

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN MAYORÍA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR HORACIO CÁNEPA TORRE, ÁRBITRO PRESIDENTE, Y EL ÁRBITRO DE PARTE, IVAN GALINDO TIPACTI, EN EL ARBITRAJE AD – HOC SEGUIDO ENTRE EL GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS CONTRA SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

RESOLUCIÓN N° 23

Lima, 15 de junio de 2018

VISTOS:

I. DE LAS PARTES:

- **Demandante:** GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS (en adelante, EL GRA, LA ENTIDAD o EL DEMANDANTE)
- **Demandado:** SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL. (en adelante, SAMAN, EL CONTRATISTA o EL DEMANDADO).

II. DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- HORACIO CÁNEPA TORRE – Presidente del Tribunal.
- IVAN GALINDO TIPACTI – Árbitro.
- JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO – Árbitro.

III. DE LOS ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Con fecha 28 de setiembre de 2016 en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral a cargo de resolver la controversia suscitada entre las partes vinculada al *Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GRA/GGR Obra: "Ampliación, mejoramiento de la IE N° 18063 San José de Dallavoz, Molinopampa, Chachapoyas – Amazonas" de fecha 16 de enero de 2013* (en adelante EL CONTRATO). El Tribunal Arbitral dejó constancia en el acta respectiva de la inasistencia de ambas partes, y, declaró instalado el presente arbitraje, otorgando a GRA el plazo de diez (10) días hábiles para presentar su demanda y ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL: AV. RICARDO PALMA N° 741 - OF. N° 705 - EDIFICIO PLATINO - MIRAFLORES

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

En la Cláusula Vigésimo Quinta del CONTRATO, se estipuló lo siguiente:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presentan durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177° y 181° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

2. DE LA DEMANDA ARBITRAL.

EL DEMANDANTE presentó su demanda arbitral con escrito S/N° el 19 de diciembre de 2016¹, siendo su petitorio, el siguiente:

3.1. *Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Carta Notarial de fecha 21 de marzo del año 2016, mediante la cual EL CONTRATISTA resolvió el Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GRAMAZONAS/GGR, Ejecución de la obra: "Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la IE N° 1863, San José Dallavoz, Distrito de Molinopampa-Chachapoyas-Amazonas".*

3.2. *Que el Tribunal Arbitral ordene a la empresa SAMAN CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L, asuma el pago de costos del presente proceso arbitral."*

Con Resolución N° 04 del 20 de diciembre de 2016 el Tribunal Arbitral tuvo por presentada oportunamente la demanda arbitral y corrió traslado de la misma al CONTRATISTA por un plazo de diez (10) días hábiles, plazo luego ampliado por otros diez (10) días hábiles, por razón de equidad y como consecuencia de la reconsideración interpuesta por esta parte².

3. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL Y DE RECONVENCIÓN.

Con escrito N° 05 de fecha 17 de enero de 2017, EL CONTRATISTA absolvió el traslado de la demanda y solicitó acumular pretensiones. Es por ello que el Tribunal dictó la Resolución N° 06 de fecha 26 de enero de 2017, teniendo presente la contestación oportuna de la demanda, calificando el pedido de acumulación como una Reconvención integrada por

¹ En un primer momento el Colegiado con Resolución N° 01 de fecha 03 de noviembre de 2016, declaró renuente a la ENTIDAD por no presentar su demanda, disposición que se reconsideró con Resolución N° 03 de fecha 28 de noviembre de 2016, concediéndose a la ENTIDAD un plazo adicional de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

² Conforme así aparece recogido en el primer extremo resolutivo la Resolución N° 05 de fecha 29 de diciembre de 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

tres (03) pretensiones arbitrales³ y teniendo por ofrecido los tres (03) medios probatorios documentales que la sustentan, corriendo traslado al GRA por un plazo de diez (10) días hábiles.

4. DE LA RENUENCIA DEL GRA POR NO CONTESTAR LA RECONVENCIÓN.

Mediante escrito S/N° de fecha 15 de febrero de 2017, el GRA *"formula oposición a la solicitud de conciliación"* (a la acumulación de pretensiones), corriéndose traslado de esta a SAMAN que la absolvió oportunamente con escrito N° 06 de fecha 27 de febrero de 2017.

El Tribunal Arbitral, resolviendo el incidente, dictó la Resolución N° 09 de fecha 16 de marzo de 2017, declarando renuente al GRA en tanto no cumplió con absolver el traslado de la Reconvención. No conforme con esta decisión, el GRA interpuso Reconsideración con escrito S/N° de fecha 28 de marzo de 2017. Con Resolución N° 11 de fecha 22 de mayo de 2017, la reconsideración fue declarada improcedente (primer punto argumentativo) e infundado (segundo y tercer punto argumentativo).

5. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

A través del segundo extremo resolutivo de la Resolución N° 14 de fecha 22 de noviembre de 2017, el Colegiado citó a las partes a una Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día jueves 07 de diciembre de 2017. Luego, a pedido del GRA y por medio de la Resolución N° 15 de fecha 04 de diciembre de 2017, esta diligencia se reprogramó para el día viernes 15 de diciembre de 2017.

Es así que esta nueva fecha, la audiencia indicada se llevó a cabo únicamente con la presencia de LA ENTIDAD, dejándose constancia de la inasistencia del CONTRATISTA

³ "Primera Pretensión: "Que el Tribunal Arbitral, declare aprobada para todo efecto legal la Liquidación Final de Obra, Contrato de Gerencia General Regional W 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. N° 1863, San José Dallavoz, distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas, presentada mediante Carta N° 048-2015-SAMAN C.G. EIRL, el 29 de noviembre del 2016, con un saldo favorable al contratista equivalente a la suma de S/. 701,959.19."

Segunda Pretensión: "Que el Tribunal Arbitral, declare la nulidad de la Carta N° 598- 2016-G.R. Amazonas/GGR, mediante la cual el Gobierno Regional de Amazonas devuelve el expediente de Liquidación de Obra, Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. N° 1863, San José Dallavoz, distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas.

Tercera pretensión: "Que el Tribunal Arbitral, ordene el pago de la suma de S/. 701,959.19, más los intereses hasta la fecha efectiva de pago, como resultado del saldo favorable de la Liquidación de Obra, Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. W 1863, San José Dallavoz, distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas."

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

pese a encontrarse debidamente notificado.

Debe anotarse que previo al inicio de esta audiencia, el Tribunal dejó constancia de la inasistencia del árbitro presidente Dr. Horacio Cánepa Torre por motivos de fuerza mayor y dictó la Resolución N° 16, en la que se dio cuenta del escrito N° 10 (Se complementa medios probatorios) presentado el día 12 de diciembre de 2017 por SAMAN, disponiéndose que previo a declararse su incorporación o no a este proceso, era conveniente correr traslado de ellos al DEMANDANTE, por el plazo de cinco (05) días hábiles.

Dicho lo anterior, el árbitro de parte que asumió la presidencia, declaró que habiendo las partes deducido algún medio de defensa o cuestión previa, se declara **SANEADO EL PROCESO**. A continuación, también se dejó constancia de que no era posible llevar a cabo una conciliación por inasistencia del CONTRATISTA, empero se dejó abierta la posibilidad de que las partes puedan acordarla en cualquier etapa del proceso.

Seguidamente, se fijó los siguientes puntos controvertidos respecto a las pretensiones arbitrales reclamadas en la demanda arbitral como en la reconvención:

1. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Carta Notarial de fecha 21 de marzo del año 2016, mediante la cual EL CONTRATISTA resolvió el Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GRAMAZONAS/GGR, Ejecución de la obra: "Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la IE N° 1863, San José Dallavoz, Distrito de Molinopampa-Chachapoyas-Amazonas".*
2. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare aprobada para todo efecto legal la Liquidación Final de Obra, correspondiente al Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. N° 1863, San José Dallavoz, distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas, presentada mediante Carta N° 048-2015-SAMAN C.G. EIRL, el día 29 de noviembre del 2016, con un saldo favorable al CONTRATISTA equivalente a la suma de S/. 701,959.19.*
3. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Carta N° 598- 2016-G.R. Amazonas/GGR, mediante la cual el GRA devuelve el expediente de Liquidación de Obra. Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. N° 1863, San José Dallavoz, distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas.*
4. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene pagar al GRA a favor del CONTRATISTA, la suma de S/. 701,959.19, más los intereses hasta la fecha efectiva de pago, como resultado del saldo favorable de la Liquidación de Obra, Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. N° 1863, San José Dallavoz, distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas.*
5. *Que Tribunal Arbitral determine qué parte deberá asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral."*

Por último, se admitió todos los documentos ofrecidos como medios probatorios por parte del GRA y EL CONTRATISTA, advirtiéndose que quedaban pendientes de admisión, aquellos documentos complementarios alcanzados por este último, lo que se efectuará a través de una resolución posterior.

6. DE LA ABSOLUCIÓN DEL TRASLADO DE LA TACHA, DE LA ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORÁNEOS, EL CIERRE DE LA ETAPA DE PROBANZA Y DE LOS ALEGATOS ESCRITOS.

Mediante el escrito S/N° de fecha 21 de diciembre de 2017, LA ENTIDAD formuló tacha contra los medios probatorios documentales a que se refiere el escrito N° 10 de SAMAN. A continuación, por medio de la Resolución N° 17 de fecha 22 de diciembre de 2017, se corrió traslado de la tacha al DEMANDADO por el plazo de cinco (05) días hábiles. Es así que, sin la absolución del CONTRATISTA, el Colegiado dictó la Resolución N° 18 de fecha 18 de enero de 2018, declarando infundada la tacha contra los nuevos medios probatorios ofrecidos por este último, a través de su escrito N° 10.

Finalmente, mediante la Resolución N° 19 de fecha 30 de enero de 2018, se admitió los nuevos medios probatorios documentales de SAMAN, cerrándose la etapa probatoria, concediendo a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, y citando a una Audiencia de Informes Orales para el día 15 de febrero de 2018.

Solo SAMAN presentó alegatos escritos, hecho que así se tuvo presente a través de uno de los extremos de la Resolución N° 20 de fecha 15 de febrero de 2018.

7. DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

A pedido del GRA, la Audiencia de Informes Orales fue reprogramada para el día martes 27 de febrero de 2018, fecha esta última en la que ésta se llevó a cabo sin la presencia del árbitro presidente (por motivos de fuerza mayor) y del GRA (pese a encontrarse debidamente notificado para esta diligencia, como es de verse del cargo respectivo), dejándose igualmente en el acta respectiva, la ampliación de revelación que hicieron los árbitros de parte asistentes, con relación al abogado que ejerce la representación del CONTRATISTA.

