

Lima, 21 de octubre de 2014

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consorcio Grecia (Integrado por Grecia Contratistas Generales S.R.L., S.T.I. Contratistas Generales S.R.L., THOR Contratistas S.A.C. y Bricks y Concrets Contratistas Generales S.A.C.)

En adelante el **CONTRATISTA**

Demandado:

U.E.008: Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario - INPE

En adelante la **ENTIDAD**

Árbitro Único:

Juan Jashim Valdivieso Cerna

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 22 de junio de 2011, se suscribió el Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario Rio Negro - Satipo"¹ derivado de la Licitación Pública N°004-2011-INPE/OIP entre la Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario y el Consorcio Grecia.

La Clausula Vigésimo Tercera del Contrato establece lo siguiente:

"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.

¹ Ver el Medio Probatorio "a)" del escrito de subsanación de demanda de fecha 08 de noviembre de 2013.

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° y 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El laudo arbitral es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa."

Como consecuencia de las controversias relacionadas con el contrato materia de controversia, el CONTRATISTA procedió a remitir la correspondiente demanda arbitral, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada cláusula Vigésimo Tercera del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único:

1. Con fecha 17 de octubre de 2013, el Consorcio Grecia presenta su escrito de demanda arbitral, ante la Secretaria del SNA-OSCE. Asimismo, en dicho escrito, el Contratista expresa que, en base a lo expresado en el literal f) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, la presente controversia será resuelta por un Árbitro Único.
2. Con fecha 08 de noviembre de 2013, el Consorcio Grecia efectúa la subsanación de la demanda arbitral en base a lo expresado por el OSCE en la cédula de notificación de fecha 04 de noviembre de 2013.
3. Con fecha 10 de diciembre de 2013 y, dentro del plazo concedido para ello, el Instituto Nacional Penitenciario contestó la demanda, negándola en todos sus extremos y, solicitando que la misma sea declarada infundada. El escrito de contestación de demanda fue admitido y puesto en conocimiento de la parte contraria.
4. Mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva del OSCE N° 105-2014-OSCE/PRE de fecha 28 de marzo de 2014, se dispone la designación del árbitro que resolverá el arbitraje materia de controversia.

5. Mediante Carta N° 481-2014-OSCE/DAA de fecha 01 de abril de 2014, la Dirección de Arbitraje Administrativo puso en conocimiento del Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna ha sido designado como Árbitro Único encargado de resolver las controversias del presente proceso arbitral, otorgando para ello un plazo de cinco (05) días hábiles para que comuniqué su aceptación.
6. Dando respuesta a dicho oficio y dentro del plazo establecido el Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna, mediante Carta s/n de fecha 07 de abril de 2014, acepta el cargo como Árbitro Único; a la vez, expresa su compromiso para desempeñar dicho cargo con absoluta imparcialidad, autonomía e independencia. Asimismo, manifestó que no se encontraba incurso en impedimento alguno para el ejercicio del cargo de árbitro, ni tiene relación, vínculo o compromiso alguno con las partes involucradas.
7. Conformado el Árbitro Único, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE a través de la Carta N°527-2014-OSCE/DAA, citó a las partes y al Árbitro Único a la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos, a fin de que se proceda a instalar el Colegiado Unipersonal y se determine los puntos controvertidos el día 08 de mayo de 2014 a las 09:00 hrs., en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado ubicado en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Edificio "El Regidor" N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único.
8. Conforme a dicha citación, en el día y hora fijados para ello, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación en la sede institucional del Centro de Arbitraje, donde se reunieron el Dr. Juan Jashim Valdivieso Cerna, en calidad de Árbitro Único que se encargará de resolver la presente controversia; asimismo, se dejó constancia de la asistencia de ambas partes.

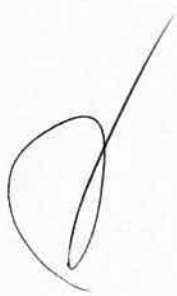
9. Con fecha 03 de julio de 2014, a las 11:00 horas se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones planteadas por el Consorcio Grecia, éstos fueron fijados de la siguiente manera:
 - a. Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o dejar sin efecto la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP de fecha 11 de setiembre de 2013, notificada el día 12 de setiembre del 2013, mediante Carta Notarial N° 029-2013-INPE/11, por la cual la Oficina de Infraestructura Penitenciaria dispone resolver el Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario Río Negro-Satipo".
 - b. Determinar si corresponde o no, ordenar que la demandada asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral hasta su ejecución, los que incluyen el honorario de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los gastos de Defensa Legal.
10. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el CONTRATISTA mediante su escrito de demanda arbitral, ingresado con fecha 17 de octubre de 2013, identificados en los numerales que van del "1)" al "8)"; así como, los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD mediante su escrito de contestación de demanda, ingresado con fecha 10 de diciembre de 2013, señalados como anexos que van del "1)" al "10)".
11. Con fecha 29 de agosto de 2014, a las 15:00 horas se llevó a cabo la Audiencia de Actuación de Pruebas e Ilustración con la asistencia del demandado, dejando constancia de la inasistencia del Contratista.
12. En dicha Audiencia, se tienen por actuados los medios probatorios presentados por las partes y se otorgó al demandado el uso de la palabra por el lapso de veinte (20) minutos. Así también, el Árbitro Único declaró concluida la etapa de actuación de medios probatorios y otorga a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

13. De la misma manera, el Colegiado Unipersonal dispuso la realización de la Audiencia de Informes Orales para el día 24 de setiembre de 2014 a las 15:00 horas.
14. Con fecha 05 de setiembre de 2014, el Instituto Nacional Penitenciario presenta sus alegatos y conclusiones finales.
15. En este sentido, el día 24 de setiembre de 2014, en la hora fijada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, diligencia en la cual se dejó constancia de la asistencia del demandado y, por el contrario, se deja constancia de la inasistencia del Contratista. En dicha audiencia, se otorgó el uso de la palabra a la Entidad, realizando el Árbitro Único las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por la Entidad.
16. En dicha Audiencia, el Árbitro Único expresa que el presente proceso se encuentra en estado para laudar, fijando la misma en veinte (20) días hábiles, señalando que dicho plazo podrá ser prorrogado por el plazo de quince (15) días hábiles adicionales.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- 
- (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado con acuerdo expreso de ambas partes.
 - (ii) Que, en ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
 - (iii) Que el CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
 - (iv) Que, la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda dentro del plazo correspondiente.

- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Instalación y la Audiencia Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 08 de mayo de 2014 y 03 de julio de 2014, respectivamente, corresponde al Árbitro Único resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en este caso.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que

*suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó*².

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, declarar la nulidad y/o dejar sin efecto la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP de fecha 11 de setiembre de 2013, notificada el día 12 de setiembre del 2013, mediante Carta Notarial N° 029-2013-INPE/11, por la cual la Oficina de Infraestructura Penitenciaria dispone resolver el Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario Río Negro-Satipo".

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El CONTRATISTA ampara su pretensión en base a los siguientes argumentos:

Como resultado de la Licitación Pública N° 004-2011-INPE/OIP convocada por la Entidad para la Ejecución de la Obra "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario Río Negro - Satipo", el Comité Especial adjudicó la Buena Pro al Consorcio, suscribiéndose el Contrato de Ejecución de Obra el día 22 de junio del 2011; cabe anotar que por la Entidad suscribió el Contrato el Ingeniero Carlos De La Cruz Alvarado, Director General de Infraestructura.

La ejecución de la obra se contrató bajo el Sistema de Contratación a Suma Alzada por la suma de S/. 10'662,963.97 (Diez Millones Seiscientos Sesenta y Dos Mil Novecientos Sesenta y Tres con 97/100 Nuevos Soles) sin incluir el I.G.V., y con un plazo de ejecución de doscientos setenta (270) días calendarios.

El Contrato de Ejecución de Obra se rige por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, normas vigentes a partir del 01 de febrero del 2009 conforme con lo indicado en el artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 014-2009.

² TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Con posterioridad al inicio del plazo de ejecución se presentaron hechos que configuraron causales de afectación a la Ruta Crítica del Programa de Ejecución de Obra, generando por ello derecho de Contratista a presentar sucesivas ampliaciones de plazo lo que motivó que el término programado, en base a lo efectivamente aprobado por la Entidad, se desfase hasta el 18 de julio del 2013.

Asimismo, mediante Carta s/n de fecha 13 de setiembre de 2012, el Contratista solicita a la entidad la intervención económica de la Obra, lo que efectivamente se produjo mediante Resolución Jefatural N° 228-2012-INPE/OIP de fecha 28 de setiembre de 2012 por la cual la Entidad decide intervenir económicamente la ejecución de la obra, luego de verificada la procedencia de dicha solicitud según lo establecido en el artículo 206° del Reglamento y en la Directiva N° 001-CONSUCODE/PRE.

Es del caso, que el día 24 de agosto del 2013, fue notificado con la Carta Notarial N° 028-2013-INPE/11 del 23 de agosto del 2013, por la cual la Entidad realiza el apercibimiento de resolución de contrato formulado en razón al cumplimiento del Contratista de dotar de Dirección Técnica a la obra, esto es por la ausencia en obra del Residente y del Maestro de Obra, según los informes remitidos por el Supervisor de Obra.

Al respecto, el Contratista indica que este requerimiento resulta del todo irregular por cuanto, de un lado, si bien el Ingeniero Residente de Obra, Señor Nahun Zevallos Candia presentó su renuncia al cargo con Carta de fecha 14 de agosto de 2013, mediante comunicación de fecha 22 de agosto del 2013, esto es con anterioridad a la notificación del requerimiento antes indicado, el mismo profesional comunicó al Contratista, entre otros aspectos de obra, que seguiría al frente de la Dirección Técnica de la obra en tanto que el Consorcio encuentre al profesional que lo reemplace en el cargo.


De este modo, sólo por este hecho resulta del todo irregular y nulo el requerimiento cursado por la Entidad pues LA CAUSAL QUE LO ORIGINA ES INEXISTENTE en dicha fecha. Sin embargo, debe notarse también que ni en las Bases Integradas del respectivo proceso de selección, ni en la Propuesta Técnica o en cualquier otro documento técnico-contractual, existe la obligación de tener un Maestro de Obra como

parte del plantel técnico o de Dirección Técnica de la Obra, lo que redundaría en lo falaz, irregular y nulo del citado requerimiento.

Es del caso, que el día 12 de setiembre de 2013, se notificó al Contratista con la Carta Notarial N° 029-2013-INPE/11 de fecha 11 de setiembre del 2013, suscrita por el Ingeniero César Augusto Díaz Pastor, Jefe de la Oficina de Infraestructura, a través de la cual la Entidad remite la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP de la misma fecha, también suscrita por el mismo funcionario, por la cual decide resolver el Contrato de Ejecución de Obra que se ocupa por la causal de incumplimiento de obligaciones contractuales atribuibles a su parte.

Sobre este particular, el Contratista expresa que si bien la resolución contractual dispuesta por la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP hace mención a la supuesta y negada falta de la Dirección Técnica, la misma SE SUSTENTA Y/O ESTÁ MOTIVADA EN HECHOS Y FUNDAMENTOS LEGALES DISTINTOS DE LOS QUE FUERON MATERIAL DEL –nulo- REQUERIMIENTO PREVIO.

A este respecto, resulta pertinente recordar el argumento textual de la entidad en su intimación resolutoria, en la que se indica que el Consorcio “(...) ha dejado de dotar de dirección técnica a la obra, al no contar con la presencia del Residente y Maestro en la ejecución de la obra de la referencia, incumpliendo de esta manera obligaciones contractuales (...)” y, en consecuencia, (...) se le requiere Notarialmente a fin de que subsane su incumplimiento dentro del plazo de 15 días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato (...)”



Sin embargo en el Undécimo Considerando del cuestionado Acto Administrativo, la Entidad sustenta y/o motiva la resolución contractual en que “(...) tomando en consideración que la Empresa Contratista no ha cumplido con culminar la obra, en el plazo establecido, por lo que corresponde resolver el contrato por las causales de incumplimiento de obligaciones contractuales atribuibles a la Contratista.

De este modo, si bien la Entidad concuerda su motivación en la –negada- ausencia del Ingeniero Residente de Obra, precisa que la resolución contractual ha procedido en razón del eventual incumplimiento del plazo de ejecución de obra, LO QUE NO HA SIDO MOTIVO DE LA INTIMACIÓN RESOLUTORIA (requerimiento previo), por lo

cual deviene en irregular el Acto Administrativo de resolución contractual y, consecuentemente, lleva a su nulidad absoluta.

De este modo, en los considerandos noveno, décimo y undécimo – principalmente- del cuestionado acto administrativo se indica que la resolución contractual procede, conforme con el numeral 6 de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE que regula para la Intervención Económica de la Obra el vencimiento del plazo de ejecución de obra, así como en los artículos 166°, 167°, 168° y 169° del Reglamento, con lo que hace incidencia a la aplicación de penalidades como causal de resolución contractual, lo que lleva a que exista una evidente incongruencia entre el requerimiento previo (intimación resolutoria) y la consecuente resolución contractual.

Es de mencionar, finalmente, que la cuestionada resolución se aprecia un desconocimiento de las implicancias generadas por la Intervención Económica de la Obra, con la que se busca, precisamente, culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el Contrato, conforme lo señala la disposición general de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE, desconociéndose que el hecho objetivamente se registra un avance de obra del 97.3% conforme lo reconoce la Entidad en la resolución sub materia.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La entidad expresa sus argumentos de defensa en base a lo siguiente:

El Contratista fundamenta su pedido aduciendo que la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPR/OIP hace mención a la falta de dirección técnica, la misma se sustenta en hechos distintos de los que fueron materia de requerimiento previo, además de que la resolución en mención adolecería de defectos de motivación, toda vez existiría supuestamente incongruencia entre el sustento fáctico y el sustento jurídico, puesto que éste último se referiría a la resolución por incumplimiento del plazo contractual y la aplicación de penalidades.

La cláusula décima, sobre las responsabilidades y obligaciones de las partes señala claramente en su acápite 10.1.17 que "El Ingeniero Residente designado por EL CONTRATISTA deberá estar a tiempo completo en la ejecución de la obra (...)"; en ese sentido, se tiene que mediante Carta N° 020-2013-GRECIA de fecha 15 de agosto

de 2013, el Ing. Residente de obra Nahun Zavallos Candia comunica al Jefe de la Unidad de Obras y Equipamiento de la OIP, su voluntad de renunciar al cargo que ostentaba, la misma que fue entregada al representante legal del contratista, el 14 de agosto de 2013, señalando las siguientes razones:

- Pérdida de comunicación con su persona
- Falta de apoyo administrativo
- Falta de maestro de obra
- Incumplimiento de pagos al personal; por lo que el personal calificado se retiró permanentemente, disminuyendo el ritmo de trabajo
- Por el retraso en el abastecimiento de materiales de construcción
- Por la incapacidad de adquirir los equipos electromecánicos y de gas para la obra
- Por las continuas postergaciones de la ejecución de la red primaria, carpintería de madera, forrado de las mesas de concreto con planchas de acero inoxidable en cocina.

En relación a lo acotado en el párrafo precedente, se aprecia que mediante Informe N° 036-2013-SO/VEDR/OIP-INPE del supervisor de obra deja constancia de la falta de ingeniero residente así como de un maestro de obra, adjuntando para probar lo expuesto copia de asientos del cuaderno de obra, con lo que se demuestra que el Consorcio ha incumplido con sus obligaciones contractuales reguladas en el Contrato de Licitación Pública N° 004-2011-INPE/OIP y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE, la misma que preceptúa que "La Entidad dará por concluida la Intervención Económica procediendo a la consiguiente resolución del contrato: a) Si el Contratista incumple con sus obligaciones técnicas, laborales o contractuales a su cargo, b) Si el Contratista deja de aportar el dinero en efectivo que le corresponde según cronograma establecido en la cláusula adicional del contrato principal, c) Si el Contratista retira de la obra: personal, equipo o materiales sin autorización del Inspector o Supervisión de Obra (...)"

Al respecto, el artículo 168° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, norma en su ítem 1 que "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: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo,

pese a haber sido requerido para ello". Siendo ello así, es de verse que con Carta Notarial N° 028-2013-INPE/11, entregada el 24 de agosto de 2013, el Jefe de la Oficina Infraestructura Penitenciaria, requiere al contratista para que cumpla con sus obligaciones contractuales en un plazo de 15 días bajo apercibimiento de resolver el contrato, siendo que por Informe N° 037-2013-SO/VERHD/OIP-INPE, el supervisor de la obra comunica que ha vencido el plazo de apercibimiento de resolución del contrato, sin que el contratista cumpliera con sus obligaciones.


Que, sin perjuicio de lo expuesto en relación a la falta de Ing. Residente así como del maestro de obra, es necesario precisar que si bien el consorcio señala que fue requerido vía carta notarial, con cumplir sus obligaciones contractuales con designar a un nuevo ingeniero residente así como a un maestro de obra, pero no con el cumplimiento total de la ejecución de la obra; no se debe pasar por alto que el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone en su tercer párrafo que "No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a 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."

Como se observa de autos, la última prórroga contractual aprobada mediante Resolución Jefatural N° 115-2013-INPE/OIP del 15 de julio del presente año, culminó el 18 de julio de 2013, y a pesar de ello hasta la fecha en que se notificó la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPR/OIP el contratista no había cumplido con el total de la ejecución de la obra, situación que no iba a variar en menos de 15 días, plazo señalado en el segundo párrafo del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con lo cual se configura el supuesto contemplado en el tercer párrafo del citado artículo; situación que se corrobora del Informe N° 036-2013-SO/VEDR/OIP-INPE, en el cual el supervisor de obra, Ing. Víctor de la Cruz, señala que el avance acumulado al mes de julio de 2013 era del 97.38% del total de la obra, además de que con fecha 02 de los corrientes, el señor Roger Florett, representante legal del CONSORCIO GRECIA, en compañía de un ingeniero del consorcio, se presentó en esta oficina solicitando hablar con el Procurador Público, siendo que en el transcurso de la misma, precisó que el penal no se encontraba terminado, que posiblemente se terminaría la construcción del mismo para mediados de enero de

2014, pero que cuando eso sucediera lo comunicaría al INPE de forma verbal más no escrita, además de que el entregaría el terreno donde se viene ejecutando la obra siempre y cuando la Entidad llegara a un acuerdo conciliatorio con el consorcio.

