

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

LAUDO ARBITRAL

Clase de Arbitraje:

Institucional, Nacional y de Derecho

Las Partes:

- PROGRAMA NACIONAL DE TAMBOS (en adelante LA ENTIDAD O EL DEMANDANTE)
- ING. LUCIO WALTER HERNÁNDEZ AQUIJE (en adelante EL CONTRATISTA o EL DEMANDADO).

Árbitro Único:

- Dr. Luis Felipe Pardo Narváez

Secretaria Arbitral - SNA OSCE:

- Claudia del Pilar Castro Aponte

RESOLUCION N° 08

En la ciudad de Lima, con fecha 21 de febrero de 2018, el Árbitro único luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje y escuchado los argumentos en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y los argumentos de la contestación de demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

VISTOS:

1. **EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.**

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

En el Contrato de Supervisión de Obra N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, en su cláusula Décimo Sexta, sobre "Solución de Controversias", se estipuló que: 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.

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

Mediante Carta N° 994-2016-OSCE/DAR el director del área de arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado notificó al doctor Luis Felipe Pardo Narváez con la Resolución N° 317-2016-OSCE/PRE de fecha 22 de agosto de 2016, con la cual se le comunicó su designación como Árbitro Único encargado de resolver la controversia surgida entre el PROGRAMA NACIONAL DE TAMBOS y el ING. LUCIO WALTER HERNÁNDEZ AQUIJE, designación que fue aceptada mediante carta s/n del 08 de septiembre de 2016.

Atendiendo a ello, con fecha 09 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Árbitro único, diligencia a la que asistió el abogado Carlos Edgar Molina Palomino, en calidad de representante de la Entidad. Por parte del Contratista, se hizo presente el abogado Luis Andrey Araujo Huamaní y el ingeniero Lucio Walter Hernández Aquije, quienes suscribieron el Acta de Instalación de Árbitro único.

3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

De conformidad con lo establecido en el numeral 3) del Acta de Instalación, será de aplicación al arbitraje lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, las reglas establecidas en el T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, y

Página 2 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

En caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo, el Árbitro único resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, al amparo de lo establecido en los artículos 34° y 40° del Decreto Legislativo N° 1071.

4. PRETENSIONES Y POSICIONES DE LAS PARTES EN SUS RESPECTIVOS ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 26 de enero de 2016, LA ENTIDAD, dentro del plazo otorgado, presentó su demanda, por lo que se tuvo por admitida y por ofrecidos los medios probatorios acompañados, corriéndose traslado de la misma AL CONTRATISTA, para que proceda a contestarla.

Por su parte, mediante escrito del 01 de marzo de 2016, EL CONTRATISTA, dentro del plazo reglamentario, contestó la demanda y formuló reconvencción, escrito que fue subsanado mediante documento del 17 de marzo del 2016, cumpliendo con todos los requisitos de admisibilidad, por lo que se tuvo por contestada la demanda, por presentada la reconvencción, y por ofrecidos los medios probatorios.

En ese sentido, se procede a citar los fundamentos que se expusieron en los escritos de demanda arbitral y su contestación:

4.1 DE LA DEMANDA:

PRETENSIONES:

1. Que, se deje sin efecto, en consecuencia, inválida e ineficaz la resolución de Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, realizada por el

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

Contratista Ing. Lucio Walter Hernández Aquije, mediante Carta Notarial N° 7359 (Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT) de fecha 23 de noviembre de 2015 y recepcionada en la misma fecha.

2. Que, se declare válida y eficaz la resolución del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin responsabilidad de ninguna de las partes, realizada por la entidad, mediante Carta Notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, y diligenciada el día 25 de noviembre de 2015.
3. Que el Árbitro Único ordene al demandado el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Para sustentar sus pretensiones, LA ENTIDAD señaló lo siguiente:

Fundamentos de Hecho

Por razones de demora en el inicio de la ejecución de la obra la Entidad procedió a resolver el Contrato N° 035-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR (Contrato principal), para la "Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra y Equipamiento de los Centros de Servicio de Apoyo al Hábitat Rural en el Centro Poblado Lillinta Ingahuasi - Pilpichaca - Huaytara - Huancavelica" por incumplimiento del Contratista Consorcio A&J. Por tanto, al ser la Supervisión una actividad conexas a la ejecución de la obra, ésta no ha podido iniciar sus actividades.

Por lo que queda demostrado que el Supervisor Ing. Lucio Walter Hernández Aquije nunca inició sus actividades de supervisión, puesto que el Contrato N° 035-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR - Objeto de supervisión- fue resuelto por la Entidad, tal como se señaló en el párrafo anterior.

Ante la resolución del Contrato N° 035-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR por parte de nuestra representada, el Supervisor remitió en fecha 23 de noviembre de 2015 a la Entidad la Carta N° 30-2015/LWHA (Carta Notarial N° 7359) de resolución de Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE-001. Al respecto, es

Página 4 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

importante resaltar que dicha resolución fue realizada sin ningún apercibimiento, tal como demostraremos en el apartado de los fundamentos jurídicos de nuestra demanda arbitral.

La Entidad mediante Carta Notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, y diligenciada el 25 de noviembre de 2015, comunicó al Supervisor que al haberse resuelto el Contrato N° 035-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR, se ha generado una situación de caso fortuito o fuerza mayor, puesto que la supervisión es una actividad conexas (accesoria) a la ejecución de la obra (principal), no siendo necesario que persista un "Contrato de Supervisión" sin un "Contrato de Obra" a supervisar, razón por la que la Entidad resolvió el contrato de Supervisión, sin responsabilidad de ninguna de las partes.

El Supervisor de Obra al haber "resuelto" el Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin el apercibimiento previo a la Entidad, dicha resolución de contrato no tiene validez legal, por lo que también queda demostrado que el Supervisor no cumplió con los requerimientos establecidos por la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.

Fundamentos Jurídicos

El Supervisor Ing. Lucio Walter Hernández Aquije, mediante Carta Notarial N° 7359. (Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT de fecha 23 de noviembre de 2015 y recepcionada por la Entidad en la misma fecha, ha comunicado a la entidad su decisión de resolver el Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin embargo no es claro al señalar el motivo o incumplimiento incurrido por la entidad que lo ha conllevado a adoptar esa decisión, y menos ha realizado el requerimiento establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece:

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

"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 de 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".

