el anterior, el documento que contiene la liquidación debe entenderse por no presentado, sin perjuicio que la Entidad pueda comunicarle al contratista de la improcedencia de su documento, con el propósito de advertir al contratista de la inconveniencia de la liquidación presentada, puasto que aún no se habría dado la recepción de la obra, que es el momento a partir del cual comienza a computarse el plazo establecido en el artículo 2692 del Reglamento para que el contratista presente su liquidación." (Énfasis nuestro).

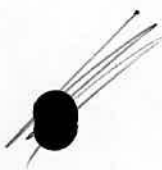
Por los motivos antes expuestos, corresponde declarar improcedente la Liquidación de Obra presenta por el Contratista.

DÉCIMO OCTAVO .- QUE, LA RECONVENIDA (LA DEMANDANTE) ALEGA QUE:

EN LO REFERENTE A LAS PRETENSIONES ACCESORIA Y SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONCERNIENTES A LA IMPROCEDENCIA O INVALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA.

1. La demandada pretende en su Pretensión Accesorio que el Colegiado Arbitral declare Improcedente nuestra Liquidación de Obra porqué según alega la resolución contractual efectuada por el Consorcio es inválida; y al existir todavía una relación contractual no puede practicarse la Liquidación del Contrato en tanto no se otorgue la conformidad a la última prestación. Igualmente, en su Pretensión Subordinada sostiene que de no prosperar la Improcedencia debe declararse Inválida la Liquidación practicada por el contratista por no haberse llevado a cabo la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra.

2. Respecto a lo sostenido por la emplazada debemos manifestar que el Art. 269° del Reglamento, en su parte in fine estipula que "[...] No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver"; a su vez el Inc. 53.2 del Art. 53° del D.S. N° 083-2004-PCM - T.U.O. de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante simplemente la Ley), prescribe que "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato,




se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato [...]; siendo así, no habiendo la emplazada iniciado procedimiento arbitral alguno cuestionando la resolución contractual, vale decir, no existiendo controversia alguna pendiente de solución, y habiéndose llevado a cabo con fecha 08 de Mayo del 2012, la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra, procedía, al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 267° del Reglamento, que estipula que "[...] Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269o", se presente la Liquidación del Contrato de la Obra "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco Nancho, Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba. Provincia de Huancabamba". la misma que el Consorcio presento con la Carta s/n del 04 de Junio del 2012, que fuera entregada a la Entidad emplazada el 05 de Junio del 2012.

3. Como se puede apreciar, la Liquidación del Contrato de la Obra "Mejoramiento del Canal de Regadío, Tramo Chorro Blanco Nancho, Distrito Carmen de la Frontera y Huancabamba, Provincia de Huancabamba" practicada por el Consorcio, cuenta con el sustento legal debido, por ende, resulta válida; correspondiendo a la demandada hacer efectivo el saldo a nuestro favor más sus respectivos intereses hasta la fecha de su real pago, toda vez que la misma al no haber sido objetada conforme a lo dispuesto en el Art. 269° del Reglamento, ha quedado consentida; de todo ello nos hemos ocupado en extenso en nuestra demanda arbitral.

4. Por lo analizado, resulta más que evidente que lo requerido por la emplazada no cuenta con el sustento legal debido y sólo se trata de argumentos dilatorios, con los cuales pretende confundir al Colegiado Arbitral; por lo que deben desestimarse estas pretensiones.



ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LA RECONVENCION AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO



COMO PRETENSIÓN ACCESORIA, QUE AL DECLARARSE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SE DECLARE IMPROCEDENTE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA, TODA VEZ QUE LA MISMA NO FUE PRESENTADA DENTRO DE LA OPORTUNIDAD DEBIDA, PUESTO QUE EL CONTRATO NO SE RESOLVIÓ VÁLIDAMENTE.