Para más hondo, hacemos de conocimiento del Tribunal Arbitral que mediante Carta Notarial de fecha 29-2013-INPE/11 entregada con fecha 11 de setiembre de 2013, el Jefe de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria, hace entrega de la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones, citando al contratista, según lo normado por el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para la ejecución del acto de constatación física e inventario de la obra, el cual se llevaría a cabo el día 16 de setiembre de 2013, sin embargo llegado ese día, el consorcio no permitió el ingreso del personal del INPE a la obra, situación que se corrobora con la copia de la denuncia formulada por el Ing. Juan Carlos Sánchez Lazo, Jefe de la Oficina de Obras y Equipamiento de la OIP y del Acta de Presencia Notarial, ambas el 16 de setiembre de 2013.

No habiéndose llevado a cabo la primera constatación fijada para el 16 de setiembre del año en curso, se fijó como nueva fecha para realizar dicha diligencia el día 24 de setiembre de 2013, la cual tampoco pudo realizarse debido a que, como se aprecia del Acta de Presencia Notarial del 24 de setiembre de 2013, "El abogado de la empresa Consorcio Grecia, señala que no permitirá el ingreso a la obra para realizar la diligencia de constatación física e inventario y que por su parte están tomando las acciones de acuerdo a Ley", motivo por el cual a la fecha esta Procuraduría Pública ha presentado ante la Fiscalía de Satipo una denuncia contra el señor Roger Florett Díaz, representante legal del consorcio, por el delito de resistencia a la Autoridad.



Se debe tener presente que la motivación de la Entidad en determinar la resolución del contrato y tomar precisión de la obra que pertenece al estado, se sustenta al principio de seguridad del trabajo, así como calidad de la ejecución de la obra, teniendo como deber el cumplimiento del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en beneficio del Estado, razones que se describen en los Informes N° 1100-2013-INPE/11.02 y N° 207-2013-INPE/11.02.OHVM, en los cuales se aprecia lo siguiente:

La obra Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario de Río Negro – Satipo, tiene por finalidad los siguientes objetivos:

- Trasladar los internos del penal de Satipo y penales aledaños, el que se encuentran hacinados.
- Controlar los indicios de generación de siniestros por parte de los internos, intentos de fuga y toma de penal, como los informados en los medios de comunicación el pasado 03 de noviembre de 2013 (...)
- Brindar tranquilidad a la ciudadanía al contar con un penal nuevo, que garantiza las condiciones de seguridad y orden para un régimen penitenciario.
- Almacenar los equipos para la operación del penal, actualmente se encuentran en un almacén alquilado.

Que, en relación al monto de la pretensión de la demanda arbitral, el Tribunal Arbitral deberá tener presente que no habiéndose llevado a cabo la constatación física e inventario, según lo expuesto en el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debido a la negativa por parte del representante legal del consorcio a que personal del INPE ingrese al lugar donde se viene ejecutando la obra, la liquidación final de la obra se deberá realizar una vez entregada la misma, momento en el que se deberá tener en cuenta los gastos por levantamiento de observaciones debido a la falta de dirección técnica (Ing. Residente), además de elaborar un expediente de saldo de obra a fin de determinar los materiales y trabajos ejecutados, los pendientes, para lo cual será necesario la ejecución de pruebas y peritaje respectivo, así como las penalidades por incumplimiento contractual. Siendo ello así, se tiene que la resolución jefatural N° 133-2013-INPR/OIP, se encuentra arreglada a ley, no adoleciendo la misma de causal de nulidad alguna.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Teniendo en cuenta las posiciones de las partes, y previamente al pronunciamiento del Árbitro Único, es necesario llevar a cabo un análisis de este punto controvertido. Sobre ello, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato y a las controversias señaladas por el demandante.

Esta controversia se genera del Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario Río Negro - Satipo"³ derivado de la Licitación Pública N° 004-2011-INPE/OIP, celebrado entre el Consorcio Grecia y el Instituto Nacional Penitenciario.

De lo establecido en el Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado - D.S. N° 014-2008- PCM; y, en su defecto, iii) El Código Civil. En razón a lo expuesto, tenemos que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente Contrato celebrado, deberán solucionarse mediante arbitraje de derecho, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Árbitro Único toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el Contrato.

Con relación al punto controvertido bajo análisis, es necesario realizar un recuento de los hechos:

Con fecha 22 de junio de 2011, las partes suscriben el Contrato de Ejecución de Obra⁴ derivado a la Licitación Pública N° 004-2011-CEP-INPE/OIP.

Con fecha 28 de setiembre de 2012, mediante Carta N° 740-2012-INPE/11⁵, la Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario remite la Resolución Jefatural N° 228-2012-INPE/OIP que declara la Intervención Económica de la Ejecución de la Obra.

³ Al respecto ver el anexo a) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

⁴ Al respecto ver el anexo a) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

⁵ Al respecto ver el anexo f) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

Con fecha 14 de agosto de 2013, mediante comunicación⁶, el Ingeniero Residente de Obra, Ing. Nahún Zevallos Candia expresa su renuncia irrevocable a dicho cargo.

Con fecha 15 de agosto de 2013, mediante Carta N° 20-2013-GRECIA⁷, el Residente de Obra, Ing. Nahún Zevallos Candia informa al Jefe de la Unidad de Obras y Equipamiento de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria su renuncia al cargo del Residente.

Con fecha 22 de agosto de 2013, mediante comunicación⁸, el Ingeniero Residente de Obra, Ing. Nahún Zevallos Candia expresa que el plazo de ejecución se viene extendiendo causándole penalidad, en base a que el 18 de julio de 2013, se cumplió el plazo contractual.

Con fecha 23 de agosto de 2013, mediante Carta Notarial N° 026-2013-INPE/11⁹, la Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario expresa al Contratista el incumplimiento de las obligaciones solicitando el cumplimiento del mismo, bajo apercibimiento de resolución de contrato.

Con fecha 11 de setiembre de 2013, mediante Carta Notarial N° 029-2013-INPE/11¹⁰, la Oficina de Infraestructura Penitenciaria del Instituto Nacional Penitenciario remite la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP¹¹ en que se resuelve el contrato de ejecución de obra.

Con fecha 19 de setiembre de 2013, mediante Carta Notarial N° 031-2013-INPE/11¹², la Entidad efectúa la segunda citación de Constatación Física e Inventario de la Obra.

Pues bien, del recuento de los hechos se observa que la referida pretensión versa sobre la resolución del Contrato de Ejecución de Obra "Construcción del Nuevo

⁶ Al respecto ver el anexo h) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

⁷ Al respecto, ver el anexo 7. del escrito de contestación de demanda presentado por el Instituto Nacional Penitenciario con fecha 13 de diciembre de 2013.

⁸ Al respecto ver el anexo h) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

⁹ Al respecto ver el anexo g) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

¹⁰ Al respecto ver el contenido del anexo d) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

¹¹ Al respecto ver el contenido del anexo d) del escrito de subsana demanda presentado por el Consorcio con fecha 08 de noviembre de 2013.

¹² Al respecto, ver el anexo 9 del escrito de contestación de demanda presentado por el Instituto Nacional Penitenciario con fecha 13 de diciembre de 2013.

Establecimiento Penitenciario Rio Negro-Satipo" para lo cual, es importante observar lo que señala la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

Sobre ello, el numeral c) del Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado regula la Resolución de Contrato por Incumplimiento¹³. Asimismo, el Artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

"Artículo 167°.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato con sujeción a Ley (...)"

Ahora bien, las causales para que se dé una Resolución de Contrato son las dispuestas en el Artículo 168° del citado Reglamento:

"Artículo 168°.- Causales de resolución

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:

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

El contratista podrá solicitar la resolución de 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

¹³ *"c) Resolución de Contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."*

las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°."

De lo señalado en los citados artículos podemos advertir que para que una resolución de contrato proceda es necesario que ésta se enmarque en una de las causales de resolución, y siempre y cuando, ésta haya sido solicitada de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 169^{14o} del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Pues bien, tenemos la normativa aplicable a esta controversia por lo que corresponde observar si los hechos narrados en el proceso y si la Entidad cumple, en primer lugar con el procedimiento señalado en el Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese sentido, de los documentos que obran en el presente expediente se puede apreciar que, mediante Carta Notarial N° 026-2013-INPE/11, la Entidad efectuó el apercibimiento al Contratista a fin de que cumpla con sus obligaciones contractuales expresando lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirse a usted a fin de comunicarle que su representada ha dejado de dotar de dirección técnica a la obra, al no contar con la presencia del Residente y Maestro en la ejecución de la Obra de la referencia, incumpliendo de esta manera obligaciones contractuales reguladas en el contrato LP N° 004-2011-INPE/OIP suscrito con la Entidad y la Directiva N° 001-2003-CONSUCODE/PRE de Intervención Económica"

En dicho documento, la Entidad efectúa el apercibimiento de quince (15) días calendario a fin de que el Contratista cumpla con dotar de dirección técnica de la obra.

¹⁴ **"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 adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...)"

Teniendo en cuenta ello, y pasado el tiempo expresado en el referido documento, posteriormente la Entidad remite la Carta Notarial N°029-2013-INPE/11 en el que se adjunta la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP mediante la cual resuelve el contrato.

Al respecto, conforme se aprecia de los medios probatorios presentados en el presente proceso arbitral, esta Colegiado Unipersonal considera necesario efectuar un análisis literal de la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP, el mismo que se encuentra expresado de la siguiente manera:

“Que, mediante Carta N° 35-2013-SO/ERHD-DGI-INPE, del 23 de julio de 2013, el Supervisor de la Obra comunica que la fecha de término de plazo contractual corresponde al 18 de julio de 2013, sin embargo habiendo transcurrido cinco días desde la fecha de término, la obra no ha sido culminada.

Que, con fecha 15 de agosto de 2013, el Residente de Obra Ing. Nahun Zevallos Candia, mediante Carta N° 020-2013-GRECIA dirigida al Jefe de la Unidad de Obras y Equipamiento de OIP, comunica su voluntad de renunciar al cargo que ostenta y acompaña copia de la Carta de su renuncia la misma que está dirigida al Representante Legal del CONSORCIO GRECIA, con fecha 14 de agosto de 2013.



Que, con fecha 22 de agosto de 2013, mediante Informe N° 036-2013-SO/EDR/OIP-INPE, dirigida al jefe de la Oficina de Infraestructura, el Supervisor de la Obra comunica la ausencia del Residente de Obra. Asimismo indica que la obra carece de un Maestro de Obra, aseveración que sustenta las anotaciones en el cuaderno de obra (Asientos N° 791°, 792, 794, 796, 797, 798 y 799), así mismo indica tener conocimiento de la renuncia del Residente de Obra, reitera el retraso en la conclusión de la obra y sugiere la resolución del Contrato de Ejecución de Obra.

Que, mediante Carta N° 026-2013/INPE/11, de fecha 23 de agosto de 2013, se realizó el apercibimiento al contratista por parte de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria, en el cual se comunica que ha dejado de dotar de

dirección técnica a la obra, asimismo se solicita se subsane su incumplimiento en el plazo de 15 días calendario bajo apercibimiento de resolver el contrato en aplicación del artículo 169° del Reglamento de Contrataciones del Estado.

Que, mediante Informe N° 037-2013-SO/VERHD/OIP-INPE, recepcionado en fecha 10 de septiembre de 2013, el Supervisor de la Obra comunica que se ha vencido el plazo de apercibimiento de resolución de contrato, que notificó notarialmente la Entidad al Contratista Consorcio Grecia mediante Carta Notarial N° 028-2013-INPE/11, de fecha 23 de agosto de 2013, recomendando se proceda a la resolución de contrato, de acuerdo a lo dispuesto en la directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2003,

Que, conforme lo indicado por el órgano técnico de la Entidad, a cargo de pronunciarse sobre la materia, mediante Informe N° 854-2013-IN, PE/11.02 de fecha 10 de septiembre de 2013 e Informe N° 136-2013-INPE/11.02-OHVM, de fecha 09 de septiembre de 2013, recomiendan que debe resolverse el Contrato de Ejecución de Obra LP N° 004-2011-INPE/OIP por las causales indicadas en la Directiva N° 001-2013/CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2003.

Que, en atención a la Ley de Contrataciones del Estado, las normas que brinda el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, al ostentar la rectoría en la materia, son de observancia obligatoria para todas entidades públicas. Por lo expresado, la Directiva N°001 – 2003/CONSUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2013 aplicable a los procesos con intervención Económica de la Obra, dispone expresamente que “6. Considerando que el contratista mantiene el manejo técnico de la obra, en el caso en que esta no se concluyera dentro del plazo contractual por razones de carácter técnico imputable al contratista, se aplicarán las penalidades respectivas, incluida la resolución del contrato que corresponden.”

Que, conforme lo expresa la Supervisión de la Obra, y el Coordinador de la Obra de nuestra Entidad, el Contratista Consorcio Grecia no ha cumplido con culminar la obra, en los plazos establecidos, en atención a hechos

atribuibles a la responsabilidad del contratista, observándose a su vez la falta de previsión técnica, regularidad y desarrollo adecuado de la norma, al no contar con un Residente de Obra y dirección técnica, vulnerando de esta manera las disposiciones legales y contractuales.

Que, en ese orden de ideas y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Artículo 166°, 167°, 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y tomando en consideración que la Empresa contratista no ha cumplido con culminar la obra en el plazo establecido, por lo que corresponde Resolver el Contrato, por las causales de incumplimiento de obligaciones contractuales atribuibles al Contratista."

Que, teniendo en cuenta lo indicado líneas arriba y de las pruebas aportadas, podemos advertir que la resolución del contrato se basó en la situación que generó en la Obra debido a que no se contaba con la presencia del Residente y además del Maestro de Obra. Es importante precisar que la presente ejecución del contrato se encuentra regulada por el artículo 206° referente a la intervención económica efectuada en la obra. Al respecto, es importante conocer que es lo que señala dicho precepto en nuestra regulación señalando que el artículo 206° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 206°.- Intervención Económica de la Obra

La Entidad podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento.

Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia.

En el caso particular, luego de que la obra se haya intervenido en base a lo estipulado en el artículo precedente, corresponde verificar las disposiciones específicas que se han regulado cuando se genere la intervención económica de la Obra. Dichas disposiciones se encuentran establecidas en la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE que expresa en el numeral 1 de las disposiciones específicas lo siguiente:

- 1. La intervención económica de una obra consiste en la participación directa de la Entidad en el manejo económico de la obra.*

Con la intervención económica de la Obra, la Entidad, de la mano con el Contratista, cumplen con realizar el manejo económico de la obra. No obstante el numeral 6 de las disposiciones específicas señala lo siguiente:

- 6. Considerando que el contratista mantiene el manejo técnico de la obra, en el caso en que ésta no se concluyera dentro del plazo contractual por razones de carácter técnico imputable al contratista, se aplicarán las penalidades respectivas, incluida la resolución del contrato, de corresponder.*

Tenemos en cuenta lo ya expresado por las partes y ya, a fin de efectuar el pronunciamiento correspondiente, consideramos conveniente señalar que los pronunciamientos efectuados por las entidades administrativas deben contener ciertos requisitos como actos administrativos emitidos que, si bien en estos procesos dichos preceptos son referenciales, consideramos necesario efectuarlos.

Teniendo en cuenta ello, este Árbitro Único considera conveniente dejar en claro la naturaleza del acto administrativo materia de pronunciamiento, en este sentido, debemos precisar que los documentos materia de pronunciamiento se encuentran enmarcados en lo que se configura como un acto administrativo puesto que se encuentran parametrados bajo lo establecido en el artículo 1) de la Ley del

Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, dicha regulación señala al acto administrativo como: "(...) las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta".

De otro lado, fuera de lo expresado en el párrafo anterior, a lo largo del proceso arbitral apreciamos que las decisiones que se toman dentro de la ejecución de un contrato se realizan bajo las normas de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y difiere en gran medida de lo que supone una relación contractual entre dos privados. Prueba de ello, es que las decisiones que adopte un particular al momento de ejecutar el contrato están regidas bajo los dispositivos previstos en el Código Civil Peruano, siendo la autonomía de voluntad la piedra angular del derecho privado.

Sin embargo, como bien lo hicimos notar en los párrafos anteriores, el Estado a través de una Entidad Pública debe seguir un procedimiento y observar normas de carácter adjetivo y sustancial para determinar si las decisiones que puedan adoptarse en la ejecución de un contrato se ajustan a derecho. Es decir, en un contrato regido bajo las normas de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la Entidad al momento de informar a los particulares una decisión, debe seguir un procedimiento especial, a efectos de que la disposición de la Entidad no incurra en causales de nulidad.

Dentro de este contexto, el acto administrativo deberá cumplir con una serie de requisitos para que éste no devenga en nulo, por lo que, el artículo 3° de la Ley N° 27444 establece taxativamente cuáles son los requisitos de los actos administrativos. De esta manera, podemos definir cada exigencia legal del acto administrativo de la siguiente manera:

Competencia: este requisito se refiere a que todo acto administrativo sea producido por aquel organismo que tenga capacidad a través de una autorización legal.

Objeto: el acto administrativo debe cumplir condiciones tales como legalidad, posibilidad jurídica y física, no debe ser contrarias a las decisiones del Poder Judicial.

Finalidad pública: el acto administrativo cumple con una finalidad que se encuentra insertada de forma implícita y explícita en la ley, por lo que éste debe adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan facultades al órgano emisor.

Motivación: además de que el acto jurídico debe ser expedido conforme a ley, éste debe ser emitido por funcionario competente y éste debe explicar lo que está resolviendo, por lo que la motivación permite conocer a profundidad qué se quiso hacer.

Procedimiento regular: el acto administrativo deberá emitirse dentro de un procedimiento establecido por la ley, en el cual se encuentre previsto una etapa probatoria, se concedan garantías impugnatorias y en la que exista una debida motivación del referido acto.

Ahora bien, el artículo 10° de la Ley N° 27444 establece las causales de nulidad del acto administrativo; por lo que de una lectura de la citada norma, tenemos que el acto administrativo puede devenir en nulo por las siguientes razones:

Cuando el acto administrativo contraviene las normas contenidas en la Constitución Política, las normas legales o las normas reglamentarias.

Cuando el acto administrativo contenga un defecto u omisión que afecte los requisitos de validez (competencia, objeto lícito, motivación, fin lícito y procedimiento regular).

Salvo lo dispuesto en el artículo 14° de la Ley N° 27444

Los actos administrativos expresos o los que resulten de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación para la expedición del acto.

Los actos administrativos que constituyen infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma son nulos.

Principios del procedimiento administrativo

Los principios previstos en la Ley N° 27444 son un conjunto de valores positivizados de carácter obligatorio para los que participan en un procedimiento administrativo. Los principios del procedimiento administrativo cumplen con una triple identidad:

Entender el resto de la norma (carácter interpretativo).

Integración jurídica: en donde no existe norma, se cubre con los principios.


Controlar a la Administración frente a la ausencia de normas, los principios ayudan a los administrados.

Entre los principios del procedimiento administrativo tenemos los siguientes: legalidad, debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, eficacia, verdad material, simplicidad, uniformidad, predictibilidad, etc.

En tal sentido, a efectos de iniciar el análisis respecto a los fundamentos del demandante a lo largo del proceso, este Árbitro Único considera oportuno citar la norma pertinente señalada en la Ley del Procedimiento Administrativo General:

Ley N° 27444

Artículo IV del Título Preliminar



1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Como se aprecia, la citada norma establece una conducta que debe seguir no sólo los administrados sino también la Administración dentro de un procedimiento administrativo, el cual debe estar premunido de la buena fe. El jurista Juan Carlos Morón Urbina al comentar dicha norma señala lo siguiente:

"Con la incorporación expresa de la buena fe en la Administración, el ordenamiento busca proteger la confianza fundada generada en los administrados por la propia conducta administrativa, al haber generado la confianza razonable o legítima respecto a su pretensión o situación legítima (...)"¹⁵,

Prosiguiendo con el análisis del punto controvertido referente al documento que se pretenden declarar inválido, debemos hacer notar que la buena fe no sólo está presente como principio en el Derecho Administrativo, sino que este principio se extiende a todas las relaciones como la referida a los asuntos contractuales, tanto en los contratos regidos enteramente por el Código Civil, así como aquellos contratos regidos bajo las normas de contratación estatal. Por ello, la doctrina ha establecido que la interpretación se determina el sentido de una estipulación o declaración contractual respecto de la cual las partes no tienen consenso, con el objeto que de la misma surja el real sentido de sus consecuencias jurídicas.

Diez Picazo expresa que *"la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es ante todo la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas"*¹⁶.

En igual sentido explica Emilio Betti¹⁷, citando a Carnelutti:

"(...) la investigación interpretativa de una convención debe ser conducida por el juez no para buscar y esclarecer la intención integral de una o de ambas partes contratantes sino aquello que, tanto de la intención de una o de la otra parte, se haya fusionado para formar aquella común intención que constituye la ley del contrato".

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. p. 79.

¹⁶ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 1, segunda edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1983. Pág. 263

¹⁷ BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

Ricardo Luis Lorenzetti¹⁸ afirma que *"La interpretación consiste en adjudicar un sentido a la regla contractual."*

En el caso sub-materia es pertinente, dado los conceptos previamente anotados, entender la estipulación contractual de modo tal que tenga efectos jurídicos, esto es, descubrir la utilidad del pacto dentro del contexto de las circunstancias en las cuales aquel se produjo.

Para ello, el postulado que se debe tener en cuenta es la buena fe de los contratantes, y que la declaración contenida en el contrato, aunque imperfecta, expresa el deseo de ambos contratantes, de generar una consecuencia jurídica como corolario de lo pactado.

En torno a ello, resulta de aplicación lo normado en los artículos 168¹⁹, 169²⁰ y 170²¹ del Código Civil, a efectos de conjugar en la decisión que se asuma, tanto lo que se ha expresado en el contrato, como la buena fe de las partes contratantes, teniendo en consideración el conjunto de la voluntad expresada.

Asimismo, los artículos 1361²² del Código Civil establecen una pauta sobre obligatoriedad de lo pactado, y 1362²³ sobre negociación, celebración y ejecución, según las reglas de la buena fe. En ese sentido, la buena fe debe estar presente no

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, Interpretación del contrato en el derecho argentino. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 7, Tomo 1

¹⁹ Código Civil, art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

²⁰ Código Civil, art. 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulta el conjunto de todas.

²¹ Código Civil, art. 170.- Las expresiones que tienen varios sentidos deben entenderse en el mas adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

²² Código Civil, art. 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

²³ Código Civil, art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

sólo es una etapa del contrato, sino que en la ejecución de las obligaciones contractuales, las partes deben observar el principio de buena fe.

Al respecto, Betti nos señala que el principio de buena fe puede concebirse esencialmente como:

*"(...)una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)"*²⁴

Por su parte, el profesor italiano Máximo Bianca²⁵ señala que la buena fe interesa como una regla de conducta y *"(...) con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo (...)"*.

En ese mismo sentido Jorge Avendaño Valdez²⁶ afirma, *"La buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles dentro de una sociedad y es un principio crucial en el desarrollo de las relaciones jurídicas de toda clase. Así, de acuerdo a este principio, los contratos deben ser interpretados considerando que las partes, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas. Asimismo, la buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, esto es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más acorde con la confianza que se hubiera podido generar en la contraparte"*.

Finalmente, la buena fe implica que al interpretarse el Contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales lo celebraron. Por ello, ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el contrato. Es decir, llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno.

²⁴ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I. pp. 78.

²⁵ BIANCA, Máximo. *Diritto Civile*. T. 3. Milán. A. Giuffrè Editores, 1992. pp. 394.

²⁶ AVENDAÑO V. Jorge, *Metodología de la Interpretación de la Ley y del contrato*. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 1596, Tomo 3

En este orden de ideas, se tiene la expresa la regulación aplicable a la materia siendo que el Contratista, en ese sentido ha solicitado la intervención económica de la obra, misma que se realizó el 28 de setiembre de 2012 y, por el contrario la resolución del contrato se realizó a su vez en el año 2013, situación que se ha meritado y obra en los medios probatorios precisados por las partes.

Un hecho para tomar en cuenta además es que la Carta Notarial N° 028-2016-INPE/11 de fecha 23 de agosto de 2013, fue enviada al Contratista once (11) meses después de haberse efectuado la intervención económica de la obra, misma que, además, expreso los incumplimientos por parte del Contratista en la Obra, tales como no dotar de dirección técnica ni contar con la presencia del Residente de Obra.

Dichos hechos se encuentran debidamente señalados en las comunicaciones efectuadas y adjuntadas por las partes, comunicaciones del residente de obra que expresa en dichos documentos la intención de no continuar en obra.

Por lo tanto, como se aprecia en el presente proceso arbitral, el residente designado por el Contratista tuvo la determinación de renunciar a su cargo, observándose de esta manera un incumplimiento por parte del Contratista respecto a lo expresado en las obligaciones contractuales señaladas en el contrato materia de controversia.

Para este arbitro único la comunicación posterior que hace la Contratista indicando que el Residente de Obra se ha comprometido a continuar en el puesto en tanto se designe otro en su lugar no surte efectos ya que para ese momento se tenían las razones por las cuales dicho profesional había tomado su decisión de no continuar sus labores en vista de todos los incumplimientos que tuvo la Contratista con su persona, por lo tanto se podría concluir que su presencia en la obra era mas para cumplir un formalismo que para cumplir con sus labores encomendadas. Sin embargo, para ese momento ya se había incurrido en la causal de resolución de contrato y el Contratista no cumplió en todo caso ni si quiera con proponer a otro profesional que ocupara el cargo de residente de obra.

Al respecto, la Cláusula Décima del contrato materia de controversia se expresa lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMA: RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES

10.1.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

(...)

10.1.17 El Ingeniero Residente designado por EL CONTRATISTA deberá estar a tiempo completo en la ejecución de la obra:

(...)

Los Especialistas deberán permanecer en la sede física de la obra objeto del presente contrato, de acuerdo al cronograma de obra.

Pues bien, conforme a lo expresado a lo largo del presente análisis, se advierte que la ejecución de la Obra ha sido intervenida económicamente por la Entidad. No obstante, el manejo técnico de la obra continuaba en responsabilidad del Contratista por lo que el Consorcio Grecia ha debido tener en la Obra al Residente y también un Maestro de la Obra conforme se dispone en la cláusula contenida en el contrato materia de controversia que si bien no hace mención al segundo técnico, hace mención al Residente de Obra.

Así también la Cláusula Vigésima referente a la intervención económica que expresa:

CLÁUSULA VIGÉSIMA: INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA OBRA

(...)

20.8 Si EL CONTRATISTA rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto.

Asimismo, finalizará la intervención económica con la consiguiente resolución del contrato:

a) Si EL CONTRATISTA incumple con sus obligaciones técnicas (...)

Por lo expuesto, conforme a los documentos contenidos en el presente proceso así como las alegaciones expresadas por las mismas, queda probado el Contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales en la Obra por lo que la resolución del contrato efectuada por la Entidad se encuentra debidamente realizada y motivada conforme a los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General, referencial en este caso.

Respecto a lo indicado por la Contratista sobre la supuesta no intimación resolutoria que ocasionaría la nulidad de la resolución que resolvió el contrato de obra, queda claro que durante la ejecución del contrato la Entidad mediante Carta Notarial N° 028-2013-INPE/11 del 23 de agosto del 2013, realizó el apercibimiento de resolución de contrato formulado en razón al cumplimiento del Contratista de dotar de Dirección Técnica a la obra, deviniendo en inexacto lo manifestado por ella.

Teniendo en cuenta ello, este Árbitro Único considera conveniente declarar infundado el presente punto controvertido por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no, ordenar que la demandada asuma el pago de los costos del presente proceso arbitral hasta su ejecución, los que incluyen el honorario de los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los gastos de Defensa Legal.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El demandante expresa sus argumentos en base a lo expresado en los argumentos de hecho y derecho contenidos en la demanda arbitral.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

El demandante expresa sus argumentos en base a lo señalado en su contestación de demanda de fecha 13 de diciembre de 2013.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Respecto a ello, el Árbitro Único considera pertinente remitirse a lo establecido en el Artículo 59° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje - R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, dispositivo legal que establece lo siguiente:

"Artículo 59°.- Gasto del Arbitraje y Laudo

El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en

caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCA/CONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

Los gastos arbitrales comprenden los rubros detallados en el Artículo 66 así como cualquier multa o sanción que el Tribunal Arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales”.

En consecuencia, a lo establecido en la referida norma, corresponde al Árbitro Único manifestar su posición, para así poder determinar la procedencia del pago de las costas y costos.

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73° señala que los Árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

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

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.


IV. EL ÁRBITRO ÚNICO RESUELVE

Estando a las consideraciones precedentes el Árbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión planteada por el Consorcio Grecia referente a declarar la nulidad y/o dejar sin efecto la Resolución Jefatural N° 133-2013-INPE/OIP de fecha 11 de setiembre de 2013, notificada el día 12 de setiembre del 2013, mediante Carta Notarial N° 029-2013-INPE/11, por la cual la Oficina de Infraestructura Penitenciaria dispone resolver el Contrato de Ejecución de la Obra "Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario Río Negro-Satipo".

SEGUNDO.- DISPONER que ambas partes cancelen en partes iguales lo correspondiente a lo requerido en el presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.


JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
Árbitro Único