Luego de ello, y haciendo presente que dicha diligencia será grabada en audio digital, la parte asistente, expuso los fundamentos en que sustenta su posición respecto de la presente controversia arbitral (contestación de la demanda y fundamentos de su reconvencción). Por último, dicha parte absolvió las interrogantes formuladas por los árbitros presentes del Tribunal Arbitral.

8. PLAZO PARA LAUDAR

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

Por medio de la Resolución N° 21 de fecha 13 de marzo de 2018, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, computados a partir del día siguiente de notificada ésta última Resolución. Luego, este Colegiado, a través de la Resolución N° 22 de fecha 02 de mayo de 2018, amplió el plazo indicado en treinta (30) días hábiles adicionales.

V. CONSIDERANDO:

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: i) Que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el acuerdo suscrito entre las partes (Cláusula Vigésimo Quinta del CONTRATO); ii) Que, las partes no impugnaron o reclamaron de las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; iii) Que, EL GRA presentó oportunamente su demanda formulando las pretensiones arbitrales que serán materia de examen y decisión en el presente Laudo iv) Que, EL CONTRATISTA, contestó oportunamente la demanda y además formuló reconvencción dentro del plazo fijado; v) Que, EL GRA no absolvió el traslado de la reconvencción; vi) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, presentar sus alegatos escritos e informar oralmente sus posiciones vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo máximo prorrogado fijado en la Resolución N° 22.

2. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Conforme se señala en el numeral 6) del Acta de Instalación, será de aplicación la ley peruana para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral, añadiéndose que las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LA LEY), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú, 2) LA LEY modificada por Ley N° 29873, 3) el Reglamento de LA LEY –aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, EL REGLAMENTO), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado.

Asimismo, se ha dispuesto que la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 que aprueba la Ley de Arbitraje (en lo sucesivo LDA), se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en LA LEY y EL REGLAMENTO.

Por último, es preciso señalar que la Cláusula Vigésimo Cuarta: Marco Legal del

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

CONTRATO, dice lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGESIMA CUARTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO"

Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado."

3. EL ORDEN DEL ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES A RESOLVER:

En este caso el Colegiado seguirá el orden dispuesto de acuerdo a la fijación de los Puntos Controvertidos señalados en el Acta de la Audiencia respectiva de fecha 15 de diciembre de 2017.

4. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

4.1. Descripción del Punto Controvertido:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL DECLARE LA NULIDAD DE LA CARTA NOTARIAL DE FECHA 21 DE MARZO DEL AÑO 2016, MEDIANTE LA CUAL EL CONTRATISTA RESOLVIÓ EL CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GRAMAZONAS/GGR, EJECUCIÓN DE LA OBRA: "AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA IE N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA-CHACHAPOYAS-AMAZONAS".

4.2. Posición de LA ENTIDAD.

- LA ENTIDAD asevera según los términos de su demanda, que esta pretensión arbitral debe ser declarada fundada, toda vez que EL CONTRATISTA no habría cumplido con las formalidades establecidas en LA LEY, esto es, con lo dispuesto en los Arts. 168° y 169° del REGLAMENTO. En efecto, se afirma que EL DEMANDADO habría obviado señalar, detallar y precisar, en su carta de resolución contractual (CARTA NOTARIAL de fecha 21 de marzo del año 2016), qué obligaciones esenciales incumplió el GRA, contraviniendo de esta forma lo previsto en el artículo 168° del REGLAMENTO.
- Es por ello que basado además en la Opinión N° 027-2014/DTN concluye que SAMAN, al no haber determinado el supuesto incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de LA ENTIDAD, carece entonces de efectos legales la indicada CARTA NOTARIAL.
- Finalmente, a lo anterior se suma, según asevera EL GRA, que de conformidad a lo dispuesto en el Art. 169° del REGLAMENTO, se demuestra que SAMAN habría obviado realizar el requerimiento previo de los 15 días exigido por este dispositivo legal. De lo que

se colige que la carta notarial aludida que resuelve el CONTRATO deviene en nula, al haberse infringido una formalidad prevista por LA LEY. Se sustenta en este punto, además, en las Opiniones N° 162-2015/DTN y N° 022-2014/DTN.

4.3. Posición del CONTRATISTA

- Para el DEMANDADO esta pretensión debe ser declarada INFUNDADA, ya que el GRA no habría expuesto en su demanda los hechos concretos que sustentan su posición. Se afirma además haberse limitado EL DEMANDANTE a transcribir textos de la norma sin ningún análisis aplicativo a las circunstancias de la resolución contractual, transcribiendo parcialmente opiniones emitidas por el OSCE respecto al tema, las que se asevera, por si solas (como lo señalan en su parte introductoria), no pueden ser de aplicación a un caso especial, ya que solo responden a consultas sobre el alcance de la norma y mantendrán su vigencia hasta que sean modificadas por otra opinión u norma legal.
- Por otro lado, se anota que, si bien ha manifestado LA ENTIDAD la existencia de una diferencia de criterio sobre el cumplimiento de los requisitos a observar por el tema de la resolución de CONTRATO, esta parte sin embargo no habría cumplido a su vez con los preceptos básicos de la demanda según lo señala la LDA, así como no recogido lo conceptualizado por la doctrina nacional e internacional sobre la materia.
- Asimismo, ejerciendo su derecho fundamental al contradictorio, EL CONTRATISTA ha explicado que su derecho legal a resolver el CONTRATO se basó en el hecho concreto de que LA ENTIDAD, la desposeyó de la obra a través de un proceso irregular de resolución contractual, bajo la causal de la máxima acumulación de penalidad. Se agrega que, llevada esta controversia a un proceso arbitral, el mismo resultó favorable a SAMAN, lo que hizo que sobreviniera una imposibilidad jurídica y material de continuar con la obra, por lo que corresponde se tomó la decisión de resolver el CONTRATO.
- Estando a los hechos narrados por EL CONTRATISTA, éste estima que resulta pues aplicable a este caso en particular, lo establecido en el artículo 169° del REGLAMENTO, que establece que en el caso de que la situación de incumplimiento sea irreversible, el requerimiento previo, para la resolución contractual, no será aplicable.
- En tal virtud, resulta a juicio del DEMANDADO impreciso lo manifestado por EL GRA en su demanda, máxime cuando se sostiene haberse implementado de manera defectuosa la resolución contractual, al no haberse señalado en forma precisa y expresa cuál es el incumplimiento de la obligación esencial que ha incurrido por LA ENTIDAD y tampoco que se haya efectuado el requerimiento previo, otorgándole a éste los 15 días para el cumplimiento de su obligación.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

- Agrega en ese sentido EL DEMANDADO que la inexactitud referida se debió a las circunstancias ya expuestas, es decir, que LA ENTIDAD decidió en un primer momento resolver el CONTRATO por el supuesto de acumulación del máximo de penalidad por un atraso inexistente, lo que controvertido que fuera en sede arbitral, éste emitió un laudo favorable al CONTRATISTA, lo que implicó que, al haber sido declarada inválida la resolución efectuada por LA ENTIDAD, el CONTRATO volvió a tomar vigencia. Empero, habiéndose producido la desposesión de la obra, como se pudo verificar mediante la constatación física e inventario con posterioridad a la resolución contractual, y finalmente, no existiendo voluntad por parte del GRA en cumplir con levantar las observaciones técnicas efectuadas al expediente y absolver las consultas técnicas, que permitiría su correcta conclusión, es que se encontró frente a la imposibilidad física y jurídica de continuar con la ejecución de la misma.
- En definitiva, ese es entonces para EL DEMANDADO la razón del porqué se procedió a resolver el CONTRATO, no siendo para ello necesario requerimiento alguno, por haberse configurado el supuesto contemplado en el tercer párrafo del Art. 169° del REGLAMENTO.

4.4. Decisión del TRIBUNAL ARBITRAL en mayoría.

- 4.4.1. Es de observar de las posiciones adoptadas por las partes que la controversia se centra en determinar si la resolución del CONTRATO decidida por EL CONTRATISTA se ajustó o no al procedimiento que establece las normas sobre la materia para el caso de obra, los Art. 168°, 169°, 209° del REGLAMENTO y, en particular, i) si se **ha cumplido o no con indicar cuál fue la obligación esencial inobservada** por el GRA; y, ii) **si corresponde o no requerir previamente** a LA ENTIDAD y antes de que se proceda con acto resolutorio, que dicha parte subsane el incumplimiento que se le imputa y, en consecuencia, **si es correcto o no** que la resolución contractual operada por EL DEMANDADO **se haya efectuado de manera forma inmediata**.
- 4.4.2. Expuesto de esta forma lo que será materia de examen, es conveniente traer en primer lugar a colación, el contenido de las normas de LA LEY y el REGLAMENTO (en sus partes pertinentes), vinculadas a la resolución contractual:

"Artículo 40°. - Cláusulas obligatorias en los contratos Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 44". - Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Quando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

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

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo." (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

(...)

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 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 169". (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 169". - Procedimiento de resolución de Contrato.

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

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

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

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

(...)." (Los subrayados son del Colegiado).

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

"Artículo 209.- Resolución de Contrato de Obras

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

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

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

(...)

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución de contrato

(...)

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44° de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal." (El subrayado es del Colegiado).

4.4.3. A efectos de verificar si SAMAN observó debidamente el procedimiento de resolución contractual, es conveniente analizar con detenimiento el contenido de la CARTA NOTARIAL⁴ cursada por ella al GRA:

"Nos dirigimos a usted, a fin de comunicarles nuestra decisión de RESOLVER EL CONTRATO correspondiente a la obra en referencia, por Causas Imputables a la Entidad Contratante, generado por el incumplimiento de sus obligaciones esenciales, que hacen imposible la continuación del mismo.

Como es de su conocimiento, mi representada tuvo toda la intención de continuar con la obra, a pesar de los incumplimientos por parte de ustedes que impidieron en su oportunidad subsanar el Expediente Técnico, lo que hubiera permitido la ejecución de la obra según lo programado, sin embargo, a pesar de encontrarse la Entidad en situación de incumplimiento, decidió resolver el contrato por haber acumulado máxima penalidad, situación que llevó a la desposesión de la obra al contratista, según Acta de Constatación del 31 de marzo 2014, y la continuación de la misma por parte de ustedes, todo lo cual hace irreversible el incumplimiento, al haber actuado contrario a Ley, pues no existía atraso injustificado que permitiera a la Entidad a aplicar máxima penalidad y por ende resolver el contrato, lo que impidió en forma injustificada la continuación del contrato.

