

INFORME N° 04-2018 DE ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES

“Análisis de laudos en contratos de obra suscritos por el Gobierno Regional de Lambayeque” (Laudos emitidos en el periodo 2014 – 2016)

I. ALCANCE:

El presente informe ha sido elaborado en el marco de la gestión del conocimiento que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE viene promoviendo en atención a los objetivos estratégicos planteados en su oportunidad por Presidencia Ejecutiva.

En ese sentido, la finalidad del documento que presentamos es **identificar las oportunidades de mejora en la gestión de la fase de ejecución contractual que las Entidades pueden implementar en sus futuras contrataciones**, bajo el marco de la normativa de contrataciones de compras públicas.

Con el propósito antes señalado, nuestra labor se ha centrado en ubicar las principales “deficiencias” en los laudos analizados en que, desde el punto de vista de los árbitros, la Entidad incurrió durante la ejecución de los contratos de obra a su cargo, situaciones que consideramos pueden ser catalogadas como “lecciones aprendidas” que abonen en mejorar la gestión de las contrataciones.

En ese sentido, en atención a la importancia social y al alto impacto de la inversión de recursos públicos que representa, en este año 2018 se ha optado por analizar laudos emitidos entre los años 2015 y 2016 (publicados en el portal web del OSCE) en el marco de arbitrajes donde ha participado como parte alguna de las Entidades comprendidas en la denominada “Reconstrucción con Cambios”.

Con relación a ello, creemos relevante tener como referencia que a través del Decreto Supremo N° 011-2017-PCM se declaró en estado de emergencia a los departamentos de Tumbes, Piura y Lambayeque por un plazo de 60 días calendario como consecuencia de los desastres ocurridos por las intensas lluvias ocurridas por el “*Fenómeno del Niño Costero*”, estableciéndose que los gobiernos regionales y locales de dichos departamentos –en coordinación con otras entidades del Gobierno Central- ejecuten las acciones y medidas de excepción inmediatas y necesarias destinadas a la respuesta y rehabilitación de las zonas afectadas. Asimismo, mediante Decreto de Urgencia N° 002-2017 se aprobaron medidas para la atención inmediata de emergencias ante la ocurrencia de lluvias y peligros asociados que se hayan producido en zonas declaradas en estado de emergencia hasta el 30 de abril de 2017.

En adición a ello, hemos tenido presente las disposiciones contenidas en el “*Decreto Supremo que aprueba el Plan de la Reconstrucción al que se refiere la Ley N° 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios*” (Decreto Supremo N° 091-2017-PCM), así como el “*Decreto Supremo que modifica el Plan de la Reconstrucción aprobado mediante Decreto Supremo N° 091-2017-PCM y modificatorias*” (Decreto Supremo N° 124-2017-PCM), a través de los cuales el Consejo de Ministros del Estado aprobó el “*Plan Integral de Reconstrucción con Cambios*” para la reconstrucción de la infraestructura dañada y destruida por las lluvias y huaicos para las regiones Piura, La Libertad, Áncash, Lambayeque, Tumbes y Cajamarca.

En tal sentido, y en función a lo antes manifestado, para elaborar el presente informe se han analizado los laudos relacionados a los contratos de obra suscritos por el **Gobierno Regional de Lambayeque** con el exclusivo propósito de coadyuvar en la mejora de su futura gestión contractual, principalmente en el marco de la “Reconstrucción con Cambios”, actividad que responde al cumplimiento de la función de *“velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes”* asignada al OSCE en el literal a) del artículo 52 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

II. METODOLOGÍA:

Para elaborar el presente Informe se han identificado cinco (05) laudos emitidos entre los años 2014 y 2016, los mismos que se encuentran publicados en el portal institucional *web* del OSCE, cuyas materias controvertidas se encuentran directamente relacionadas con la ejecución de contratos de obra pública celebrados entre los años 2009 al 2013, donde una de las partes ha sido el Gobierno Regional de Lambayeque (en lo sucesivo, la Entidad).

Cabe precisar que de los cinco (05) laudos materia de análisis, uno (01) de ellos ha sido emitido en el año 2014, tres (03) en el año 2015 y uno (01) de ellos en el año 2016.

De su contenido, se ha buscado identificar las “deficiencias” en que la Entidad habría incurrido durante la gestión de la contratación, situación que le habría llevado a obtener una decisión arbitral desfavorable en el marco de los respectivos arbitrajes desarrollados en su oportunidad. En ese sentido, se debe precisar que las situaciones calificadas como “deficiencias” en el este Informe tienen como exclusivo fundamento las consideraciones y el análisis efectuado por los árbitros en el ejercicio de su función jurisdiccional en aras de resolver las controversias planteadas por las partes.

En pro de una mejor sistematización, en el presente Informe las aludidas “deficiencias” han sido agrupadas por materias controvertidas tales como resolución de contrato, mayores gastos generales, liquidación de contrato y ampliaciones de plazo.

A continuación, detallamos el listado de laudos que han sido objeto de estudio:

Laudos N°	Año de Emisión	Link del laudo en portal web del OSCE	Contratista
1	2014	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/245.pdf	LUIMA S.A.
2	2015	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2015/065.pdf	CONSORCIO FORTALEZA
3	2015	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2015/197.pdf	CONSORCIO GAMMA NORTE

4	2015	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2015/402.pdf	CONSORCIO CONSTRUCTOR OLMOS
5	2016	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2016/012.pdf	CONSORCIO EDUCATIVO NORTE

III. MARCO NORMATIVO:

Cabe anotar que el marco normativo aplicable para resolver las controversias objeto de los laudos materia del presente Informe se encuentra constituido por las siguientes disposiciones:

- (i) **En los Laudos Nos. 01, 02 y 03** se aplicaron la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, respectivamente, vigentes desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 19 de setiembre de 2012.
- (ii) **En los Laudos Nos. 04 y 05** se aplicaron las normas antes mencionadas con sus respectivas modificaciones, aprobadas en el año 2012 (Ley N° 29873 y Decreto Supremo N° 138-2012-EF, respectivamente (vigentes desde el 20 de setiembre de 2012 hasta el 08 de enero de 2016.

IV. REVISIÓN DE LAUDOS:

En el presente apartado presentamos el listado de las materias controvertidas y las “deficiencias” vinculadas a las mismas en que habría incurrido la Entidad durante la gestión de la fase de ejecución contractual, exclusivamente a partir de las consideraciones y el análisis efectuado por los árbitros a cargo de la resolución de las respectivas desavenencias contractuales.

Corresponde precisar que a continuación se citarán algunos párrafos extraídos de los mismos laudos que estimamos relevantes a efectos de conocer con mayor precisión el razonamiento y los aspectos tomados en cuenta por los árbitros al resolver las controversias planteadas.

4.1 RESOLUCIÓN DE CONTRATO

La Entidad resolvió el contrato a pesar de ser evidente que ya había otorgado su conformidad al levantamiento de observaciones formuladas dentro de la recepción de la obra

De acuerdo a lo indicado por el Tribunal Arbitral, la Entidad no puede alegar la omisión del levantamiento de observaciones (por parte del Contratista), dentro del procedimiento de recepción de obra, para motivar una resolución de contrato, si es que –previamente– manifestó (el Comité de Recepción) en forma expresa su compromiso de firmar el acta de recepción correspondiente. Esta situación trajo como consecuencia que se declare ineficaz la resolución del contrato llevada a cabo por la Entidad.

Al respecto, el Colegiado manifestó lo siguiente:

8. (...) *“El Tribunal Arbitral considera como un hecho determinante para dilucidar la controversia el contenido del Acta de Reunión N° 02-2013 que da cuenta que el día 27 de mayo del 2013 (...) se reunieron los integrantes del Comité de Recepción, el Inspector de Obra y los representantes del CONSORCIO a efectos de “establecer la fecha de firma del Acta de Recepción de la Obra (...) acordándose que habiendo culminado con fecha 24 de mayo el proceso de verificación de las observaciones se acuerda la Firma del Acta para el viernes 28 de mayo a horas 11: 30 a.m. (...)”*¹.

*Sobre el particular, debe quedar establecido que la declaración plurilateral efectuada por las partes y el inspector de obra, no cuestionada en su forma ni en su contenido por parte de la Entidad, tiene que ser interpretada atendiendo a que ella fue emitida en el momento preciso que el Comité de Recepción había culminado con el proceso de verificación de las observaciones, así como que ella tiene como presupuesto material complejo (...) que el CONSORCIO haya terminado de levantar tales observaciones, así como que el Inspector de Obra diera su conformidad a dicho levantamiento (...)”*².

9. *Debemos partir por considerar que de lo expuesto en el Asiento 446 del Cuaderno de Obra (...) se advierte que el Residente de Obra comunica a dicha fecha se ha culminado con el levantamiento del 100% de todas las observaciones (...) solicitando al Inspector la recepción de la obra (...), el inspector señala haber “constatado” el levantamiento de las observaciones, de conformidad con el Acta (...), por lo que este colegiado entiendo que el inspector manifestó su conformidad con la subsanación der observaciones”*³.

*(...) “Teniendo presente lo anotado, nos encontramos no sólo frente a un acuerdo en torno a la fecha en que se formalizaría el Acta de Recepción, sino sustancialmente, ante una declaración plurilateral de conocimiento (...) que las observaciones planteadas por la Entidad habrían sido levantadas en su totalidad (...), no haciéndose mención alguna, expresa ni tácita, implícita o referencial, que pudiera dar, por lo menos, meridiana certeza acerca de la existencia de observaciones planteadas no levantadas, tal como lo pretendió oponer la Entidad al momento de resolver el CONTRATO, las que en todo caso se presume debieron factualmente haberse producido con posterioridad a la suscripción del Acta de Reunión (...) y cuya incidencia sobre el contrato tendrá que ser suficientemente dilucidada y discutida en la fase correspondiente a la liquidación final de la obra (...)”*⁴.

*“11. Al respecto, el Tribunal nota tal comportamiento contradictorio atribuible a la Entidad al ejercer irregularmente el derecho a resolver el CONTRATO, lo cual no puede dar asidero formal ni sustancial a la resolución operada (...) la Entidad no puede reconocérsele un interés tutelable el ejercicio de su decisión resolutoria, cuando esta va en contra de sus propios actos previos (...)”*⁵.

¹ Página 31 del Laudo N° 3.

² Página 31 del Laudo N° 3.

³ Página 31 del Laudo N° 3

⁴ Página 32 del Laudo N° 3

⁵ Página 33 del Laudo N° 3.

“19. En suma por las razones antes acotadas, el Tribunal Arbitral estima que la resolución operada por la Entidad no se encontraría justificada ni sería acorde con los comportamientos y declaraciones conjuntas de las partes (...)”⁶.

(...) Declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda y en consecuencia declara la ineficacia de la Resolución Ejecutiva N° 238-2013-GR-LAMB/PR (...) que dispone la resolución del CONTRATO (...)”⁷.

4.2 AMPLIACIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL

La Entidad denegó la ampliación de plazo contractual solicitada, a pesar que la demora del contratista obedeció a causas ajenas a su voluntad.

Según lo manifestado por el Tribunal Arbitral, el atraso en que incurrió el contratista se debió a causas ajenas a su voluntad (tal como la demora de la entrega de productos de importación de materiales), por lo que correspondía a la Entidad otorgarle la ampliación de plazo solicitada.

Sobre el particular, el Colegiado señaló lo siguiente:

“Queda claro entonces que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles a su voluntad, por causas atribuibles a la Entidad y/o por caso fortuito o fuerza mayor siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente”⁸

“Debe tenerse presente que un “atraso” en la ejecución de una obra implica un retraso o retrasos en la ejecución de las actividades y/ partidas que forman parte de la misma, sin llegar a constituir una paralización de obra (...)”⁹

“(...) De los hechos antes expuestos, este Tribunal Arbitral concluye lo siguiente:

- Desde el 13 de junio de 2014 existió el compromiso de Portalámparas SAC y el Consorcio (...) de importar las luminarias necesarias para la ejecución de la obra a través de la aceptación de la orden de compra.
- El cambio de las luminarias importadas por luminarias nacionales que existieran en el mercado nacional fue realizada por el inspector el 03 de julio de 2014, después que el contratista haya aceptado la importación de luminarias a través de la aceptación de la orden de compra de fecha 13 de junio de 2014.
- El atraso incurrido del plazo contractual fue por causas ajenas a la voluntad del contratista y esto se encuentra debidamente comprobado ya que la demora de la entrega de productos de importación de materiales no depende de la voluntad del contratista sino a otros factores referidos al propio proceso de importación, en atención a ello si correspondía a la Entidad otorgarle la ampliación de plazo por 90 días al Consorcio (...)”¹⁰

⁶ Página 37 del Laudo N° 3.

⁷ Página 44 del Laudo N° 3.

⁸ Páginas 20 del Laudo N° 5.

⁹ Página 22 del Laudo N° 5.

¹⁰ Páginas 23 y 24 del Laudo N° 5.

4.3 MAYORES GASTOS GENERALES

La Entidad aprobó la ampliación de plazo en fecha posterior a la renuncia que efectuara el Contratista a los mayores gastos generales

De acuerdo a lo indicado por el Árbitro Único, la Entidad aprobó la ampliación de plazo después que el contratista había renunciado a los mayores gastos generales, no obstante encontrarse regulado que para la validez de dicha renuncia ésta debe darse con posterioridad a la aprobación de una ampliación de plazo.

Sobre el particular, el Árbitro Único señaló lo siguiente:

“3.3 Si bien la renuncia (...) constituye un acto de liberalidad, de libre disposición de LA CONTRATISTA no cabe cuestionamiento alguno respecto a la facultad de renunciar a su percepción; sin embargo como uniformemente se ha pronunciado EL Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado a través de diferentes Opiniones (...), la renuncia a la percepción de gastos generales debe formularse con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo (...)”¹¹.

“3.4. LA CONTRATISTA presenta su carta (...) con fecha 04.abril.2014 renunciando a percibir gastos generales por ampliación de plazo 01. LA ENTIDAD mediante Resolución (...) de fecha 30.05.2014 resuelve conceder la ampliación de plazo por 90 días, es decir, resulta incuestionable que, la renuncia se presentó con anterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo. Por las consideraciones que se exponen debe ampararse la pretensión (...)”¹².

4.4 APROBACIÓN DE LIQUIDACIÓN DE CONTRATO

La Entidad no emitió pronunciamiento alguno respecto a la liquidación presentada por el Contratista, produciéndose así su aprobación automática

Según lo señalado por el Árbitro Único, de conformidad a lo establecido en el artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al no haber emitido la Entidad pronunciamiento dentro del plazo legalmente establecido, se produjo la aprobación de la liquidación presentada por el contratista, situación que imposibilita revisar el fondo de la misma así como los conceptos liquidados.

Con relación a ello, el Árbitro Único manifestó lo siguiente:

“4.5 Si bien LA CONTRATISTA presentó su Liquidación a la consultoría, en el plazo y por los argumentos citado; por su parte LA ENTIDAD no acredita, ni ha presentado medio probatorio alguno que demuestre al tribunal, haber emitido pronunciamiento respectivo, observando o confirmando los términos de la liquidación propuesta dentro del plazo de Lay. Por lo que al HABER OMITIDO LA ENTIDAD el pronunciamiento respecto a la liquidación, de conformidad con el numeral 1° del art. 179, la liquidación se

¹¹ Página 37 y 38 del Laudo N° 4.

¹² Página 38 del Laudo N° 4.

*debe tener por aprobada; librando al Tribunal de la revisión del fondo y de los conceptos liquidados*¹³.

4.6 CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS:

- Se advierte que en tres (03) laudos analizados, dentro de sus fundamentos, los árbitros únicos y tribunales arbitrales han identificado “deficiencias” en que habría incurrido la Entidad durante la gestión de la fase de ejecución contractual en las obras públicas a su cargo, las cuales han sido plasmados en el presente informe. Por otro lado, no se han evidenciado “deficiencias” en dos (02) de los laudos objeto de estudio.
- Las “deficiencias” identificadas en los laudos revisados y analizados constituyen “oportunidades de mejora” en la futura gestión contractual que se lleven a cabo en las Entidades, teniendo principalmente en consideración aquellas contrataciones que se realizarán por las labores de reconstrucción (*“Plan Integral de Reconstrucción con Cambios”*) por la ocurrencia del *“Fenómeno del Niño Costero”* en nuestro país en el año 2017, a fin de que las mismas se desarrollen conforme a los principios y normas que rigen las contrataciones del Estado, bajo el enfoque de gestión por resultados, promoviendo a su vez el uso adecuado uso de los fondos públicos (*value for money*).
- En ese sentido, la elaboración del presente Informe ha tenido también como uno de sus fines el contribuir al fortalecimiento de la gestión del conocimiento promovido por el OSCE, en atención a su función de *“velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes”*, tal como se establece en el literal a) del artículo 52° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- Luego de la revisión y aprobación por parte de la Dirección de Arbitraje, de ser el caso, corresponde que el presente documento sea publicado en el portal web institucional, en armonía al principio de transparencia que rige en el ámbito de las contrataciones del Estado.
- Finalmente, sugerimos evaluar la posibilidad de que Presidencia Ejecutiva –o el órgano que se estime pertinente facultar- remita el presente Informe al Gobierno Regional de Lambayeque, a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, a la Presidencia del Consejo de Ministros y a otras instituciones representativas –sin perjuicio de las actividades internas de difusión que pudieran corresponder a través de la Oficina de Comunicaciones del OSCE-, con la finalidad que las Entidades competentes implementen acciones idóneas en pro de evitar incurrir en el futuro en similares “deficiencias” a las detectadas, en aras lograr contrataciones más eficientes que impacten de manera positiva en el desarrollo y bienestar de la ciudadanía, así como en el mejor uso de los recursos públicos.

Atentamente,

Subdirección de Procesos Arbitrales
OSCE

¹³ Página 40 del Laudo N° 4.