DÉCIMO NOVENO .- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

Que, como se podrá observar, no pudo jurídicamente efectuarse la Constatación Física e Inventario por no haberse consignado la hora en que esta debía realizarse, contraviniéndose el segundo párrafo del artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, **al ser nula en parte** la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, en lo referente a la parte en que fija fecha para la realización de la Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra por no haberse consignado la hora, es que **la realización de dicho acto no surte efectos jurídicos**, amén de que el Acta de Constatación Física e Inventario deviene en ineficaz como medio probatorio por haber procedido su tacha; en consecuencia la liquidación de obra presentada también deviene en nula toda vez que el numeral 13.1 del artículo 13° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General prescribe que "La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén



vinculados a él." Y toda vez que el numeral 12.1 del artículo 12° del mismo cuerpo normativo dispone que: "La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro." Es que al ser nula también la liquidación de obra, ésta no puede quedar consentida, puesto que no puede quedar consentida algo que jurídicamente no existe. En consecuencia se debe declarar nula la citación para la Constatación Física e Inventario y todos los actos efectuados con posterioridad a ésta incluida la liquidación del contrato de obra.

Que, por tanto, no se puede declarar improcedente la liquidación del contrato de obra, por los motivos que la misma no fue presentada dentro de la oportunidad debida y, que el contrato no se resolvió válidamente; toda vez que este Tribunal Arbitral ha declarado su nulidad.

DE LA RECONVENCION AL SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL, QUE EN EL NEGADO CASO DE DECLARARSE INFUNDADA LA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SE DECLARE LA INVALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, AL HABERSE PRESENTADO SIN QUE PREVIAMENTE SE HAYA REALIZADO EL ACTA DE CONSTATACIÓN FÍSICA E INVENTARIO DE LA OBRA POR PARTE DEL CONTRATISTA.

VIGESIMO.- QUE, LA RECONVINIENTE (LA DEMANDADA) ALEGA QUE:

Tal como lo acreditamos fehacientemente en el apartado referido a la Segunda Pretensión del Contratista de la Contestación de Demanda Arbitral, la Liquidación del Contrato practicada por EL CONTRATISTA (liquidación inicial) es inválida tanto formalmente (al no incluir los documentos exigidos por el artículo en el artículo 269° de EL REGLAMENTO) como materialmente (al estar practicada con evidente MALA FE y ser contraria a Derecho).

INVALIDEZ FORMAL DE LA LIQUIDACIÓN PRACTICADA POR EL CONTRATISTA

Como ya se dijo a lo largo del presente escrito, para que la Liquidación del Contrato sea válida, debe efectuarse previamente, la constatación física e Inventario en el lugar de la obra, lo cual permitirá a las partes conocer el estado real de la obra, y que la Liquidación de Obra se efectúe en función de las prestaciones efectivamente realizadas, evitándose de ese modo, enriquecimientos indebidos.

En el presente caso, el Contratista no sólo no fija la hora de la constatación Física e Inventario, sino que no ha cumplido con efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra prescrita por el ordenamiento jurídico, pues no ha presentado ni al momento de la presentación de la Liquidación de Obra ni conjuntamente con su demanda, el Acta correspondiente. En ese sentido, en la medida que el Contratista ha inobservado un requisito establecido por la Ley, la Liquidación de Obra efectuada deviene en ineficaz, no siendo pasible que genere efectos jurídicos.

Adicionalmente, Señores del Tribunal Arbitral, es necesario precisar que no existe causa justificable para que el Contratista no haya efectuado la acotada acta, pues la norma prevé que en el supuesto de inasistencia de una de las partes, el acta será levantada por la parte que asistió, manteniendo dicha acta su eficacia.

Por los motivos, antes expuestos, al no haber observado el Contratista el presupuesto establecido por el Reglamento para la presentación de la Liquidación de Obra en el supuesto de resolución de contrato, corresponde que se declare invalida la Liquidación de Obra presentada por el Contratista.

VIGESIMO PRIMERO.- QUE, LA RECONVENIDA (LA DEMANDANTE) ALEGA QUE:

EN LO REFERENTE A LAS PRETENSIONES ACCESORIA Y SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONCERNIENTES A LA IMPROCEDENCIA O INVALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA. Sobre este punto la reconvenida utiliza los mismos fundamentos de defensa los cuales ya fueron expuestos.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LA RECONVENCION AL SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL, QUE EN EL NEGADO CASO DE DECLARARSE INFUNDADA LA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SE DECLARE LA INVALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, AL HABERSE PRESENTADO SIN QUE PREVIAMENTE SE HAYA REALIZADO EL ACTA DE CONSTATAción FÍSICA E INVENTARIO DE LA OBRA POR PARTE DEL CONTRATISTA.

VIGESIMO SEGUNDO .- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

Que, teniendo presente que LA DEMANDANTE no cumplió con indicar en su Carta Notarial la hora para llevar a cabo la diligencia de Constatación Física de la Obra, dicha comunicación no surtió efectos jurídicos exigidos por la norma de Contrataciones del Estado puesto que en principio, la vulneración del ordenamiento jurídico origina la nulidad del acto producido e implica que, en este extremo, no surta efectos legales.

Que, este Tribunal Arbitral ha determinado declarar la nulidad en parte de la Carta Notarial N° 002-2012-CSA de fecha 27 de abril de 2012, en lo referente a la citación para la realización de la Constatación Física e Inventario, así como todos los actos efectuados con posterioridad a ésta, incluida la liquidación del contrato de obra.

Que, por tanto, se debe declarar la invalidez de la liquidación de obra practicada por el contratista por ser nula.

DE LA RECONVENCION AL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL SE DECLARE CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTAS N° 219-2012/GRP-402000 Y N°

220-2012/GRP- 402000 DE FECHA 21 DE JUNIO DE 2012, AL NO HABERSE CUMPLIDO EL CONTRATISTA CON PRESENTAR LOS CERTIFICADOS DE SEGUROS DE OBRA.

VIGESIMO TERCERO.- QUE, LA RECONVINIENTE (LA DEMANDADA) ALEGA QUE:


Con respecto a este extremo, se debe señalar que la Resolución de Contrato practicada por la Entidad, se realizó en mérito al incumplimiento de obligaciones contractuales, las cuales fueron previamente requeridas al Contratista mediante Carta Notarial N° 180-2010/GRP-402000-402100 de fecha 25 de Mayo del 2012, obligaciones que pese haber transcurrido más del plazo establecido por la norma (15 días calendario), no fueron cumplidas, situación ante la cual Entidad resolvió el contrato mediante Cartas Notariales N° 219-2012/GRP-402000 y N° 220-2012/GRP-402000 de fecha 21 de junio de 2012, citándose para la constatación e inventario físico de la obra: por lo tanto, queda demostrado que la resolución del contrato practicada por la Entidad cumplió con el procedimiento contemplado en la norma, y por lo tanto resulta ser válido, así como el

Acto de Constatación e Inventario Físico de la obra practicado por la Entidad.

VIGESIMO CUARTO.- QUE, LA RECONVENIDA (LA DEMANDANTE) ALEGA QUE:


1. Según se desprende de la presente pretensión, la Entidad emplazada pretende que el Tribunal Arbitral declare Consentida la Resolución contractual efectuada con las Cartas Notariales N° 219 y N° 220-2012/GRP-402000-402100 del 21 de Junio del 2012, que fueran notificadas por conducto notarial en la misma fecha, y cuyo preaviso, según afirma la demandada, lo efectuó con la Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100 del 25 de Mayo del 2012; al respecto, debemos manifestar que mediante nuestra Carta N° 002-2012-CSA del 26 de Abril del 2012, notificada vía notarial en la misma fecha, comunicamos nuestra decisión de Resolver el Contrato de Ejecución de la Obra ya mencionada, fijando el día 08 de Mayo del 2012, como la fecha para la realización de la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra; resolución contractual que, como ya lo hemos expuesto en nuestra demanda, fue consentida por la demandada y así se lo hicimos saber mediante nuestra Carta N° 004-2012-CS A del 16 de Mayo del 2012, notificada a la Entidad por conducto notarial el 17 de Mayo del 2012, con la cual le comunicamos a la emplazada que no habiendo iniciado el procedimiento arbitral prescrito en la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA de fecha 13 de Diciembre del 2007, la Resolución del Contrato efectuada por el Consorcio había quedado Consentida; consecuentemente, el requerimiento previo y la resolución contractual efectuados por la demandada, han sido realizados cuando la resolución contractual efectuada por el Consorcio había quedado consentida, al no haber recurrido la Entidad emplazada al arbitraje; por lo que resultaba inoficioso contradecir o cuestionar lo efectuado por la demandada.

2. En este apartado se hace necesario poner en evidencia la inobservancia del principio de buena fe aludido en el Art. 38° del D. Leg. N° 1071 -Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, por parte de la emplazada,



pues, mientras que en la presente pretensión solicita se declare consentida la resolución contractual que ha efectuado por haber cumplido con el procedimiento contemplado en la norma; en la contestación de la demanda, específicamente en el Pronunciamiento respecto a nuestra Primera Pretensión, argumenta que nuestra resolución contractual no ha quedado consentida, toda vez que al no haberse fijado por Ley el plazo de caducidad para recurrir al arbitraje, puede recurrir "a la instancia arbitral en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato", sustentando esta posición en lo señalado por los tratadistas García-Calderón Moreyra y Rodríguez Ardiles; posición doctrinaria que no es única ni absoluta y así lo expone Raúl Salazar Rivera, quién sustenta que "Son tres las posturas en las que podemos agrupar el tema de la caducidad en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento: a) Los que consideran que los plazos de caducidad sólo los fija la ley o normas con rango de ley; b) Los que consideran que también los reglamentos pueden establecer plazos de caducidad; c) Los que distinguen entre plazos de caducidad del reglamento y los plazos de silencio positivo [...] SALAZAR RIVERA, Raúl. Algunos comentarios sobre la Caducidad en las Contrataciones del Estado. En:

CONTRATANDO, Boletín electrónico especializado en Contratación Estatal. Setiembre 2010. Perú Contrata SAC. Web www.perucontrata.com.pe. Pág. 9.). Como se puede apreciar, la emplazada obra de mala fe, puesto que cuando le conviene cita una posición doctrinaria que diga de paso no es única ni mucho menos la que predomina, y cuando los hechos no le favorecen desconoce dicha posición y se adhiere a una de las restantes, a fin de que se legitime su accionar y se tenga por válida la resolución contractual que ha efectuado.



3. Continuando con el orden de ideas antes expuesto, tenemos que mediante la Opinión N° 061-2012/DTN del 24 de Abril del 2012, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE - la misma que tiene carácter vinculante según el Comunicado N° 014-2012-OSCE/PRE - Sobre las Opiniones y Pronunciamientos emitidos por el OSCE, al cual se puede acceder en la Web www.osce.gob.pe-, se ha zanjado la discusión sobre el plazo de caducidad, estableciéndose que "[...] cuando se produzcan controversias derivadas de la resolución de contratos de obra, la parte interesada cuenta con el plazo de caducidad establecido en el artículo 209 del Reglamento"; plazo éste que es el mismo que prescribe el Art. 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; /siendo así, el pretendido consentimiento de la resolución contractual efectuada por la emplazada con las Cartas Notariales N° 219 y N° 220-2012/GRP-402000-402100 del 21 de Junio del 2012, deviene en Improcedente, pues, como se ha sustentado ésta se efectuó cuando la resolución contractual que realizó el Consorcio había quedado consentida


ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LA RECONVENCION AL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL SE DECLARE CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTAS N° 219-2012/GRP-402000 Y N° 220-2012/GRP- 402000 DE FECHA 21 DE JUNIO DE 2012, AL NO HABERSE CUMPLIDO EL CONTRATISTA CON PRESENTAR LOS CERTIFICADOS DE SEGUROS DE OBRA.




7

VIGESIMO QUINTO.- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:



Que, toda vez que el plazo contemplado en el artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 084-2004-PCM, mediante el cual la resolución del contrato queda consentida; es de caducidad, en virtud del artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; es que, LA DEMANDADA contaba con este plazo que le franqueaba la norma para que dentro de él pudiera recurrir a arbitraje y plantear las controversias que sobre la resolución del contrato tenía; pero como se ha acreditado de autos, al haber operado el plazo de caducidad en contra de LA DEMANDADA por su inercia al no acudir a arbitraje, ha operado la caducidad que extingue el derecho y la acción correspondiente conforme al artículo 2003° del Código Civil.

Que, siendo que LA DEMANDANTE mediante Carta N° 002-2012-CSA de fecha 26 de abril de 2012, resolvió el contrato de obra, LA DEMANDADA tenía hasta aproximadamente el 11 de mayo de 2012 para recurrir a arbitraje, sin embargo la Entidad demandada, en lugar de acudir a arbitraje; mediante Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100, de fecha 25 de mayo de 2012, concede a LA DEMANDANTE quince días para el cumplimiento de sus obligaciones y LA DEMANDADA mediante Carta Notarial N° 219-2012/GRP-402000-402100 de fecha 21 de junio de 2012 resuelve el contrato de obra, asimismo notifica Carta Notarial N° 220-2012/GRP-402000-402100 de fecha 21 de junio de 2012, esto es en la misma fecha, cuyo tenor y asunto es el mismo del de la Carta Notarial N° 219-2012, es decir, la resolución del contrato de obra.





Que, como se podrá observar del procedimiento para la resolución del contrato efectuada por LA DEMANDADA, ésta lo inició mediante Carta Notarial N° 180-2012/GRP-402000-402100 de fecha 25 de mayo de 2012 y resolvió el contrato mediante Carta Notarial N° 219-2012/GRP-402000-402100 y notifica Carta Notarial N° 220-2012/GRP-402000-402100 ambas con fecha 21 de junio de 2012; por lo que LA DEMANDADA inició el procedimiento de resolución de contrato cuando su plazo para recurrir a arbitraje ya había caducado y había quedado consentida la resolución de contrato de obra a favor de LA DEMANDANTE.

Que, por tanto, este Tribunal Arbitral debe determinar que no se puede declarar consentida la resolución de contrato efectuada por la entidad mediante Cartas N° 219-2012/GRP-402000 y N° 220-2012/GRP-402000 de fecha 21 de junio de 2012, al no haber cumplido el contratista con presentar los certificados de seguros de obra; toda vez que LA DEMANDADA inició el procedimiento de resolución de contrato cuando su plazo para recurrir a arbitraje ya había caducado y había quedado consentida la resolución de contrato de obra a favor de LA DEMANDANTE.

DE LA RECONVENCION AL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

DE DECLARARSE FUNDADAS TODAS LAS ANTERIORES PRETENSIONES PLANTEADAS EN NUESTRA RECONVENCION, SE ORDENE AL CONTRATISTA ASUMA LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO.



VIGESIMO SEXTO.- QUE, LA RECONVINIENTE (LA DEMANDADA) ALEGA QUE:

Conforme lo dispone el inciso 1) del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral deberá disponer a EL CONTRATISTA asuma el pago de los costos del presente arbitraje.

VIGESIMO SEPTIMO.- QUE, LA RECONVENIDA (LA DEMANDANTE) ALEGA QUE:

Tal como ya lo hemos expuesto en nuestra demanda, y lo estamos volviendo a demostrar en el presente escrito de absolución de la reconvenición, la demandada es responsable del inicio del proceso arbitral al pretender resolver el Contrato de Obra cuando la resolución contractual efectuada por el Consorcio ha quedado consentida por la inacción de la propia Entidad, además de haber consentido la Liquidación del Contrato de Obra al no haberla cuestionado conforme a Ley; por lo que corresponde que los costos del presente proceso arbitral - honorarios de árbitros; gastos administrativos de la institución arbitral; los gastos incurridos por el demandante en su defensa; entre otros-, de conformidad con los Artículos 70° y 73° Inc. 1. del D. Leg. N° 1071, que establecen la estructura de los costos arbitrales y que los mismos sean asumidos por la parte vencida, amén del monto total de nuestros petitorios, sean cubiertos por la Entidad demandada; toda vez que conforme lo hemos demostrado, nuestra actuación en la ejecución de la Obra se ha sujetado a lo dispuesto en las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado vigentes durante la ejecución contractual.

ANALISIS DEL TRIBUNAL SOBRE LA RECONVENCION AL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

DE DECLARARSE FUNDADAS TODAS LAS ANTERIORES PRETENSIONES PLANTEADAS EN NUESTRA RECONVENCIÓN, SE ORDENE AL CONTRATISTA ASUMA LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO.

VIGESIMO OCTAVO.- QUE, ESTANDO A LO ALEGADO POR LAS PARTES ESTE TRIBUNAL CONSIDERA:

Que, este Tribunal Arbitral ya ha determinado que, estando a que las partes no han pactado sobre gastos, en consecuencia se debe tener en cuenta el resultado y sentido del laudo, emitido por este Tribunal y, siendo que ambas partes han tenido motivos atendibles y justificados para recurrir a la vía arbitral, es que corresponde disponer que cada una de las partes asuma sus propios costos y costas, en que se incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral.

SE RESUELVE:

I.- DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI PROCEDE, SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR LA DEMANDADA CON LAS CARTAS NOTARIALES N° 219 Y N° 220-2012/GRP-402000-

402100; AL HABER QUEDADO CONSENTIDO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CONSORCIO ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA.

SE RESUELVE:

DECLARAR QUE SI PROCEDE, SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR LA DEMANDADA CON LAS CARTAS NOTARIALES N° 219 Y N° 220-2012/GRP-402000-402100; AL HABER QUEDADO CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EFECTUADA POR EL CONSORCIO ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA; ASIMISMO, DECLARAR LA VALIDEZ EN PARTE DE LA CARTA N° 002-2012-CSA, SIENDO VALIDA EN EL EXTREMO EN QUE RESUELVE EL CONTRATO.

AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE TENER POR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONSORCIO Y CANCELE EL SALDO A FAVOR ASCENDENTE A S/. 928,900.06, MAS SUS RESPECTIVOS INTERESES LEGALES HASTA LA FECHA DE SU EFECTIVO PAGO.

SE RESUELVE:

DECLARAR QUE NO CORRESPONDE TENER POR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONSORCIO, ASÍ COMO NO CORRESPONDE QUE SE CANCELE EL SALDO A FAVOR ASCENDENTE A S/. 928,900.06, MAS SUS RESPECTIVOS INTERESES LEGALES HASTA LA FECHA DE SU EFECTIVO PAGO; TODA VEZ QUE, UN ACTO NULO DEVIENE EN INVÁLIDO Y NO PRODUCE EFECTO JURÍDICO ALGUNO, RESULTANDO INEFICAZ; EN ESE SENTIDO SE DECLARA LA NULIDAD EN PARTE DE LA CARTA NOTARIAL N° 002-2012-CSA DE FECHA 27 DE ABRIL DE 2012, EN EL EXTREMO A QUE SE CONTRAE LA CITACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONSTATAción FÍSICA E INVENTARIO, ASÍ COMO TODOS LOS ACTOS EFECTUADOS CON POSTERIORIDAD A ÉSTA, INCLUIDA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA, POR TANTO DICHOS ACTOS CARECEN DE EFECTOS JURÍDICOS, SIENDO EN CONSECUENCIA ACTOS INEFICACES; DEBIÉNDOSE PROSEGUIR CON LA SECUELA DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO SEGÚN SU ESTADO, ESO ES, LA DEMANDANTE DEBERÁ VOLVER A CITAR A LA DEMANDADA INDICANDO FECHA Y HORA PARA EFECTUAR LA CONSTATAción FÍSICA E INVENTARIO EN EL LUGAR DE LA OBRA, CON UNA ANTICIPACIÓN NO MENOR DE DOS DÍAS; CONFORME AL ARTÍCULO 267° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.

AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI COMO CONSECUENCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, SE DISPONGA A LA DEMANDADA DEVUELVA AL DEMANDANTE LAS CARTAS FIANZAS DE FIEL CUMPLIMIENTO, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS; COMO TAMBIÉN, LAS CARTAS FIANZAS DE ADELANTO PARA MATERIALES, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS.

SE RESUELVE:

DECLARAR QUE AL NO HABER QUEDADO CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA POR SER NULA, NO SE PUEDE DISPONER QUE LA DEMANDADA DEVUELVA A LA DEMANDANTE LAS CARTAS FIANZAS DE FIEL CUMPLIMIENTO, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS, NI SE PUEDE DISPONER QUE LA DEMANDADA DEVUELVA LAS CARTAS FIANZAS DE ADELANTO PARA MATERIALES, TANTO LA QUE SE ENCUENTRA VIGENTE COMO LAS VENCIDAS; TODA VEZ QUE LO CONCERNIENTE A LAS CARTAS FIANZAS, SE DETERMINARÁ EN LA FUTURA LIQUIDACIÓN FINAL QUE SE PRACTIQUE, COMO CONSECUENCIA DE PROSEGUIRSE CON LA SECUELA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO SEGÚN SU ESTADO.

AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE SE CONDENE A LA DEMANDADA ASUMA EL PAGO DE LOS COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

SE RESUELVE:

DISPONER QUE CADA UNA DE LAS PARTES ASUMA SUS PROPIOS COSTOS Y COSTAS, EN QUE SE INCURRIÓ COMO CONSECUENCIA DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

II.- DE LA RECONVENCIÓN

DE LA RECONVENCIÓN AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE SE DECLARE LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR EL CONTRATISTA ACCIONANTE MEDIANTE LA CARTA N° 002-2012-CSA, EN ATENCIÓN A QUE DICHO DOCUMENTO NO HA OBSERVADO LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEY Y A QUE LA CAUSAL INVOCADA POR EL CONTRATISTA NO SE HA CONFIGURADO, PUES LA ENTIDAD NO HA INCUMPLIDO INJUSTIFICADAMENTE SUS OBLIGACIONES.

SE RESUELVE:

DETERMINAR QUE NO CORRESPONDE DECLARAR LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECTUADA POR EL CONTRATISTA ACCIONANTE MEDIANTE CARTA N° 002-2012-CSA, EN ATENCIÓN A QUE DICHO DOCUMENTO NO HA OBSERVADO LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEY Y A QUE LA CAUSAL INVOCADA POR EL CONTRATISTA NO SE HA CONFIGURADO, PUES LA ENTIDAD NO HA INCUMPLIDO INJUSTIFICADAMENTE SUS OBLIGACIONES; EN BASE A LOS ARGUMENTOS LEGALES GLOSADOS EN LOS CONSIDERANDOS DEL PRESENTE LAUDO.

DE LA RECONVENCIÓN AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO PRETENSIÓN ACCESORIA, QUE AL DECLARARSE FUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SE DECLARE IMPROCEDENTE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA, TODA VEZ QUE LA MISMA NO FUE PRESENTADA DENTRO DE LA OPORTUNIDAD DEBIDA, PUESTO QUE EL CONTRATO NO SE RESOLVIÓ VÁLIDAMENTE.

SE RESUELVE:

DETERMINAR QUE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL HA DECLARADO LA NULIDAD DE LA LIQUIDACION DEL CONTRATO DE OBRA, EN VIRTUD DE SUS FACULTADES Y DE LOS ARGUMENTOS LEGALES GLOSADOS EN LOS CONSIDERANDOS DEL PRESENTE LAUDO.

DE LA RECONVENCIÓN AL SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL, QUE EN EL NEGADO CASO DE DECLARARSE INFUNDADA LA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SE DECLARE LA INVALIDEZ DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, AL HABERSE PRESENTADO SIN QUE PREVIAMENTE SE HAYA REALIZADO EL ACTA DE CONSTATAción FÍSICA E INVENTARIO DE LA OBRA POR PARTE DEL CONTRATISTA.

SE RESUELVE:

DECLARAR QUE ESTE TRIBUNAL ARBITRAL HA DETERMINADO LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA PRACTICADA POR EL CONTRATISTA, POR SER NULA.

DE LA RECONVENCION AL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

COMO SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL SE DECLARE CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTAS N° 219-2012/GRP-402000 Y N° 220-2012/GRP- 402000 DE FECHA 21 DE JUNIO DE 2012, AL NO HABERSE CUMPLIDO EL CONTRATISTA CON PRESENTAR LOS CERTIFICADOS DE SEGUROS DE OBRA.

SE RESUELVE:

DETERMINAR QUE NO SE PUEDE DECLARAR CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTAS N° 219-2012/GRP-402000 Y N° 220-2012/GRP-402000 DE FECHA 21 DE JUNIO DE 2012, AL NO HABER CUMPLIDO EL CONTRATISTA CON PRESENTAR LOS CERTIFICADOS DE SEGUROS DE OBRA; TODA VEZ QUE LA ENTIDAD DEMANDADA INICIÓ EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO CUANDO SU PLAZO PARA RECURRIR A ARBITRAJE YA HABÍA CADUCADO Y HABÍA QUEDADO CONSENTIDA LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE OBRA A FAVOR DE LA DEMANDANTE.

DE LA RECONVENCION AL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

DE DECLARARSE FUNDADAS TODAS LAS ANTERIORES PRETENSIONES PLANTEADAS EN NUESTRA RECONVENCIÓN, SE ORDENE AL CONTRATISTA ASUMA LOS COSTOS Y COSTAS DEL PRESENTE PROCESO.

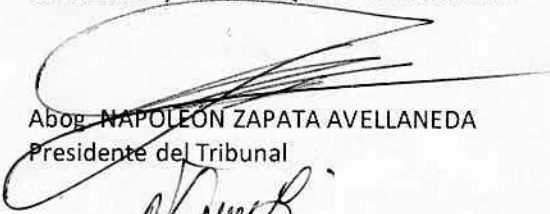
Consortio San Antonio
Gobierno Regional de Piura

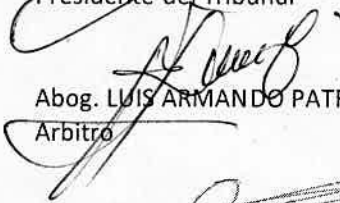
Tribunal Arbitral
Dr. Napoleón Zapata Avellaneda
Dr. César Benavente Leigh
Dr. Luis Armando Patricio Córdova


SE RESUELVE:


DISPONER QUE CADA UNA DE LAS PARTES ASUMA SUS PROPIOS COSTOS Y COSTAS, EN QUE SE INCURRIÓ COMO CONSECUENCIA DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.


Abog. NAPOLEÓN ZAPATA AVELLANEDA
Presidente del Tribunal


Abog. LUIS ARMANDO PATRICIO CÓRDOVA
Arbitro


Abog. CÉSAR AUGUSTO BENEVENTE LEIGH
Arbitro


Abog. ELIZABETH ATOCHE CHIRA
Secretaria Arbitral

1