El supervisor no ha efectuado el "requerimiento previo" para proceder a la resolución de contrato, tal como lo establece el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pretendiendo justificar ello argumentando que "no existe posibilidad que la situación sea revertida"; sobre el particular debemos señalar que si bien es cierto la citada norma señala que 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 el presente caso no nos encontramos en ninguno de los supuestos antes descritos. En ese contexto, la Resolución de contrato efectuado por el Supervisor mediante Carta Notarial N° 7359 (Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT de fecha 23 de noviembre de 2015 y recepcionada en la misma fecha, resulta nula e ineficaz.

Así mismo, la Entidad mediante Carta Notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, diligenciada el día 25 de noviembre de 2015, ha comunicado al Contratista Ing. Lucio Walter Hernández Aquije, su decisión de resolver el Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin responsabilidad de las partes, conforme a lo previsto en el artículo 44° de la

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

Ley de Contrataciones del Estado, siendo este acto de resolución válido y eficaz.

En consecuencia, queda claro que el Supervisor demandado resolvió el contrato sin cumplir con los requerimientos establecidos por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, por lo que el Árbitro Único deberá declarar la invalidez e ineficacia de dicha resolución realizada mediante la Carta Notarial N° 7359 (Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT de fecha 23 de noviembre de 2015).

Además, el Árbitro Único deberá declarar la validez y eficacia de la resolución de contrato realizado por la Entidad, la misma que fue realizada por medio de la Carta Notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, puesto que ésta se emitió en estricta conformidad a lo exigido por la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento.

Por lo que el Contratista debe asumir los costos y costas del presente arbitraje, por cuanto las pretensiones plantadas en la presente demanda arbitral son por responsabilidad de la defectuosa resolución de contrato realizada por el Supervisor; en tal sentido, los gastos arbitrales deben ser pagados en su totalidad por la demandada.

4.2 DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

Por su parte, EL CONTRATISTA absolvió el traslado de la demanda indicando lo siguiente:

Fundamentos de Hecho y Derecho

Que, es totalmente errada la afirmación esbozada por la entidad en el fundamento 7 de la demanda, en el cual señala que el demandado nunca haya iniciado sus actividades de supervisión, ya que conforme al artículo 184° del

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

Reglamento "el inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones: 1. Que se designe al inspector o al supervisor,..."", siendo ello así, y existiendo el correo electrónico de fecha 09 de diciembre de 2013 mediante el cual la entidad comunicó a la empresa contratista la designación del demandado como supervisor de obra, es correcto afirmar que el recurrente si dio inicio a sus actividades de supervisión.

Que, en tal sentido señor magistrado debe tenerse en cuenta que desde el 09 de diciembre de 2013 el suscrito asumió el cargo de supervisor de obra, lo que se puede advertir de los constantes informes enviados por el recurrente a la entidad en cumplimiento de su cargo, tales como: La carta N° 10-2013/LWHA-S.E.-MVCS de fecha 13 de diciembre 2013, mediante la cual el recurrente solicita a la Entidad la entrega del expediente técnico y confirmación vía formal del inicio contractual de obra, siendo contestado por la entidad con fecha 03 de enero de 2014 donde le hace llegar al suscrito 01 juego del expediente técnico de la obra, tal como consta en el acta de entrega del cuaderno de cargo; Así mismo mediante carta N° 04-2014/LWHA-R.L. de fecha 03 de enero de 2014, el suscrito comunica a la entidad sobre incumplimiento contractuales por parte del contratista Consorcio A&J encargada de la ejecución de obra, donde se recomienda a la entidad notificar notarialmente al contratista a cumplir con lo mencionado en los numerales 1,2 y 3 del referido documento otorgándole un plazo de 48 horas para su cumplimiento, en ese sentido sostenemos que el recurrente si inició sus actividades de supervisión y no como erróneamente señala la entidad en su escrito de demanda.

Que, es totalmente erróneo lo afirmado por el demandante en el fundamento 9 de su demanda al señalar que al haberse resuelto el contrato N° 035-2013.VIVIENDA-VMVU/PAHR y al ser la supervisión una actividad conexa (accesoria) a la ejecución de la obra (Principal), no es necesario que persista un "Contrato de supervisión" sin un "Contrato de obra a supervisar", afirmación que demanda una confusión sobre resolución y rescisión de contrato, por lo que, resulta necesario precisar que la resolución contractual deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, a diferencia de la

Página 8 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

rescisión que deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo. "La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. A diferencia de la resolución que se invoca judicial o extrajudicialmente y los efectos se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva, es decir, hasta el incumplimiento"; esto quiere decir que el contrato inicial es válido pero por una causal sobreviniente de incumplimiento se declara resuelto.

Respecto al precepto de que lo accesorio sigue la suerte del principal, entendemos por lo afirmado líneas arriba que el contrato principal en el presente caso se resolvió por un incumplimiento en la ejecución de obra, hecho que fue advertido por el demandado en cumplimiento de su cargo de supervisor de obra, y por la cual curso la carta N° 04-2014/LWHA-RL de fecha 03 de enero de 2014, donde informaba a la entidad los incumplimientos contractuales en lo que estaría incurriendo la empresa contratista, recomendándole que envíe una carta notarial dándole 48 horas para su cumplimiento, por lo que al haberse resuelto el contrato de obra, eso no quiere decir que el supervisor no haya cumplido con la prestación del servicio.

Que es totalmente errada la conclusión esbozada por la entidad en el fundamento 10, 11, 12 y 13 de su demanda, al señalar que es inválida e ineficaz la carta N° 30-2015/LWHA de fecha 23 de noviembre de 2015, remitida por el demandado mediante la cual comunica a la entidad la resolución del contrato de supervisión, por no cumplir el requisito de preaviso, presuntamente señalado en el Reglamento; sobre el particular debo decir que el demandado si cumplió con los requisitos previstos en la referida norma, ya que en el presente caso no era necesario el requisito de preaviso, conforme lo paso a explicar en líneas posteriores.

Que, durante más de año y medio la entidad no envió ninguna comunicación formal al demandado a fin de informarle la situación del contrato de ejecución de obra, sin embargo, por el mes de noviembre de 2015, la entidad manifestó verbalmente al demandado que el contrato N° 035-2013-VIVIENDA-

Página 9 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

VMVU/PAHR con la empresa contratista A&J ya había sido resuelto por acumulación del monto máximo de penalidad por mora, hecho que llevó al demandado a cursar la referida carta al no haber obra por supervisar y no existir posibilidad de que la situación sea revertida, por lo que, en concordancia con el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice "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 penalidad, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida" estando el presente caso en el último supuesto.

Que es totalmente errada la afirmación vertida por la entidad en el fundamento 14 y 16 de su demanda, al señalar que la Carta Notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, y diligencia el día 25 de noviembre de 2015 mediante la cual se comunica al suscrito su decisión de resolver el contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, es un acto de resolución válido y eficaz, ya que conforme al artículo 25 LPAG "Las notificaciones personales surtirán efectos al día que hubieren sido realizadas.", es decir no el día que fuera redactado, por lo que al haber sido notificado el suscrito con fecha posterior a su carta de resolución de contrato de fecha 23 de noviembre de 2015, éste no tendría validez y eficacia al no existir ya acto administrativo alguno para declarar su resolución.

Señor magistrado, de la lectura de la demanda interpuesta se puede colegir que la controversia principal radica en que el suscrito no cumplió con los requisitos legales para resolver el contrato con la entidad como en el citado escrito postulatorio lo señala, o si, sí lo hizo, ya que de ella derivan las múltiples pretensiones que han sido enumeradas precedentemente y que son introducidas en sede arbitral, en ese sentido sostenemos que el suscrito si cumplió con los requisitos de ley, como lo detallaremos en líneas posteriores.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

Sobre la Ejecución del Contrato de Supervisión

Que, la relación contractual con la demandante se inició con fecha 22 de noviembre de 2013, cuando el comité especial permanente adjudicó la Buena Pro de la **Adjudicación de Menor Cuantía N° 209-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001**, para el "Servicio de Supervisión del Contrato de Llave en Mano para la ejecución de Obra, equipamiento e implementación de los centros de servicio de apoyo al Habitat Rural en el Centro Poblado **Llillinta-Ingahuasi-Pilpichaca-Huaytara-Huancavelica**", al recurrente, por un monto contractual de S/. 30,808.53 (Treinta Mil Ochocientos Ocho con 53/100 Nuevos Soles) siendo la finalidad del contrato la Consultoría para la Supervisión de obra.

Que dicho acto jurídico se perfeccionó con la suscripción del contrato de Supervisión de Obra de fecha 02 de diciembre de 2013, estableciéndose como plazo de ejecución de la prestación-(cláusula quinta del referido contrato) de 100 días calendarios, 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, siendo ello así con fecha 06 de setiembre de 2013 la entidad efectuó la entrega del terreno a la empresa contratista A&J, así mismo con fecha 09 de diciembre de 2013 la entidad comunica al contratista la designación del supervisor de obra, dándose con ello inicio al servicio de supervisión.

Que mediante comunicación verbal con la entidad, después de más de año y medio está le comunica al recurrente su decisión de resolver el contrato de ejecución de obra con la empresa contratista A&J, y que al no existir obra por supervisar, se precedería a la resolución de contrato de supervisión sin responsabilidad de ninguna de las partes.

Es así que, con fecha 23 de noviembre de 2015, es decir después de un año y once meses del inicio de supervisión de la obra, y al no recibir ninguna comunicación formal por parte de la entidad respecto a lo acontecido, el recurrente cursa la Carta Notarial N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT a fin de

Página 11 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

hacer conocimiento a la entidad su voluntad de resolver el contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA.UE.001, amparado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado, al "no existir posibilidad que la situación sea revertida", ello teniendo en cuenta que el plazo de ejecución de obra habría vencido en exceso, generándose una situación que imposibilitaba de manera definitiva la continuación del contrato, por lo que al no tener notificación alguna respecto a la resolución del contrato de supervisión por parte de la entidad sino únicamente lo informado en forma verbal, se vio forzado el recurrente a resolver el referido contrato, dejando manifiesta su voluntad en ese mismo documento de hacer valer su derecho a solicitar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados, ello conforme al artículo 170 segundo párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado.

Que, con fecha 25 de noviembre de 2015 la entidad cursa al recurrente la carta notarial N° 503-2013/VIVIENDA-PNT, mediante la cual hace de su conocimiento su voluntad de resolver el contrato conforme a lo previsto en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones, pretendiendo resolver el contrato sin responsabilidad de ninguna de las partes, debido a un caso fortuito o fuerza mayor, que le imposibilitó de manera definitiva continuar con el contrato, al respecto debemos decir, que si bien dicha carta no tendría validez puesto que el contrato ya había sido resuelto, ahora tampoco se trataría de un caso fortuito o fuerza mayor como pretende hacer creer la demandante, ya que, si lo analizamos, y para ello introducimos cierto criterio que es necesario tener claro para hablar de caso fortuito o fuerza mayor, así tenemos: Que, comúnmente en la doctrina se llama "caso fortuito" a lo que acontece inesperadamente, o sea a lo "imprevisible"; mientras que la fuerza mayor alude a lo irresistible es decir lo "inevitable", "Es inevitable el hecho que debe ser imposible de evitar aplicando la atención, es decir, los cuidados debidos. Considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo, y persona", conceptos que tampoco serían aplicados al presente caso, taque la entidad durante el años y once meses si pudo prever que dicho contrato sería resuelto, más aún teniendo en cuenta que con fecha 03 de enero de 2014, el supervisor ya le había informado

Página 12 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

sobre incumplimiento contractuales por parte de la empresa contratista que harían peligrar la obra al tener está un plazo de ejecución de 75 días calendarios y llevar a la fecha 25 días de retraso; por lo que, no estaríamos hablando de un caso fortuito que la entidad no haya podido prever, aunado a ello la sospecha de que la entidad siempre quiso desconocer el contrato de supervisión, puesto que pese a que el supervisor le seguía enviando informes respecto al incumplimiento de la empresa contratista esta nunca respondió con el único fin de desconocer que sí se llevó a cabo la prestación del servicio de supervisión.

Sobre la validez y eficacia de la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad.

Que, respecto a la validez y eficacia de la resolución de contrato realizada por la entidad, mediante carta notarial N° 503-2013/VIVIENDA-PNT de fecha 25 de noviembre de 2015, al haber sido notificada con fecha posterior a la carta remitida por el suscrito, no tendría validez alguna al no haber ya acto administrativo alguno.

Que, en tal sentido, señor magistrado debe tenerse en consideración que desde el 09 de diciembre de 2013, fecha en la cual la entidad designo formalmente al supervisor de obra, el demandante pudo haber resuelto el contrato, pero este no lo hizo por el plazo de año y once meses, dejando latente la expectativa laboral del recurrente, pese a que con fecha 03 de enero de 2014 el suscrito en cumplimiento de su cargo de supervisor de obra curso a la entidad la carta N° 04-2014/L.W.H.A-R.L., informando incumplimientos contractuales por parte del contratista, el mismo que llevaba a la fecha un atraso de 23 días calendarios, donde se concluye finalmente recomendar a la entidad notificar notarialmente a la empresa contratista y otorgarle el plazo de 48 horas para su cumplimiento.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

5. AUDIENCIA DE DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS, SANEAMIENTO PROBATORIO Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 18 de octubre de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y con la participación de ambas partes, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, Saneamiento Probatorios Y Admisión De Medios Probatorios, desarrollando los siguientes aspectos:

5.1. CONCILIACIÓN

El Árbitro único dialogó con las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, explicando las ventajas del mismo. Sin embargo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no les es posible arribar a un acuerdo que satisfaga los intereses de sus representadas.

5.2. SANEAMIENTO

El Árbitro único verificó de los documentos que obran en autos la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, por lo que dispusieron declarar, en este extremo, saneado el procedimiento arbitral.

5.3. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Se fijaron los puntos controvertidos sobre los cuales el Árbitro único deberá pronunciarse, de acuerdo a los siguientes términos:

De la Demanda:

Determinar si corresponde o no dejar sin efecto, en consecuencia, inválida e ineficaz la resolución del contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, realizada por el contratista, mediante Carta Notarial N° 7359 (Carta N° 30-
Página 14 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT) de fecha 23 de noviembre de 2015 y con recepción en la misma fecha.

Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la Resolución del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin responsabilidad de ninguna de las partes, realizada por la entidad, mediante carta notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, y diligenciada el 25 de noviembre de 2015.

Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista asuma el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

5.4. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

El Árbitro único atendiendo a los puntos controvertidos establecidos en el numeral precedente y a los escritos presentados por las partes, procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

Con relación a la Entidad:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su escrito de demanda presentada con fecha 26 de enero de 2016, signados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS", el cual presento en cinco (5) documentos.

Con relación al Contratista:

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos en su contestación de demanda presentada con fecha 01 de marzo de 2016, signados en el acápite "IV MEDIOS PROBATORIOS" del 4A al 4G.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

6. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

Con fecha 21 de noviembre de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos, de acuerdo a lo dispuesto por el Árbitro único.

En la Audiencia de Ilustración de Hechos se contó con la presencia de los representantes de ambas partes y cada uno de ellas tuvo la oportunidad de ilustrar al Árbitro único la posición que sustenta el presente arbitraje.

7. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante escrito S/N presentado el 26 de diciembre de 2017, la Procuraduría Pública del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS cumplió con presentar sus alegatos escritos. Asimismo, mediante escrito S/N presentado el 26 de diciembre de 2017, el Ingeniero Lucio Walter Hernández Aquije también cumplió con presentar su escrito de alegatos finales, escritos que fueron proveídos mediante Resolución N° 05, emitida en la Audiencia de Informes Orales.

8. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 04 de enero de 2018 se llevo a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la participación del abogado Javier Estaban Ramírez Saldarriaga, en representación de la Entidad. De igual forma, se hizo presente el señor Gabriel Hernán Calderón Vivar, en representación del Ingeniero Lucio Walter Hernández Aquije.

9. TRÁIGASE PARA RESOLVER

De conformidad con lo establecido en el artículo 49° del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE, se dispuso fijar el

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, mediante Resolución N° 06, emitida y notificada en la Audiencia de Informes Orales.

Asimismo, mediante Resolución N° 07, el Árbitro único dispuso prorrogar el plazo para laudar por quince (15) días hábiles adicionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 49° del T.U.O. del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE.

Y CONSIDERANDO:

CUESTIONES PRELIMINARES

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071. En atención a ello, el Árbitro único señala que resolverá a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo que se ha pretendido demostrar con cada una de dichas pruebas, otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y las pretensiones de las partes.

En su labor interpretativa, el Árbitro único tendrá presente los siguientes principios interpretativos:

- De conservación del contrato en caso de duda. Cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá optarse por aquél que produzca algún efecto y no por el que no genere alguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

*"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última."*¹

- De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas.

En el último párrafo del artículo 1361º del Código Civil se establece la presunción "iuris tantum" la cual establece que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

De ello puede expresarse que el análisis de todos y cada uno de los documentos que conforman el Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

*"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca "cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"*².

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Así, tenemos que:

¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debaquey. Lima, 1985. Pág. 25.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"³.

Finalmente, el Árbitro único antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:

- El proceso arbitral se constituyó con arreglo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron incondicionalmente.
- Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda dentro de los plazos establecidos.
- Las partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos y a realizar sus respectivos informes orales.
- El Árbitro único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En tal sentido, el Árbitro único procede a exponer las motivaciones que fundamentan su decisión.

10. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

Siguiendo la secuencia de los hechos expuestos por las partes, donde ambas manifiestan haber efectuado la resolución del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, y atendiendo al orden cronológico en que sucedieron los hechos, el Árbitro único estima conveniente iniciar el análisis de la controversia por la resolución de

³ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

contrato efectuada por el Contratista supervisor Ingeniero Lucio Walter Hernández Aquije.

A) ANALISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde o no dejar sin efecto, en consecuencia, inválida e ineficaz la resolución del contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, realizada por el contratista, mediante Carta Notarial N° 7359 (Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT) de fecha 23 de noviembre de 2015 y con recepción en la misma fecha".

Posición de la Entidad

1. La Entidad manifiesta que con fecha 23 de noviembre de 2015, el Contratista le notificó la Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT (Carta Notarial N° 7359) mediante la cual comunicó su resolución del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, para la Supervisión de la Obra "**Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra y Equipamiento de los Centros de Servicio de Apoyo al Hábitat Rural en el Centro Poblado Llillinta - Ingahuasi - Pilpichaca - Huaytara - Huancavelica**", aduciendo que "*no había posibilidad que la situación -en la que se encontraba la obra- sea revertida*".
2. Asimismo, la Entidad señala también que el Contratista no cumplió con el procedimiento ordinario para efectuar la resolución contractual. Es decir, el apercibimiento que establece el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Posición del Contratista

3. Por su parte, el Contratista supervisor manifestó a lo largo del presente proceso que su resolución contractual efectuada el 23 de noviembre de 2015, estuvo motivada por el lapso de tiempo transcurrido desde que suscribió el contrato de supervisión y la demora en el inicio de las actividades en la ejecución de la obra,

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

situación que es responsabilidad de la Entidad y que a su entender no podría ser revertida debido al tiempo transcurrido.

- Así, el Contratista señaló en su contestación de demanda que con fecha 23 de noviembre de 2015, después de veintitrés meses desde el inicio del plazo contractual, el Supervisor de obra hizo de conocimiento de la Entidad su voluntad de resolver el Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, amparado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debido a que no existía posibilidad de que la situación sea revertida, pues el plazo de ejecución de obra había vencido en exceso, generándose con ello una situación que imposibilitaba de manera definitiva la continuación del contrato.

Posición del Árbitro Único

- Considerando lo alegado por las partes, se entiende que la Entidad pretende que se declare inválida e ineficaz la resolución del contrato efectuada por el supervisor de obra, mientras que dicha parte busca que tal pretensión sea desestimada.
- Así, de las pruebas presentadas por las partes, se observa que mediante Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT, del 23 de noviembre de 2015, el Contratista resolvió el Contrato de Supervisión a la Entidad, debido a la imposibilidad de revertir la situación en la que se encontraba la obra a supervisar. Dicha carta fue recibida por la Entidad el 23 de noviembre del 2015⁴.
- En atención a ello, debe tenerse presente que tanto el Contrato suscrito por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, estructuran un marco jurídico aplicable ante una eventual circunstancia que lleve a las partes a efectuar una resolución de contrato.
- Así, tenemos que la Duodécima Cláusula del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, suscrito por las partes, establece que:

⁴ Anexo I-D de la Demanda Arbitral presentada por la Entidad el 26 de enero de 2016.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

"CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40°, inciso c), y 44° de la Ley, y los artículos 167° y 168° de su Reglamento. De darse el caso, VIVIENDA procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

9. Por su parte, el artículo 40° de la Ley, al que se hace referencia en la citada cláusula, señala lo siguiente:

"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 que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. **El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá 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."***

(Subrayado agregado).

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

10. De igual forma, el artículo 44° de la Ley, que también alude a la resolución contractual, señala lo siguiente:

"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.

(...)"

11. Asimismo, el artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre la resolución contractual, indica que:

"ARTÍCULO 167.- RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

(...)."

12. En igual sentido, el artículo 168° del referido Reglamento, regula las causales de resolución por incumplimiento, de acuerdo al texto que sigue:

"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:

- 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*

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

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 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° (Resaltado agregado).

13. Por su parte, el artículo 169° del Reglamento señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 169.- PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO

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

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

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

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad.

Página 24 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento." (Resaltado agregado).

14. En tal sentido, el Árbitro único considera conveniente, previo a realizar un análisis del fondo de la resolución del contrato efectuada por el Contratista, verificar, preliminarmente, que el aspecto formal de la estructura jurídica establecida para la resolución del contrato se haya cumplido por parte del Contratista supervisor. Para ello, se debe señalar que una resolución de contrato será válida siempre que la parte que emplee dicho mecanismo lo haga en observancia de los requisitos y del procedimiento que establece la normativa citada en los considerandos precedentes. En tal sentido, una vez verificado el aspecto formal de la resolución, concluyendo que el mismo se cumplió, corresponderá hacer un análisis sobre el fondo, procediendo a determinar si las circunstancias que alude el Contratista en su carta de resolución de contrato podrían configurar causales válidas para dicho fin.
15. Atendiendo a ello, debemos resaltar que tanto la Entidad como el Contratista han manifestado de forma recurrente que, durante el proceso de resolución contractual realizado por el supervisor, éste no efectuó requerimiento alguno a la Entidad para que subsane su incumplimiento, pues a su entender, la situación en la que se encontraba la obra y su vínculo contractual, era irreversible, dándole la posibilidad de resolver el contrato sin apercibimiento previo.
16. Así, de una revisión a la Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT del Supervisor, tenemos que la resolución contractual efectuada por dicha parte se fundamenta en que la Entidad no cumplió con sus compromisos contractuales, el tiempo transcurrido sin que se hayan ejecutado obras, y la falta de comunicación que existió por parte de la Entidad, situación que la calificó como irreversible, activando el mecanismo establecido en el artículo 40° inciso "C" de la Ley.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

17. En efecto, conforme se puede apreciar del texto de la Carta N° 30-2015/LWHA-S.E.-MVCS-PNT⁵, el Ingeniero Lucio Hernández Aquije manifiesta al Director Ejecutivo del Programa Nacional de Tambos su voluntad de resolver el vínculo contractual que mantenían, conforme se aprecia a continuación (se cita la parte pertinente):

"Me dirijo a usted para hacerle de su conocimiento los eventos acontecidos a cerca de los compromisos no cumplidos por su representada respecto al contrato de la referencia suscrito con mi representada, siendo estos los siguientes:

(...)

- *Con fecha 09 de Diciembre del 2013 la entidad comunica al contratista la Designación del supervisor de obra, hecho que la hace vía correo electrónico. Copia que se adjunta a la presente.*
- *Mediante Carta N° 10-2013/LWHA-S.E.-MVCS de fecha 16 de Diciembre del 2013 el suscrito solicita a la entidad la entrega del expediente técnico y comunicación formal del inicio de la obra. Al respecto la entidad tan solo hizo la entrega del expediente técnico, empero no se tuvo pronunciamiento a cerca del inicio físico por parte de la contratista.*
- *Mediante Carta N° 04-2014/LWHA-R.L.; de fecha 03 de enero de 2014 el suscrito recomienda a la entidad notificar al contratista su incumplimiento de carácter contractual lo que incluye el no inicio de los trabajos materia del contrato suscrito entre el Ministerio de Vivienda y el contratista Consorcio A&J, No obstante existiendo fecha de inicio contractual de obra 10 de diciembre del 2013 con el cumplimiento del último evento la designación del supervisor. Sin tener respuesta por parte de la entidad sobre el particular. Copia de la carta que se adjunta a la presente.*

⁵ Anexo 5.C. de la Contestación de Demanda presentada por el Contratista el 01 de marzo de 2016.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
 Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
 Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

- Al haber transcurrido más de año y medio sobre los eventos acontecidos sin que haya una comunicación por parte de la entidad sobre el particular.

- Teniendo conocimiento que la entidad está ejecutando sus obras y los servicios de supervisión bajo la modalidad de Núcleos Ejecutores, Que por el tiempo transcurrido y **No existiendo posibilidad que la situación sea revertida** mi representada se ve en la impetuosa necesidad de **Resolver Contrato N° 311-2013-Vivienda-OGA-UE.001**. Amparado en lo dispuesto en la cláusula Décimo Segunda del mencionado contrato, en concordancia con lo precisado en el artículo N° 40 inciso "C".

Haciendo mención que su satisfacción del hecho invocado no es necesario requerirlo notarialmente para que se satisfaga debido a que estamos ante una situación de incumplimiento que no puede ser revertida. En este caso, bastara comunicar a la entidad mediante carta notarial la decisión de Resolver Contrato, en merito a lo señalado en el tercer párrafo del artículo 169° del RLCE.

Por consiguiente mediante este medio hago de conocimiento al Ministerio de Vivienda Construcción y Saneamiento que mi representada **RESUELVE EL CONTRATO N° 311-2013-Vivienda-OGA-UE.001** "Contratación del Servicio de Supervisión del Contrato Llave en Mano para la Ejecución de la obra, Equipamiento e Implementación de los Centros de Servicios de Apoyo al Hábitat Rural en el Centro Poblado Lillinta Ingahuasi - Pilpichaca - Huaytara - Huancavelica".

Paso seguido mi representada solicitará se le reconozca la indemnización por los daños y perjuicios ocasionado, amparados en el artículo N° 170 de RLCE." (Subrayado agregado)

18. No obstante, de las normas antes citadas se concluye que, el Contratista podrá resolver el Contrato de forma parcial o total cuando se presente un incumplimiento de las **obligaciones esenciales** que tiene la Entidad, **siempre**

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

que el Contratista la haya emplazado mediante carta notarial, y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

19. Así, es de precisar que, para efectuar un procedimiento de resolución contractual válido, se debe considerar que la carta de emplazamiento remitida por la parte perjudicada sea notificada por conducto notarial, debiéndose señalar el incumplimiento que motiva al emplazamiento. Es decir, para el presente caso, se debe precisar cual obligación esencial está siendo incumplida por la Entidad. Además, la parte perjudicada deberá conceder un plazo de quince (15) días, para el caso de obras, a fin de que se subsane el incumplimiento. Finalmente, la carta deberá señalar, taxativamente, el apercibimiento de resolución contractual (caso contrario se podría entender como un simple requerimiento para subsanar la obligación).
20. Ahora bien, respecto a la falta de apercibimiento, el Contratista manifiesta también en su escrito de alegatos que resolvió el contrato amparado en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al *"no existir posibilidad que la situación sea revertida"*.
21. Sobre ello, debemos consultarnos si ¿es posible que las razones expuestas por el Contratista supervisor referidas al no existir posibilidad de que la situación sea revertida, los incumplimientos contractuales, el tiempo transcurrido o la falta de comunicación con la Entidad, puedan ser considerados como motivos válidos que permitan al Contratista efectuar la resolución de contrato **sin el apercibimiento que establece el artículo 169° del Reglamento?**
22. Sobre el particular, se de tener en cuenta que el Contratista ha invocado tal disposición reglamentaria para no apercibir notarialmente a la Entidad, pese a que la aludida norma señala taxativamente lo siguiente: *"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."*

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

23. Es decir, el Contratista interpretó incorrectamente el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento, pues consideró que tal disposición le concedía la potestad de efectuar una resolución contractual sin requerir previamente a la Entidad. Sin embargo, dicho apartado de la norma está destinado únicamente para la resolución contractual que pueda efectuar la Entidad, de ser el caso. Es decir, sólo faculta a la Entidad a emplear dicho mecanismo de resolución, más no al Contratista. En ese sentido, postular la idea de que el Contratista pueda dejar de apercibir a la Entidad por que la situación de incumplimiento en la que incurrió no podría ser revertida, no es un supuesto válido. Así, para mayor claridad se debe resaltar que no existe disposición en la Ley de Contrataciones del Estado o su Reglamento que permita al Contratista resolver el vínculo contractual que mantiene con la Entidad (ante un incumplimiento) sin antes haberla requerido notarialmente para dicho fin.

24. En ese sentido, y atendiendo a todo lo expuesto, este Árbitro único ha podido concluir que el ingeniero Lucio Hernández Aquije no cumplió con resolver el Contrato de supervisión de obra de acuerdo a los requisitos y al procedimiento establecido en la normativa de contrataciones del Estado, por consiguiente, la resolución contractual efectuada por el Contratista supervisor deviene en inválida y sin efectos legales.

B) ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde o no declarar la validez y eficacia de la Resolución del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin responsabilidad de ninguna de las partes, realizada por la entidad, mediante carta notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, y diligenciada el 25 de noviembre de 2015".

Posición de la Entidad

25. Respecto al segundo punto controvertido, la Entidad manifiesta que por razones de demora en el inicio de la ejecución de la obra se procedió a resolver el Contrato

Página 29 de 37

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

N° 035-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR (contrato principal), por incumplimiento del Contratista Consorcio A&J. Por lo tanto, al ser la supervisión una actividad conexas a la ejecución de la obra, ésta no ha podido iniciar sus actividades.

26. Asimismo, la Entidad señala que mediante Carta Notarial 503-2015/VIVIENDA-PNT de fecha 20 de noviembre de 2015, notificada al Contratista el 25 de noviembre de 2015, comunicó al Supervisor que al haberse resuelto el contrato principal (de ejecución de obra), se ha generado una situación de caso fortuito o fuerza mayor, puesto que la supervisión es una actividad conexas (accesoria) a la ejecución de la obra, no siendo necesario que persista un "Contrato de Supervisión" sin una obra por supervisar. En ese sentido, se resolvió el contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 44° de la Ley.

Posición del Contratista

27. Por su parte, el Contratista supervisor manifestó a lo largo del presente proceso que la Entidad tuvo pleno conocimiento de que la obra materia del contrato principal no se estaba ejecutando, razón por la cual no se configuraría un caso fortuito o de fuerza mayor, toda vez que al tener conocimiento de dicha situación la Entidad pudo prever cuales serían las consecuencias.
28. Así, el Contratista señaló en su contestación de demanda que el contrato principal en el presente caso se resolvió por un incumplimiento en la ejecución de obra, hecho que fue advertido por el demandado en cumplimiento de su cargo, y razón por la cual cursó la Carta N° 04-2014/LWHA-RL⁶ de fecha 03 de enero de 2014, donde informaba a la Entidad los incumplimientos contractuales en los que estaría incurriendo el ejecutor de la obra.
29. Asimismo, el Contratista señala que debe tenerse en consideración que desde el 09 de diciembre de 2013, fecha en la cual la entidad designo formalmente al supervisor, el demandante pudo haber resuelto el contrato, pero este no lo hizo

⁶ Anexo 4.G. del escrito de Contestación de Demanda presentado por el Supervisor de obra el 01 de marzo de 2016.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

por el plazo de año y once meses, dejando latente la expectativa laboral del recurrente.

30. Finalmente, el Contratista señala que la Entidad al haber notificado su resolución de contrato con fecha posterior a la suya no tendría validez alguna.

Posición del Árbitro Único

31. Como se puede apreciar del presente punto a analizar, la controversia se centra en si corresponde o no declarar la validez de la resolución del contrato que efectuó la Entidad mediante la Carta Notarial 503-2013/VIVIENDA-PNT, notificada al Contratista el 25 de noviembre de 2015.
32. Sobre el particular, se debe señalar que no existe cuestionamiento por parte del Contratista respecto a si la Entidad efectuó o no la resolución de contrato, pues reconoce que la misma si se llevó a cabo, aunque de forma posterior a la suya, lo que le quitaría validez a la resolución de la Entidad.
33. En efecto, uno de los puntos centrales de la defensa del Contratista es que la resolución efectuada por la Entidad mediante Carta N° 503-2015-VIVIENDA-PNT es extemporánea, al haberse realizado de forma posterior a la del Contratista, motivo por el cual no correspondería amparar dicha pretensión. Sin embargo, es de precisar que a raíz del análisis efectuado en el anterior punto controvertido, el Árbitro llegó a la conclusión de que la resolución contractual realizada por el Contratista no había cumplido con los requisitos y el procedimiento establecido en la normativa de contrataciones, por ende, su resolución devino en inválida, lo que permite continuar con el análisis del presente punto controvertido.
34. Ahora bien, no habiendo otro cuestionamiento sobre la forma, procedemos a analizar el fondo de la resolución de la Entidad. En tal sentido, podemos observar que en la carta remitida al Supervisor de la obra la Entidad manifiesta lo siguiente:

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

"Por medio de la presente, me dirijo a usted en atención al documento de la referencia por medio del cual la Entidad resolvió el Contrato N° 035-2013-VIVIENDA-VMVU/PAHR para la Elaboración de Expediente Técnico, Ejecución de Obra y Equipamiento e implementación del Centro de Servicio de Apoyo al Hábitat Rural en el C.C. Lillinta Ingahuasi distrito de Pilpichaca, provincia de Huaytañá, departamento de Huancavelica, por acumulación del monto máximo de la penalidad por mora, al haberse vencido el plazo de término de obra y no haber dado cumplimiento el Contratista de obra a las obligaciones contractuales a su cargo.

En tal sentido, de conformidad con lo previsto en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, se ha generado una situación de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del Contrato N° 3111-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001 suscrito con vuestra representada el 02 de diciembre de 2013, máxime cuando el contrato de supervisión reviste un carácter accesorio en relación al contrato de obra.

Por lo expuesto, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, procedemos a resolver el Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001, sin responsabilidad de ninguna de las partes."

35. Como se ha podido observar, con la Carta N° 503-2015-VIVIENDA-PNT remitida al Contratista, la Entidad resolvió el contrato de supervisión debido a que se habría generado una situación de caso fortuito o fuerza mayor, motivada por la resolución de contrato efectuada al ejecutor de la obra, por haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora. Ello, a entender de la Entidad, imposibilitaba de manera definitiva la continuación del Contrato N° 311-2013-VIVIENDA-OGA-UE.001 suscrito por las partes en controversia.

36. Así, es de advertir que la Entidad sustenta su decisión en lo previsto en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

37. Al respecto, de los medios probatorios presentados se puede advertir la existencia de la Carta Notarial N° 285-2014-VIVIENDA-PNT, remitida por la Entidad al Contratista ejecutor. En ella, se puede verificar que, efectivamente, la Entidad resuelve parcialmente el Contrato al Consorcio A&J debido a que había acumulado el monto máximo de la penalidad por mora, confirmándose lo expuesto por la Entidad en su Carta N° 503-2015-VIVIENDA-PNT.
38. Ahora bien, el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que *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.*
39. Sobre el particular, es válido preguntarse si ¿la resolución de contrato efectuada por la Entidad al ejecutor de la obra configura una situación de caso fortuito o fuerza mayor que pueda facultar a la Entidad a emplear el mecanismo establecido en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado?.
40. Para ello, debe precisarse que la parte que solicita la resolución del contrato por esta causa es la que deberá probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor. En ese sentido, es pertinente desarrollar que comprende una situación de caso fortuito o fuerza mayor.
41. Para ello, es pertinente remitirnos a lo establecido en el artículo 1315° del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, según el artículo 142° del Reglamento. Así, tenemos que el artículo 1315° C.C. establece que "*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.*" (Subrayado agregado).
42. En ese sentido, es menester resaltar que la aplicación del caso fortuito o fuerza mayor requiere de la concurrencia de hechos o circunstancias que deben tener la calidad de extraordinarias, imprevisibles e irresistibles. Es decir, un hecho no

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

ordinario, que una persona con diligencia debida no hubiese podido prever, o que habiéndolo previsto no hubiese podido hacer algo contra ello.

43. Adicionalmente, la parte que solicita la resolución del contrato por esta causa, también deberá probar que el caso fortuito o fuerza mayor le impide ejecutar las prestaciones objeto⁶ del contrato de manera definitiva, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley.
44. Ahora bien, para determinar si la resolución del contrato de obra configura un caso fortuito o de fuerza mayor, se debe tener en cuenta algunos hechos ocurridos desde la suscripción del contrato de supervisión.
45. En atención a ello, tenemos que de acuerdo al correo electrónico remitido por el área técnica de la Entidad⁷, la designación del supervisor de obra fue comunicada al representante del Consorcio A&J el 09 de diciembre de 2013, a la dirección electrónica declarada por el propio representante del Consorcio en el Contrato de obra.
46. Así, se debe señalar que si bien dicha comunicación no genera convicción en que el Contratista ejecutor haya tomado real conocimiento de la designación del supervisor en dicha fecha, si genera convicción en el Árbitro que la Entidad haya reconocido formalmente la designación del Supervisor desde aquel día, más aún si se tiene en consideración lo expuesto en el punto 1.20 del Informe Técnico N° 2110-2014-VIVIENDA-PNT-UI-JJRD⁸ de la Entidad.
47. Aunado a ello, tenemos que mediante Carta N° 10-2013/LWHA-S.E.-MVCS, notificada a la Entidad el 16 de diciembre de 2013, el Supervisor de la obra solicita a la Entidad formalmente la entrega del expediente técnico y la confirmación formal del inicio de la obra.

⁷ Anexo 5.D. de la Contestación de Demanda presentada por el Contratista el 01 de marzo de 2016.

⁸ Fecha de Presentación del Supervisor al Contratista: 09/12/2013.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

48. Asimismo, mediante Carta N° 03-2014/LWHA-R.L., notificada el 03 de enero de 2014, el Supervisor comunicó que había recibido conforme el expediente técnico solicitado mediante comunicación anterior, y reiteró a la Entidad que remita por escrito los documentos de carácter contractual como la fecha de inicio de la obra, de acuerdo al artículo 184° del Reglamento.
49. De igual forma, mediante Carta 04-2014/LWHA-R.L., notificada el 03 de enero de 2014, el Supervisor informó que el Consorcio A&J venía incumplimiento sus obligaciones contractuales. Al respecto, informo que el Consorcio no daba inicio a la ejecución de la obra, que no contaba con el Residente designado en su propuesta técnica, que no presentó el Cronograma Valorizado, entre otros incumplimientos.
50. Además, conforme lo señaló la propia Entidad, la resolución contractual efectuada al Consorcio A&J fue el 28 de noviembre de 2014⁹, mientras que la resolución practicada al Ingeniero Lucio Hernández Aquije fue el 25 de noviembre de 2015¹⁰. Es decir, el lapso de tiempo transcurrido entre la resolución efectuada al ejecutor de la obra y al supervisor, fue de más de un año.
51. En atención a todo lo expuesto, podemos advertir que los fundamentos invocados por la Entidad contratante para resolver el contrato de supervisión no configurarían un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, toda vez que se concentran en que el ejecutor de la obra no cumplió con sus prestaciones, y que por ello la Entidad, después de vencido el plazo de obra, tuvo que resolver el contrato, por la causal de acumulación del monto máximo de penalidad por mora.
52. En ese sentido, este Árbitro único ha podido verificar que las razones expuestas por la Entidad en su carta de resolución de contrato no configuran el supuesto regulado en el artículo 44° de la Ley, por lo que corresponde desestimar la segunda pretensión de la Entidad.

⁹ Carta Notarial N° 285-2014-VIVIENDA-PNT

¹⁰ Carta Notarial N° 503-2015/VIVIENDA-PNT

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

C) ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde o no ordenar que el Contratista asuma el pago de las costas y costos del proceso arbitral".

53. Respecto a los costos del arbitraje, el artículo 70° de la Ley de Arbitraje establece que el Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje¹¹.

54. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° de la Ley de Arbitraje dispone que:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

55. En relación a ello, de una revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado cláusula alguna que regule los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Árbitro único.

56. En atención a ello, el Árbitro único observó que ambas partes tuvieron motivos suficientes para litigar, convencidos de sus posiciones ante la controversia, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones distintas.

¹¹ Al respecto, el artículo establece que los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos Del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Expediente N° : S23-2016/SNA-OSCE
Demandante : Programa Nacional de Tambos - PNT
Demandado : Ing. Lucio Walter Hernández Aquije

57. Por ello, el Árbitro único considera que no corresponde ordenar asumir el total de los costos arbitrales a una de las partes.

58. En ese sentido y de conformidad con lo establecido en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, se dispone que cada parte asuma el 50% (cincuenta por ciento) de los gastos generados en el presente proceso. Por lo que, considerando que fue la Entidad quien asumió el total de los honorarios arbitrales, corresponde ordenar al Ingeniero Lucio Hernández Aquije la devolución del 50% de dicho importe.

Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro único **RESUELVE:**

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal formulada por la Demandante. En consecuencia, declarar nula la resolución de contrato efectuada por el Contratista, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal formulada por la Demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa del presente laudo.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la tercera Pretensión Principal de la demandante. En consecuencia, se dispone que cada parte asuma el 50% (cincuenta por ciento) de los gastos arbitrales generados en el presente proceso, de acuerdo a lo dispuesto en la parte considerativa del laudo arbitral.


Luis Felipe Pardo Narváez
Árbitro Único

Claudia del Pilar Castro Aponte
Secretaria Arbitral
Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE