

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ERIC ANTONIO SOTELO GAMARRA
ÁRBITRO ÚNICO

EXPEDIENTE N° 117-2015/SNA-OSCE

Demandante:

**MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y
SANEAMIENTO- PROGRAMA NACIONAL TAMBOS**
(En adelante el **DEMANDANTE** o la **ENTIDAD**)

Demandado:

R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.C.R.L.
(En adelante el **DEMANDADO** o el **CONTRATISTA**)

Resolución N° 10

Lima, 20 de febrero de 2017

VISTOS

Antecedentes relacionados con el presente proceso arbitral, la designación del Árbitro Único, la Audiencia de Instalación y la Determinación de los Puntos Controvertidos

1. Con fecha 10 de octubre de 2013, R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.C.R.L. y el PROGRAMA NACIONAL TAMBOS suscribieron el Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, para el “Servicio de Supervisión del Contrato Llave en Mano para la elaboración del expediente técnico, ejecución de obra, equipamiento e implementación de los Centros de Servicios de apoyo al Hábitat Rural en el Centro

Poblado Mutca-Lucre-Aymaraes-Apurímac”, (en adelante el Contrato), el cual contiene el convenio arbitral.

2. El 8 de abril de 2016, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), se llevó a cabo la Audiencia de Instalación.

El plazo para emitir el presente laudo

3. Mediante Resolución N° 8, el Árbitro Único fijó en veinte (20) días hábiles el plazo para laudar, el mismo que fue ampliado en quince (15) días hábiles adicionales mediante Resolución N° 9.

Demanda del PROGRAMA NACIONAL TAMBOS: Petitorio

4. En la demanda, presentada el 16 de junio de 2015, el demandante pide lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare nula e ineficaz la Carta Notarial N° 006-2015-R&Sc.c., del 18 de marzo de 2015 y recepcionada por la Entidad del 20 de marzo, con la cual la empresa R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL comunica la decisión de resolver el contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare válida y eficaz la resolución del Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001 efectuada por la Entidad mediante carta notarial N° 120-2015-VIVIENDA-PNT del 24 de marzo de 2015 y Carta Notarial N° 130-2015-VIVIENDA-PNT del 27 de marzo de 2015, respectivamente.

Demanda del PROGRAMA NACIONAL TAMBOS: Resumen de Fundamentos

5. La demanda se sustenta en los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión Principal

- a. Según la cláusula quinta del contrato, el plazo de ejecución se cuenta a partir de la suscripción del contrato y que VIVIENDA haya hecho entrega del terreno donde se ejecutará la obra.
- b. Según las Bases, la prestación del servicio tendrá una duración de 135 días contados a partir de la fecha de suscripción del contrato y que la Entidad haya hecho la entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.
- c. La Unidad de Infraestructura, en el Informe Técnico N° 521-2015-VIVIENDA-PNT-UI señala que en la cláusula quinta del contrato, las partes convinieron que el plazo de ejecución es de 135 días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato y que VIVIENDA haya hecho la entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.
- d. A la fecha la empresa R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.C.R.L. no ha dado inicio a la ejecución del Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001, en mérito a que aún no se cumple con la condición de efectuar la entrega de terreno o lugar donde se ejecutará la obra.
- e. La falta de entrega del terreno no puede ser considerada un incumplimiento de la Entidad, siendo que los motivos de la no entrega del terreno se debe a circunstancias que no dependen de la Entidad, al haberse declarado desierto en varias oportunidades los procesos de selección para la contratación de la empresa que ejecutará la obra, la misma que sería supervisada por R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL.

f. La resolución del contrato, efectuada por R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL, no se encuentra inmersa en las causales de resolución establecidas en la ley de contrataciones y su reglamento.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal

g. El Informe Técnico N° 449-2015-VIVIENDA-PNT-UI señala que se ha convocado a licitación pública la obra del Centro Poblado de Mutca-Lucre-Aymaraes-Apurímac en diversas oportunidades, habiendo quedado desiertas, cada una de las convocatorias efectuadas por la Entidad.

h. En el mismo Informe se hace mención a que el supervisor no dio inicio a sus actividades contractuales, al no haberse entregado el terreno por circunstancias que no dependen de la Entidad.

i. Al no haber iniciado las actividades el supervisor de obra, por circunstancias que no dependen de la Entidad, al haber quedado desierto en varias oportunidades la obra; con Carta Notarial N° 120-2015-VIVIENDA-PNT, el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento comunicó a la empresa R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL la decisión de resolver el Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA.UE.001, sin responsabilidad entre las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado.

j. La Entidad en múltiples ocasiones efectuó diversas convocatorias de Proceso de Selección para la ejecución de la obra en el centro poblado Ccarhuatani-Soraya-Aymaraes-Apurímac, habiendo quedado desiertas cada una de las convocatorias realizadas.

k. Ante la coyuntura existente que imposibilitaba el inicio del plazo de ejecución del servicio objeto del Contrato N° 190-

2013-VIVIENDA-OGA-UE-001, la Entidad consideró pertinente mediante Carta Notarial N° 120-2015-VIVIENDA-PNT y mediante Carta Notarial N° 130-2015-VIVIENDA-PNT, sin responsabilidad de las partes.

1. R&S Consultoría y Construcción SCRL no prestó servicio alguno, a razón de que el proceso de contratación de obra fue declarado desierto en varias oportunidades por circunstancias que no dependen de la Entidad; siendo que la Entidad no ha solicitado a la supervisión que incurra en ningún gasto para la ejecución del servicio contratado, ni ha solicitado ningún tipo de carta fianza o garantía similar, debido a que la ejecución de la obra no empezó.

Contestación de la Demanda por parte de R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.C.R.L.: Resumen de Fundamentos

6. El 10 de agosto de 2015 R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.C.R.L. presentó su contestación de la demanda sobre la base de los siguientes fundamentos:

Respecto de la Primera Pretensión

- a. Mediante Carta Notarial N° 089-2014-R&S/SUPRVISIÓN-APURÍMAC, R&S solicitó la entrega del terreno para el cumplimiento del contrato N1 190-2013-VIVIENDA-OGA-U.E.001, carta que fue contestada indicando que se debe esperar la comunicación de la entidad sobre la fecha de entrega del terreno.
- b. Luego de más de 539 días calendario desde la firma del contrato, queda demostrado que la entidad ha incumplido sus obligaciones esenciales referidas a la quinta cláusula del contrato.

c. R&S hace llegar a la entidad, con carta notarial N° 003-2015/R&Sc.c, el apercibimiento para la resolución del contrato. Luego de vencido el plazo otorgado, con carta notarial N° 006-2015/R&Sc.c., se hace llegar la comunicación de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales.

Respecto de la Segunda Pretensión

- d. Según la AMC N° 095-2014-VIVIENDA/OGA-UE.001-PRIMERA CONVOCATORIA-DERIVADA DE LA LP N° 014-2014-VIVIENDA/OGA-UE.001 ítem 5, han existido postores interesados que presentaron sus propuestas, teniendo un orden de prelación de primero y segundo lugar; si, el primer lugar no firmó contrato, la entidad debió llamar al segundo.
- e. Por lo tanto, la resolución de contrato practicada por la entidad no expresa la debida motivación indicando caso fortuito y fuerza mayor, además de no sustentar la correcta notificación a R&S.

Respecto del archivo de la reconvención formulada por R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN S.C.R.L.

7. Que, mediante Resolución N° 3, se le otorgó a R&S un plazo excepcional para que cumpla con pagar los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, bajo apercibimiento de archivar su reconvención, lo cual nunca efectuó, por lo que mediante Resolución N° 4 se resolvió hacer efectivo dicho apercibimiento; y, en consecuencia, ARCHIVAR la reconvención formulada por R&S, resolución que no fue impugnada.

8. En este sentido, queda perfectamente claro y establecido que el Árbitro Único solamente se pronunciará respecto de la demanda presentada por el PROGRAMA NACIONAL TAMBOS.

Los puntos controvertidos en el presente proceso

9. De conformidad con lo estipulado en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, celebrada el 12 de diciembre de 2016, éstos quedaron establecidos de la siguiente forma:

a. **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**: Determinar si corresponde o no que “*se declare nula e ineficaz la Carta Notarial N° 006-2015-R&Sc.c., del 18 de marzo de 2015 y recepcionada por la Entidad del 20 de marzo, con la cual la empresa R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL comunica la decisión de resolver el contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001.*”.

b. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**: Determinar si corresponde o no que “*se declare válida y eficaz la resolución del Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001 efectuada por la Entidad mediante carta notarial N° 120-2015-VIVIENDA-PNT del 24 de marzo de 2015 y Carta Notarial N° 130-2015-VIVIENDA-PNT del 27 de marzo de 2015, respectivamente.*”.

10. En la misma Audiencia se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Entidad.

11. Tomando en cuenta los antecedentes descritos en el capítulo Vistos del presente laudo, y

CONSIDERANDO

Cuestiones Preliminares

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

- Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- Que en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación o en la normativa del SNA.
- Que la Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y contestó la demanda dentro de los plazos otorgados.
- Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Árbitro Único.
- Que, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso se hubiera incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley de Contrataciones del Estado o de su Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- Que, el Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya

sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que su criterio tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

- Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que ***“se declare nula e ineficaz la Carta Notarial N° 006-2015-R&Sc.c., del 18 de marzo de 2015 y recepcionada por la Entidad del 20 de marzo, con la cual la empresa R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL comunica la decisión de resolver el contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001.”***

13. Que, de acuerdo con lo señalado en la cláusula décimo segunda del contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001:

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40º de la Ley, y los artículos 167º y 168º de su Reglamento. De darse el caso, VIVIENDA procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

14. Que, por su parte, el artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, vigente al momento de la suscripción del contrato, nos dice lo siguiente:

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º 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 la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
3. *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º 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 el procedimiento establecido en el artículo 169º.

(El resaltado es nuestro).

15. Que, según la norma citada, el contratista tiene el derecho de solicitar la resolución del contrato siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos de manera concurrente:

- a. La Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales
- b. Efectúe un requerimiento previo según el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- c. La Entidad no cumpla con subsanar el requerimiento efectuado en el plazo concedido.

16. Que, analizaremos si en el presente caso se cumplen los requisitos señalados.

¿Estamos ante un incumplimiento injustificado por parte de la Entidad de una obligación esencial?

17. Que, según lo señala R&S en su Carta Notarial N° 006-2015/R&Sc.c, el incumplimiento imputado a la Entidad está referido a la cláusula quinta del contrato.

18. Que, de acuerdo con la cláusula quinta del contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001 tenemos lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato es de Ciento Treinta y Cinco (135) días calendario, contados a partir de la fecha de

suscripción del contrato y que VIVIENDA haya hecho la entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.

19. Que, del análisis de la cláusula citada, no se desprende la existencia de una obligación a cargo de la Entidad, siendo que dicha cláusula solamente se limita a establecer dos hechos que marcan el inicio del cómputo del plazo de ejecución del contrato.
20. Que, ahora bien, parece ser que R&S considera que VIVIENDA tenía la obligación de entregar el terreno o lugar donde se ejecutará la obra; sin embargo, de ser así, no solamente estaríamos ante una obligación que se refiere a otro contrato completamente distinto al contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001, sino que estaríamos también ante una obligación sin plazo, por lo que no se podría hablar de incumplimiento en estricto.
21. Que, asimismo, según los medios probatorios ofrecidos por la demandante, hemos podido apreciar que existe una justificación para el hecho de que VIVIENDA no haya entregado el terreno o lugar donde se iba a ejecutar la obra, y es que no se entregó terreno alguno debido a que los diversos procesos de selección que convocó para la ejecución de la obra fueron declarados desiertos, por lo que, al no haber a quien entregarle el terreno o lugar en donde se iba a ejecutar la obra, VIVIENDA no podía cumplir con esa condición para el inicio del plazo de ejecución del contrato de supervisión suscrito con R&S.
22. Que, así las cosas, inclusive si se considerase que hubiera algún tipo de incumplimiento por parte de la demandante, este se encontraba plenamente justificado, razón por la cual, al contravenir lo dispuesto en el artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la resolución contractual efectuada por R&S, contenida en la Carta Notarial N° 006-2015-R&Sc.c., del 18 de marzo de 2015, es nula e ineficaz.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que “se declare válida y eficaz la resolución del Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001 efectuada por la Entidad mediante carta notarial N° 120-2015-VIVIENDA-PNT del 24 de marzo de 2015 y Carta Notarial N° 130-2015-VIVIENDA-PNT del 27 de marzo de 2015, respectivamente.”

23. Que, el artículo 44º de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

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.

(...)

24. Que, según se aprecia de la norma citada, para que se pueda resolver el contrato sin responsabilidad de ninguna de las partes, se debe acreditar que:

- a. Se trate de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.
- b. Que dicho supuesto imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

¿Estamos ante un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor?

25. Que, de acuerdo con el artículo 1315º del Código Civil:

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

26. Que, en el presente caso, el hecho de que el proceso de selección convocado para la ejecución de la obra que R&S debía supervisar fuera declarado desierto en diversas oportunidades, constituye un evento extraordinario, pues lo normal es que existan postores para los procesos de selección que se convocan; imprevisible, pues la Entidad no tenía como poder prever el hecho de que no hubieran postores que califiquen para ejecutar la obra; e irresistible, pues, además de seguir

convocando los procesos de selección, no había nada que pudiera hacer la Entidad para que algún postor se presente y pueda ser adjudicado con la buena pro.

27.Que, en este orden de ideas, el Árbitro Único tiene la certeza de que el hecho de que los varios procesos de selección convocados por la Entidad hayan sido declarados desiertos constituye un caso fortuito o de fuerza mayor.

¿El supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor imposibilitó definitivamente la ejecución del contrato de supervisión?

28.Que, habiendo determinado que existe un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, corresponde analizar si este supuesto imposibilitó de manera definitiva la ejecución del contrato de supervisión.

29.Que, es un criterio establecido por la Dirección Técnico Normativa el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –plasmado en diversas Opiniones¹- que, si bien el contrato de ejecución de obra es independiente al contrato de supervisión –en tanto constituyen relaciones jurídicas distintas–, la naturaleza accesoria que tiene el segundo respecto del primero determina, por lo general, que los eventos que afectan la ejecución de la obra también afecten las labores del supervisor.

30.Que, el Árbitro Único considera que el hecho de que no se haya podido contratar al ejecutor de la obra a supervisar, a pesar de haberse convocado el proceso de selección en diversas oportunidades, constituye un impedimento para la ejecución del contrato de supervisión, dado que si no existe ejecución de obra, no hay obra que supervisar, esto debido al carácter accesorio del contrato de supervisión de obra.

31.Que, asimismo, dicho impedimento fue tomando el carácter de definitivo, en tanto se realizaron diversas convocatorias para

¹ Ver OPINIÓN N° 019-2014/DTN y OPINIÓN N° 029-2014/DTN, entre otras.

seleccionar al ejecutor de la obra, todos los cuales fueron declarados desiertos.

32.Que, así las cosas, el Árbitro Único tiene la certeza de que nos encontramos ante un caso fortuito o de fuerza mayor, lo cual, en aplicación de lo establecido en el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato sin responsabilidad de ninguna de ellas.

33.Que, en conclusión, el Árbitro Único considera que, al encontrarse enmarcada en la normativa sobre contratación pública y al haberse determinado la invalidez de la resolución contractual efectuada por el contratista, la resolución del Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001 efectuada por la Entidad, es válida y eficaz.

RESOLUCIÓN:

El Árbitro Único, en base a las consideraciones expuestas y al análisis conjunto de los medios probatorios, lauda:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal, y en consecuencia, declarar nula e ineficaz la Carta Notarial N° 006-2015-R&Sc.c., del 18 de marzo de 2015 y recepcionada por la Entidad del 20 de marzo, con la cual la empresa R&S CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SCRL comunica la decisión de resolver el contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001.

SEGUNDO: Declarar que **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal, y en consecuencia, declarar válida y eficaz la resolución del Contrato N° 190-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001 efectuada por la Entidad mediante carta notarial N° 120-2015-VIVIENDA-PNT del 24 de marzo de 2015 y Carta Notarial N° 130-2015-VIVIENDA-PNT del 27 de marzo de 2015, respectivamente.

TERCERO: Declarar que, al haberse elaborado liquidaciones separadas, cada parte asumirá los costos según las liquidaciones efectuadas por la secretaría.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo, y que es eficaz desde el dia de su notificación.

Firma el presente Laudo, el Árbitro Único, en el lugar y fecha señalados al principio.



Eric Antonio Sotelo Gamarra
Árbitro Único