

INFORME N° 001-2016/DAA
Analisis de laudos en materia de Contrataciones del Estado

El presente informe constituye el primer esfuerzo que la Dirección de Arbitraje lleva a cabo a fin de analizar los laudos publicados en el portal institucional del OSCE, permitiendo conocer la forma en que los árbitros vienen aplicando la normativa de contrataciones del Estado al resolver las controversias que se presentan durante la ejecución contractual, y constituyendo una herramienta de consulta orientada a mejorar la gestión contractual por parte de los actores del sistema.

Esta actividad seguirá siendo llevada a cabo en forma trimestral y en estrecha coordinación con la Subdirección de Procesos Arbitrales durante el presente año 2016, siendo el tema de estudio la resolución del contrato de obra por incumplimiento de obligaciones de las partes.

I. ALCANCE Y METODOLOGÍA:

Para elaborar el presente Informe se ha tenido como fuente los diecisiete (17) laudos siguientes, emitidos en el año 2014 y publicados en el portal institucional del OSCE, en los cuales la materia controvertida ha sido la resolución de contratos de ejecución de obra por incumplimiento de alguna de las partes:

N°	Link del laudo en portal web del OSCE	Contratista	Entidad
1	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2014/026.pdf	Consorcio Huarimayo	Municipalidad Distrital de Chavín de Huántar
2	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2014/037.pdf	Consorcio Dacka Perú S.AC. y Hugo Arquitectos Ingenieros Constructores S.A.C.	Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Cargas y Mercancías - SUTRAN
3	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2014/058.pdf	Consorcio Independencia	Municipalidad Distrital de Independencia
4	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2014/076.pdf	Consorcio Los Pescadores	Gobierno Regional de Áncash
5	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2014/092.pdf	Consorcio Nor Oriente	Instituto Nacional Penitenciario
6	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/13.pdf	Consorcio Vial La Libertad	Provías Descentralizado
7	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2014/098.pdf	Consorcio Grecia	Oficina de Infraestructura Penitenciaria - INPE

8	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/149.pdf	Consorcio Sol de Oro	Municipalidad Provincial de Espinar
9	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/123.pdf	Consorcio San Pedro	Municipalidad Distrital de Huarmaca
10	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/267.pdf	Santa María Contratistas Generales SRL	Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima - EMAPE
11	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/79.pdf	Constructing International S.R.L.	Municipalidad Distrital de Acoria
12	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/53.pdf	Consorcio Joca – Cedosac	INPE
13	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/209.pdf	Consorcio Juan Brioso	Municipalidad Distrital de Independencia
14	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/194.pdf	R&CIA S.R.L	Gobierno Regional de Pasco
15	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/225.pdf	Consorcio CG y O	Municipalidad Distrital de Abancay
16	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/262.pdf	ABB Ingeniería Contratista E.I.R.L.	Municipalidad Provincial de Concepción
17	http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2014/174.pdf	Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas S.A. Sucursal Perú.	Empresa de Electricidad del Perú SA-ELECTRO PERU S.A

Cabe anotar que el marco normativo aplicable para resolver la controversia antes señalada se encuentra constituido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobados por el Decreto Legislativo N° 1017 y el D.S. N° 184-2008-EF, respectivamente (en adelante, la Ley y el Reglamento).

El análisis de los laudos objeto de este Informe se ha llevado a cabo en función a los criterios, parámetros y requisitos normativos establecidos en la Ley y su Reglamento, en lo correspondiente a la resolución del contrato de obra por incumplimiento de alguna de las partes¹.

II. **MARCO NORMATIVO:**

Siendo ello así, en primer lugar, consideramos pertinente identificar lo que el marco normativo aplicable señala respecto a las causales por las cuales resultaría

¹ Artículo 40° de la Ley así como los artículos 167°, 168°, 169° y 209° del Reglamento.

procedente declarar la resolución del contrato por incumplimiento, así como el procedimiento que corresponde seguir para lograr tal efecto.

CAUSALES QUE JUSTIFICAN LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA POR INCUMPLIMIENTO

En ese sentido, en el artículo 168° del Reglamento se establece que la Entidad puede resolver el contrato en caso el contratista incurra en alguna de las siguientes causales:

- a) Incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
- b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o por el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución a su cargo
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación pese a haber sido requerido para corregir la situación.

Por su parte, el Contratista se encuentra facultado a resolver el contrato únicamente cuando la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las cuales se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido previamente para que las cumpla.

PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER EL CONTRATO DE OBRA POR INCUMPLIMIENTO

En el procedimiento de resolución contractual puede identificarse básicamente las siguientes dos (2) etapas:

- a) Requerimiento previo, el cual conforme a lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento, debe canalizarse vía notarial a fin que se satisfaga la observación respectiva en un plazo que necesariamente será de quince (15) días por tratarse de un contrato de obra.
- b) Decisión de resolver, la cual debe ser adoptada mediante la remisión por vía notarial del documento en el cual se manifieste dicha decisión y el motivo que la justifica. Debe ser aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. En caso no se precise si la resolución es total o parcial, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 209° del Reglamento, la parte que resuelve debe indicar en su carta de resolución la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días, oportunidad en la que las partes se reúnen en presencia de un notario público o juez de Paz levantando un acta.

Sin embargo, cabe anotar que el requerimiento previo al contratista –también canalizado por vía notarial- podrá omitirse en los siguientes dos supuestos expresamente previstos en el artículo 169° del Reglamento:

- a) Cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, o
- b) Cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

CUESTIONES PRELIMINARES

Señaladas las normas que regulan la resolución del contrato de obra, debemos indicar que al efectuar el presente análisis de laudos se ha recogido información general relativa a la identificación de la parte que demanda, la parte que reconviene, la parte que resuelve el contrato, la constitución del Tribunal Arbitral, el tipo de obra materia de la controversia, la identificación del sistema de contratación (Suma Alzada, Precios Unitarios o Mixto) y la modalidad de ejecución contractual utilizada (Llave en Mano o Concurso Oferta), así como la información relativa al inicio del proceso arbitral.

A continuación, tomando en consideración las disposiciones contenidas en la Ley y su Reglamento se ha identificado el análisis llevado a cabo por los árbitros respecto a la configuración de la causal alegada por las partes a fin de justificar la resolución del contrato.

Luego de ello, se ha revisado el análisis efectuado por los árbitros respecto al procedimiento legalmente establecido, considerando los requisitos exigidos tanto para el requerimiento previo como para la decisión de resolver, a partir de lo cual se advierten tendencias y particularidades sobre la forma en que los árbitros están resolviendo sobre esta materia.

III. ANÁLISIS:

1. Del análisis efectuado a los diecisiete (17) laudos emitidos en el año 2014 sobre resolución de contrato de obra por incumplimiento, se advierte que en el 88.24% de los casos (15 laudos) fue el contratista quien inició el arbitraje, mientras que en el restante 24.76% (2 laudos) lo inició la Entidad. Asimismo, sólo en tres casos (18% aproximadamente), se ha detectado el planteamiento de reconveniones.
2. Las controversias han sido resueltas por nueve (9) árbitros únicos (52.94%) y ocho (8) tribunales arbitrales (47.06%).
3. En cuanto a los sistemas de contratación aplicados se advierte que ocho (8) casos estuvieron referidos a Suma Alzada, uno (1) a Precios Unitarios y en el resto de laudos analizados no se encontró información al respecto. Asimismo, en un (1) solo caso se indicó que se había utilizado la modalidad de Concurso Oferta.
4. Por otro lado, se aprecia que en diez (10) de los casos analizados la decisión de resolver el contrato surgió de la Entidad, en cuatro (4) lo realizó el contratista, mientras que en tres (3) casos ambas partes resolvieron el contrato mutuamente.
5. En cuanto al requerimiento previo, se advierte que en doce (12) casos se ha utilizado la carta notarial (70.59%), tal como lo señala el Reglamento; mientras

que en cinco (5) casos² no se ha procedido de la misma manera (29.41% de los laudos analizados) dado que en tres de ellos se invocaron los supuestos reglamentarios que permiten eximirse de ello, mientras que en los dos restantes las partes omitieron el requerimiento sin motivo que lo justificase. Ambas situaciones serán desarrolladas con mayor detalle en los párrafos posteriores.

6. Respecto a los casos en que sí se emitieron las cartas notariales de requerimiento previo (12 laudos), se aprecia que fueron alegadas catorce (14) causales, de las cuales siete (7) corresponden al incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la Entidad³, lo que constituye el 50% de incidencia de la causal. En cinco (5) casos⁴ se ha manifestado la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones del contratista (35.71%), mientras que en dos (2) oportunidades⁵ se alegó la causal de paralización o reducción injustificada en la ejecución de la prestación que representa el 14.29% de incidencia de la causal.
7. A continuación presentamos las consideraciones tomadas en cuenta por los árbitros al analizar los argumentos vertidos respecto a la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones planteadas en los casos donde existió requerimiento previo:
 - a) En el Laudo 6 el tribunal arbitral no menciona los argumentos esgrimidos por el contratista debido a que declaró válido el consentimiento de la resolución contractual llevada a cabo por la Entidad previamente, motivo por el cual consideró carente de objeto pronunciarse por los demás hechos alegados.

Al respecto, cabe precisar que el tribunal estableció como primer punto controvertido determinar si correspondía o no declarar ineficaz la resolución del contrato efectuada por el contratista, quien imputó el incumplimiento del contrato a la Entidad. Sin embargo, advirtió que la resolución de contrato dispuesto por el contratista no fue la única resolución ni tampoco la primera, siendo que fue la Entidad la que de modo previo decidió resolver el referido contrato.

La decisión del tribunal sobre dicho punto controvertido fue declarar fundada la pretensión y por ende ineficaz la resolución del contrato efectuada por el contratista mediante Carta N° 040-2010-CVLL invocando el incumplimiento de la Entidad, pues consideró que conforme a lo establecido en el artículo 109° del Reglamento, el plazo con el cual contaba el contratista para interponer conciliación o arbitraje y discutir los efectos de la resolución efectuada por la Entidad era de 10 días hábiles, no advirtiéndose de los medios probatorios obrantes en el expediente que el contratista haya cuestionado dicha decisión oportunamente. En tal sentido, el tribunal consideró que al haber quedado consentida la resolución dispuesta por la Entidad por incumplimiento del contrato carecía de objeto analizar las cuestiones de fondo por las cuales dicha parte adoptó esa decisión, esencialmente referida a la falta de cumplimiento del contratista de las obligaciones establecidas en el contrato.

² Laudos 1, 2, 8, 10 y 14.

³ Laudos 3, 4, 5, 11, 12, 16 y 17

⁴ Laudos 6, 7, 9, 13 y 15.

⁵ Laudos 6 y 17.

Asimismo, en atención a lo expuesto, señaló que carecía de objeto efectuar un análisis sustantivo de los motivos por los cuales el contratista decidió resolver el contrato por causa imputable a la Entidad.

- b) En el Laudo 7 el árbitro indica que *"la resolución del contrato se baso (sic) en la situación que genero (sic) en la Obra debido a que no se contaba con la presencia del Residente y además del Maestro de Obra"*, lo que se había sustentado en las comunicaciones remitidas por las partes y las emitidas por el residente de Obra. Adicionalmente, el árbitro señala que dicho residente además *"tuvo la determinación de renunciar a su cargo, observándose de esta manera un incumplimiento por parte del Contratista respecto a lo expresado en las obligaciones contractuales"*.

La decisión del árbitro sobre la pretensión del contratista de declarar la nulidad y/o dejar sin efecto la Resolución Jefatural de la Entidad que resolvió el contrato fue declararla infundada, al precisar que la ejecución del contrato se regulaba por el artículo 206° del Reglamento referido a la intervención económica efectuada en la obra y a partir de ello en las disposiciones de la Directiva N° 001-2003/CONSUCODE/PRE que regula dicha materia en la que se indica que el *"contratista mantiene el manejo técnico de la obra"*. Asimismo, indica en su análisis que dicha decisión se encontraba realizada y motivada conforme a los requisitos establecidos en la Ley N° 27444.

- c) En el Laudo 9 aunque el tribunal arbitral señala como la causal invocada el inciso 3 del artículo 168° del Reglamento referido a que se *"Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación"*, manifiesta no observar de lo señalado por las partes que en el requerimiento se indique que sea esa la causal, ya que la misma sólo señala *"Que, ante el incumplimiento de la obligación por parte de su representada (...)"*.

Al respecto, la decisión del tribunal arbitral sobre la pretensión del contratista de declarar improcedente la resolución total del contrato por inobservancia del procedimiento fue declarada improcedente, pero en atención a que *"no es jurídicamente posible declarar la improcedencia de un acto jurídico, por lo que la pretensión debe ser declarada improcedente"*.

Asimismo, la decisión del tribunal arbitral sobre la pretensión de la Entidad de declarar legal y válida la resolución del contrato de obra fue declararla improcedente, al no superar el test de formalidad señalado en los artículos 167° y 169° del Reglamento y el artículo 40° de la Ley, debido a que la Entidad no cumplió el plazo de los quince (15) días que la ley expresamente exige para los contratos de obra, así como el hecho que la resolución del contrato fue formulada por un funcionario de menor jerarquía (entiéndase Gerente Municipal) que el que suscribió el contrato (entiéndase el Alcalde).

- d) En el Laudo 13 el árbitro indicó que existió una indebida motivación por parte de la Entidad al momento de emitir la Resolución de Alcaldía a través de la cual resolvió el contrato.

En ese sentido, la decisión del árbitro único sobre la pretensión de que se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por la Entidad fue

declararla fundada por cuanto la Resolución de Alcaldía adolecía de un vicio en su motivación *“en el extremo que no existe un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que aplican, al basarse en hechos erróneos”*, razón por la cual consideró que debía ser sancionada con nulidad.

- e) Finalmente, en el Laudo 15 el árbitro advirtió que en la carta de requerimiento se indicó: *“(...) cumpla con subsanar la omisión advertida y presente sus Cartas Fianzas renovadas de Fiel Cumplimiento y Adelanto Directo emitidas por entidad que se encuentren dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros (...)”*, ante lo cual manifestó que dicha situación tenía un remedio distinto a la resolución contractual.

Respecto a lo anterior, la decisión del árbitro sobre la pretensión del contratista de nulidad, invalidez o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 059-2012-A-MDA fue declararla fundada por *“haber sido expedido (sic) contraviniendo el ordenamiento jurídico, específicamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”*, ya que señala que *“la falta de renovación de las Cartas de Fianzas de Fiel Cumplimiento y de Adelanto Directo entregadas por el Consorcio CGYO, tiene como remedio, la ejecución de las mismas, más no, la resolución contractual”*.

8. Tal como se ha indicado en el numeral 6 del presente Informe, la causal *“Incumplimiento de obligaciones esenciales”* fue alegada en siete (7) casos⁶. A continuación presentamos las consideraciones tomadas en cuenta por los árbitros al analizar los argumentos vertidos al respecto:

- a) En el Laudo 3 se afirmó que *“el pago de la valorización es una obligación esencial, porque supone una obligación básica de pago de precio por el avance de obra recibido”*, siendo éste el motivo justificado para el requerimiento y la consecuente resolución.

La decisión del árbitro sobre la pretensión del contratista de declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía N° 0090-2013-MDI que resolvió el contrato y que fue notificada el 5 de marzo de 2013 fue declararla fundada, al precisar que la primera resolución contractual efectuada por el contratista por la causal *“Falta de pago de la valorización N° 6”*, se realizó conforme a lo establecido por los artículos 168°, 169° y 170° del Reglamento, por lo que vencido el plazo sin que la Entidad haya iniciado ningún procedimiento, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida, la cual fue notificada el 18 de abril de 2012.

- b) En el Laudo 4 el árbitro señaló que mediante carta el contratista había solicitado a la Entidad el cumplimiento de sus obligaciones, y que dicha carta no fue impugnada por esta última. No obstante ello, no advertimos referencia alguna en el análisis que llevó a cabo el árbitro de las razones que lo hayan llevado a determinar que realmente se había configurado una obligación esencial.

⁶ Laudos 3, 4, 5, 11, 12, 16 y 17.

La decisión del árbitro sobre la pretensión del contratista de declarar válida la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales de la demandada -debido a la falta de entrega del terreno para la ejecución de la obra y/o no haber nombrado al supervisor, tanto para la elaboración del expediente técnico como para la ejecución de la obra- fue declararla fundada, al precisar que de los medios probatorios ofrecidos por el contratista "las (sic) cuales no han sido impugnadas ni tachadas por la entidad demandada, se acredita el incumplimiento por parte del Gobierno Regional de Áncash respecto de su obligación (...) sine qua non para este tipo de modalidad de contrato, de lo que se acredita el incumplimiento de su obligación contractual contenida en la cláusula décimo primera del contrato a suma alzada en la modalidad de concurso oferta suscrito entre las partes (...)".

- c) En el Laudo 5 el tribunal arbitral basó su decisión de declarar fundada la pretensión del contratista sobre consentimiento de la resolución del contrato efectuada por dicha parte en lo resuelto en un laudo previo (emitido por un tribunal arbitral distinto) que declaró el incumplimiento de una obligación esencial por parte de la Entidad.

Al respecto, la decisión del tribunal arbitral fue en el extremo de declarar la validez de la resolución del contrato efectuada por el Contratista, al tener como elemento constitutivo la causal por obligación esencial y al haberse declarado ésta en un arbitraje previo por lo que el tribunal ya no procedió a emitir pronunciamiento respecto al propio consentimiento de la resolución contractual del contratista de conformidad al artículo 209° del Reglamento.

- d) En el Laudo 11 el árbitro no expresa el incumplimiento alegado por el contratista en que habría incurrido la Entidad para que se configura como una causal de resolución, destacándose sólo que hubo reiterancia.

Sobre el particular, la decisión del árbitro único fue en el extremo de declarar la resolución del contrato por un tema estrictamente formal, de conformidad al artículo 170° del Reglamento, sin hacer mención a mayor motivación en el Laudo.

- e) En el Laudo 12 el tribunal arbitral indicó que el requerimiento previo efectuado por el Contratista por incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad no fue invocado de manera adecuada, en la medida que en la carta notarial se manifestó dos "*obstáculos graves*" que impedían la ejecución de la obra, los cuales se referían al amedrentamiento efectuado por una persona natural y la solicitud de paralización de la obra por parte de una municipalidad distrital, situación que el contratista consideró "*no le son imputables y que son obligaciones del INPE solucionar*".

Ello dio lugar a que el tribunal arbitral meritara que la resolución efectuada por el contratista no era válida "*en tanto no existió la causal contemplada por el artículo 168° del Reglamento*", y por ende, amparó la pretensión de la Entidad sobre la improcedencia de la resolución del contrato que le fue atribuida.

- f) En el Laudo 16 también se analiza la causal al señalarse que mediante carta notarial el contratista solicitó el cumplimiento de las siguientes obligaciones esenciales: Designación del Comité de Recepción de Obra y el Certificado de Terminación de Obra y Recepción de Obra.

El tribunal arbitral declaró fundadas las pretensiones del contratista de declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Alcaldía de la Entidad que resolvió administrativamente el contrato de obra, por no ajustarse a la ley ni al derecho, y de declarar la validez de la resolución comunicada por el contratista a la Entidad por incumplimiento de obligaciones esenciales.

Respecto a la primera pretensión, el tribunal arbitral precisó que *"los motivos esgrimidos por la Entidad⁷ (...) no se condicen con los hechos realmente acontecidos (...) en base a los medios probatorios que obran en el expediente arbitral"*.

Asimismo, con relación a la segunda pretensión -relacionada al incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la Entidad-, indicó que *"el contratista cumplió con enviar la Carta Notarial (...) a través de la cual, invocando expresamente el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se requiere a la Entidad para que cumpla con sus obligaciones de: entregar el certificado de terminación de obra y proceder a la recepción de la obra. (...) Sin embargo, la Entidad no cumplió con sus obligaciones contractuales y legales (...)",* a lo cual añadió que *"debe rescatarse que la sola invocación de una determinada norma legal, supone el sometimiento a los alcances de ésta (...) por lo tanto la Entidad no podría alegar desconocer los referidos alcances y efectos de la misma (...) y considerando que ésta prevé como efecto de la persistencia del incumplimiento la potestad del contratista de resolver el Contrato, tenía entonces conocimiento pleno del objeto y finalidad del requerimiento que se le formulaba (...)"*.

- g) Por su parte, en el Laudo 17 el tribunal arbitral concluye que en el contrato no está contemplado resolverlo por causas imputables a la Entidad, para lo cual se sustenta en la cláusula décimo quinta del mismo, el artículo 40° de la Ley y el artículo 169° del Reglamento, señalando que ni las bases ni el contrato contemplan como obligación esencial de la entidad el obtener las autorizaciones, permisos, servidumbres y similares para la ejecución de la obra que fue el motivo de la resolución del contrato.

Al resolver la controversia el tribunal arbitral se basó en declarar en primer lugar que la causal de resolución invocada por el contratista no procede al no ser una obligación esencial, pero si considera que la resolución del contrato efectuada por la Entidad resultaría nula debiéndose declarar la resolución parcial del contrato por causal de hecho fortuito y fuerza mayor de conformidad al artículo 44° de la Ley que permite resolver el contrato sin

⁷ La Entidad imputó como razones para resolver el contrato al contratista: a) La diferencia de densidades de campo entregadas por el contratista y de la supervisión, b) El retiro de equipo mecánico de la obra sin autorización de la supervisión y c) La acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la obra.

responsabilidad de ninguna de las partes, como ha ocurrido en el presente caso.

9. En lo relacionado al plazo que corresponde ser otorgado en el requerimiento previo, de acuerdo a lo afirmado por las partes al formular sus pretensiones, habría una tendencia mayoritaria en señalarlo expresamente ya que en once (11) casos (64.71%) ello ha sido manifestado, en cinco (5)⁸ casos (29.41%) no hubo requerimiento por las razones ya mencionadas en párrafos previos, en tanto que en un (1)⁹ caso (5.88%) la parte no hizo precisión alguna sobre el plazo.

Como es de conocimiento el Reglamento establece que el plazo que se debe otorgar necesariamente con el requerimiento previo es de quince (15) días naturales, lo que se habría cumplido en ocho (8)¹⁰ de los casos analizados (66.66% del total de casos con requerimiento previo), de acuerdo a la posición expuesta por las partes.

Asimismo, en dos (2) casos (16.67%) se indicó que se otorgaron cinco (5) días para el cumplimiento de las respectivas obligaciones¹¹, mientras que en los otros dos (2) casos restantes (16.67%) no se precisó el plazo que fue otorgado¹².

10. Sobre el tema del plazo se advierte que en uno (1) de los ocho (8) casos en que se otorgó el plazo legal (laudo 5), el tribunal arbitral indicó de modo general que los aspectos formales del emplazamiento y la resolución quedaron "*satisfechos por el contratista debidamente sin objeción alguna que haya sido registrada en el fallo, lo que nos lleva a concluir que ello constituye una cuestión dilucidada por el Colegiado y vinculante para las partes*", esto es, tomando como cierto lo resuelto en un laudo previo. Es decir, no analizó con detalle el tema del plazo.
11. En cuanto a los requerimientos previos efectuados en doce (12) de los laudos analizados, de acuerdo a lo manifestado por las partes, en ocho (8) casos se efectuaron con el apercibimiento de resolución total (66.66%), en tres (3) casos (25%) no se hizo precisión sobre el tipo de resolución que se aplicaría (parcial o total) ante el incumplimiento, mientras que en un (1) solo caso (8.34%) se precisó el apercibimiento de resolución parcial.
12. En lo que corresponde a las causales que facultan a resolver el contrato sin requerimiento previo, se ha identificado cuatro (4) casos, en tres (3) de los cuales el fundamento fue la "*situación de incumplimiento irreversible*"¹³ lo que implica un porcentaje de 75%, y en uno (1)¹⁴ se utilizó la causal de "*acumulación del máximo de penalidad*" que constituye el 25% restante.
13. Cabe traer a colación que en el caso del laudo 5 se tiene la particularidad de que hubo requerimiento previo invocado por el contratista teniendo como motivo el derecho de uso de vía y el cumplimiento de pago de valorizaciones, en tanto que

⁸ Laudos N° 1, 2, 8, 10 y 14.

⁹ Laudo N° 4.

¹⁰ Laudos 3, 5, 6, 7, 12, 13, 16 y 17.

¹¹ Laudos 9 y 15.

¹² Laudo 4 y 11.

¹³ Laudos 2, 5 y 12

¹⁴ Laudo 1

la Entidad también efectuó el requerimiento -mediante carta notarial¹⁵- para el cumplimiento del contrato y aplicó penalidad a su contraparte, lo que devino posteriormente en la decisión de resolver el contrato por acumulación del máximo de penalidad. Es decir, en el laudo 5, pese a que la Entidad resolvió el contrato basado en una causal que lo eximía de requerimiento previo, llevó a cabo dicho requerimiento por vía notarial¹⁶.

14. Se advierte además que de acuerdo a lo expresado por las partes, en dos casos (laudos 8 y 10) no se efectuó el requerimiento previo pese a que no se configuraba algunos de los supuestos que habilitan la resolución directa del contrato¹⁷.

Esta situación fue valorada al resolverse la controversia en el laudo 8 al señalar el tribunal arbitral que "*la Entidad debió efectuar el requerimiento por conducto notarial al Consorcio a fin de que cumpla con sus obligaciones contractuales, sin embargo de autos no obra documento que se acredite que haya cumplido con la formalidad que establece la norma*". Por tanto, la pretensión del contratista de declarar la nulidad de la Carta Notarial a través de la cual la Entidad resolvió el Contrato de Ejecución de Obra fue declarada fundada.

Por su parte, en el laudo 10 la Entidad resolvió de forma parcial el contrato sin requerimiento previo alegando la existencia de un "*caso fortuito*", circunstancia que no fue cuestionada por el contratista. Al analizar la causal de resolución, el tribunal arbitral señaló que no existió "*caso fortuito*", por lo tanto la Entidad sería la única responsable de la resolución de contrato al no prever en su momento la superposición de dos obras en una misma área geográfica, pero también considera que la resolución carece de efectos jurídicos porque "*el plazo para realizar la constatación física de inventario, (es un) requisito de forma para que dicho documento sea válido*"¹⁸. Considerando lo anterior, la pretensión del contratista sobre dejar sin efecto legal la carta notarial de la Entidad que resolvió de forma parcial el contrato fue declararla fundada.

15. En cuanto a la carta de resolución de contrato luego de cumplido el plazo del requerimiento, las partes han manifestado en catorce (14) casos que éstas se formalizaron vía notarial conforme a las disposiciones del Reglamento (82.35%), en tanto que en dos (2) casos se advierte que las partes no precisaron la forma en que se remitió la carta (11.76%) y en un (1) caso (5.89%) la notificación fue efectuada mediante la intervención de un Juez de Paz¹⁹. Este dato ha sido ratificado por los árbitros al efectuar el análisis correspondiente a dicho criterio.

Cabe acotar que en el caso del Laudo 1, si bien es cierto el diligenciamiento fue formalizado por un Juez de Paz, en el análisis efectuado por el árbitro esta situación no ha sido materia de valoración.

¹⁵ Conforme se advierte de la página 14 del laudo.

¹⁶ Sin embargo, conforme se advierte de la página 17 de Laudo, el tribunal arbitral pone de manifiesto que el laudo emitido en un arbitraje anterior entre las mismas partes se "*resuelve declarar Nula la penalidad impuesta a éste (entiéndase el contratista) mediante la referida Carta Notarial N° 041-2011-INPE/11*".

¹⁷ Es decir, la acumulación del monto máximo de la penalidad o cuando la situación de incumplimiento es irreversible.

¹⁸ Conforme se advierte de la página 48 del laudo.

¹⁹ Laudo N° 1.

16. En cuanto al funcionario que suscribe los documentos que contienen la decisión de resolver el contrato, en trece (13) casos las partes no han precisado a qué persona o funcionario se encargó la emisión de dichos documentos (76.47%) mientras que en los cuatro (4) casos restantes se identificó que fueron suscritos por el contratista²⁰, el Director Ejecutivo²¹, el Jefe de la Oficina de Infraestructura²² y el Gerente Municipal²³ (23.53%).
17. Otra tendencia que se advierte es que en trece (13) de los casos analizados las partes manifestaron que la resolución contractual se realizó con posterioridad al vencimiento del plazo del requerimiento previo otorgado, mientras que en los restantes cuatro (4) casos no se hace precisión al respecto.
18. De otro lado, en lo que corresponde al plazo transcurrido entre el requerimiento previo -efectuado en doce (12) de los laudos- y la resolución del contrato, de acuerdo a lo manifestado por las partes, en nueve (9) casos²⁴ (75%) se produjo luego de cumplido el plazo legal de quince días, en dos (2) casos²⁵ (16.66%) no se precisó nada al respecto y en un (1) caso²⁶ (8.34%) transcurrieron 8 días.

Cabe recordar que en los Laudos 9 y 15 los requerimientos previos fueron otorgados sólo por cinco (5) días, siendo que sólo en el caso del primero de estos la parte alegó que la resolución fue notificada al octavo día, mientras que en el segundo laudo la parte no hizo precisión al respecto.

19. Adicionalmente, de acuerdo a lo indicado por las partes, se advierte que hay una tendencia en el sentido de no señalar el plazo para la constatación física e inventario de la obra, tal como se advierte de diez (10) casos analizados (58.82%). En cuatro (4) de estos²⁷ (23.53%) se ha indicado la fecha de constatación física e inventario, mientras que en los tres (3) casos (17.65%) restantes no ha existido precisión al respecto.

De los cuatros casos antes señalados se tiene que se ha otorgado plazos de uno, cuatro, seis y cinco días previos para llevar a cabo dicha constatación, respectivamente. Es decir, sólo en uno se ha incumplido el plazo mínimo de dos días que debe ser otorgado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 209° del Reglamento.

20. Finalmente, otro criterio analizado es lo concerniente a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento para resolver las controversias planteadas. Así, en quince (15) de los casos analizados los árbitros aplicaron las normas antes aludidas. Sin embargo, en el Laudo 2 se aplicaron el principio de congruencia, Iura Novit Curia, la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Civil, mientras que en el laudo 13 se aplicó la Ley N° 27444.

²⁰ Laudo 3.

²¹ Laudo 6.

²² Laudo 7.

²³ Laudo 10.

²⁴ Laudos 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 16 y 17.

²⁵ Laudos 13 y 15.

²⁶ Laudo 9.

²⁷ Laudos 5, 7, 10 y 18.

Asimismo, se advierte que en tres (3) de los laudos²⁸ analizados los árbitros aplicaron opiniones emitidas por el OSCE (Opiniones N° 28-2010, N° 116-2012 y N° 77-2010).

IV. CONCLUSIONES:

- En más del 80% de los casos es el contratista quien inicia el arbitraje cuestionando la resolución del contrato formulada por la Entidad, siendo además que sólo en tres (3) casos la parte contraria ha planteado reconvencción.
- Existe una tendencia de realizar el requerimiento previo antes de resolver el contrato, tal como se advierte en el 70.59 % de los casos analizados (12 laudos), observándose que de los cinco (5) casos restantes sólo en cuatro (4) correspondía realmente exceptuarse dicho requerimiento por encontrarse la resolución sustentada en alguna de las causales “de excepción” que prevé el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento.
- De las catorce (14) causales de resolución de contrato por incumplimiento invocadas contra el contratista en el requerimiento previo, se ha podido advertir que en cinco (5) casos (35.71%) se imputa la causal de incumplimiento injustificado de obligaciones, en dos (02) la de paralización o reducción injustificada en la ejecución de obligaciones (14.29%), mientras que la causal invocada contra la Entidad sobre cumplimiento de obligaciones esenciales fue planteada en siete (7) casos, lo que representa el 50% de incidencia de dicha causal.
- Hay una tendencia mayoritaria (superior al 60%) a otorgar el plazo de quince (15) días naturales para requerir el cumplimiento de las obligaciones, presentándose únicamente dos casos con plazos inferiores (5 días naturales).
- Las cartas de resolución de contrato cumplen en proporción mayoritaria con el estándar reglamentario de ser emitidas vía notarial, lo cual ha sido expresamente reconocido en catorce (14) de los laudos analizados (82.35%), siendo que sólo en un único caso la parte que resolvió decidió realizarlo mediante la remisión de una carta con el apoyo de un Juez de Paz.
- Existe la tendencia de no señalar el plazo para llevar a cabo la constatación física e inventario de la obra, tal como se advierte en diez (10) de los casos analizados (58.82%).
- En tres (3) casos los árbitros aplicaron las opiniones del OSCE como parte de los fundamentos de las decisiones que adoptaron para resolver la controversia.

²⁸ Laudos 1, 10 y 17.

Dirección de Arbitraje
OSCE