En tal sentido, se comunica a la Entidad Contratante que el contrato de obra ha quedado resuelto de pleno derecho, a partir de la recepción de la presente comunicación, conforme a lo prescrito en el Artículo 44° (párrafo primero) de la Ley de Contrataciones del Estado; y al haberse ya realizado la Constatación Física de Obra con fecha 30 de marzo 2014, con lo cual quedó bajo responsabilidad de la Entidad, y continuado ustedes con el saldo de obra, no es de

⁴ La Carta Notarial de resolución del contrato remitida por SAMAN es medio probatorio incorporado a los actuados.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

aplicación la realización de tal acto contemplado en el Artículo 209° del Reglamento (modificado por DS N° 138-2012-EF)."

4.4.4. Asimismo, debemos tener presente las precisiones alcanzadas por el OSCE dentro del marco de las contrataciones del Estado, relativas a la resolución de contrato de obra y sus consecuencias.

Así, el OSCE en diversas sendas opiniones, ha precisado por un lado qué se entiende por una obligación esencial, con la Opinión N° 027-2014/DTN, de fecha 13 de febrero de 2014, que a la letra dice:

(...)

2.1. ¿Cómo se define una obligación esencial?"

(...)

2.1.2. (...)

Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

2.1.3

De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas. (El subrayado es nuestro)⁵ (Los subrayados son del Tribunal Arbitral).

⁵ El último párrafo transcrito señala lo siguiente en su tercera cita a pie de página: "3. En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra."

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

En otras opiniones, ha precisado sobre la obligación de la Entidad de culminar la obra de un contrato resuelto, como la Opinión N° 116-2012/DTN, de fecha 24 de septiembre de 2012, que a la letra dice:

2.1

¿Se puede dar el tratamiento de saldo de obra previsto en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado a la subsanación de partidas mal ejecutadas por un Contratista? De no ser así, ¿cuál es el procedimiento que debe seguir la Entidad para ejecutar las partidas necesarias para culminar la obra mal ejecutada?

2.1.1 (...)

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la figura de la resolución del contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

2.1.2

Al respecto, cabe indicar que el primer párrafo del artículo 209 del Reglamento establece que la resolución de un contrato de obra determina la inmediata paralización de la obra, salvo en los casos que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

Adicionalmente, el tercer y cuarto párrafos del artículo 44 de la Ley establecen que en caso de resolución de un contrato de obra y de existir saldo por ejecutar, la Entidad puede optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad, o por invitación a los postores que participaron en el proceso de selección. De no proceder alguno de dichos mecanismos, la Entidad debe convocar el proceso de selección que corresponda.

Por su parte, el último párrafo del artículo 209 del Reglamento precisa que, cuando la Entidad opte por ejecutar el saldo de obra invitando a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra -en el orden de prelación en el que se ubicaron luego de la evaluación de sus propuestas- debe considerar los precios de la oferta de aquel postor que acepta la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal. Estas alternativas se sustentan en la obligación que tiene la Entidad de culminar la obra, establecida en el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento⁶.

En tal sentido, sea cual fuere la causal de generadora de la resolución del contrato, es obligación de la Entidad adoptar las acciones pertinentes a fin de culminar el saldo de obra, con la finalidad de salvaguardar el interés público subyacente a su ejecución.

2.1.3

En relación con lo anterior, resulta pertinente precisar que, en el caso de la resolución de un contrato de obra, es necesario adoptar ciertas acciones preventivas para favorecer su culminación. Así, el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento establece que la parte que resuelve el contrato debe 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.

⁶ El párrafo transcrito transcribe el segundo párrafo del artículo 209°, resaltando lo siguiente: "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, (...), y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de las obras según las alternativas previstas en el artículo 44° de la Ley."

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

Debe precisarse que el acta de constatación física e inventario en el lugar de la obra constituye un documento que acompaña a todo contrato de obra que ha sido materia de resolución. Dicho documento, entre otras finalidades, coadyuva a determinar los trabajos requeridos para culminar la obra. En ese sentido, para la ejecución del saldo de obra, dicho documento adquiere especial importancia, pues su contenido permitirá a la Entidad determinar los trabajos necesarios para su culminación, incluyéndose tanto las partidas no ejecutadas como aquellas ejecutadas erróneamente.
(...)

2.2

¿Existe algún impedimento dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado para que, ante la existencia de un arbitraje por obra mal ejecutada, la Entidad este impedido de ejecutar aquellas partidas en controversia y pueda culminar el proyecto?

De conformidad con el numeral 52.1 de la Ley y el penúltimo párrafo del artículo 209 del Reglamento, en caso surgiese alguna controversia sobre la resolución de un contrato de obra, cualquiera de las partes podrá someterla a conciliación o arbitraje.

Sin embargo, el solo hecho que el contratista decida iniciar un proceso de conciliación y/o arbitraje, no impide que la Entidad adopte las acciones que estime pertinentes para cumplir con su obligación de ejecutar el saldo de obra, máxime si con ello la Entidad persigue la satisfacción del interés público que subyace a toda contratación.

Sin embargo, el árbitro o tribunal arbitral, a solicitud del contratista, podría dictar una medida cautelar que ordene a la Entidad no ejecutar el saldo de obra derivado del contrato resuelto, ello con la finalidad de garantizar la ejecutoriedad del laudo arbitral. En este caso, la Entidad se encontraría obligada a suspender los actos relacionados con la ejecución del saldo de obra.

Por tanto, la Entidad solo se encontraría impedida de ejecutar el saldo de obra en caso que el árbitro o tribunal arbitral emita una medida cautelar que le ordene la no ejecución de dicho saldo, con la finalidad de garantizar la ejecutoriedad del laudo arbitral.

(...) (El subrayado y resaltado en negrita es del Colegiado).

- 4.4.5. Pues bien, en lo que se refiere al primer ítem (i) a examinar: *si se ha cumplido o no con indicar cuál fue la obligación esencial inobservada por el GRA*, se puede destacar que, de una lectura de la CARTA NOTARIAL, fluye cuál es la obligación esencial incumplida por LA ENTIDAD, a saber, ***la falta de entrega de la obra, como consecuencia de la desposesión de la que fuera objeto SAMAN***, que califica inobjetablemente como una obligación esencial para el CONTRATO, recordemos que en opinión del OSCE ***“una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato...”***, ello en la medida que sin la posesión la obra su ejecución es un imposible material.

Cabe referir que la decisión adoptada por el GRA de resolver el CONTRATO por una supuesta acumulación de la máxima penalidad, fue declarada nula mediante un fallo arbitral. Tanto ese laudo e incluso el Acta de Constatación de la obra de fecha 03 de abril de 2014 constituyen información que no han sido negada por LA ENTIDAD, generando en ese sentido convicción a este Colegiado de su verosimilitud y por tanto son pasibles de ser valorados, siendo que en esa oportunidad se resolvió que

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

SAMAN no incurrió en retraso injustificado, no siendo pasible de penalidad por mora, siendo un hecho no controvertido que tal laudo arbitral confirmó la ausencia de causa justa en la decisión de la Entidad conforme advierte SAMAN en su carta notarial resolutoria.

- 4.4.6. Por otro lado, en referencia al segundo ítem (ii) por evaluar, es decir, si corresponde o no requerir previamente a LA ENTIDAD antes de proceder con el acto resolutorio, que esa parte subsane el incumplimiento que se le imputa y, en consecuencia, si es correcto o no que la resolución contractual decidida por SAMAN se haya efectuado de manera forma inmediata; el examen a realizar nos lleva a revisar las normas glosadas de LA LEY y EL REGLAMENTO, pues de ellas fluye que tratándose de la resolución contractual a la que está facultado todo CONTRATISTA, ésta difiere en relación al requerimiento previo a la que está obligado realizar para que opere la ruptura del vínculo contractual, según lo regulado en el inciso c) del Art. 40° de LA LEY.
- 4.4.7. En efecto, en esta norma se puede observar que, a diferencia del tratamiento diferencial que expresamente se recoge a favor de toda ENTIDAD para omitir el empleo del requerimiento previo (remitiéndola a la regulación especial incorporada al REGLAMENTO), en el caso del derecho le asiste al CONTRATISTA para omitir el requerimiento previo y resolver el contrato, esta omisión está condicionada al previo emplazamiento o requerimiento a la entidad, para que ella pueda subsanar su incumplimiento. Sin embargo, esta disposición en el caso bajo análisis, resulta en una suerte de contradicción con la circunstancia que la situación de incumplimiento no podía ser revertida por la Entidad, pues luego de resuelto el contrato y llevado a cabo la constatación física, está en la obligación de culminar el saldo de la obra, bajo los procedimientos señalados en el Artículo 44° de la Ley.
- 4.4.8. Es por ello que el Art. 169° del REGLAMENTO, parte en primer lugar por reconocer que el procedimiento resolutorio al que ambas partes tienen derecho, es uno en el que deberá observarse – *prima facie* –, el efectuar el requerimiento previo dentro del plazo de quince (15) días para el caso de obra. Luego; a renglón seguido, permite tanto al contratista como a la Entidad eximirse de hacer el requerimiento previo, dependiendo siempre y cuando se presenten tres (03) situaciones: se acumule la máxima penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, correspondiendo las dos primeras situaciones de requerimiento exclusivo para la Entidad, y la tercera indistintamente para ambas partes.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

4.4.9. Sostenemos esto último, en la medida que en la parte final del tercer párrafo del Art. 169° del REGLAMENTO, se ha precisado que en este caso de omisión de requerimiento previo (aludiendo así a los tres supuestos descritos en el numeral anterior de este Laudo), solo ***"basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato"***, no obstante, como consecuencia inevitable de una lectura sistemática de la norma en el sentido que no es posible asumir una incongruencia en su texto, es imperativo interpretar que el contratista puede ejercer su derecho ante situaciones particulares que no pueden ser revertidas⁷, como es el caso de la imposibilidad que la desposesión de la obra pueda ser revertida sin que LA ENTIDAD incumpla su obligación legal de continuar su ejecución por cualquiera de los mecanismos establecidos en el Artículo 44° de la LEY y su Reglamento.

4.4.10. Como hemos visto en caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por: i) culminar la obra mediante administración directa, ii) convenio con otra Entidad o, iii) teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección. Los mecanismos anotados no contemplan la devolución de la obra al CONTRATISTA para que el emplazamiento y el requerimiento de subsanación del incumplimiento sea posible, *ergo* ello resulta en un imposible material y legal, y por ende no es posible interpretar que la norma conduzca a una situación de exigirse un imposible material y legal.

4.4.11. A mayor abundamiento, el Tribunal Arbitral considera que luego de llevarse a cabo la constatación Física de la obra el 03 de abril del 2014, no existe posibilidad de revertir la situación del contrato, toda vez que conforme al Artículo 209° del Reglamento la Entidad ***debe*** disponer el reinicio de las obras según lo previsto en el tercer párrafo del Artículo 44° de la LEY, que indica que ejecutará el saldo de obra, haciendo uso de una de las cuatro alternativas siguientes: i) administración directa, ii) convenio con otra Entidad, iii) invitación a postores que participaron en el proceso de selección, iv) convocar el proceso de selección que corresponda. No se incluye la

⁷ La actual norma de contrataciones, ha dispuesto la exclusividad de la Entidad para omitir el requerimiento previo. El cuarto párrafo del Art. 136° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF (actual reglamento de la Ley N° 30225), recoge textualmente: ***"La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato."*** lo que confiere a la Entidad el derecho exclusivo de resolver el contrato sin requerimiento previo en las tres situaciones, sin posibilidad que el contratista ejerza tal derecho, al haberse eliminado lo dispuesto en el inciso c) del artículo 40° de la anterior Ley, según el artículo 36° de la Ley N° 30225, sobre resolución de los contratos.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.


posibilidad de devolver u otorgar la ejecución del saldo al CONTRATISTA al que se le ha resuelto el contrato; ello en atención a que el referido Artículo 209° del Reglamento establece la consecuencia de actos para resolver un contrato de obra: i) inmediata paralización de la obra, ii) constatación física, iii) desposesión de la obra, iv) liquidación del contrato.

4.4.12. Por otro lado, en el curso del proceso el GRA no ha acreditado que haya existido alguna medida cautelar que le impidiera cumplir su obligación de culminar la obra, o que habiéndose resuelto el laudo anterior declarar la nulidad de la resolución de contrato decidida por la ENTIDAD esta haya devuelto la obra al CONTRATISTA para su culminación, lo cual es improbable pues la carta notarial resolutoria del CONTRATISTA notificada al GRA el 21 de marzo del 2016 pone de manifiesto la voluntad de finalizar el vínculo contractual. Es de anotar que a la ausencia de *afecto societatis* patente por la resolución practicada por ambas partes, se debe agregar que, a juicio del Colegiado (en mayoría), en los términos dilucidados, el acto practicado por SAMAN ha observado el procedimiento resolutorio establecido en la LEY y EL REGLAMENTO.

4.4.13. *En consecuencia, por todo lo señalado hasta aquí, este Colegiado – por mayoría de sus miembros -, llega a la convicción que la pretensión arbitral a la que corresponde este primer punto en controversia, esto es la nulidad de la CARTA NOTARIAL de fecha 21 de marzo del año 2016, mediante la cual el CONTRATISTA resolvió el CONTRATO, debe ser declarada INFUNDADA.*

5. ANALISIS DEL SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

5.1. Descripción de los Puntos Controvertidos:

 DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE APROBADA PARA TODO EFECTO LEGAL LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA, CORRESPONDIENTE AL CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA I.E. N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA - CHACHAPOYAS - AMAZONAS, PRESENTADA MEDIANTE CARTA N° 048-2015-SAMAN C.G. EIRL, EL DÍA 29 DE NOVIEMBRE DEL 2016, CON UN SALDO FAVORABLE AL CONTRATISTA EQUIVALENTE A LA SUMA DE S/. 701,959.19.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE LA NULIDAD DE LA CARTA N° 598- 2016-G.R. AMAZONAS/GGR, MEDIANTE LA CUAL EL GRA DEVUELVE EL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN DE OBRA. CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA I.E. N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA - CHACHAPOYAS - AMAZONAS.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE PAGAR AL GRA A FAVOR DEL CONTRATISTA, LA SUMA DE S/. 701,959.19, MÁS LOS INTERESES HASTA LA FECHA EFECTIVA DE PAGO, COMO RESULTADO DEL SALDO FAVORABLE DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA, CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA I.E. N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA - CHACHAPOYAS - AMAZONAS.

5.2. Posición del CONTRATISTA.

Según los términos de la reconvención formulada por esta parte, se ha dicho que con fecha 29 de noviembre de 2016, SAMAN presentó dentro del plazo legal, su Liquidación Final de Obra, con un saldo a su favor ascendente a la suma de S/. 701,951.19. Posteriormente, mediante la Carta N° 598-2016-G.R. Amazonas/GGR del 28.12.2016, LA ENTIDAD, de manera irregular, devolvió su expediente de Liquidación, sin emitir pronunciamiento alguno sobre la misma. Finalmente, a través de su Carta N° 001-2017-SAMAN-CG. EIRL del 12.01.2016 y dentro del plazo reglamentario, SAMAN le manifestó al GRA su rechazo a la posición asumida respecto a su Liquidación, indicando y sustentando que ésta ha quedado aprobada para todo efecto legal.

Conviene anotar además que, mediante su escrito de alegatos, de fecha 08 de febrero de 2018, SAMAN expuso lo siguiente en relación a la liquidación del CONTRATO:

" (...)

11. Debe tenerse en cuenta, para efectos de contextualizar la liquidación del contrato que nos ocupa; que si bien la liquidación de un contrato de obra se realiza, de manera normal, cuando se haya finalizado la ejecución de la obra y esta hubiere sido recibida por la entidad, es necesario tener en cuenta también que es necesario liquidar un contrato de obra cuando este ha sido resuelto, tal como lo regula el artículo 209 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo tercer párrafo establece expresamente: "Culminado el acto (refiriéndose a la constatación física), la obra queda bajo responsabilidad de la entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211°".

12. De esta manera, correspondía que, producida la resolución contractual, se presentara dentro del plazo reglamentario la liquidación del contrato, tal como se efectuó y sobre la que surgieron controversias que dieron origen a nuestra solicitud de acumulación de pretensiones, incluida como un otrosí digo de nuestro escrito de absolución de demanda y que mediante Resolución N° 06, fuera calificado por el Tribunal como una Reconvención, teniéndose por presentada esta y ofrecido los medios probatorios.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

13. Cabe precisar que, respecto de nuestra pretensión, incorporada en el proceso como reconvencción, y con la que se solicita que se dé por aprobada para todo efecto legal nuestra liquidación de obra, no ha merecido absolución alguna, hasta el momento, no habiéndose incorporado medios probatorios al respecto.

14. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que mediante escrito 10, se incorporaron por parte de SAMAN, medios probatorios documentales, destinados a sostener nuestra pretensión respecto de la liquidación. Al respecto, estos fueron puestos a conocimiento de la entidad, para que manifestara lo concerniente a su derecho.

15. Consecuencia del traslado mencionado, la Entidad presentó una tachá respecto de los documentos ofrecidos para sustentar nuestra pretensión sobre la liquidación del contrato, argumentando el hecho de que se presentaran en copias que no eran legalizadas."

16. Como podrá apreciar el Tribunal, la ausencia de argumentación sobre el fondo de la reconvencción se mantuvo, pese a que, con ocasión de presentación de los medios probatorios referidos, pudo haber la entidad fijado una posición sobre el fondo de la controversia.

17. De esa manera, habiéndose declarado infundada la tachá presentada, mediante la Resolución 18 e incorporándose los referidos medios probatorios, a través de la resolución 19, las cuales habría quedado consentidas al no haber sido recurridas por la entidad oportunamente."

5.3. Posición de LA ENTIDAD.

Como se ha señalado en los antecedentes de este Laudo, EL GRA no absolvió el traslado de la reconvencción formulada por SAMAN. Sin embargo, con posterioridad, a través de su escrito S/N° de fecha 12 de marzo de 2018, LA ENTIDAD, expresó lo siguiente (en su parte pertinente), respecto de las pretensiones arbitrales acumuladas por EL CONTRATISTA:

"SEGUNDO. -Con respecto a las pretensiones acumuladas, (...)

Nuestra representada considera, que no es posible aplicar lo previsto en el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sino lo previsto en el artículo 211° del mismo reglamento, toda vez que éste dispositivo legal regula el procedimiento a seguir en el caso de liquidación de un contrato de obra, mientras que el 209° regula el procedimiento a seguir cuando se resuelve un contrato de obra, según lo previsto en el mencionado dispositivo legal: "NO PROCEDERÁ LA LIQUIDACION, MIENTRAS EXISTAN CONTROVERSIAS POR RESOLVER"; Consiguientemente, en atención a ello, y teniendo en consideración que las pretensiones acumuladas tienen vinculación entre ellas, las mismas deberán ser declaradas INFUNDADAS.

Para, mejor ilustración, le remitimos la OPINION N° 069-2017/DTN, respecto de los alcances de la aplicación del artículo 211° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado, la misma que estipula lo siguiente: "(...) la resolución de un contrato de obra requiere que se liquide el contrato de conformidad a lo previsto en el artículo 211° del Reglamento". Esto implicaba que el contratista elaborara y presentar su liquidación de conformidad con el primer párrafo del citado artículo (...)"

OPINION N° 050-2016/DTN, que precisa: "(...) el funcionario que ejerza por disposición de la normativa de contrataciones del Estado o por delegación la facultad de pronunciarse sobre la liquidación de un contrato de obra, en principio, lo hará a través de una resolución o acuerdo; salvo que dicho funcionario no emita los actos administrativos propios de su función a través de resoluciones o acuerdos, en ese caso, debe pronunciarse mediante un documento que reúna los requisitos previstos en el artículo de la Ley.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

OPINION N° 101-2013/DTN, que establece: "(...) No es posible efectuar la liquidación de un contrato, mientras estén vigentes procesos de conciliación y/o arbitraje, relativos a dicho contrato".

OPINION N° 028-2013/DTN, que estipula: "No es posible iniciar el procedimiento de liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, en tanto no haya quedado consentida la resolución del contrato o existan controversias pendientes de resolver".

5.4. Decisión del Tribunal en mayoría.

5.4.1. En párrafos previos el Tribunal Arbitral ha concluido en que, luego de llevarse a cabo la constatación Física de la obra el 03 de abril del 2014, no existió la posibilidad de revertir la situación del CONTRATO, pues conforme lo dispone el Artículo 209° del Reglamento la Entidad debe disponer el reinicio de las obras según las alternativas previstas en el artículo 44° de la Ley: i) administración directa, ii) convenio con otra Entidad, iii) invitación a postores que participaron en el proceso de selección, iv) convocar el proceso de selección que corresponda. Hemos anotado también que la norma no incluye la posibilidad de encargar su ejecución al mismo CONTRATISTA al cual se ha resuelto el contrato.

5.4.2. En cuanto a la normativa relativa a la liquidación de obra debemos estar en primer lugar a lo establecido por el Artículo 209° del Reglamento que regula específicamente la liquidación en el caso de la resolución del contrato de obra, señalando: ***"Culminado este acto (constatación física), la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211°"***. Esta disposición es concordante con las consecuencias de la resolución de un contrato de obra que el propio Artículo 209° establece, esto es, conforme se ha anotado previamente: i) la inmediata paralización de la obra, ii) la constatación física, iii) la desposesión de la obra, y iv) la liquidación del contrato. (El subrayado y resaltado en negrita es del Colegiado).

5.4.3. Según los normado por el REGLAMENTO la liquidación de obras se ciñe al procedimiento de su Artículo 211° del Reglamento, así ***"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra."***⁸. (El subrayado es del Colegiado arbitral). Conforme se aprecia de los actuados, la presentación a trámite de

⁸ Primer párrafo del Artículo 211° del Reglamento.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

la liquidación de parte del CONTRATISTA, se formalizo con Carta N° 048-2015-SAMAN el 29 de noviembre del 2016 con un saldo a su favor de S/. 701,959.19; tal presentación se produjo luego de la fecha de la Constatación Física e Inventario de la obra.

- 5.4.4. Es de precisar que la liquidación que nos ocupa debe tramitarse bajo los alcances de lo dispuesto por el Artículo 209° del Reglamento, por tratarse específicamente de una liquidación derivada de una resolución contractual (no se trata de una obra concluida), de donde queda claro que no le son aplicables los alcances del párrafo final del Artículo 211° del Reglamento que señala: ***no se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver***. En esos términos el Colegiado está persuadido que el GRA tenía la obligación de emitir un pronunciamiento válido sobre tal liquidación, no obstante, la eventual existencia de controversia pendiente de resolver.
- 5.4.5. En el sentido expuesto, el Tribunal Arbitral considera que independientemente de la no aplicación al caso concreto de la limitación del párrafo final del Artículo 211° del Reglamento, la correcta interpretación de este párrafo, no significa la imposibilidad legal que SAMAN cumpla con su obligación de formular y presentar la liquidación; ello por cuanto el análisis sistemático de la normativa nos lleva a que esta disposición, en lógica concordancia con los párrafos previos (los mismos que señalan la obligación de las partes al respecto con sus correspondientes plazos perentorios), está orientada más bien a *imposibilitar la aprobación* de la liquidación, habida cuenta de la controversia que se estima puede tener consecuencias sobre ella, de allí que refiere que *"la liquidación no procederá"*, que en el contexto normativo significa no se *"aprobará"*.
- 5.4.6. Debe recordarse que la presentación de la liquidación por parte del CONTRATISTA, aun en la circunstancia de la existencia de una controversia no resuelta, se vincula con el derecho de petición consagrado por la Carta Magna; derecho que no alcanza ni obliga a la ENTIDAD más allá de la mera recepción del documento presentado, empero es su obligación dar al mismo el tratamiento que la normativa establece. A mayor abundamiento, el Artículo 211° del Reglamento (en supuesto negado que fuera de aplicación al caso de autos), no establece situaciones de excepción para las obligaciones y los plazos involucrados en la presente controversia, lo que nos lleva a la aplicación del Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil en cuanto a que toda restricción o limitación de derechos debe ser expresa y en ningún caso sustentarse en vía interpretativa o analógica de la norma.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

- 5.4.7. Lo dicho está en armonía con lo observado en la práctica arbitral, donde se da con frecuencia la situación de controversias diversas, sometidas al arbitraje conjuntamente con pretensiones referidas a la aprobación o examen de las liquidaciones finales de obra. De modo que, como conclusión de lo discernido, la existencia de una controversia no resuelta no puede estimarse como un impedimento para que el CONTRATISTA presente a la ENTIDAD la liquidación final de obra, la aprobación o no de esta, en todo caso se dilucidará en conjunto y con el pronunciamiento sobre las controversias pendientes que tengan incidencia en ella.
- 5.4.8. Ahora bien, queda por discernir el trámite que la ENTIDAD debía dar la liquidación presentada por SAMAN en la circunstancia anotada, es decir cuando existía controversia no resuelta, sometida a un proceso arbitral en curso. Al respecto, y aun en el supuesto que la aprobación de la liquidación no podía producirse en tanto este resuelta la controversia, conforme se ha indicado previamente, resulta que caben dos posibles interpretaciones, la primera, la posibilidad de entender que al no haber establecido la norma una excepción a favor de la ENTIDAD, esta estaba en obligación de emitir un pronunciamiento válido y evitar que la liquidación del Contratista quede consentida.
- 5.4.9. La segunda posible interpretación de la norma bajo comentario, va en el sentido que, si bien el CONTRATISTA puede presentar la liquidación dentro del plazo señalado en la norma, la existencia de la controversia sometida a un proceso arbitral, constituye una situación que importaría la suspensión del plazo que la misma asigna a la ENTIDAD para emitir su pronunciamiento. Es decir si bien la ENTIDAD no pudo evitar la presentación de la Liquidación por parte del CONTRATISTA, empero dado que la norma señala que "no procederá a la liquidación", le asiste razón legal para entender que, no le corre plazo alguno para emitir pronunciamiento, en tanto se resuelve de manera definitiva la controversia pendiente; mas ello supone entender que esta norma deja tácitamente sin efecto aquellas otras que establecen el procedimiento y plazos a los que debe sujetarse la liquidación, lo que se debe descartar en tanto que ni la excepción, el no tramitar la liquidación, como los efectos de esta, la suspensión de hecho de la aplicación de las otras normas aludidas, no es expresa.
- 5.4.10. Finalmente, en relación con lo señalado por el último párrafo del Artículo 211° del Reglamento en cuanto a que no se procederá a la liquidación mientras existan

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

controversias pendientes de resolver, la OPINIÓN N° 020-2016/DTN⁹, señala que tal disposición solo será aplicable en tanto existan controversias sobre conceptos que deban integrar la liquidación, concluyéndose por tanto que, constituía obligación de la ENTIDAD emitir pronunciamiento respecto de la Liquidación presentada por el Contratista dentro de los plazos contractuales y/o reglamentarios, cuidando que esta no quede consentida y/o aprobada por ausencia de pronunciamiento.

5.4.11. Está establecido de los actuados que LA ENTIDAD con Carta N° 598-2016-G.R.AMAZONAS/GGR se pronunció respecto a la liquidación alcanzada por el CONTRATISTA procediendo a su devolución y declarándola se improcedente, pronunciamiento que el Tribunal lo considera no válido, pues de conformidad con el primer párrafo del artículo 211 del Reglamento, la Entidad solo puede emitir su pronunciamiento – ya sea observando la liquidación presentada por el contratista observarla o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificarlo al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. La ENTIDAD por tanto no está habilitada a calificar la liquidación presentada por el CONTRATISTA expresamente como "improcedente".

5.4.12. Al no haberse pronunciado válidamente la ENTIDAD, en contravención a lo establecido en el artículo 211° del Reglamento, corresponde declarar la nulidad de la Carta N° 598-2016-G.R. AMAZONAS/GGR con la cual el GRA devuelve el expediente de liquidación de obra al CONTRATISTA, la misma ha quedado consentida con el saldo establecido en ésta a favor de SAMAN, sin perjuicio del razonamiento, a continuación, sobre este particular.

5.4.13. El tercer párrafo del Artículo 211° del Reglamento señala que ***"La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido."*** Esta consecuencia tiene su correlato en lo dispuesto en el Artículo 42° de la Ley, la cual señala: ***"De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado (...), la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales"***. Al respecto, debe indicarse que, según múltiples opiniones del OSCE sobre liquidaciones, el hecho que una liquidación de obra quede consentida genera efectos jurídicos y

⁹ OPINIÓN N° 020-2016/DTN“(…) Sin perjuicio de ello, es necesario precisar que, si bien el último párrafo del artículo 211 del Reglamento señalaba que “No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”, dicha disposición solo era aplicable cuando existían controversias sobre los conceptos que debían integrar la liquidación y no sobre conceptos ajenos a ésta. En esa medida, la Entidad no podía paralizar el procedimiento de liquidación de obra ante la existencia de controversias que sean ajenas a los conceptos que la normativa de contrataciones del Estado estableció que deben integrar la liquidación de obra (como sería el caso de otros conceptos resarcitorios no señalados expresamente). (...)”.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

económicos. Los primeros, implican que la liquidación del contrato de obra quede firme y, en ese sentido, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su aceptación. Los segundos efectos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda.

5.4.14. Ahora bien, aun cuando la liquidación del CONTRATISTA ha quedado consentida como se ha discernido precedentemente, ello no determina que, en forma automática, se deba obligar a la ENTIDAD a pagar el monto del saldo que arroja dicha liquidación, siendo que el Tribunal Arbitral estima que, la cuestión controvertida amerita el examen de tales conceptos y montos como elemento de base para determinar el saldo que corresponde se reconozca en favor del CONSORCIO, por cuanto siendo el presente un Arbitraje de Derecho, en su condición de órgano jurisdiccional, reconocida por el Artículo 139° inciso 1° de la Constitución del Estado, tiene el deber de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aún si éste no hubiera sido invocado por las partes, o hubiere sido invocado erróneamente.

5.4.15. En relación con la liquidación presentada por el SAMAN con un saldo a su favor de S/. 701,959.19, ahora declarada consentida, tenemos que en lo fundamental los conceptos y saldos relevantes están constituidos por:

- i) El saldo a favor del CONTRATISTA, de S/. 727,798.49; se verifica que es el resultado de los montos autorizados por concepto de valorización de contrato principal, valorización de material en cancha, según constatación física, y los intereses por demora en pago de las valorizaciones, con un valor de S/. 1'361,038.25, descontar el monto pagado durante la ejecución contractual, S/. 633,239.76. En este sentido los montos por avances de obra, materiales e intereses por atraso en las valorizaciones que resulta de la ejecución contractual y los pagos a cuenta efectuado por la ENTIDAD, constituyen conceptos relacionados directamente con el costo de la obra, por lo que no colisiona con el marco legal del contrato.
- ii) El saldo cargo del CONTRATISTA de S/. (730,735.15); se verifica que es el resultado de amortizar los adelantos directo y por materiales, y que está expresamente autorizado en el párrafo final del artículo 189° del Reglamento, por lo que no colisiona con el marco legal del contrato, y la ENTIDAD debe

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

- proceder a la devolución de las cartas fianza entregadas por los Adelantos otorgadas por el contratista.
- iii) El saldo a favor del CONTRATISTA de S/. 13,883.31; se verifica que el monto indemnizatorio por demora en el inicio del plazo contractual, y que está expresamente autorizado en el Artículo 184° del Reglamento, por lo que no colisiona con el marco legal del contrato.
 - iv) El saldo a favor del CONTRATISTA de S/. 691,012.54; se verifica que es productos de considerar diversos sobrecostos originados por la indebida resolución del contrato decidida, de los cuales el Tribunal considera debe descontarse el monto de S/. 97,466.67 asignado por mayor permanencia de equipo durante el periodo octubre 2013 – abril 2104; y el monto asignado por desmovilización de equipo de obra por S/. 11,000.00, resultando un monto a descontar de S/. 108,466.67, debiendo corresponder el monto final de este rubro a S/. 582,545.87 (S/. 691,012.54 – S/. 108,466.67). El Tribunal considera que los montos por concepto de daño emergente, gastos financieros, utilidad del saldo de obra, seguros de obra, sobrecostos de personal y por demora, corresponden a montos indemnizatorios y son consecuencia, según lo consignado en su liquidación por el CONTRATISTA, de la resolución del contrato, declarada nula en laudo arbitral, con derecho al resarcimiento, expresamente autorizado en el Artículo 44° de la Ley, por lo que no colisiona con el marco legal del contrato.

5.4.16. De lo discernido por el Tribunal Arbitral – en mayoría -, y en aplicación del citado Principio de Congruencia, se debe declarar fundado en parte el extremo de la pretensión demandada relativo al saldo favorable al CONTRATISTA ascendente a S/. 593,492.52.

5.4.17. En relación con el extremo de la pretensión relativo al pago de intereses que el CONTRATISTA incluye en su pretensión, debemos señalar que, ante la ausencia de estipulación expresa en el contrato sobre la tasa de interés aplicable, los intereses deben ser los legales, conforme a lo dispuesto por el artículo 1985° del Código Civil y el Artículo 238° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, que regulan, el contenido de la indemnización por responsabilidad extracontractual y la indemnización por responsabilidad de la Administración Pública, lo que resulta en una coincidencia con lo reclamado por el demandante.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.


5.4.18. En cuanto al cómputo de los intereses legales el Tribunal Arbitral en mayoría estima que, en la generalidad de los casos, al tratarse de una obligación de dar suma de dinero, los intereses moratorios deben computarse desde la fecha en que se intimó en mora al demandado para el pago esa obligación de dar suma de dinero, conforme lo establece el Artículo 1334° del Código Civil; a cuyo efecto la referencia a la citación con la demanda se entenderá, en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.

5.4.19. Sin embargo, en este caso particular, atendiendo a que, conforme al procedimiento, el saldo de la liquidación es exigible a partir del momento en que quedó aprobada, el CONTRATISTA tendrá derecho al pago de los intereses correspondientes, a partir del día siguiente de la notificación Carta N° 048-2015-SAMAN el 29 de noviembre del 2016, con la cual EL CONTRATISTA hizo llegar su liquidación, la cual quedó consentida por falta de pronunciamiento válido por parte del GRA.


5.4.20. Asimismo, cabe recordar que el Artículo 1246° del Código Civil ha establecido que, si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal. El artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

6. ANALISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (Común).

6.1. Descripción del Punto Controvertido:

 QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DETERMINE QUÉ PARTE DEBERÁ ASUMIR EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

6.2. Posición del Tribunal Arbitral.

 6.2.1 En primer lugar, es preciso recordar que, según lo establecido en las normas sobre la materia, el Tribunal Arbitral es el que fijará en el Laudo los costos del arbitraje, comprendiendo – entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de la secretaria y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

- 6.2.2 Asimismo, debe tener presente que en el numeral 60) del Acta de Instalación se dispone que los honorarios definitivos de los árbitros y del Secretario Arbitral se fijarán en el Laudo mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales y además la Tabla de Gastos Arbitrales aplicables organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes Ad Hoc.
- 6.2.3 Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los "costos del arbitraje" (entendido éste como lo define el Art. 70° de la LA¹⁰), a este Colegiado le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido este Tribunal considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.
- 6.2.4 Así, en lo que respecta a la conducta procesal desplegada por las partes en relación a este proceso arbitral, tendremos que ambas se han comportado adecuadamente en el decurso de su tramitación, mientras que respecto a la incertidumbre jurídica que las llevó a seguir el presente proceso arbitral, este Colegiado estima que la misma sí existió.
- 6.2.5 En consecuencia, en atención a lo anteriormente señalado, este Colegiado estima que tanto LA ENTIDAD como EL CONTRATISTA si tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar y defender sus posiciones en esta vía arbitral, razón por la que se concluye en condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad - Hoc, al igual que los gastos razonables incurridos por ellas para su defensa en el presente arbitraje, correspondiendo asumirla en un 50% cada una.
- 6.2.6 Por otro lado, en cuanto a lo segundo, debe tenerse en cuenta en este arbitraje se fijó en los numerales 56) y 57) del Acta de Instalación, un primer anticipo, en las sumas netas de S/. 2,768.00 Soles para cada árbitro y S/. 2,361.00 Soles netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que fueron cancelados en su totalidad por ambas partes. Luego, a través de la Resolución N° 07 de fecha 27 de marzo de 2017, se fijó

¹⁰ Artículo 70.- Costos.

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

- Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- Los honorarios y gastos del secretario.
- Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."

TRIBUNAL ARBITRAL

GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

un segundo anticipo, en las sumas netas de S/. 7,709.80 Soles para cada árbitro y S/. 6,686.21 Soles para la Secretaría Arbitral, los mismos que fueron cancelados en su totalidad por SAMAN, es decir, que la parte que le correspondió al GRA, lo hizo EL CONTRATISTA en vía de subrogación; motivo por el cual LA ENTIDAD deberá rembolsarle a SAMAN la suma de neta de S/. 14,905.11 Soles, con los respectivos intereses legales.

6.2.7 En conclusión, en relación a este quinto punto controvertido este Tribunal Arbitral resuelve condenar a ambas en el pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad - Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el presente arbitraje, disponiéndose además que LA ENTIDAD cumpla con rembolsarle a SAMAN la suma de S/. 14,905.11 Soles, con los respectivos intereses legales, por haber asumido ésta, el pago oportuno del segundo anticipo que le correspondía a aquélla.

Por las razones expuestas y por mayoría de sus miembros, este Tribunal Arbitral **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Arbitral que corresponde al Primer Punto Controvertido.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA PARTE la Primera Pretensión de la Reconvención que corresponde al Segundo Punto Controvertido y, en consecuencia, **DECLARAR APROBADA** para todo efecto legal la Liquidación Final de Obra, correspondiente al Contrato de Gerencia General Regional N° 015-2013-GR AMAZONAS/GGR, Ampliación y mejoramiento de los servicios educativos en la I.E. N° 1863, San José Dallavoz, Distrito de Molinopampa - Chachapoyas - Amazonas, con un saldo favorable a **SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL** equivalente a la suma de S/. 593,492.52.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención que corresponde al Tercer Punto Controvertido, y en consecuencia **DECLARAR** la nulidad de la Carta N° 598-2016-G.R. Amazonas/GGR, que devuelve el expediente de Liquidación de Obra presentado por **SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL**.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión de la Reconvención que corresponde al Cuarto Punto Controvertido, y en consecuencia **ORDENAR** que el **GOBIERNO**

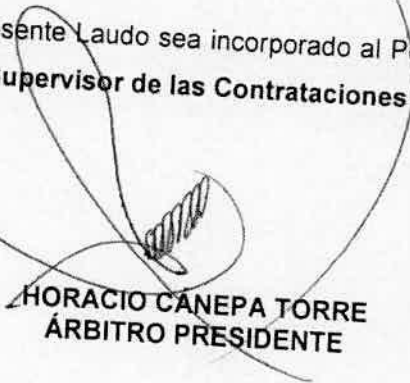
TRIBUNAL ARBITRAL


GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS
SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

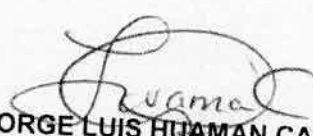
REGIONAL DE AMAZONAS pague a favor de **SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL** el saldo favorable de la Liquidación de Obra, la suma de S/. 593,492.52 más los intereses.

QUINTO: Respecto de la Quinta Pretensión Arbitral que corresponde al Quinto Punto Controvertido (Común), **DECLARAR** que corresponde que, se condena a ambas partes al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc, debiendo asumirlas de manera proporcional (50% cada una), al igual que los gastos razonables incurridos para su defensa en el presente arbitraje. Asimismo, **DISPONER** que el **GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS** reembolse a **SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL** la suma neta de s/. 14,905.11 soles, con sus respectivos intereses legales, por haber asumido éste, el pago oportuno del segundo anticipo que le correspondía a aquélla; conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente laudo.

SEXTO: DISPONER que el presente Laudo sea incorporado al Portal (página web) del **SEACE** y **REMITIR** copia al **Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)**.
Notifíquese. -


HORACIO CANEPA TORRE
ÁRBITRO PRESIDENTE


IVÁN GALINDO TIPACTI
ÁRBITRO DE PARTE


JORGE LUIS HUAMAN CACHAY
SECRETARIO

VOTO EN DISCORDIA
LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

RESOLUCIÓN N° 23

Lima, 15 junio de 2018

DE LAS PARTES:

- **Demandante:** GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS (en adelante, EL GRA, LA ENTIDAD o EL DEMANDANTE)
- **Demandado:** SAMAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL. (en adelante, EL CONTRATISTA o EL DEMANDADO).

1. MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Conforme se señala en el numeral 6) del Acta de Instalación, será de aplicación la ley peruana para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral, añadiéndose que las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LA LEY), deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú, 2) LA LEY modificada por Ley N° 29873, 3) el Reglamento de LA LEY –aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante, EL REGLAMENTO), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado.

Asimismo, se ha dispuesto que la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 que aprueba la Ley de Arbitraje (en lo sucesivo LDA), se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en LA LEY y EL REGLAMENTO.

Por último, es preciso señalar que la Cláusula Vigésimo Cuarta: Marco Legal del CONTRATO, dice lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGESIMA CUARTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado."

4. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL DECLARE LA NULIDAD DE LA CARTA NOTARIAL DE FECHA 21 DE MARZO DEL AÑO 2016, MEDIANTE LA CUAL EL CONTRATISTA RESOLVIÓ EL CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GRAMAZONAS/GGR, EJECUCIÓN DE LA OBRA: "AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA LE N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA-CHACHAPOYAS-AMAZONAS".

4.1. Posición del Arbitro

4.1.1. Como es claro observar de las posiciones adoptadas por las partes, la controversia se centra en determinar si la resolución del CONTRATO aplicada por EL CONTRATISTA se ajustó o no al procedimiento que establece las normas sobre la materia en este caso los Art. 168° y 169° del REGLAMENTO y, en particular, i) si se ha cumplido o no con indicar cuál fue la obligación esencial inobservada por el GRA; y, ii) si corresponde o no requerir previamente a LA ENTIDAD y antes de que se proceda con acto resolutorio, que dicha parte subsane el incumplimiento que se le imputa y, en consecuencia, si es correcto o no que la resolución contractual operada por EL DEMANDADO se haya efectuado de manera forma inmediata.

4.1.2. Expuesto de esta forma lo que será materia de examen, es conveniente traer en primer lugar a colación, qué dicen exactamente cada una de las normas de LA LEY y el REGLAMENTO (en sus partes pertinentes), vinculadas a la resolución contractual:

"Artículo 40°. - Cláusulas obligatorias en los contratos Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento". (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 44°. - Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

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

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo." (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

(...)

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 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 169". (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato.

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

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

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

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE (...)." (Los subrayados son del Colegiado).

- 4.1.3. A efectos de verificar si SAMAN observó debidamente el procedimiento de resolución contractual, es conveniente observar con detenimiento el contenido de la CARTA NOTARIAL cursada por ella al GRA:



INC. MARCO ANTONIO CARDOSO MONTEVA
GERENTE GENERAL REGIONAL

OBJET: "Atenciones de Urgencia, Ampliación de la cobertura de la Unidad
Atención 1 para Niños, Localidad de Pedro Ruiz, Bodega
Atenciones"
Código de Correo General Regional no. 814-201
C. R. A. G. R.

ASUNTO: RESUELVE EL CONTRATO

© 2001 Blackwell Science Ltd

Se ha diligenciado en virtud de lo dispuesto por el artículo 89 del Código de Procedimientos Civiles, para dar cumplimiento al auto de fecho de fecha 07 de mayo de 2016, expedido por el Jefe de la Oficina Ejecutiva de Enjuiciamiento Civil, mediante el cual se ordenó la publicación de este expediente en el Boletín Oficial.

En consecuencia, se publica el presente expediente en el Boletín Oficial, para que los interesados comparezcan y aleguen lo que les convenga dentro del término de diez días hábiles siguientes a la última publicación de este expediente en el Boletín Oficial.

[illegible]

El presente artículo se fundamenta en la necesidad de comprender mejor el rol de la ley en la sociedad actual y en el poder de la ley en la construcción de la identidad social. En este sentido, se plantea la necesidad de una reflexión crítica sobre la ley y su rol en la construcción de la identidad social. El presente artículo se fundamenta en la necesidad de comprender mejor el rol de la ley en la sociedad actual y en el poder de la ley en la construcción de la identidad social. En este sentido, se plantea la necesidad de una reflexión crítica sobre la ley y su rol en la construcción de la identidad social.

Non sono peraltro in discussione le ipotesi e le conclusioni contenute nel testo del documento.

Neuroleptics

RECEIVED

FINANCIAL INSTITUTIONS: VARIOUS

4.1.4. Asimismo, no debemos olvidar las precisiones alcanzadas por el OSCE dentro del marco de las contrataciones del Estado, pues mediante sendas opiniones, ha precisado qué se entiende por una obligación esencial, siendo una muestra de ello la Opinión N° 027-2014/DTN, de fecha 13 de febrero de 2014, que a la letra dice lo siguiente:

()

2.1. ¿Cómo se define una obligación esencial?"

2.1.2. (...)

Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

2.1.3. De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas. (El subrayado es nuestro)¹ (Los subrayados son del Tribunal Arbitral).

4.1.5. Pues bien, en lo que se refiere al primer ítem (i) a examinar: *si se ha cumplido o no con indicar cuál fue la obligación esencial inobservada por el GRA*, se puede destacar que de una lectura de la CARTA NOTARIAL, sí fluye con claridad meridiana cuál es esa obligación esencial que habría incumplido LA ENTIDAD, a saber, **la falta de entrega de la obra, como consecuencia de la desposesión de la que fuera objeto SAMAN**, que tiene como sustento a su vez, la decisión adoptada por el GRA de resolver el CONTRATO por acumulación de la máxima penalidad, hecho que afirma SAMAN en la CARTA NOTARIAL, ha quedado demostrado con el Acta de Constatación de fecha 31 de marzo de 2014; resolución contractual anterior a la que ahora se ventila en este arbitraje, que fuera luego revertida mediante un fallo arbitral (que si bien no obra en autos el laudo invocado y e incluso el Acta de Constatación descrita, no lo es menos que la existencia e información que de ambos documentos se desprende, no han sido negados por LA ENTIDAD, generando en ese sentido convicción a este Colegiado y pasibles de ser valorados), pues ahí se resolvió declarar nulo el acto resolutorio del CONTRATO y por lo tanto, que el mismo recobró vigencia.

4.1.6. Por otro lado, en referencia al segundo ítem (ii) por evaluar, es decir, *si corresponde o no requerir previamente a LA ENTIDAD y antes de que se proceda con acto resolutorio, que dicha parte subsane el incumplimiento que se le imputa y, en consecuencia, si es correcto o no que la resolución contractual operada por EL DEMANDADO se haya efectuado de manera forma inmediata*; el examen a realizar nos lleva a revisar las normas glosadas de LA LEY y EL REGLAMENTO, pues de ella fluye con total nitidez que tratándose de la resolución contractual a la que está facultado todo CONTRATISTA, ésta difiere en relación al requerimiento previo a la que está obligado realizar para que pueda operar la ruptura del vínculo contractual, lo

¹ El último párrafo transcrito señala lo siguiente en su tercera cita a pie de página: "3. En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra."

que por cierto tiene sustento a partir de lo que aparece regulado en el inciso c) del Art. 40° de LA LEY.

- 4.1.7. Efectivamente, en esta norma se puede observar, a diferencia del tratamiento excepcional que expresamente se recoge a favor de toda ENTIDAD para omitir el empleo del requerimiento previo (remitiéndola a la regulación especial incorporada al REGLAMENTO), ello por el contrario no sucede en el caso del CONTRATISTA, toda vez que aquí la norma comentada es muy clara en reconocer el derecho de éste a resolver todo contrato por cuestiones de incumplimiento de la entidad, pero sujeto a dos (02) condiciones, a saber: como ya se dijo anteriormente, que este incumplimiento se dé por la inobservancia de una obligación esencial y, lo que a este punto nos interesa, de que previamente deberá emplazarse o requerirse a la entidad, para que así ella pueda subsanar la omisión advertida.
- 4.1.8. Es por ello que el Art. 169° del REGLAMENTO, parte en primer lugar por reconocer que el procedimiento resolutorio al que ambas partes tienen derecho, es uno en el que deberá observarse – de *prima facie* –, el efectuar el requerimiento previo dentro del plazo de cinco (05) días. Luego, a renglón seguido, se establece en ella situaciones particulares o de excepción únicamente para LA ENTIDAD, pues se le permite pueda no sólo ampliar dicho plazo (hasta un máximo de 15 días), sino incluso eximirse de hacer dicho emplazamiento, siempre y cuando se presenten tres (03) situaciones: se acumule la máxima penalidad por mora, se aplique otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser irreversible.
- 4.1.9. Sostenemos esto último, en la medida que en la parte final del tercer párrafo del Art. 169° del REGLAMENTO, se ha precisado que en este caso de omisión de requerimiento previo (aludiendo así a los tres supuestos descritos en el numeral anterior de este Laudo), solo ***“basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”*** (el subrayado y resaltado es del Colegiado).
- 4.1.10. A este respecto, a un similar análisis sobre el tantas veces citado Art. 169° del REGLAMENTO, y en particular, sobre la precisión de que el facultado a eximirse de requerir el cumplimiento previo es solo y únicamente LA ENTIDAD; arriba el OSCE, siendo un ejemplo de ello su ***Opinión N° 093-2014/DTN de fecha 10 de noviembre de 2014***, cuya parte pertinente que consideramos ilustrativa, procedemos en seguida a transcribir:
- “(…)
- 2.1. ¿Cuál es la correcta interpretación sistemática del literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y, del numeral 1) del artículo 168° y el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto al

procedimiento resolutorio que debe seguir el Estado para poder resolver el contrato por causa imputable al contratista?" (sic).

(...)

- 2.1.2 Ahora bien, el artículo 169 del Reglamento establece el procedimiento que debe observar la Entidad para resolver el contrato; así, la Entidad debe requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones inejecutadas mediante carta notarial², otorgando un plazo no mayor a cinco (5) días para ello, bajo apercibimiento de resolver el contrato. El plazo otorgado al contratista puede alcanzar hasta quince (15) días cuando el monto contractual o la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación lo requieran.

Asimismo, debe precisarse que la Entidad no necesita requerir previamente el cumplimiento de la obligación cuando la resolución del contrato se debe a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; bastando en estos casos comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

- 2.1.3 En este sentido, salvo las excepciones previstas en el Reglamento, cuando el contratista incumpla en la ejecución de alguna de las obligaciones a su cargo, la Entidad está en la obligación de requerir dicho cumplimiento, otorgándole un plazo para ello, antes de resolver el contrato.

*Esto se debe a que, como se mencionó anteriormente, la situación esperada es que el contrato se ejecute correctamente para que la Entidad pueda abastecerse de los bienes, servicios u obras objeto del contrato y pueda satisfacer la necesidad pública que corresponda, objetivo que no se cumple cuando se resuelve el contrato.
(...)"*

- 4.1.11. Por último y sólo a título de ilustración, conviene traer a colación lo que señala actualmente el cuarto párrafo del Art. 136° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF (actual reglamento de la Ley N° 30225), recoge textualmente lo siguiente: "**La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.**"

- 4.1.12. En consecuencia, la conclusión que este Árbitro arriba respecto a que sólo a LA ENTIDAD (y no así al CONTRATISTA) le está reconocido el derecho de eximirse de efectuar un emplazamiento previo antes de resolver el CONTRATO, no sólo parte de una interpretación literal de la norma o inclusive de una interpretación sistemática de ésta con aquellas que igualmente están recogidas en el mismo artículo 169° del REGLAMENTO y en la propia LEY que ella desarrolla, sino además también de las opiniones orientadoras emitidas sobre dicho particular por el OSCE a lo que suma finalmente - sólo a título ilustrativo -, la regulación actual que merece este punto examinado.

² En el caso de los convenios marco, estas notificaciones se hacen mediante el SEACE.

4.1.13. De lo anterior se colige que EL CONTRATISTA si está obligado para que proceda con la resolución del CONTRATO, a remitir previamente a LA ENTIDAD el requerimiento correspondiente a fin de que ella pueda subsanar las supuestas obligaciones esenciales incumplidas. Dicho de otro modo, al no haberse procedido de esta manera en relación al GRA, SAMAN ha inobservado el procedimiento resolutorio contemplado en el Art. 169° del REGLAMENTO.

4.1.14. Por último, en la hipótesis negada de que pueda entenderse que la norma reglamentaria sujeta a este análisis, si faculta al CONTRATISTA a eximirse de emplazar a LA ENTIDAD para que subsane el incumplimiento de su obligación esencial, invocando para ello que la situación de dicho incumplimiento es uno irreversible; lo cierto es que la razón que se invoca como sustento para dicha situación (la desposesión de la obra), no es una que por su propia naturaleza pueda calificarse como de imposible reversión, a lo que se suma el hecho de que SAMAN, no ha demostrado probatoriamente en este arbitraje, el por qué la desposesión invocada generó - de facto - un impedimento que implique el no poder volver a su estado o condición anterior; mejor dicho de que si existe una imposibilidad jurídica y material de que pueda SAMAN continuar con la obra.

4.1.15. *En consecuencia, por todo lo señalado hasta aquí, este Arbitro llega a la convicción que la pretensión arbitral a la que corresponde este primer punto en controversia, debe ser declarado FUNDADO y, por consiguiente, debe declararse nula la CARTA NOTARIAL de fecha 21 de marzo del año 2016, mediante la cual el CONTRATISTA resolvió el CONTRATO; ello debido a que SAMAN no ha observado en su totalidad el procedimiento resolutorio establecido en la LEY y EL REGLAMENTO.*

5. ANALISIS DEL SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE APROBADA PARA TODO EFECTO LEGAL LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA, CORRESPONDIENTE AL CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA I.E. N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA - CHACHAPOYAS - AMAZONAS, PRESENTADA MEDIANTE CARTA N° 048-2015-SAMAN C.G. EIRL, EL DÍA 29 DE NOVIEMBRE DEL 2016, CON UN SALDO FAVORABLE AL CONTRATISTA EQUIVALENTE A LA SUMA DE S/. 701,959.19.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE LA NULIDAD DE LA CARTA N° 598- 2016-G.R. AMAZONAS/GGR, MEDIANTE LA CUAL EL GRA DEVUELVE EL EXPEDIENTE DE LIQUIDACIÓN DE OBRA. CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA I.E. N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA - CHACHAPOYAS - AMAZONAS.

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE PAGAR AL GRA A FAVOR DEL CONTRATISTA, LA SUMA DE S/. 701,959.19, MÁS LOS INTERESES HASTA LA FECHA EFECTIVA DE PAGO, COMO RESULTADO DEL SALDO FAVORABLE DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA, CONTRATO DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 015-2013-GR AMAZONAS I GGR, AMPLIACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS EDUCATIVOS EN LA I.E. N° 1863, SAN JOSÉ DALLAVOZ, DISTRITO DE MOLINOPAMPA - CHACHAPOYAS - AMAZONAS.

5.1. Posición del Árbitro.

5.1.1. Como se desprende de la conclusión arribada respecto al primer punto en controversia y que se vincula directamente a la primera pretensión arbitral de LA ENTIDAD, ahí se ha resuelto declarar FUNDADA dicha pretensión y, por consiguiente, nula la CARTA NOTARIAL de fecha 21 de marzo del año 2016, mediante la cual el CONTRATISTA resolvió el CONTRATO, ello debido a que SAMAN no observó en su totalidad el procedimiento resolutorio establecido en la LEY y EL REGLAMENTO.

5.1.2. Pues bien, siendo una consecuencia de la declaratoria efectuada que el CONTRATO mantiene su vigencia y, por lo tanto, que éste surte aún todos sus efectos, se concluye que por el momento resulta prematuro pronunciarse sobre la aprobación de la Liquidación de la obra presentada por EL CONTRATISTA, al igual que sobre su trámite, el pago del saldo existente o los intereses legales que se hubieran podido generar, ello en razón de lo establecido en el Art. 211° del REGLAMENTO, cuyo tenor (primer párrafo), dice lo siguiente: ***"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra."*** (El subrayado es del Colegiado arbitral)

5.1.3. En efecto, para que todo CONTRATISTA proceda a la presentación de la liquidación de la obra, previamente debe haberse realizado la ***recepción de la obra***, lo que a la fecha no ha ocurrido en tanto que ello no se desprende de ningún medio probatorios

ofrecido por las partes en este arbitraje, es decir, no obra en autos el Acta de Recepción de la Obra que concrete tal situación que resulta ser una condición sine qua non para que pueda SAMAN pasar a la etapa liquidatoria del CONTRATO.

No debe olvidarse que - como ya se expuesto anteriormente, el CONTRATO si se encuentra vigente y es plenamente eficaz, respecto de la nulidad del acto resolutorio efectuado en su momento por SAMAN; lo que implica que no nos encontremos frente una liquidación de obra que deba efectuarse como consecuencia de una resolución contractual.

- 5.1.4. De manera que, a juicio de este árbitro, los puntos que comprenden las tres pretensiones arbitrales de la reconvención formuladas por EL CONTRATISTA, deben ser declaradas **IMPROCEDENTES**, en tanto que a la fecha no se verifica que haya operado la recepción de la obra o lo que es lo mismo, de que éste haya procedido a entregar la obra culminada al GRA, que es en buena cuenta, el paso previo y habilitante para que SAMAN pueda recién elaborar y presentar su liquidación.
- 5.1.5. En la línea expuesta, debe tenerse igualmente en cuenta las precisiones efectuadas por el OSCE en diversas opiniones en las que se reitera con nitidez el momento a partir puede EL CONTRATISTA elaborar y presentar su Liquidación de obra. Para ello, estimamos ilustrativa, por ejemplo, la *Opinión N° 190-2017/DTN*, en cuya parte pertinente, nos dice:

2.1. "(...) ¿El hecho de que los expedientes de liquidación se hayan presentado antes de realizar la recepción de obra, representa un inconveniente para solicitar la aprobación de los expedientes de liquidación?" (sic).

2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que -de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 210 del anterior Reglamento- una vez culminada la ejecución de una obra, esta debía ser entregada por el contratista y recibida por la Entidad.

Al respecto, cabe precisar que la anterior normativa de contrataciones del Estado contemplaba a la recepción de obra como un procedimiento en virtud del cual la Entidad debía verificar si la obra se había ejecutado conforme a lo establecido en los planos y especificaciones técnicas.

De esta manera, luego de verificar que el contratista había ejecutado la obra conforme a lo requerido, correspondía suscribir el acta de recepción de obra y, posteriormente, realizar el procedimiento de liquidación.

2.1.2 En la línea de lo antes señalado, el primer párrafo del artículo 211 del anterior Reglamento establecía 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 vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra (...)" (El subrayado y resaltado son agregados).

Como se aprecia, la anterior normativa de contrataciones del Estado regulaba el procedimiento de liquidación de obra, indicando que el plazo para elaborar y presentar la liquidación se computaba desde el día siguiente de efectuada la recepción de obra; esto último se debía a que un presupuesto para iniciar la liquidación de la obra era que la misma hubiera sido debidamente ejecutada, es decir, conforme a lo previsto en los planos y especificaciones técnicas.

En ese sentido, puede concluirse que a efectos de iniciar el procedimiento de liquidación de la obra era necesario que, previamente, la Entidad hubiera efectuado la recepción de la misma; en consecuencia, no era posible proceder con la liquidación del contrato en aquellos casos en los que no se hubiera suscrito el acta de recepción de obra de forma previa."

5.1.6. En suma, por todo lo expresado hasta aquí, este Árbitro llega a la plena convicción que las tres (03) pretensiones arbitrales de la Reconvención, que guardan a su vez correspondencia con el Segundo, Tercer y Cuarto punto controvertido, deben ser declaradas IMPROCEDENTES, en la medida que resulta por el momento prematuro que EL CONTRATISTA elabore y presente su Liquidación de obra (o se reclame aspecto vinculados a ella), en tanto no ha operado aún la recepción de dicha obra por parte de LA ENTIDAD.

Por las razones expuestas éste Árbitro de parte suscribe el presente VOTO EN DISCORDIA, de la siguiente manera:

PRIMERO: A LA PRIMERA PRETENSIÓN ARBITRAL QUE CORRESPONDE AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, SE DECLARA FUNDADA Y, POR CONSIGUIENTE, NULA LA CARTA NOTARIAL DE FECHA 21 DE MARZO DEL AÑO 2016 CURSADA A LA ENTIDAD, POR MEDIO DE LA CUAL EL CONTRATISTA RESOLVIÓ EL CONTRATO; POR LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN ESTE VOTO EN DISCORDIA.

SEGUNDO: A LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIÓN ARBITRAL DE LA RECONVENCIÓN Y QUE CORRESPONDEN AL SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO, SE DECLARAN IMPROCEDENTES, POR LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN ESTE VOTO EN DISCORDIA.


JUAN CARLOS PINTO ESCOBEDO
ARBITRO DE PARTE


JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO