



notifica resolución . Centro de Arbitraje CCPC

11 de Septiembre de 2020 09:30

De: **mesadepartesvirtual ca ccpc**

Para: **Conciliacion y Arbitraje Gobierno Regional Cajamarca**

- demandada res uno.docx.pdf (277,3 KB) [Descargar](#) | [Maletín](#) | [Eliminar](#)
- ESCRITO 3. SOLI...E TRIBUNAL (1).pdf (211,9 KB) [Descargar](#) | [Maletín](#) | [Eliminar](#)
- PDF Res 01 - Re...Gore Cajamarca.pdf (2,2 MB) [Descargar](#) | [Maletín](#) | [Eliminar](#)
- [Descargar todos los archivos adjuntos](#)
- [Eliminar todos los archivos adjuntos](#)

Ref. CASO ARBITRAL 028-2019-CA.CCPC

Estimados señores Procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca:

Los saludo cordialmente y ala vez les notifico la resolución UNO emitida por el Tribunal Arbitral del caso de la referencia.

Atentamente

Dr. Homero A. Salazar Chávez
Secretario Centro de Arbitraje CCPC





CÁMARA DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN
CAJAMARCA

Centro de Arbitraje CCPC

Cajamarca, 14 de setiembre de 2020

Señores:
PROCURADURÍA DE GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA
Notificación Electrónica

Cajamarca.-

Ref.: Proceso Arbitral N° 012-2018-CA.CCPC-CUADERNO PRINCIPAL

De mi consideración:

Me dirijo a Ustedes en atención de la referencia, para poner en vuestro conocimiento el Laudo Arbitral emitido en mayoría por los señores árbitros Víctor Alberto Huamán Rojas y Raúl Ernesto Arroyo Mestanza; así como el VOTO SINGULAR del Laudo del árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna.

Se adjunta laudo en mayoría en mención de **forma virtual de folios 76** y VOTO SINGULAR del Laudo en mención de **forma virtual de folios 20**.

Atentamente,

Abog. Homero Absalón Salazar Chávez
Secretario arbitral Centro de Arbitraje
Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA

ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

Este árbitro procede a analizar las pretensiones Primera y la Cuarta por estar relacionadas entre si.

- I. PRIMERA PRETENSIÓN:** Determinar si es procedente o no, que se sin efecto la "resolución de contrato" declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.
- II. CUARTA PRETENSIÓN:** Determinar si es procedente o no, que se deje sin efecto la penalidad por "mora" ascendente a S/. 895,494.37, aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018.

1. La primera pretensión busca que se deje sin efecto la resolución Directoral Ejecutiva Nro. 020-2018 de fecha 06 de marzo de 2018, notificada mediante carta notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PRORREGION/DE, practicada por la Entidad.
2. A fin de resolver dicha controversia este Colegiado considera conveniente determinar el procedimiento y causal de resolución de Contrato para luego analizar el fondo de la controversia, es decir la resolución de Contrato practicada.
3. Al respecto, el Reglamento sobre la Resolución de Contrato señala lo siguiente:

"Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

135.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea

imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”

"Artículo 177.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible. 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. En esta fecha, las partes y el supervisor o inspector, según corresponda, se reúnen en presencia de notario o juez de paz, y se debe levantar un acta donde se detallan los avances de obra realmente ejecutados, así como realizar el inventario de materiales, insumos, equipamientos o mobiliarios respectivos en el almacén de obra. Si alguna de las partes no se presenta, la otra lleva adelante la constatación e inventario y levanta el acta, documento que tiene pleno efecto legal.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a su liquidación.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignan y se hacen efectivas las penalidades que correspondan.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta reconoce al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectúa la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución.

En caso surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes puede recurrir a los medios de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato queda consentida.”

4. De lo expuesto, se puede determinar que, para la procedencia de la resolución de contrato planteado por la Entidad, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 32 y 36 de la Ley, y los artículos 135º, 136º y 177º de su Reglamento.
5. En relación a ello, de los artículos mencionados de la Ley y su Reglamento, se desprende que 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.
6. Ahora bien, el demandante sustenta su pretensión señalando lo siguiente:

- El Consorcio señaló que requirió notarialmente la Entidad el 2 de febrero de 2018 para que cumpla con sus obligaciones bajo procedimiento resolución de contrato, procediendo resolver el mismo mediante carta 23-2018 de fecha 21 de febrero de 2018.
 - Según el Consorcio, correspondía que la Entidad inicie un procedimiento de conciliación arbitraje en caso no estar de acuerdo con la resolución practicada por el ahora demandante.
 - Asimismo, el Consorcio señala que la Entidad procedió de manera ilegal a resolver el contrato mediante carta notarial 009-2018 de fecha 6 de marzo de 2018, 14 días después de la resolución practicada por el demandante.
 - A decir de la demandante el contrato había quedado extinguido luego de practicar la resolución de contrato. Señale el Consorcio que la Entidad sin ningún respeto por la norma de contrataciones y principio de legalidad ejecutó una segunda resolución contractual.
 - A decir del Consorcio la resolución de contrato practicada por la Entidad es ineficaz pues es un imposible jurídico debido que no se puede resolver lo que ya no existe. Señala el Consorcio que esta situación irregular por parte de la Entidad que desconoce la resolución de contrato primigenia resulta un abuso de autoridad o agravio a dicha parte, Y del mismo modo indica el Consorcio que dejar sin efecto un contrato no tiene eficacia sólo cuando lo realiza una institución estatal, sino también cuando lo ejecuta un contratista.
 - En ese sentido, el Consorcio indica que no tiene ninguna obligación de impugnar o cuestionar la resolución de contrato practicada por la Entidad notificada el 6 de marzo de 2018, debido a que su contenido es nulo y antijurídico ya que cuando fue notificada en realidad en contrato ya no tenía vigencia porque fue resuelto el 21 de febrero.
 - Al respecto el Consorcio cita la resolución Nro. 1375-2018-PS-S4 emitida por el tribunal del OSCE, así como también la opinión Nro. 86-2018 del OSCE.
7. En tal sentido, se advierte que ambas partes han resuelto el Contrato; consecuentemente, corresponde, previo a analizar el fondo de la resolución practicada por la Entidad, analizar si resulta ilegal o contrario a derecho resolver un contrato que previamente fue resuelto por la parte contraria; ello porque que el contratista sostiene que la resolución practicada por la Entidad resulta ser un "imposible jurídico" debido a que no pueden resolver lo que no existe, ya que el contrato fue resuelto primigeniamente por dicha parte.
8. Al respecto, la opinión OSCE N° 086-2018/DTN señala:

2.2 "Una vez resuelto el contrato total por parte del contratista. ¿La Entidad, posteriormente también puede resolver el mismo contrato? ¿Cuál sería la norma que ampara tal decisión?" (Sic).

2.2.1 Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, si alguna de las partes del contrato falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerirla dentro del plazo legal establecido, a través de una carta notarial, bajo apercibimiento de resolver el contrato. En caso la parte requerida persista en su incumplimiento, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste tal decisión. De esta manera, el contrato quedará resuelto de pleno derecho una vez que se efectúe la recepción de la referida comunicación.

Como puede evidenciarse, la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas.

Sobre este punto, es preciso citar a De La Puente Y Lavalle, quien menciona lo siguiente: "(...) la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones." (El subrayado es agregado).

Por su parte, García de Enterría señala que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El subrayado es agregado).

En virtud de lo expuesto, puede colegirse que si una de las partes (Entidad o contratista) resuelve debidamente un contrato -es decir, siguiendo el procedimiento y cumpliendo los requisitos y formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado- no cabría la posibilidad de que su contraparte efectuara una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica ya se encontraría extinta.

9. La Opinión OSCE antes indicada ha sido citada por el propio contratista en su escrito de demanda; así, se colige que para la Dirección Técnico Normativa del OSCE la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde

aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas; sin embargo, el Contratista omite el párrafo final de la citada Opinión OSCE (resaltado y subrayado en negritas) que indica que la resolución puede ser sometida a arbitraje, incluso la resolución practicada de manera posterior.

10. Por tanto, NO correspondía, necesariamente, que la Entidad inicie un procedimiento de conciliación o arbitraje en caso no estar de acuerdo con la resolución practicada por el Consorcio; puesto que, la Ley lo faculta a la posibilidad resolver el Contrato, esto último considerando que no existe impedimento en la norma aplicable para resolver un contrato que ha sido resuelto anteriormente. Consecuentemente, dicho procedimiento no resulta ilegal más aun cuando el plazo de caducidad aún no ha sido aplicado.
11. En tal sentido, efectivamente aquella resolución de contrato que cumpla con todos los requisitos tanto de forma y fondo será válida aún cuando exista una resolución de contrato practicada por su contraparte de manera anterior o posterior (según sea el caso particular); es decir, que cuando ambas partes hayan resuelto el contrato resultará ser válida aquella resolución cumpla con lo establecido normativamente.
12. En el presente proceso arbitral tenemos las siguientes resoluciones de contrato:
 - Carta N° 23-2018, resolución de contrato practicada por el Consorcio con fecha **21 de febrero de 2018**.
 - Resolución Directoral Ejecutiva Nro. 020-2018 de fecha **06 de marzo de 2018**, notificada mediante Carta notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PRORREGION/DE.
13. Ahora bien, en este punto debe dejarse expresa constancia que este Colegiado no puede pronunciarse sobre la validez o no de la resolución practicada por la Contratista, puesto que no es parte de las controversias sometidas a conocimiento del Colegiado, es decir que en caso el Colegiado se pronuncie caería en un laudo extra petita, siendo pasible de anulación de laudo por cualquiera de las partes.
14. Por tanto, este Colegiado corresponde analizar única y exclusivamente si corresponde dejar sin efecto la Resolución de Contrato practicada por la Entidad, es decir la resolución de contrato posterior a la efectuada por la Contratista, contenida en la Resolución Directoral Ejecutiva Nro. 020-2018 de fecha 06 de marzo de 2018, notificada mediante Carta notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PRORREGION/DE.
15. La Resolución Directoral Ejecutiva Nro. 020-2018 de fecha 06 de marzo de 2018, notificada mediante Carta notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PRORREGION/DE, resuelve lo siguiente:

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- RESOLVER DE FORMA TOTAL, el Contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION, derivado de la Licitación Pública N° 003-2016-GR.CAJ/PROREGION, suscrito entre PROREGION y el Consorcio Saneamiento Bambamarca para la ejecución de la obra: *"Ejecución de metas reducidas del proyecto: Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado, tratamiento y disposición de excretas de Bambamarca, Hualgayoc – Código SNIP N° 49546 meta integrante del proyecto de Inversión Pública: Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Bambamarca"*, por causas imputables al Contratista, por la configuración de las causales de resolución de contrato establecidas en los numerales 1) y 2) del artículo 135º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, incumplimiento de obligaciones contractuales y acumulación del

monto máximo de penalidad por mora, de conformidad con los considerandos expuestos en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER, que el Acto de Constatación Física e Inventario de Obra, se efectúe el 09 de marzo del 2018, a horas 10:00 am en la obra: *"Ejecución de metas reducidas del proyecto: Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado, tratamiento y disposición de excretas de Bambamarca, Hualgayoc – Código SNIP N° 49546 meta integrante del proyecto de Inversión Pública: Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Bambamarca"*, teniendo en cuenta dicho plazo, para efectos de notificación al Contratista con la presente resolución, quedando debidamente citado para la realización de dicho acto.

ARTÍCULO TERCERO.- DISPONER, que una vez consentida la presente resolución del contrato se ejecute la garantía de fiel cumplimiento, así como se comunique al OSCE el incumplimiento del Contratista, para la aplicación de la sanción correspondiente.

ARTÍCULO CUARTO.- NOTIFICAR la presente Resolución a la Unidad de Ingeniería, al Supervisor de Obra, a la Oficina de Administración, al Consorcio Saneamiento Bambamarca, para su cumplimiento y demás fines conforme a Ley.

16. Como se puede apreciar La Entidad resuelve el contrato en base al numeral 1) y 2) del artículo 135 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado bajo las causales de: (i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; y (ii) haber 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.

17. La Entidad sustenta su resolución de contrato en base a lo siguiente:

- Luego de la suspensión del plazo el término final del plazo de ejecución de obra fue el nueve diciembre del 2017; de esa manera a través de la ciento 474 el residente solicita la recepción de la obra; sin embargo, en el asiento 475 en supervisor con fecha 13 de diciembre de 2017 señala que ha constatado en incumplimiento en la ejecución de la obra en el plazo establecido faltando partidas por ejecutar tanto el expediente contractual como los expedientes técnicos adicionales Nro. 02 y 04.
- Mediante Carta notarial N° 002-2018-GR.CAJ/PRORREGION/DE el director ejecutivo de Proregión emite pronunciamiento hurgando un plazo de 15 días para que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales en referencia a:

- En la localidad de Arascorgue en la progresiva 0+400 (expediente técnico) no se construido la válvula de purga tanto para la tubería de 160 mm como para la tubería de 90 mm que según el expediente técnico debería ubicarse en esta progresiva (0+300 en el plano de replanteo).
- En la localidad de Arascorgue en la pileta N° 01 no llega el fluido (agua). La pileta no presenta el grifo y se encuentra socavada en su pared con la exposición del acero.
- En la localidad de Arascorgue la beneficiaria Victoria Vásquez, no cuenta con la conexión domiciliaria solo con la caja de medidor.
- En la localidad de Arascorgue en la pileta N° 02; no existe el grifo.
- La caja de la Válvula de Purga N° 02; ubicada en la progresiva 0+540 (plano de replanteo), se encuentre sin la tapa y la válvula de purga de 90mm se encuentra deteriorada.
- Pileta ubicada en la localidad de Shigua en la progresiva 1+300, no cuenta con el grifo y no existe abastecimiento de agua.
- Pileta ubicada en la localidad de Shigua en la progresiva 2+520, se encuentra inconclusa, no tiene grifo, no está pintada, tubería sin acabar, no existe abastecimiento de agua.
- En los reservorios de las 06 localidades: Arascorgue, Bellavista, Shigua, Singal, Mayhuasi y Agomarca rural no se instalaron los hipocloradores, indispensables para el tratamiento del agua.
- En la localidad de Singal el beneficiario Luis Alberto Huamanta Chávez, no cuenta con la conexión domiciliaria solo con la caja de medidor.

- En las redes de distribución con la finalidad de extraer el aire de las tuberías, se ha dejado válvulas al descubierto sin ninguna caja de protección.
- Se ha constatado que no existe las escaleras en las cajas de válvulas de aire y de purga en las localidades de Mayhuasi y Arascorge.
- Las válvulas de aire en la tubería de 90 mm de la línea de conducción no ha sido culminada su instalación.
- Existen tapas y buzones en las válvulas de aire y purga que no se encuentran pintadas.
- Existen fugas de agua en las cajas de control, ocasionando en algunos lugares inundaciones.
- En el Adicional de Obra N° 02 no se cumplió con los Metrados totales para la partida correspondiente a juntas en la reposición de pavimentos, solo se ejecutó 39.60m. faltando culminar las 381.40 ml. restante.
- Se evidencia la no presencia del contratista, ni residente, ni personal obrero ni técnico; por lo tanto no se tiene acceso al cuaderno de obra. La última anotación que permitió la residencia a la supervisión fue efectuada con aslento N° 475 el día 13/12/2017.

- Así, en la referida Carta notarial N° 002-2018-GR.CAJ/PRORREGION/DE se indicó que se procedería a resolver el contrato en caso de incumplimiento de los requerimientos efectuados.

- Con fecha 2 de marzo de 2018 el supervisor de obra mediante N° 022-2018-GR-CAJ//PRORREGION/UI/MBR realiza una inspección física señalando el incumplimiento de parte del contratista, lo cual fue comunicado a dicha parte.

- Con fecha 5 de marzo de 2018, a través del Oficio N° 179-2018-GR-CAJ//PRORREGION/UI el jefe de la unidad de ingeniería remite el informe técnico señalando los días de retraso en los que ha incurrido el contratista en la culminación de la ejecución de la obra; a dicho retraso de 75 días calendario la Entidad aplica la penalidad correspondiente entiendo se que se alcanzado el monto máximo de penalidad por lo que quedó expedito el derecho de la Entidad de resolver el contrato conforme lo señalado en el numeral dos del artículo 135 del RLCE.

75 días de retraso

18. Que de una revisión del expediente y los medios probatorios aportados por ambas partes se advierte lo siguiente:

Que efectivamente a través de los asientos del cuaderno de obra 473 y 474 el residente de obra señala la culminación de todos los trabajos de las diferentes partidas que contemplan el expediente técnico y algunas partidas modificadas por el proyectista y el supervisor, solicitando en tal sentido la obra. Anexo 2-I de la demanda.

ASIENTO N.º 473 DEL RESIDENTE 07-12-2017.
SE REINICIARON LOS TRABAJOS EN LAS DIFERENTES LOCALIDADES DONDE SE EJECUTA EL PROYECTO, COMO SON CONSTRUCCIÓN DE DADOS DE CONCRETO, ELOCACION DE CABLE TDD FOM, DADOS DE CONCRETO ADICIONALES PARA LOGRAR ESTABILIDAD DE LAS TUBERIAS HDPE ϕ 100mm y ϕ 90mm, SUMINISTRO E INSTALACION DE DICHAS TUBERIAS, ELOCACION DE ANEUROS, PERAZA ENRS DE 2'x2" x 3/16, PINTURA EN ELEMENTOS DE SUJECION Y SVIAS METALICAS.


CONSORCIO SANJUANITO HUANABAMARCA
Ing. Pedro T. Torres Trigos
CIP 44487

ASIENTO N.º 474 DEL RESIDENTE 09-12-2017
SE INFORMA AL SUPERVISOR QUE HASTA LA FECHA DE HOY SE HAN CULMINADO CON TODOS LOS TRABAJOS DE LAS DIFERENTES PARTIDAS QUE CONTEMPLA EL EXPEDIENTE TECNICO Y ALGUNAS PARTIDAS MODIFICADAS POR EL PROYECTISTA Y EL SUPERVISOR, POR LO QUE SOLICITO AL SUPERVISOR, INFORMAR A LA ENTIDAD PARA REALIZAR LA ENTREGA Y LA RECEPCION DE LA OBRA, TENIENDO EN CONSIDERACION SI HUBIERA ALGUNAS OBSERVACIONES, COMUNICAR PAREN LEVANTAR OPORTUNAMENTE.

CONSORCIO SANJUANITO HUANABAMARCA
Ing. Pedro T. Torres Trigos
CIP 44487

- A través de los Asiento 475 del cuaderno de obra el supervisor deja constancia que ha verificado que la obra se encuentra inconclusa, señalando además que algunas partidas se encuentran modificadas. Anexo 2-J de la demanda.

Asiento N° 475 Del Supervisor 13/12/2017
En atención a lo manifestado por la residencia en el
asiento N° 474, esta Supervisión ha recorrido las
diferentes localidades donde se ejecuta la obra
desde la captación en la localidad de Bellavista
hasta la entrega de la línea de conducción en el
Reservorio P-4 de la ciudad de Bambamarca se
ha constatado el incumplimiento en la ejecución de
la obra en el plazo establecido, faltando partidas
por ejecutar tanto del expediente Contractual como
de los expedientes Técnicos de los Adicionales N°
02 y Adicional N° 04, así mismo se ha verificado
que algunas partidas han sido modificadas, según
criterio de la residencia, es decir sin aprobación
de esta Supervisión ni del proyectista, no respetando
lo establecido en el expediente Técnico. Por lo
tanto la residencia una vez más, como ha sucedido
a lo largo de la ejecución de la obra, trata de sorprender
a esta Supervisión con aserciones y solicitudes
en sus asuntos fuera de la realidad. Concluyendo:
NO SE ENCUENTRAN CONCLUIDAS LOS TRABAJOS, y de
acuerdo al artículo N° 178 "Recepción de la obra y plazos
del R.L.C. se proceden a imponer a la Entidad
así mismo de acuerdo a la normatividad vigente ven-
cido el plazo de ejecución, sin haber culminado la ejecución
de la obra, se deberá aplicar las penalidades, correspondientes
por mora.


[Firma]
ING. ELLY LAISES MANAYALLE MORA
INGENIERO CIVIL
CIP. 70362

- Asimismo, a través del informe Nro. 098-2017 Anexo 2-K de la demanda, deja constancia que ha verificado que la obra se encuentra inconclusa anexando el panel fotográfico.
19. En relación a ello, el consorcio, a través de la carta Nro. 006-2018-JHMA/GG-CSB Anexo 2-L de la demanda, sostiene que se ha cumplido con el 100% de las prestaciones del contrato indicando que el supervisor falta la verdad y que dicho profesional ha realizado anotaciones antojadizas e imprecisas, refiriendo que las prestaciones no se encuentran terminadas.

SANEAMIENTO BAMBAMARCA

CARTA N° 006-2018-JHMA/GG-CSB

Lic. César Alberto Flores Berrios
Director Ejecutivo - PROREGION

U.E. DE PROGRAMAS REGIONALES - PROREGION
RECIBIDO
24 ENE. 2018
Nro. 3: OS P. R. Fechas: 03
Reg. Firma:

Cajamarca, 23 de Enero del 2018

NOTARIA LINDA RIVERA SÁNCHEZ
CAJAMARCA
24 ENE. 2018
RECEPCION

Asunto : El que se Indica
Referencia : Contrato de obra N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION,
LP N° 003-2016-GR.CAJ/PROREGION

OBRA: "Mejoramiento y Ampliación de Los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado, Tratamiento y Disposición de Excretas de Bambamarca, Hualgayoc" - Código SNIP N° 49546 Meta Integrante Del Proyecto De Inversión Pública: "Mejoramiento y Ampliación De Los Sistemas de Agua Potable Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de La Ciudad de Bambamarca".

De mi especial consideración:

Mediante la presente, que le será notificada notarialmente, reciba mi cordial saludo; asimismo, le informo que mi representada ha cumplido con el 100% de las prestaciones a su cargo objeto del Contrato de la referencia, motivo por el cual, el 09 de diciembre del año 2017, solicitamos al Supervisor informase a la Entidad la culminación de los trabajos para la entrega y recepción de la obra, conforme se aprecia en el Asiento N° 474 DEL RESIDENTE, del Cuaderno de obra que se adjunta a esta misiva.

Sin embargo, el Supervisor, contrariamente a lo solicitado, FALTANDO A LA VERDAD DE LOS HECHOS, en su último asiento, ASIENTO N° 475 DEL SUPERVISOR, ha realizado anotaciones antojadizas e imprecisas, refiriendo que las prestaciones no se encuentran totalmente terminadas, sin especificar y dar detalle sobre estos supuestos incumplimientos como correspondía ante dicha aseveración, limitándose a señalar de manera general, que faltan partidas por ejecutar e incluso que "algunas" han sido modificadas, según criterio de la Residencia, afirmaciones falsas que no hacen más que evidenciar su proceder completamente ilegal, obstruccionista y abusivo, que nos causa un perjuicio moral y económico, por lo que nos reservamos el derecho de iniciar las acciones legales, penas e indemnizatorias que correspondan contra este profesional.

Que, por las razones antes señaladas, teniendo en consideración que quien conforma el Comité de recepción es la Entidad, es que acudimos ante su digno despacho, para SOLICITARLE que exhorte al Supervisor a actuar con la verdad y a proceder como corresponde y que su despacho DISPONGA la Conformación del Comité de recepción, a fin de que sea éste quien directamente verifique que mi representada ha cumplido con todas las prestaciones a su cargo, no quedando más que la recepción de la obra por parte de la Entidad.

Sin otro particular y, teniendo la plena convicción de que su despacho accederá a la brevedad posible a lo solicitado por ser justo, me despido de Ud.

Atentamente,

CONSORCIO SANEAMIENTO
BAMBAMARCA
Ing. Jorge H. Meléndez Aguilár
EL REPRESENTANTE COMÚN

DOCUMENTO NO REDACTADO
/5 EN ESTA NOTARIA

EL NOTARIO NO ASUME RESPONSABILIDAD
SOBRE EL CONTENIDO DE LA CARTA, NI DE
LA FIDELIDAD, LEGITIMIDAD, CAPACIDAD REPRESENTACION
DEL REMITENTE (ART. 1403 DEL D.L. N° 1749)

20. Al respecto este colegiado advierte que a través del informe Nro. 022-2018-GR.CAJ-PROREGION/UI/MBR de fecha 2 de marzo de 2019 (Anexo 1-G de escrito de contestación de fecha 13 de marzo de 2019) el supervisor indica expresamente, en base a una inspección física, el incumplimiento de la ejecución de la obra.
21. A decir de este colegiado, la Entidad acredita de manera técnica y expresa el incumplimiento en la ejecución de la obra por parte del contratista, conforme lo señalado en el informe Nro. 022-2018-GR.CAJ-PROREGION/UI/MBR de fecha 2 de marzo de 2019; constituyendo dichos incumplimientos un incumplimiento de contrato y determinando que no se concluyó la obra

dentro del plazo establecido, en tal sentido corresponde (conforme faculta la normativa pertinente) aplicar la penalidad.

22. En este punto, cabe señalar que el contratista señala que las observaciones planteadas debieron ser determinadas y posteriormente levantadas luego de la recepción de la obra; sin embargo, para este colegiado es claro que la ley y reglamento de contrataciones del Estado establece la no procedencia de la recepción de obra cuando existen partidas no concluidas.
23. Así pues, este colegiado verifica que existe un retraso en la entrega de la obra, no atribuible a la Entidad puesto que conforme se acredita en el asiento 475 del supervisor en el cuaderno de obra, al 9 de diciembre de 2017, quedaban pendientes la ejecución de las actividades constructivas indicadas en el informe Nro. 022-2018-GR.CAJ-PROREGION/UI/MBR de fecha 2 de marzo de 2019, (Anexo 1-G de escrito de contestación de fecha 13 de marzo de 2019) antes citado.
24. En tal sentido, se declara INFUNDADO el primer punto controvertido, en tal sentido, no corresponde dejar sin efecto la "resolución de contrato" declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.
25. Declárese INFUNDADO el cuarto punto controvertido; en tal sentido, no corresponde dejar sin efecto la penalidad por "mora" ascendente a S/. 895,494.37, aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018. } ojo

III. SEGUNDA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de la Valorización de Obra N° 15 por la suma de S/. 835,016.60, más los intereses devengados.

26. En relación a la valorización Nro. 15, el Consorcio señala que presentó su valorización el 8 de enero de 2018, a la supervisión siendo que conforme el artículo 166 del reglamento el plazo máximo para la aprobación por el supervisor y su emisión a la Entidad es de cinco días siendo el plazo máximo para su aprobación el 15 de enero de 2018, según el Contratista, y el pago debía realizarse como máximo el 31 de enero de 2018.
27. Así mismo el Consorcio señala que la Entidad del supervisor no ha planteado ningún desacuerdo respecto de dicha valorización, el Consorcio señala que tanto la Entidad como el supervisor han manifestado expresamente que les corresponde el pago, en tal sentido se encuentra aprobada.
28. Sin embargo, la Entidad señala que si bien es cierto el Contratista presentó su valorización 15, el supervisor indica que los metrados presentados no corresponden a lo ejecutado en obra siendo el recalculado la suma de S/ 36,946.18 conforme el avance físico de los metrados realmente ejecutados.

29. Al respecto, el art. 166 y 168 del RLCE señalan:

Artículo 166.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplica por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra. Los metrados de obra ejecutados se formulan y valorizan conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, este la efectúa. El inspector o supervisor debe revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización. El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y es cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a periodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases deben establecer el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo. A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales efectivos, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil.

Artículo 168.- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados

Si surgieran discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la Entidad, según sea el caso, estas se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. Si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, la parte interesada puede someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje, o a la Junta

de Resolución de Disputas, según corresponda; dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de la discrepancia. El inicio del respectivo medio de solución de controversias no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

30. Efectivamente este colegiado advierte que la Entidad no presentó o puso en conocimiento del Contratista algún cuestionamiento a la Valorización No. 15, sin embargo, en el presente arbitraje siendo una de las cuestiones controvertidas por el demandante el pago de dicha valorización, la Entidad al momento de contestar la demanda, cuestiona de manera expresa la Valorización No. 15 presentada por el Contratista.
31. En tal sentido, estando al artículo 168 del RLCE aplicable al presente contrato, habiendo surgido una discrepancia de la formulación de los metrados, y considerando además que no existe aprobación formal de parte de la Entidad en relación a dicha valorización; este colegiado considera conveniente declarar **IMPROCEDENTE** el segundo punto controvertido, dejando a salvo el derecho a la parte a solicitar el pago correspondiente en el momento oportuno, es decir a través de la liquidación de contrato conforme señala expresamente el artículo 168 antes citado.

IV. TERCERA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de "Mayores Gastos Generales" respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 aprobadas por la Entidad, que asciende a S/. 439,100.02.

32. En relación a este punto controvertido el contratista solicita el pago de los mayores gastos generales por las ampliaciones de plazo solicitadas; al respecto señala que el artículo 34 de la ley y artículo 172 del reglamento señalan que debe reconocerse los gastos incurridos por el Contratista, y una vez que se haya aprobado la ampliación de plazo se fórmula una valorización de costos y gastos generales variables para su pago.
33. Por su parte, la Entidad señala que mediante Acta de Conciliación Nro. 24-2017/C.C.E.L.K del Expediente Nro. 25-2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, las partes suscribieron el acuerdo parcial, señalando en el segundo acuerdo del acta correspondiente la renuncia al cobro de mayores gastos generales variables por parte del Consorcio.
34. Al respecto, el acuerdo contenido en el Acta de Conciliación Nro. 24-2017/C.C.E.L.K del Expediente Nro. 25-2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, señala lo siguiente:



CENTRO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL
"LA LUZ DE KATEQUIL"

AUTORIZADO MEDIANTE RESOLUCIÓN DIRECTORAL N 834-2016-JUS/DGDP-DCMA



3:

0343

ACUERDO CONCILIATORIO PARCIAL:

Considerando los hechos señalados por las partes, se conviene en celebrar un Acuerdo Parcial en lo siguiente puntos:

PRIMERO: Que, las partes conciliantes acuerdan, otorgar a la CONTRATISTA Consorcio Saneamiento Bambamarca 30 días calendarios para la ejecución de la obra: "Ejecución de metas reducidas del proyecto mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado, tratamiento de disposición de excretas de Bambamarca, Hualgayoc" código SNIP N° 49546 meta integrante del proyecto de inversión pública "Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Bambamarca", como consecuencia de la Ampliación de Plazo Parcial N° 09 plazo que es computado desde el 06.09.2017 al 05.10.2017 teniendo como nueva fecha para la culminación de la ejecución de obra el 05 de octubre de 2017.

SEGUNDO: Que, las partes conciliantes acuerdan: Que la CONTRATISTA Consorcio Saneamiento Bambamarca RENUNCIA al cobro de los mayores gastos generales variables generados como consecuencia de las ampliaciones de plazo N° 04 por 30 días calendarios aprobado mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 171-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE. N° 05 por 20 días calendarios, aprobado mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 187-2017- GR.CAJ/PROREGION/DE, N° 06 por 20 días calendarios, aprobado mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 213-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE., así mismo renuncia a dicho concepto (mayores gastos generales variables), por los 30 días calendarios otorgados como consecuencia de la ampliación de plazo parcial N° 09, con la finalidad de no generar ningún perjuicio económico a la entidad.

TERCERO: Que, las partes conciliantes manifiestan que, los acuerdos contenidos en la presente acta surtirán efecto a partir de la firma de la presente acta conciliatoria.

CUARTO: Que, las partes de mutuo acuerdo manifiestan que, en caso de incumplimiento de los acuerdos adoptados, la parte afectada procederá conforme a ley.

VERIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS:

En este Acto el Doctor Marco Antonio Allaga Aliaga, con Registro del I.C.A.C. N° 907, abogado de este Centro de Conciliación procedió a verificar la legalidad de los Acuerdos adoptados por las partes conciliantes, dejándose expresa constancia que las partes conocen, que de conformidad con el artículo 18º de la Ley de Conciliación N° 26872, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1070, concordado con el artículo 688º Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Decreto Legislativo N° 768, modificado por el Decreto Legislativo N° 1069, el Acta de este acuerdo conciliatorio constituye Título Ejecutivo.

CENTRO DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL "LA LUZ DE KATEQUIL"
Allaga Aliaga Marco Antonio
DIRECTOR

Marco Antonio Allaga Aliaga
Abogado de este Centro de Conciliación
Registro del I.C.A.C. N° 907

35. Al respecto, se debe indicar que la norma aplicable es clara en cuanto al reconocimiento de los mayores gastos generales, conforme señala el contratista sobre el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
36. Sin embargo, en la Opinión N° 027-2015/DTN, Opinión N° 014-2014/DTN y Opinión N°082-2014/DTN se establece que los mayores gastos generales corresponden a un derecho reconocido a favor del contratista, en virtud de la norma establecida el Reglamento. Asimismo, se señala que los mayores gastos generales no representan una utilidad o ganancia para el contratista, sino que tiene por finalidad mantener el equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, puesto que, en tanto gastos del presupuesto de obra, el contratista tendrá que hacer los desembolsos respectivos.

37. Así pues, conforme dichas opiniones estamos frente a un supuesto de renuncia de mayores gastos generales únicamente cuando:

De conformidad con lo expuesto, debe señalarse que, cuando se aprueba una ampliación del plazo de ejecución de una obra, surge en la Entidad la obligación de pagar los mayores gastos generales variables al contratista y, en consecuencia, un derecho de crédito en este de cobrarle los mayores gastos generales variables derivados del incremento del plazo de ejecución de la obra.

Al respecto, debe precisarse que el pago de los mayores gastos generales tiene por objeto reconocer los mayores costos indirectos que asume el contratista como consecuencia del incremento del plazo de ejecución de la obra por causas ajenas a su voluntad, evitándose, de esta manera, la afectación del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, en aplicación de lo dispuesto por el Principio de Equidad, el mismo que establece que "Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)." (El subrayado es agregado).

*Sin perjuicio de ello, toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales variables originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista (y, en consecuencia, de su libre disposición), este podría renunciar al mismo **una vez aprobada la ampliación del plazo**; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.*

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción o algún vicio al manifestar su voluntad, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables derivados de la aprobación de una ampliación del plazo de ejecución de obra.

En este orden de ideas, aun cuando la Entidad está obligada a pagar al contratista los mayores gastos generales variables al aprobarse una ampliación del plazo de ejecución de una obra, el contratista podría renunciar a este derecho con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, pues constituye un derecho patrimonial de libre disposición.

Finalmente, es importante precisar que establecer que la renuncia a los mayores gastos generales variables debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo tiene por finalidad: (i) permitir que el contratista calcule el monto de gastos generales que serán objeto de renuncia –pues los mismos solo pueden valorarse una vez aprobada la ampliación del plazo– y (ii) asegurarse que el contratista renuncie a los gastos generales de manera libre y voluntaria, sin la intervención de agentes externos que influyan en su decisión.

En consecuencia, no es posible que el contratista renuncie a los mayores gastos generales variables con anterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina.

CONCLUSIÓN

En tanto constituyen un derecho de crédito de libre disposición, el contratista puede renunciar a los mayores gastos generales variables; no obstante, para que dicha renuncia sea procedente debe realizarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación del plazo que los origina, con la finalidad de asegurar que dicha renuncia sea libre y voluntaria.

38. En el presente caso conforme se puede apreciar del anexo 2Q de la demanda presentada por el Consorcio se advierte que las valorizaciones por las cuales se solicita mayores gastos generales fueron otorgadas antes de la suscripción del Acta Nro. 24-2017/C.C.E.L.K del Expediente Nro. 25-2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, razón por la cual dicha renuncia es libre y voluntaria; consecuentemente, no corresponde amparar dicha pretensión por cuanto la propia contratista ha renunciado al pago de los gastos generales.

39. Por otro lado, en cuanto a los Mayores Gastos Generales Variables correspondientes a las Ampliaciones de Plazo No. 8 y 10 tampoco se han acreditado debidamente conforme lo establece la norma de contratación pública, por lo que su otorgamiento debe de desestimarse.

40. Por lo expuesto, este colegio declara **INFUNDADO** el tercer punto controvertido; en tal sentido, no es procedente ni corresponde ordenar el pago de "Mayores Gastos Generales" respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 aprobadas por la Entidad, que asciende a S/ 439,100.02.

V. QUINTA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de S/. 214,719.49 por concepto de "Valorización de mayores metrados".

41. El Consorcio solicita el pago de mayores metrados correspondientes a la partida de excavación de roca derivada de los mayores letrados del adicional Nro. 01, es decir que cuando ya se había creado la partida de excavación en roca en el adicional Nro. 01 se encontró, en la obra, nuevamente roca.

42. Al respecto, este Colegiado debe indicar que el contrato se ha suscrito bajo el sistema de precios unitarios,

43. Conforme la normativa aplicable el sistema de precios unitarios es:

*"A precios unitarios, aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, **cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las***

cantidades o magnitudes requeridas. En el caso de bienes, servicios en general y consultorías, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios en función de las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección y que se valorizan en relación a su ejecución real, durante un determinado plazo de ejecución. En el caso de obras, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución."

44. Al respecto, tal como señala la Entidad, en el anexo de definiciones del RLCE se señala:

"Mayor metrado: Es el incremento del metrado previsto en el presupuesto de obra de una determinada partida y que no provenga de una modificación del expediente técnico. **El mayor metrado en contrato de obras a precios unitarios no constituye una modificación del expediente técnico.**"

45. Conforme se puede apreciar, de acuerdo al reglamento en los contratos de obras a precios unitarios los mayores metrados constituyen una modificación al expediente; siendo que en cualquier modificación al expediente debe ser debidamente aprobada por la Entidad conforme la normativa de contratación pública.

46. En esa línea, al no existir aprobación por parte de la Entidad en relación a la ejecución de mayores trabajos o metrados, no corresponde amparar lo solicitado.

47. Sin perjuicio de ello, el Contratista señala en su demanda que el residente de obra manifestó en varios de los asientos del cuaderno de obra la ejecución de mayores metrados lo cual el supervisor nunca se pronunció sobre ello, ni tampoco lo negó, es por ello que se presentó la valorización de metrados del 6 de julio de 2017 mediante carta 29-2017-JHMA/GG-CSB. Al respecto, este colegiado de una revisión de los medios probatorios que obran en el expediente advierte que el Contratista demandante no ha presentado los supuestos asientos del cuaderno de obra donde constaría las anotaciones de los mayores metrados.

48. En tal sentido, se advierte que no corresponde amparar la presente pretensión, por lo que se declara INFUNDADO el quinto punto controvertido; consecuentemente no es procedente ordenar el pago de S/ 214,719.49 por concepto de "Valorización de mayores metrados".

SEXTA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se ordene la devolución de la Carta Fianza.

SEPTIMA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de los gastos financieros asumidos por la renovación de las Cartas Fianzas.

NOVENA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se declare el Pago por Daños y Perjuicios por el monto ascendente a S/. 140,000.00

DECIMA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, que se declare el monto de la INDEMNIZACION presentada por la demanda por la suma de S/. 1'174,594.81, correspondiente al daño emergente y el lucro cesante, causados por la falta de pago de la Valorización N° 15 ascendente a S/. 835,016.60, así como por la ejecución ilegal de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por una cantidad de S/. 673,673.44.

DECIMA PRIMERA PRETENSIÓN: Determinar si es procedente o no, la pretensión accesorio N° 04 de Indemnización formulada en la demanda por S/. 140,000.00, suma que corresponde al "Daño No Patrimonial", y que fue admitida mediante Resolución N° 03.

Este árbitro procede a analizar las pretensiones Sexta, Septima, Novena, Décima y Décima Primera por estar relacionadas entre si.

49. En relación a las pretensiones accesorias, es decir, que siguen la suerte de la pretensión principal se procederá con el análisis de la subordinada, en ese sentido el artículo 87° del Código Procesal Civil señala:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es **accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.**" (El resaltado y subrayado es nuestro)

50. Cabe precisar que estamos ante puntos controvertidos que corresponden a pretensiones accesorias, es decir que al ampararse la principal corresponde ampararse también la accesorio; sin embargo, al no haberse amparado las pretensiones, corresponde declarar infundadas las pretensiones accesorias formuladas por el Consorcio.
51. De otro lado, no corresponde ordenar la devolución de las cartas fianza en favor de la parte demandante por cuanto las garantías deben mantener su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.
52. Sin perjuicio de ello, se debe señalar que los gastos financieros por la renovación de la carta fianza corresponden al Contratista hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato, conforme señala el reglamento, siendo que no se han cumplido las condiciones establecidas no corresponde otorgar los gastos financieros solicitados.

53. En cuanto a las indemnizaciones solicitadas por la Contratista, adicionalmente indicar que no se han acreditado en cada caso ni el supuesto daño, ni los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil. Del mismo modo, tampoco se han presentado pruebas que causen convicción respecto de las pretensiones indemnizatorias invocadas, por lo que estando obligado a probar el daño quien lo invoca no corresponde amparar las pretensiones indemnizatorias contenidas en las pretensiones Novena, Décima y Décimo Primera.

OCTAVA PRETENSIÓN: Determinar a qué parte corresponde o no, ordenar el pago de costos, costas y gastos del presente proceso arbitral.

1. Sobre este punto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que: *"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. 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; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales"*.
2. Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
3. Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Colegiado se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
4. En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Colegiado puede afirmarse que existe una "parte perdedora", corresponde disponer que sea el CONSORCIO SANEAMIENTO CAJAMARCA quien asuma el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); siendo que los gastos de representación y defensa deben ser asumidos por cada una de las partes de manera individual.

Estando a las consideraciones expuestas el Tribunal, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLÁRESE INFUNDADO el primer punto controvertido, en tal sentido, no corresponde dejar sin efecto la "resolución de contrato" declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.

SEGUNDO: DECLÁRESE IMPROCEDENTE el segundo punto controvertido, dejando a salvo el derecho a la parte a solicitar el pago correspondiente en el momento oportuno, es decir a través de la liquidación de contrato conforme señala expresamente el artículo 168 del Reglamento de Contrataciones del Estado.

TERCERO: DECLÁRESE INFUNDADO el tercer punto controvertido; en tal sentido, no es procedente ni corresponde ordenar el pago de "Mayores Gastos Generales" respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 aprobadas por la Entidad, que asciende a S/. 439,100.02

CUARTO: DECLÁRESE INFUNDADO el cuarto punto controvertido; en tal sentido, no corresponde dejar sin efecto la penalidad por "mora" ascendente a S/. 895,494.37, aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018.

QUINTO: DECLÁRESE INFUNDADO el quinto punto controvertido; consecuentemente no es procedente ordenar el pago de S/. 214,719.49 por concepto de "Valorización de mayores metrados".

SEXTO: DECLÁRESE INFUNDADAS las pretensiones accesorias formuladas en la demanda; en tal sentido, no corresponde ordenar la devolución de la Carta Fianza; no es procedente ni corresponde ordenar el pago de los gastos financieros asumidos por la renovación de las Cartas Fianzas; no es procedente ni corresponde declarar el Pago por Daños y Perjuicios por el monto ascendente a S/. 140,000.00, no es procedente ni corresponde declarar el pago por Indemnización presentado por la demandada por la suma de S/ 1'174,594.81, ni es procedente ni corresponde declarar el pago de la indemnización formulada en la demanda por S/ 140,000.00 por daño no patrimonial.

SÉTIMO: DISPÓNGASE en relación a los honorarios arbitrales que el CONSORCIO SANEAMIENTO BAMBAMARCA asuma el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral y gastos administrativos); siendo que los gastos de representación y defensa deben ser asumidos por cada una de las partes de manera individual.

Notifíquese a las partes. -



JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
Árbitro

Acciones ▾

Seguir leyendo  Ver ▾






Notificación Laudo en mayoría y VOTO SINGULAR del Laudo : Caso Arbitral 012-2018

14 de Septiembre de 2020 13:55

De: mesadeparteesvirtual ca ccpc

Para: Conciliación y Arbitraje Gobierno Regional Cajamarca

-  Notificación La...curaduna Gore.pdf (258,7 KB) [Descargar](#) | [Maletín](#) | [Eliminar](#)
-  LAUDO ARBITRAL,...nto Bambamarca.pdf (590,7 KB) [Descargar](#) | [Maletín](#) | [Eliminar](#)
-  Voto Singular E...n. C_firma JAS.pdf (4,2 MB) [Descargar](#) | [Maletín](#) | [Eliminar](#)
- [Descargar todos los archivos adjuntos](#)
- [Eliminar todos los archivos adjuntos](#)

Ref. CASO ARBITRAL 012-2018-CA.CCPC

Estimados señores Procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca:

Los saludo cordialmente y a la vez se cumple con notificarles el Laudo Arbitral emitido en mayoría por los señores árbitros Víctor Alberto Huamán Rojas y Raúl Ernesto Arroyo Mestanza; así como el VOTO SINGULAR del Laudo del árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna.

Se adjunta laudo en mayoría en mención de **forma virtual de folios 76** y VOTO SINGULAR del Laudo en mención de **forma virtual de folios 20**.

Atentamente

Dr. Homero A. Salazar Chávez
Secretario Centro de Arbitraje CCPC

GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA PROCURADURÍA PÚBLICA REGIONAL	
RECIBIDO	
16 SEP. 2020	
Reg:	Folios:
Nota:	Firma: 

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DECRETADO EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL SEGUIDO POR CONSORCIO SANEAMIENTO BAMBAMARCA CON EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA Y UNIDAD EJECUTORA PROGRAMAS REGIONALES, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR SU PRESIDENTE ABOGADO VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS, EL ÁRBITRO ABOGADO JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA, Y EL ÁRBITRO ABOGADO RAÚL ERNESTO ARROYO MESTANZA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

Dado en la ciudad de Cajamarca, a los catorce días del mes de septiembre de dos mil veinte.

DEMANDANTE: Consorcio Saneamiento Bambamarca (en adelante denominado EL CONSORCIO).

DEMANDADOS: Gobierno Regional de Cajamarca (en adelante denominado GORE CAJAMARCA) y Unidad Ejecutora Programas Regionales (en adelante denominada PROREGION).

I. CLÁUSULA ARBITRAL

1. Por Contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION, LP N° 003-2016-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 22 de septiembre de 2016, celebrado entre EL CONSORCIO y PROREGION, se pactó el servicio de "Ejecución de metas

reducidas del proyecto: Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado, Tratamiento y Disposición de Excretas de Bambamarca, Hualgayoc”, Código SNIP N° 49546, como meta integrante del proyecto de inversión pública “Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Bambamarca”, por S/. 6’736,734.40 (Seis Millones Setecientos Treinta y Seis Mil Setecientos Treinta y Cuatro y 40/100 Soles), en adelante denominado EL CONTRATO; habiéndose establecido en la cláusula Décimo Octava el rubro referido a la solución de controversias.

2. Al respecto, en el convenio arbitral contenido en la Décimo Octava de EL CONTRATO se dispone textualmente que:

“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de partes.

*Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 178, 179 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. **El arbitraje será de tipo institucional, a través de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca.***

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

(Énfasis agregado)

II. COMPOSICIÓN DEL ARBITRAJE

3. Mediante petición de arbitraje, de fecha 23 de mayo de 2018, EL CONSORCIO inicia el arbitraje, petición que es admitida a trámite mediante Resolución N° 01, de fecha 24 de mayo de 2018, expedida por Secretaría General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, en adelante denominada EL CENTRO. EL CONSORCIO designa como árbitro de parte al abogado Raúl Ernesto Arroyo Mestanza, quien acepta tan honrosa deferencia por Carta de fecha 07 de junio de 2018.

Por escrito de fecha 04 de junio de 2018, el GORE CAJAMARCA, se apersona y somete expresamente al arbitraje institucional, indicando que la propuesta del árbitro de parte estaría sujeta a una atribución del Gobernador Regional del GORE CAJAMARCA. Es por ello que, por escrito del 17 de agosto de 2018, la Procuradora Pública Adjunta del GORE CAJAMARCA, designa como árbitro de parte al abogado Juan Jashim Valdivieso Cerna, el mismo que acepta la encomienda el 23 de agosto de 2018.

Mediante Carta de fecha 14 de septiembre de 2018, tanto el árbitro propuesto por EL CONSORCIO como por el GORE CAJAMARCA, de manera conjunta y consensuada propusieron al abogado Víctor Alberto Huamán Rojas para que se desempeñara como Presidente del Tribunal Arbitral; en razón de lo cual, el citado árbitro, acepta formalmente el encargo conferido por Carta de fecha 24 de septiembre de 2018.

III. REGLAS DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. Por Carta de fecha 05 de octubre de 2018, considerando que la designación del Presidente del Tribunal no fue objeto de recusación alguna, habiendo quedado firme, se fija día y hora para la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, la que se realizó el lunes 15 de octubre de 2018, en la que participaron ambas partes procesales, debidamente representadas, y el Tribunal Arbitral; se fijaron las reglas de instalación que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral, los honorarios profesionales de la Secretaría Arbitral, y gastos administrativos a favor de EL CENTRO, así como las demás disposiciones básicas para llevar adelante el procedimiento arbitral; designándose como Secretario Arbitral, al Dr.

Homero Absalón Salazar Chávez, declarándose abierto el proceso, confiriéndose el plazo respectivo para la presentación de la demanda.

IV. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

5. Mediante escrito de fecha 06 de noviembre de 2018, EL CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra el GORE CAJAMARCA y PROREGION.

- **PRETENSIONES**

6. EL CONSORCIO planteó las siguientes pretensiones:

- A. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Se deje sin efecto la “resolución de contrato” declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.

- B. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Se ordene el pago de la Valorización de Obra N° 15 por la suma ascendente a S/. 835,016.60, más los intereses devengados.

- C. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Se ordene el pago de “Mayores Gastos Generales” respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 aprobadas por la Entidad, que asciende a S/. 439,100.02.

- D. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Se deje sin efecto la penalidad por “mora” ascendente a la suma de S/. 895,494.37, aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018.

- E. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Se ordene el pago de S/. 214,719.49 por concepto de “Valorización de mayores metrados”.

- F. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA**

Se ordene la devolución de la Carta Fianza.

G. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA

Se ordene el pago de los gastos financieros asumidos por la renovación de las Cartas Fianza.

H. TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA

Se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.

I. CUARTA PRETENSIÓN ACCESORIA

Se declare el Pago por Daños y Perjuicios por el monto ascendente a S/. 140,000.00

• **EL CONSORCIO FUNDAMENTA SUS PRETENSIONES EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

El origen de la controversia: suscripción del Contrato de Ejecución de metas reducidas del proyecto Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado, Tratamiento y Disposición de Excretas de Bambamarca, Hualgayoc.

7. Con fecha 22 de septiembre de 2016, PROREGION y EL CONSORCIO, suscribieron el contrato para la "Ejecución de metas reducidas del proyecto: Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado, Tratamiento y Disposición de Excretas de Bambamarca, Hualgayoc", Código SNIP N° 49546, como meta integrante del proyecto de inversión pública "Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Bambamarca", por S/. 6'736,734.40 (Seis Millones Setecientos Treinta y Seis Mil Setecientos Treinta y Cuatro y 40/100 Soles), en adelante denominado EL CONTRATO.

Refiere EL CONSORCIO que el presente proceso arbitral se debe regir por la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, así como en la normativa especial que resulte aplicable: Directivas, Opiniones, Resoluciones del Tribunal de Contrataciones, como ha sido pactado en la cláusula Décimo Séptima de EL CONTRATO; es decir, que las normas

especiales, son las que deben predominar en la aplicación del este arbitraje de derecho.

Del mismo modo, arguye la demandante que conforme se aprecia con el Asiento N° 474 de fecha 09 de diciembre de 2017, se informó al Supervisor de Obra que se habrían culminado con todos los trabajos de las diferentes Partidas que contempla el Expediente Técnico y algunas Partidas modificadas por el proyectista y el Supervisor, por lo que se solicita al Supervisor, informar a la Entidad para realizar la entrega y la recepción de la obra.

Refiere el contratista que conforme se advierte del Asiento N° 474, habrían cumplido con su obligación de informar la culminación de la obra dentro del plazo de entrega contractual, dejando a partir de ese momento en manos del Supervisor de Obra y la Entidad todas las acciones posteriores.

Argumentos de la demanda en relación a que se deje sin efecto la Resolución de EL CONTRATO declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.

8. Sostiene EL CONSORCIO que requirió notarialmente a PROREGION el 02 de febrero de 2018, para que cumpla con sus obligaciones contractuales; por lo que, considerando el incumplimiento por parte de la Entidad, procedieron a resolver el contrato mediante Carta N° 023-2018, de fecha 21 de febrero de 2018. En razón de lo cual, correspondía a PROREGION el inicio del procedimiento de conciliación o arbitraje, en caso de desacuerdo con la acción de resolución tomada.

Indica el contratista que PROREGION en vez de impugnar la resolución contractual, procedió de manera ilegal a “resolver el contrato” mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 06 de marzo de 2018; es decir, 14 días después de que EL CONSORCIO había resuelto el contrato, y por ende, había quedado extinguido.

Arguye EL CONSORCIO que PROREGION sin ningún respeto por la normativa de Contrataciones del Estado y el principio de legalidad realizó un acto insólito, ejecutó una “segunda resolución contractual”.

Afirma el contratista que por su parte resolvieron primero el contrato, y por ende, el acto de resolución de contrato realizado por PROREGION es ineficaz y no puede ser oponible; pues, la posterior resolución de contrato realizado por PROREGION es un imposible jurídico, debido a que no pueden resolver lo que ya no existe. En ese sentido no tiene validez ni eficacia legal el procedimiento de resolución de contrato practicado por la Entidad; esto es, que para el 21 de febrero de 2018 ya no existían obligaciones entre el contratista y la Entidad.

Argumentos de la demanda en relación a ordenar el pago de la Valorización de Obra N° 15 por la suma de S/. 835,016.60, más los intereses devengados.

9. Sostiene EL CONSORCIO que con fecha 08 de enero de 2018, presentó la Carta N° 001-2018-JHMA/GG-CSB dirigida al Supervisor de Obra, presentando la Valorización N° 15, correspondiente al mes de diciembre de 2017, ascendente a S/. 835,016.60, la cual no fue observada o cuestionada, no surgiendo ninguna discrepancia.

En consecuencia, se debe aplicar el Artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que indica que el plazo máximo de aprobación por el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (05) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva y es cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes.

Sostiene la demandante, que la Valorización N° 15, fue presentada el 08 de enero de 2018, correspondiente al mes de diciembre de 2017; por lo tanto, el plazo máximo para que sea aprobada era el 15 de enero de 2018 y el pago debía realizarse a más tardar el 31 de enero de 2018, ya que debe ser cancelada a más tardar el último día del mes siguiente al mes de la valorización.

Argumentos de la demanda en relación a que se ordene el pago de “Mayores Gastos Generales” respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 aprobadas por la Entidad, que asciende a S/. 439,100.02.

Indica EL CONSORCIO que esta pretensión encuentra sustento en el Artículo 34º de la Ley de Contrataciones y el Artículo 172º del Reglamento de la Ley; en el sentido de que, de aprobarse la ampliación de plazo, debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre

que se encuentren debidamente sustentados; en cuyo caso, tanto las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 fueron concedidas mediante Resoluciones de PROREGION.

Argumentos de la demanda respecto a que se deje sin efecto la penalidad por “mora” ascendente a S/. 895,494.37, aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018.

Arguye EL CONSORCIO que PROREGION no ha cumplido con justificar y/o motivar los supuestos incumplimientos que habrían determinado la mora, de tal manera que se ha infringido el criterio de objetividad para el ejercicio de la aplicación de la penalidad, así como se ha vulnerado el derecho constitucional y administrativo como es la motivación.

En relación a la objetividad refieren que el Artículo 8° y 132° del Reglamento de la Ley de Contrataciones disponen que las penalidades deben imponerse ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

Argumentos de la demanda respecto a que se ordene el pago por la suma de S/. 214,719.49 por concepto de “Valorización de mayores metrados”.

Sostiene la demandante que en el Expediente Técnico no existía la Partida de Excavación en Roca. Es por ello que, al encontrar terreno rocoso, se planteó el Adicional N° 01, el cual fue aprobado y ejecutado.

Posterior al Adicional N° 01, se encontró nuevamente roca, y considerando que ya se había creado la Partida de Excavación en Roca en el Adicional N° 01, se configuraba como ejecución de mayores metrados, hechos que fueron puestos en conocimiento al Supervisor de Obra y dio su aprobación verbal. Por ello, el Residente de Obra redactó en los Asientos del Cuaderno de Obra la “ejecución de Mayores Metrados”, frente a lo cual, el Supervisor de Obra, nunca hizo pronunciamiento negando la ejecución de los mismos, en razón de lo cual, se presentó la Valorización de mayores metrados el 06 de julio de 2017, mediante la Carta N° 029-2017-JHMA/GG-CSB. Sin embargo, PROREGION niega tal cancelación por Carta N° 152-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 04

de octubre de 2017, reiterada por Oficio N° 160-2018-GR.CAJ/PROREGION/UI, de fecha 27 de febrero de 2018.

Argumentos de la demanda en relación a que se ordene la devolución de la Carta Fianza y se ordene el pago por la renovación de la misma.

Pues, para EL CONSORCIO, la ejecución de la obra se presentó en su integridad, además de considerar que la resolución de contrato realizada por PROREGION es ilegal, determinaría que debe devolverse la Carta Fianza; y, además, debe reconocerse el pago de los gastos financieros asumidos por la renovación de las Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

Argumentos de la demanda para que se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.

La parte demandante considera que estos costos arbitrales deben ser asumidos por la parte vencida, considerando el actuar doloso e irregular en el procedimiento de resolución de contrato.

Por Resolución N° 02, de fecha 19 de febrero de 2019, el Tribunal Arbitral dispuso en el Artículo Segundo de su parte resolutive admitir a trámite la demanda incoada por EL CONSORCIO y se corrió traslado a las partes demandadas, para que en el plazo de quince (15) días, cumplan con contestar la demanda y, de considerarlo pertinente, formulen reconvencción.

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

10. Por escrito de fecha 13 de marzo de 2019, PROREGION contestó la demanda, ofreciendo los medios probatorios de su parte; del mismo modo, dedujo las excepciones de conclusión del proceso por conciliación o transacción y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

En el mismo sentido, el GORE CAJAMARCA, por escrito de fecha 14 de marzo de 2019, contestó la demanda, ofreciendo los medios probatorios de su parte; del mismo modo, dedujo las excepciones de conclusión del proceso por conciliación o transacción y de oscuridad o ambigüedad en el

modo de proponer la demanda. Excepciones que son idénticas en su fundamentación a las deducidas por su *litisconsorte necesario pasiva* PROREGION.

Por Resolución N° 04, de fecha 19 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral, dispuso en el Artículo Segundo, tener por contestada la demanda formulada por PROREGION y el GORE CAJAMARCA, teniéndose por ofrecidos los medios de prueba; y, en el Artículo Tercero de su parte resolutive, se dispuso tener por formuladas las excepciones de conclusión del proceso por conciliación o transacción y de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, disponiéndose correr traslado a la parte contraria por el plazo de 15 (quince) días hábiles para la absolución correspondiente.

Por escrito de fecha 10 de abril de 2019, EL CONSORCIO, absolvió el traslado de ambas excepciones, indicándose que en el caso de la Excepción de Conciliación o Transacción, no habían sido objeto de conciliación (renuncia expresa) las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10, por lo que su cobro era legalmente permisible; y, para el caso de la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, ofrecen medios probatorios correspondientes a la Valorización de mayores metrados, en cuya información se encuentra el detalle de las Partidas y demás información que sustenta el monto de S/. 214,719.49

En consecuencia, nos encontramos en el estado procesal de resolver las dos excepciones, debiéndose para el efecto tomar en cuenta los siguientes aspectos:

Primero: CON REFERENCIA A LA EXCEPCIÓN DE CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN, formuladas por el GORE CAJAMARCA y PROREGION, debemos indicar que constituye un hecho acreditado que EL CONSORCIO presentó 06 (seis) ampliaciones de plazo durante la Ejecución de la Obra, las mismas que fueron concedidas por PROREGIÓN.

Segundo: El Artículo 34.5° de la Ley de Contrataciones establece que *“El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento. De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los*

gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados”.

Tercero: Por su parte, el Artículo 172º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, dispone que *“Una vez que se haya aprobado la ampliación de plazo se formula una valorización de costos y gastos generales variables para su pago, la cual debe ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional, en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización, la eleva a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. En caso la Entidad apruebe la referida valorización, debe pagarla en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor”.*

Cuarto: Por su parte, tanto el GORE CAJAMARCA como PROREGIÓN (que conforman un *litisconsorcio necesario pasivo*) indican que mediante Acta de Conciliación N° 24-2017/C.C.E.L.K, recaída en el Expediente N° 25-2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, las partes suscribieron el acuerdo contenido en el numeral segundo de la citada Acta de Conciliación, mediante la cual, de modo textual, se aprecia que EL CONSORCIO **renuncia** a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, y 9. Sin embargo, efectivamente, no existe renuncia alguna con relación a las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10, las cuales arrojan un monto ascendente a S/. 180,697.41 (Ciento Ochenta Mil Seiscientos Noventa y Siete y 41/100 Soles).

Quinto: En consecuencia, el Tribunal Arbitral declara **FUNDADA EN PARTE** la excepción de conciliación o transacción formulada tanto por el GORE CAJAMARCA como por PROREGION, debiéndose declarar que no corresponde el pago de las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, y 9, quedando subsistente la obligación de pago con relación a las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10, por **S/. 180,697.41** (Ciento Ochenta Mil Seiscientos Noventa y Siete y 41/100 Soles), monto que debe ordenarse pagar a favor de EL CONSORCIO.

Sexto: CON RELACIÓN A LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA, el GORE CAJAMARCA fundamenta el pedido en atención al Código Procesal Civil (Artículo 446º, numeral 4), indicando seguidamente que no se habría presentado medio

probatorio alguno que permita colegir que los mayores metrados, efectivamente fueron realizados por parte de EL CONSORCIO, que determine a su vez obligación de pago por parte del GORE CAJAMARCA.

Séptimo: En relación a la aplicación de las normas previstas en el Código Procesal Civil, según el articulado citado por el GORE CAJAMARCA y PROREGION, conviene indicar que el Artículo 34º, numeral 1) de la Ley de Arbitraje, disposición que bajo el epígrafe LIBERTAD DE REGULACIÓN DE ACTUACIONES, dispone claramente que las partes podrán determinar libremente las reglas procesales a las que se sujeta el Tribunal Arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el Tribunal Arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En otras palabras, para el caso de **arbitrajes ad hoc**, se aplican las reglas procesales que las partes y los árbitros determinen en el Acta de Instalación Arbitral (o en ulteriores disposiciones del Tribunal Arbitral en su condición de director del proceso, Artículo 40º de la Ley de Arbitraje); y en el caso de los **arbitrajes institucionales**, se aplica el Acta de Instalación y el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje respectivo (o en ulteriores disposiciones del Tribunal Arbitral en su condición de director del proceso, Artículo 40º de la Ley de Arbitraje).

Octavo: Así, el numeral 3) del Artículo 34º, del acotado cuerpo normativo, contiene un orden de prelación de las reglas procesales aplicables en el caso de no existir disposición pactada por las partes, tanto en el Acta de Instalación o en el Reglamento Procesal, en el caso de arbitrajes institucionales o el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, en el caso de arbitrajes *ad hoc*, en la que se pactan las reglas procesales respectivas. De ser así, se aplicará supletoriamente la Ley de Arbitraje. Si no existe norma aplicable en la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Noveno: Este orden de prelación de las reglas procesales aplicables, prevista en el Artículo 34º de la Ley de Arbitraje, encuentra concordancia con lo dispuesto en la Décima Disposición Complementaria del mismo texto normativo, cuando indica que las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

Décimo: Comentando el numeral 3) del Artículo en mención, Franz Kundmüller Caminiti indica: *“En este punto también encontramos una innovación respecto de la anterior Ley, puesto que ésta no contenía referencia a los usos y costumbres en materia arbitral. Adicionalmente, nótese que la disposición materia de comentario establece un orden de prelación que excluye también en este caso la aplicación del Código Procesal Civil y de cualquier otro cuerpo normativo cuya aplicación sea inapropiada”*¹. (énfasis y subrayado agregado)

Décimo primero: Jorge Santistevan de Noriega, comparte el mismo criterio, cuando señala: *“La delimitación de las fuentes que se aplican en el desarrollo de los arbitrajes en ejercicio de la libertad de regulación (artículo 34º del DL 1071), partiendo de las normas que las partes hayan establecido especialmente para regir las actuaciones arbitrales los reglamentos a que éstas se hayan sometido, las que hayan dispuesto los árbitros, la propia norma general de arbitraje, los principios arbitrales y la costumbre arbitral, excluyendo como fuente supletoria al Código Procesal Civil (artículo 34.3º y Décima Disposición Complementaria del DL 1071)”*². (énfasis y subrayado agregado)

Décimo segundo: Ahora bien, no debemos confundir las **reglas procesales aplicables a un arbitraje**, que como hemos visto están sujetas, en principio, al acuerdo de las partes y los árbitros, las que pueden estar contenidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral (arbitrajes *ad hoc*) y los Reglamentos Procesales y la propia Acta de Instalación (arbitrajes institucionales), o inclusive en el dictado de reglas complementarias dispuestas por el propio Tribunal Arbitral (Artículo 40º de la Ley de Arbitraje), con la utilización en el arbitraje, de los principios y conceptos procesales desarrollados en el Código Procesal Civil.

Décimo tercero: En conclusión, tenemos que en la Ley de Arbitraje (Artículo 34.3º y Décima Disposición Complementaria) así como en el Acta de Instalación y el Reglamento Procesal de EL CENTRO, no hacen referencia a la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, en el carácter de regulación procesal del proceso arbitral; sin embargo, sus

¹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 392.

² SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Arbitraje y Proceso Civil, ¿Vecinos Distantes?: El Debido Proceso en sede arbitral*.

En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12215/12780> consulta realizada el 03 de julio de 2019.

instituciones (principios procesales) pueden utilizarse dentro de un arbitraje, cuando se trate de un desarrollo necesario, apropiado y pertinente al proceso.

Décimo cuarto: Hechas estas precisiones, conviene indicar que la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, se fundamenta en que la parte actora no habría aportado medio probatorio alguno que permita colegir que los mayores metrados reclamados fueron efectivamente ejecutados por EL CONSORCIO. Sin embargo, tamaña aseveración no encuentra correlato con el escrito con sumilla "ABSOLVEMOS EXCEPCIONES" presentado por EL CONSORCIO con fecha 10 de abril de 2019, por el cual, la parte demandante presenta los medios de prueba correspondientes a la Valorización de los Mayores Metrados, los cuales arrojan el importe de S/.214,719.49 (Doscientos Catorce Mil Setecientos Diecinueve y 49100 Soles), escrito que a su vez mereció la expedición de la Resolución N° 05, de fecha 01 de agosto de 2019, en la cual, en el Artículo Único de su parte resolutive se dispuso requerir tener por absuelto el traslado de las excepciones, con conocimiento de la parte demandada.

Por consiguiente, al no existir asidero alguno en la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, debe desestimarse.

Mediante escrito de fecha 01 de abril de 2019, EL CONSORCIO amplía el monto de la pretensión de indemnización por S/. 1'174,594.81 y fundamenta la pretensión accesoria de indemnización por el daño no patrimonial por la suma de S/. 140,000.00.

Es por ello que, por Resolución N° 06, de fecha 01 de agosto de 2019, el Tribunal Arbitral dispuso en el Artículo Segundo de su parte resolutive, admitir el pedido de ampliación de petitorio, corriéndose traslado a la parte demandada, confiriéndole el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que absuelva el pedido.

Por escrito de fecha 23 de agosto de 2019, PROREGION absuelve el pedido de ampliación de petitorio y formula la excepción de incompetencia; pues, en su criterio, el Tribunal no estaría facultado (no sería competente) para pronunciarse acerca de la pretensión de indemnización. En el mismo sentido, mediante escrito de fecha 23 de

agosto de 2019, el GORE CAJAMARCA, contesta la ampliación del petitorio, en los términos expuestos en el citado escrito.

En atención a dichas actuaciones, por Resolución N° 07, de fecha 02 de septiembre de 2019, el Tribunal Arbitral dispuso en su Artículo Segundo de su parte resolutive tener por absuelto el traslado del pedido de ampliación de petitorio. Del mismo modo, en el Artículo Tercero, se tiene por interpuesta la excepción de incompetencia formulada por PROREGION y se confiere a EL CONSORCIO el plazo de quince (15) días hábiles para que la absuelva.

Mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2019, EL CONSORCIO absuelve la excepción de incompetencia, solicitando sea desestimada, pues arguye que PROREGION habría convertido su defensa de fondo en una excepción; pues, una pretensión indemnizatoria es perfectamente plausible en este tipo de procesos, máxime si la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento había sido ya ejecutada de modo ilegal y no se había cumplido con el pago, dentro de la habilidad temporal y legal, de la Valorización N° 15.

En consecuencia, nos encontramos en el estado procesal para resolver la excepción de incompetencia formulada por PROREGION.

Primero: En principio, conforme lo dispuesto por el Artículo 41º, inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje, el **Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia**, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada, incompetencia y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

Segundo: Pues bien, debemos indicar que una de las instituciones arbitrales más importantes, conjuntamente con el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral es el principio de la **competencia de la competencia** (*Kompetenz - Kompetenz* o *Competence - Competence*).

La expresión *Kompetenz - Kompetenz*, según Roque Caivano³, se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto.

Tercero: El cuestionamiento de la competencia en la actualidad es resuelto, otorgando a los árbitros la posibilidad de examinar su propia competencia, según el principio del *Kompetenz - Kompetenz*, el mismo que ha sido acogido por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante⁴, a pesar de contar con una regulación expresa en la derogada Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (Artículo 39°), ello claro está, a tiempo en que se dictó la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, de fecha 28 de febrero de 2006.

Cuarto: El texto legal que actualmente acoge el inciso 3) del Artículo 3° de la Ley de Arbitraje, reafirma lo sostenido en cuanto a la *Kompetenz - Kompetenz*, como uno de los principios de la función arbitral, al señalar que el “*Tribunal Arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”*, disposición normativa que como hemos visto, guarda concordancia con lo prescrito en el Artículo 41°, inciso 1) del mismo texto normativo.

Quinto: Así precisadas las cosas, PROREGION sostiene que el Tribunal Arbitral adolecería de competencia para pronunciarse por la pretensión ampliada de indemnización por daños y perjuicios, considerando la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento (no obstante el mandato cautelar dictado por este Tribunal Arbitral) y por el incumplimiento de pago de la Valorización N° 15, pago que debió hacerse en respeto al principio de legalidad.

Sexto: Por su parte, EL CONSORCIO considera que justamente tanto el pago de la indemnización por la ejecución arbitraria e ilegal de la Carta

³ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor. Buenos Aires. Pág. 159-160.

⁴ Ver el pronunciamiento recaído en el caso Fernando Cantuarias Salaverry, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, del 28 de febrero de 2006. “*El Tribunal Constitucional resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial*”.

Fianza de Fiel Cumplimiento y por no haberse realizado el pago oportuno de la Valorización N° 15, determinan la posibilidad de que a través de este proceso, el Tribunal Arbitral no solo se avoque a las pretensiones propuestas como principales: (i) devolución de Carta Fianza y (ii) pago de Valorización N° 15, sino que se encuentran también amparados para pretender la correspondiente indemnización.

Séptimo: Sobre la oportunidad temporal para el inicio del arbitraje, el Artículo 45.2º de la Ley de Arbitraje, dispone que para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, **resolución de contrato**, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. Señala textualmente:

“Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

*45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, **resolución de contrato**, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, **valorizaciones o metrados**, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento”.*

(Énfasis y subrayado agregado)

Octavo: En el mismo sentido, el Artículo 36.2º de la Ley de Contrataciones del Estado señala literalmente:

“Artículo 36. Resolución de contratos

*36.2 Cuando se **resuelva el contrato** por causas imputables a alguna de las partes, se **debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados**. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley”.*

Noveno: Por su parte, el Artículo 137º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dispone en su segundo párrafo:

“Artículo 137. Efectos de la resolución

(...)

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad”.

Décimo: Así precisadas las cosas, debemos indicar que la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral no puede ser amparada; pues, conforme lo prevé el Artículo 45.2º de la Ley de Contrataciones del Estado, EL CONSORCIO ha presentado su demanda dentro de la habilidad temporal prevista. Del mismo modo, como hemos desarrollado, el Artículo 36.2º del mismo cuerpo normativo, establece de modo concluyente que en el caso de encontrarnos frente a una pretensión arbitral que cuestione la resolución de contrato, es perfectamente legítimo pretender el pago de la indemnización de daños y perjuicios, norma que guarda concordancia con el segundo párrafo del Artículo 137º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

VI. CUADERNO DE MEDIDA CAUTELAR: OTORGAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR Y POSTERIOR INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE PROREGION

11. EL CONSORCIO presenta solicitud de Medida Cautelar de No Innovar mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2018, con la finalidad de impedir que mientras dure el proceso arbitral PROREGION, ejecute la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por la suma de **S/. 673,673.44** (Seiscientos Setenta y Tres Mil Seiscientos Setenta y Tres y 44/100 Soles), con periodo de vigencia desde el 05 de julio al 03 de octubre de 2018 y su renovación ocurrida por Carta Fianza N° 10538808, otorgadas por SCOTIABANK, con vigencia desde el 03 de octubre de 2018 al 01 de enero de 2019.

El Tribunal Arbitral, en mayoría, por Resolución N° 01, de fecha 24 de octubre de 2018, declaró **FUNDADA** la Medida Cautelar de No Innovar. Sostuvo al respecto:

Primero: La Medida Cautelar de No Innovar o Prohibición de Innovar⁵ ha sido acogida de forma genérica en el Artículo 47º, numeral 2) literal a) y b)⁶ del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje. El propósito de esta solicitud acredita una eficacia esencialmente conservativa porque lo que busca es que se pueda hacer efectivo el Laudo a emitirse por el Tribunal Arbitral, situación que no podría hacerse posible de modificarse o alterarse la situación que se encuentra al momento de la admisión a trámite de la petición cautelar.

Para Martínez Boto, es una medida cautelar dirigida a preservar durante el sustanciamiento del proceso principal, la inalterabilidad de determinada situación de hecho o de derecho⁷.

Segundo: La Medida Cautelar de No Innovar, busca asegurar la igualdad de las partes en el proceso, observándose la buena fe durante la tramitación del proceso arbitral y evitándose que las partes hagan justicia por propia mano; procesalmente busca la eficacia del Laudo a dictarse. Según Parry, citado por Daniele, la *buena fe* y la *lealtad procesal* son el sustento de este tipo de medida⁸.

Tercero: La legal prohibición de innovar (*inhibitio iuris*) emana del estado de Litispendencia y tiene que ver con el comportamiento ético procesal que debe observarse y la medida cautelar (*inhibitio hominis*) que impide se modifique o altere una situación de hecho o derecho, es la medida que impone que este comportamiento se cumpla cuando no se procede de esa manera.

⁵ Denominación usada por el Código Procesal Civil en el artículo 687º

⁶ **Artículo 47º Medidas cautelares.**

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia.
 - b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.

⁷ MARTÍNEZ BOTO, Raúl. *Medidas Cautelares*. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1994.

⁸ DANIELE, Gustavo. En *Medidas Cautelares*, varios autores. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 1997.

Ledesma Narváez, refiere que la prohibición de innovar busca mantener la igualdad de las partes en el decurso del proceso, en orden a que no se altere o modifique la situación de hecho preexistente, evitando así el dictado de sentencias (en nuestro caso Laudo) ineficaces o de cumplimiento imposible por las modificaciones que pudiera sufrir la situación jurídica o fáctica del objeto litigioso⁹.

Cuarto: De acuerdo con lo señalado y según lo dispuesto por el citado Artículo 47º de la Ley de Arbitraje, es conveniente analizar la pretensión cautelar considerando los presupuestos procesales conocidos para la admisión de toda medida cautelar, y que son:

- (i) **La verosimilitud del derecho.** Para la procedencia de la prohibición de innovar se requiere la verosimilitud del derecho invocado, conocida en doctrina con el aforismo latino *fumus boni iuris*; esto es, que exista apariencia del derecho para invocar la protección legal; conviene tener presente que el jurista peruano Alberto Inostroza Minguez, sostiene que efectivamente el *“fumus boni iuris es una expresión del Derecho Romano que debe ser entendida como apariencia o verosimilitud del derecho. Esta expresión latina significa la apariencia del derecho legítimo, el “humo del buen derecho”. Un derecho es verosímil cuando reviste apariencia de verdadero. La certeza del mismo se configurará cuando se adquiere convicción de su existencia. Ahora bien, para decidir la litis es indispensable que el Juez esté convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa. Sin embargo, tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal”*.¹⁰

No se exige la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su pretensión principal; siendo por ello que, esta medida cautelar tiene por finalidad impedir que mientras dure el pleito, alguna de las partes realice movimientos o actos jurídicos o de hecho que alteren

⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Los nuevos procesos de Ejecución y Cautelar*. Gaceta Jurídica, Lima Perú. 2008 pág. 220.

¹⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo III. Instituto Pacífico. Lima - Perú, cuarta edición 2016 pág. 220

la situación existente, y por ende afecten o frustren los derechos de la contraparte.

En esa línea el Tribunal Arbitral considera que deben cubrirse ciertas condiciones que acrediten la existencia de una relación obligatoria entre las partes vinculada al derecho que se propone como materia de la controversia y esto se evidencia en el contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 22 de septiembre de 2016, celebrado entre PROREGION y EL CONSORCIO. Que, además se pueda evidenciar la posible afectación de los derechos y obligaciones contenidas en el contrato, esto es mediante los actos provenientes de la ejecución de las estipulaciones del contrato y de las normas legales. Finalmente, el Tribunal considera también que no se exige la justificación de un daño inminente, sino que basta su posibilidad, que será apreciada por el Tribunal Arbitral de acuerdo con las particularidades de la causa, pero en este caso no es cualquier posibilidad, sino que de la prueba aportada se constituya a lo menos en presunción de la afectación del derecho.

Pues bien, de una lectura de los fundamentos de la petición cautelar así como de los documentos obrantes en autos, tenemos que efectivamente PROREGION ha expedido la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, por la cual resuelve en forma total EL CONTRATO; en razón de lo cual, EL CONSORCIO ingresó su petición arbitral el 23 de mayo de 2018. Debiéndose dilucidar en el proceso arbitral si tal resolución operó correctamente o no, de manera que se declare el derecho que corresponde.

En el mismo sentido, conforme fluye de la Carta N° 036-2018-JHMA/GG-CSB, de fecha 23 de octubre de 2018, se aprecia que el 18 de octubre de 2018, SCOTIABANK hace llegar a PROREGION la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10538808, la misma que es devuelta por Carta Notarial N° 033-2018-GR-CAJ/PROREGION/DE, bajo el argumento de que la *“Carta Fianza anterior de Fecha 17 de julio de 2018, venció el 03 de octubre del presente año y su renovación se ha efectuado el 17 de octubre de 2018, dejando desprotegido y sin garantías durante 14 días, el Contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION, celebrado entre PROREGION y el Consorcio Saneamiento Bambamarca”*. Se aprecia,

efectivamente, la posibilidad existente de que PROREGION proceda a la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

- (ii) **El peligro en la demora.** Está referido a la amenaza de que el proceso se torne en ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento definitivo. Si bien su existencia no solo está sustentada en la posibilidad de actos del demandado que impidan el cumplimiento de lo pretendido, lo que se evidenciaría con las actuaciones de PROREGION, también es el hecho que el transcurso del tiempo constituye por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial¹¹. A juicio del Tribunal estas dos consideraciones se evidencian del pedido cautelar formulado.

Es de considerar que a raíz de la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, PROREGION ha ido expidiendo actos administrativos destinados a una eventualidad de ejecución de la fianza. Así tenemos la Carta Notarial N° 033-2018-GR-CAJ/PROREGION/DE, se colige de modo indiciario que PROREGION podría proceder a la ejecución de la Carta Fianza Garantía de Fiel Cumplimiento, otorgada por SCOTIABANK a solicitud de EL CONSORCIO.

Adicionalmente a los dos presupuestos citados, el Tribunal estima que existen consideraciones que apuntan a la justificación de la medida cautelar, tal es la **inminencia de un perjuicio irreparable**: Es decir que de producirse el mismo no pueda ser remediado de ninguna manera. Es el Tribunal Arbitral quien apreciará la situación de inminente peligro para expedir este tipo de medida siempre en relación con bienes y personas comprendidos en el proceso. Dicha inminencia explica que una vez acontecido el hecho no pueda ser remediado de manera alguna. Hoy en día la doctrina ya no habla de perjuicio irreparable sino de **lesión grave o de difícil reparación**.

La inminencia de un perjuicio irreparable encuentra sustento en la posibilidad de parte de PROREGION de ejecutar la Carta Fianza pese a la renovación de la misma y la existencia de una controversia pendiente de resolver, controversia que estaría desconociendo en sede administrativa, no obstante que se encuentra actuando en sede arbitral desde el momento que no objetó el procedimiento hasta la

¹¹ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Pag. 176, cita 191. Edit Comunidad 2002

suscripción del acta de instalación del Tribunal Arbitral, lo que demuestra con claridad meridiana que tiene pleno conocimiento de la existencia de una controversia referida al Contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 22 de septiembre de 2016.

El Tribunal considera que estos hechos demuestran un conocimiento pleno de parte de PROREGION de la existencia de la controversia en firme, lo que hace que se deba mantener el estado de cosas a la fecha de la presentación de la solicitud arbitral siendo conveniente extender una protección que permita equilibrio entre las partes.

En el mismo sentido, conviene indicar que efectivamente el Artículo 33º, segundo párrafo, de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, señala expresamente que *“Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.*

Se establece que las garantías (Fianzas) son de realización automática por el solo requerimiento de la respectiva entidad, en nuestro caso PROREGION. En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días.

- (iii) **Que la medida se circunscriba a las personas y bienes comprendidos en el proceso.** Queda claro que solo puede dirigirse contra personas o bienes materia de litigio, no cabiendo extenderla a cosas o bienes ajenas al proceso.

En el presente caso, la medida peticionada guarda relación con personas y bienes comprendidos en el proceso y, por consiguiente, debe ampararse la Medida Cautelar de No Innovar interpuesta por

EL CONSORCIO, debiéndose disponer que PROREGION debe mantener el *status quo* existente al momento de admitir la petición arbitral, debiéndose ordenar que PROREGION se abstenga de iniciar o realizar cualquier acto administrativo o cualesquier acto material, destinado a ejecutar la Carta Fianza con periodo de vigencia desde el 05 de julio al 03 de octubre de 2018, abstención que alcanza a la renovación de la citada garantía, contenida en la Carta Fianza N° 10538808, otorgadas por SCOTIABANK (Garantía de Fiel Cumplimiento) con vigencia desde el 03 de octubre de 2018 al 01 de enero de 2019; y que tiene relación con el procedimiento Arbitral cuya instalación se ha producido el 15 de octubre de 2018, en espera de que se resuelva la controversia generada como consecuencia de la Resolución Total de EL CONTRATO.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO el pedido de medida cautelar de No Innovar interpuesta por EL CONSORCIO, y por consiguiente ordenaron que PROREGION se abstenga de iniciar o realizar cualquier acto administrativo o cualesquier acto material, destinado a ejecutar la Carta Fianza con periodo de vigencia desde el 05 de julio al 03 de octubre de 2018, abstención que alcanza a la renovación de la citada garantía, contenida en la Carta Fianza N° 10538808, otorgadas por SCOTIABANK (Garantía de Fiel Cumplimiento) con vigencia desde el 03 de octubre de 2018 al 01 de enero de 2019.

Mediante Resolución N° 02, de fecha 31 de octubre de 2018, el Tribunal Arbitral solicitó a PROREGION informe el cumplimiento de la Medida Cautelar de No Innovar. Sostuvo el Tribunal en la referida resolución:

Primero: Existencia del **VÍNCULO CONTRACTUAL** entre PROREGIÓN y EL CONSORCIO, mediante el Contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 22 de septiembre de 2016 por el monto de S/. 6'736,734.40 (Seis Millones Setecientos Treinta y Seis Mil Setecientos Treinta y Cuatro y 40/100 Soles).

Segundo: Existencia de **CONVENIO ARBITRAL**, conforme a la cláusula décimo octava - Solución de Controversias - del contrato antes

mencionado, que determina que los suscribientes acordaron que *“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 177, 178, 179 y 180 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo institucional, a través de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca”*.

Tercero: Existencia de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10538808, otorgada por SCOTIABANK con con periodo de vigencia desde el 05 de julio al 03 de octubre de 2018, por el importe equivalente al 10% del monto total del Contrato, en la suma de S/. 673,673.44 (Seiscientos Setenta y Tres mil Seiscientos Setenta y Tres y 44/100 Soles).

Cuarto: Existencia de la renovación de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10538808, otorgada por SCOTIABANK con con periodo de vigencia desde el 03 octubre de 2018 al 01 de enero de 2019, en la suma de S/. 673,673.44 (Seiscientos Setenta y Tres mil Seiscientos Setenta y Tres y 44/100 Soles). Como así aparece de modo indubitable con la Carta tramitada por conducto notarial de fecha 17 de octubre de 2018, por la cual, SCOTIABANK informa a PROREGIÓN sobre la renovación de la fianza.

Quinto: Existencia de **RESOLUCIÓN DE CONTRATO** practicada por PROREGIÓN, mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, que dispone resolver de forma total el Contrato N° 296-2016-GR.CAJ/PROREGION.

Sexto: Existencia **PETICIÓN DE ARBITRAJE** ingresada por EL CONSORCIO con fecha 23 de mayo de 2018; su posterior admisión a trámite por disposición de Secretaría General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, de fecha 24 de mayo de 2018; y, existencia de la ulterior realización de la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, llevada a cabo mediante Acta de Instalación de fecha 15 de octubre de 2018.

Séptimo: Existencia del pedido de **EJECUCIÓN DE LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO** solicitada por PROREGIÓN, mediante Carta Notarial N° 740-2018, de fecha 12 de octubre de 2018, por la cual, solicita al SCOTIABANK la *“efectivización de la Carta Fianza N° 10538808”*; pedido reiterado por PROREGIÓN por Carta Notarial N° 033-2018-GR-CAJ/PROREGION/DE, de fecha 19 de octubre de 2018.

Octavo: El Artículo 131º, numerales 1) y 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece claramente que **SÓLO PROCEDERÁ LA EJECUCIÓN DE LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO**, cuando:

- (i) **El contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento.** Situación que no se presenta en el caso de autos, pues es un hecho incontrovertible que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10538808 ha sido renovada por EL CONSORCIO, conforme a la Carta Notarial notificada por SCOTIABANK de fecha 17 de octubre de 2018, en la que se indica expresamente que la vigencia de la fianza opera desde el 03 de octubre de 2018 al 01 de enero de 2019; es decir, fue renovada antes de la fecha de su vencimiento, esto es, el mismo 03 de octubre de 2018. **Debemos distinguir entre renovación de la fianza antes de su vencimiento, con la fecha de presentación de la fianza ante la Entidad.**

Aquí es necesario hacer referencia a la **OPINIÓN 030-2014/DTN**.
Tenemos:

"2.1.2

(...)

*Por tanto, cuando el contratista haya cumplido con su obligación de renovar una garantía oportunamente; es decir, antes de su vencimiento, **presentándola a la Entidad con fecha posterior, la Entidad no deberá solicitar la ejecución de dicha garantía**, pues no se encontraría desprotegida ante un eventual incumplimiento del contratista".*

"2.2

(...)

*En ese sentido, **si el contratista renueva una garantía antes de la fecha de su vencimiento y la presenta en fecha posterior a la Entidad, no corresponde que esta solicite la ejecución de dicha garantía**, pues no se encontrará desprotegida ante el eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista.*

- (ii) La garantía de Fiel Cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. Situación de hecho que tampoco se presenta en el proceso de marras; pues, constituye también un hecho incontrovertido, que nos encontramos con un proceso arbitral en trámite, en el que inclusive se ha llevado a cabo la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral con fecha 15 de octubre de 2018, en el cual se discute efectivamente la validez y eficacia de la resolución contractual practicada por PROREGIÓN. En otras palabras, no estamos frente a una resolución contractual consentida, la misma que estará sujeta a la propia decisión del Tribunal Arbitral al momento de la expedición del Laudo que ponga fin a la controversia.

No obstante haberse declarado Fundada la Medida Cautelar de No Innovar mediante Resolución N° 01 de fecha 23 de octubre de 2018, de haberse precisado su alcances por la Resolución N° 02 de fecha 31 de octubre de 2018, PROREGIÓN informó al Tribunal por escrito de fecha 14 de noviembre de 2018 que la **Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10538808**, por la suma de S/. 673,673.44 (Seiscientos Setenta y Tres mil Seiscientos Setenta y Tres y 44/100 Soles), fue **EJECUTADA EL 05 DE NOVIEMBRE DE 2018**, constituyéndose claramente en un acto deliberado, arbitrario e ilegal, en claro desconocimiento a un mandato emanado de autoridad jurisdiccional.

VII. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

12. El lunes 02 de diciembre de 2019, a horas 4:00 p.m, en la sede del Tribunal Arbitral, con la concurrencia de la parte demandante EL CONSORCIO, debidamente representado por Jorge Hernando Mendoza Aguilar, con la participación de la parte demandada a través del abogado Nilton Paco García Mendoza, adscrito a Procuraduría del GORE CAJAMARCA, se llevó a cabo la Audiencia previamente programada sobre Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios

Probatorios. Audiencia en la cual, conforme se desprende del acta correspondiente, se dio por fracasada la etapa conciliatoria.

El Tribunal Arbitral da cuenta de la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, por lo que declara saneada la relación procesal, disponiéndose que las excepciones sean resueltas conjuntamente con el Laudo, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 32º del Reglamento Procesal de EL CENTRO.

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

A continuación el Tribunal Arbitral, procedió a fijar los puntos controvertidos, en función a las pretensiones propuestas por EL CONSORCIO y por el GORE CAJAMARCA y PROREGION, habiendo las partes asistentes prestado su conformidad.

En relación a la demanda y contestación:

- A) Determinar si es procedente o no, que se sin efecto la “resolución de contrato” declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.
- B) Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de la Valorización de Obra N° 15 por la suma de S/. 835,016.60, más los intereses devengados.
- C) Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de “Mayores Gastos Generales” respecto a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, 8 y 10 aprobadas por la Entidad, que asciende al monto de S/. 439,100.02.
- D) Determinar si es procedente o no, que se deje sin efecto la penalidad por “mora” ascendente a S/. 895,494.37, aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018.
- E) Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de S/. 214,719.49 por concepto de “Valorización de mayores metrados”.
- F) Determinar si es procedente o no, que se ordene la devolución de la Carta Fianza.
- G) Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de los gastos financieros asumidos por la renovación de las Carta Fianza.

- H) Determinar si es procedente o no, que se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.
- I) Determinar si es procedente o no, que se declare el Pago por Daños y Perjuicios por el monto ascendente a S/. 140,000.00
- J) Determinar si es procedente o no, que se declare el monto de la INDEMNIZACION presentada por la demanda por la suma ascendente a S/. 1'174,594.81, correspondiente al daño emergente, causados por la falta de pago de la Valorización N° 15 ascendente a S/. 835,016.60, así como por la ejecución ilegal de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por S/. 673,673.44.

Seguidamente se procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes procesales respecto de la controversia sometida a arbitraje con el siguiente resultado:

DE LA PARTE DEMANDANTE, se admiten los documentos ofrecidos en la demanda del 28 de agosto de 2018, en el acápite IV MEDIOS PROBATORIOS y ANEXOS, enumerados del anexo 2-A al anexo 2-S.

De la acumulación de pretensiones, se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito de "Ampliación del petitorio por S/. 1'174,594.81" de fecha 01 de abril de 2019, en el acápite III, Medios Probatorios y Anexos, del anexo 10-A hasta el anexo 10-R

DE LA PARTE DEMANDADA, Por PROREGION se admiten los documentos ofrecidos en la contestación de demanda V MEDIOS PROBATORIOS, anexos 1-A al 1-J.

Del escrito de absolución de acumulación de pretensiones, se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito "Se apersona y absuelve pedido de ampliación de petitorio" del punto IV Medios de Prueba, numeral 1 e.

Por el GORE CAJAMARCA, los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda VI MEDIOS DE PRUEBA, precisando que en virtud del principio de comunidad de la prueba, hacen suyas las documentales ofrecidas por PROREGION. De igual modo, se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito de fecha 11 de diciembre de 2018, en el acápite D Medios Probatorios.

VIII. ALEGATOS E INFORME ORAL

13. Por Resolución N° 10, de fecha 25 de febrero de 2020, el Tribunal Arbitral dispuso PRESCINDIR de la Audiencia de Pruebas, considerando que todos los medios probatorios ofrecidos y admitidos son de actuación inmediata. Se dispuso el cierre de la etapa probatoria y se concedió a las partes el plazo para la formulación de alegatos escritos y se fijó día y hora para la realización de la audiencia de INFORMES ORALES para el jueves **19 de marzo de 2020 a horas 10:00 am**. Audiencia de Informes Orales que no se realizó por la declaración del Estado de Emergencia Nacional, dispuesto por el Ejecutivo mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM de fecha 15 de marzo de 2020.

Mediante escrito de fecha 09 de marzo de 2019, EL CONSORCIO presenta alegatos escritos; del mismo modo, por escrito de fecha 10 de marzo de 2019 el GORE CAJAMARCA hace lo propio.

Por Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral en mayoría, dispuso el levantamiento de la suspensión forzada de las actuaciones arbitrales y citó a las partes a la audiencia de INFORMES ORALES para el lunes 03 de agosto de 2020 a horas 11:00 am, a realizarse de modo remoto o virtual, a través de la plataforma informática Zoom. En esta resolución se dispuso en el Artículo Sexto de su parte resolutive que las demandadas dentro del **tercer día de notificadas** con la presente resolución, cumplan con precisar y/o ratificar su correo electrónico de comunicación brindado, donde se les hará llegar las resoluciones que expida este colegiado, debiéndoseles notificar con la presente en los correos electrónicos: tramiteproregion@regioncajamarca.gob.pe y procuraduria@regioncajamarca.gob.pe

Mediante escritos de fecha 20 de julio de 2020, tanto el GORE CAJAMARCA como PROREGION (ambas demandadas notificadas en sus correos electrónicos proporcionados en los actos postulatorios y previamente reseñados) interponen Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 11, que como hemos visto, dispuso el levantamiento de la suspensión forzada de las actuaciones arbitrales, así como determinó la modificación de la Regla Procesal N° 07 (contenida en el Acta de Instalación) para que las restantes actuaciones se realicen de modo remoto o virtual, considerando las graves circunstancias por la propagación del COVID - 19.

14. Por **Resolución N° 13**, de fecha 31 de julio de 2020, los miembros del Tribunal Arbitral (en mayoría) que habían expedido la Resolución N° 11 de fecha 15 de julio de 2020, declararon **INFUNDADOS los Recursos de Reconsideración** formulados por el GORE CAJAMARCA y PROREGION, quienes no aceptaban el levantamiento de la suspensión del proceso y tampoco mostraban su asentimiento para llevar a cabo la audiencia de Informes Orales, programada para el lunes 03 de agosto de 2020.

Sostuvo el Tribunal Arbitral en la **Resolución N° 13**:

Primero: Por escritos del visto (i) y (ii), tanto el GORE CAJAMARCA como PROREGIÓN formulan Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 11, expedida en mayoría, de fecha 15 de julio de 2020, notificada de modo virtual o remoto con fecha 16 de julio de 2020, en los correos electrónicos proporcionados por las partes codemandadas en los actos postulatorios; y, notificada en el correo electrónico proporcionado por la parte demandante.

Segundo: Por Resolución N° 12, de fecha 23 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral dispuso poner en conocimiento los Recursos de Reconsideración, para que EL CONSORCIO, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, proceda a manifestar lo conveniente a su derecho, situación que ha ocurrido por escrito del visto (iii), mediante el cual, EL CONSORCIO traslada su oposición a los recursos de Reconsideración interpuestos por las demandadas.

Tercero: De conformidad con lo dispuesto por el numeral 29° del Acta de Instalación de fecha 15 de octubre de 2018, se prescribe que contra las resoluciones distintas al laudo, solo procede la interposición del recurso de reconsideración ante el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de notificada la resolución. En estos casos el Tribunal Arbitral podrá poner el escrito de conocimiento de la otra parte, para que en un plazo de cinco (05) días hábiles pueda manifestar lo conveniente a su derecho o si lo considera resolverá de plano.

Cuarto: Teniendo en cuenta los Recursos de Reconsideración interpuestos por PROREGIÓN y el GORE CAJAMARCA, debemos indicar que siguiendo al autor Ricardo Luque Gamero¹², existen criterios

¹² LUQUE GAMERO, Ricardo. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición, enero 2011. Pág. 574.

sustantivos para que el recurso sea admitido y finalmente encausado, a saber: i) que se presente por los sujetos que están legitimados por la norma; ii) que la reconsideración se encuentre debidamente motivada; y, iii) que la resolución en cuestión sea recurrible en reconsideración.

Con relación al primer requisito, la norma limita su ejercicio a aquellos que son considerados “*parte*” dentro del proceso.

En lo que se refiere al segundo requisito, motivación del recurso de reconsideración, siguiendo al autor citado previamente “(...) *debemos entender que este, además debe contener **nuevas razones o argumentos** que hagan que el tribunal reconsidere su decisión, parte de dicha motivación debe ser la **demonstración o alegación de un agravio a la parte que presenta el recurso, ya que de otra forma se prestaría el uso de éste a una posible forma de perturbar el avance del proceso. Con lo cual, no sólo deberán confluír en el recurso razones de orden jurídico (alegaciones de errores) sino que también deberá concurrir la existencia de un agravio o perjuicio que se produciría de mantenerse la resolución tal cual fue dictada originalmente***”¹³. Esto es, que pueden ser materia del recurso de reconsideración tanto los errores de forma (*in procedendo*) como de fondo (*in iudicando*).

Por último, en atención a que la resolución en cuestión sea recurrible en reconsideración, debemos indicar que existen limitaciones normativas dictadas por la propia LA que restringen su utilización. Así tenemos: en los casos de resoluciones que resuelven la recusación (Artículo 29.7º de la LA); la remoción (Artículo 30.1º de la LA); las excepciones (Artículo 41.4º de la LA); o las que resuelven la interpretación, integración, rectificación o exclusión del laudo (Artículo 58º de la LA), tampoco pueden ser materia de reconsideración y que en todo caso la discusión respecto de ellas se podrá presentar en el recurso de anulación de laudo.

Quinto: Pasaremos ahora al análisis de cada uno de los tres requisitos sustantivos que hemos pergeñado previamente. Así tenemos que, tanto el primer como el tercer requisito se presentan; pues, los Recursos de Reconsideración han sido interpuestos en término hábil por PROREGIÓN y el GORE CAJAMARCA, partes demandadas en el presente proceso arbitral, con calidad de parte procesal. Del mismo modo, es pasible de interponer

¹³ LUQUE GAMERO, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 575.

el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, conforme a la norma prevista en el Artículo 49.1° de la Ley de Arbitraje.

Sexto: Ahora bien, debemos advertir que en el caso que nos ocupa, ni PROREGIÓN ni el GORE CAJAMARCA han podido determinar objetivamente cuáles son las razones de orden jurídico, esto es, cuáles son las alegaciones de *errores in procedendo* o *in iudicando* de la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, que entre otros, dispuso: (i) Tener por presentados los alegatos formulados por EL CONSORCIO y el GORE CAJAMARCA; (ii) levantar la suspensión forzada del presente proceso, con motivo de la cuarentena decretada por el Gobierno Central y ajustarse a las nuevas condiciones de notificaciones electrónicas y audiencias virtuales; y, (iii) fijar como fecha de realización de Audiencia de Informes Orales para el día lunes 03 de agosto de 2020 a horas 11:00 a.m., a realizarse de modo remoto o virtual, a través de la plataforma informática Zoom.

El argumento de ambos recursos de reconsideración, que en puridad son idénticos, radica en que para las demandadas: (i) se les debió consultar previamente sobre el levantamiento de la suspensión del procedimiento arbitral; y (ii) que no habría igualdad de armas en el desarrollo virtual de las actuaciones.

Séptimo: Así expuestos los hechos, inclusive aceptados por las partes procesales, tenemos que son situaciones jurídicas incontestables, las siguientes:

- (i) Mediante Resolución N° 10, de fecha 25 de febrero de 2020, se dispuso en el Artículo Segundo de su parte resolutive, otorgar el plazo de diez (10) días hábiles para que las partes procesales presenten sus alegatos escritos. Y, en el Artículo Tercero, se fijó como fecha de realización de la Audiencia de Informes Orales el jueves 19 de marzo de 2020, a las 11:00 a.m.
- (ii) Por escrito de fecha 09 de marzo de 2020, EL CONSORCIO presentó alegatos escritos; de igual modo, el GORE CAJAMARCA, por escrito de fecha 10 de marzo de 2020, presentó alegatos escritos.
- (iii) Mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM de fecha 15 de marzo de 2020, el Ejecutivo declaró el Estado de Emergencia Nacional, disponiendo el aislamiento social obligatorio por el plazo de 15 días,

ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos N° 051-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 075-2020-PCM, N° 083-2020-PCM y N° 094-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos N° 045-2020-PCM, N° 046-2020-PCM, N° 051-2020-PCM, N° 053-2020-PCM, N° 057-2020-PCM, N° 058-2020-PCM, N° 061-2020-PCM, N° 063-2020-PCM, N° 064-2020-PCM, N° 068-2020-PCM, N° 072-2020-PCM, N° 083-2020-PCM, N° 094-2020-PCM, N° 116-2020-PCM; y, por último, ampliado por Decreto Supremo N° 135-2020-PCM, hasta el 31 de agosto de 2020.

- (iv) En consecuencia, tenemos que efectivamente a escasos **tres días** de la celebración de la Audiencia de Informes Orales programada para el jueves 19 de marzo de 2020, el Ejecutivo dispuso el aislamiento social obligatorio, lo que determinó la suspensión de las actuaciones y plazos procesales, en cuyo caso, dicha audiencia no se llevó a cabo.
- (v) Del mismo modo, con fecha 04 de junio de 2020, se publicó el Decreto Supremo N° 101-2020-PCM, que aprueba la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, dentro del cual se encuentran incluidas las actividades jurídicas.
- (vi) Por último, por Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, se establecen las medidas que debe observar la ciudadanía en la Nueva Convivencia Social, preceptuándose que las entidades del Sector Público de cualquier nivel de gobierno, deben desarrollar sus actividades priorizando el trabajo remoto, implementando o habilitando la virtualización de trámites, servicios u otros.

Octavo: Así expuestos los hechos, debemos tener presente que la suspensión de las actuaciones arbitrales tuvo como origen la existencia de una circunstancia excepcional, que no es otra que la propagación del COVID - 19. El Estado, en su función tuitiva, en un inicio declaró el aislamiento social obligatorio, para luego, de modo paulatino, retornar a la denominada Nueva Normalidad, mediante la aplicación de un plan sistemático basado en fases para la reactivación. Así, como hemos señalado previamente, por Decreto Supremo N° 101-2020-PCM, se aprueba la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas, dentro de las cuales se encuentran incluidas las actividades jurídicas. Máxime si tomamos en consideración que, efectivamente, por mandato

constitucional, se debe resolver el presente conflicto de intereses en un plazo razonable, lo que no se presentaría para el caso de autos, en el criterio de las impugnantes, quienes pretenden que las actuaciones arbitrales sean presenciales. En tal sentido, aceptar que la suspensión de los plazos procesales esté sujeta a la decisión concertada de las partes, esto es, que solamente prosperaría frente a la unanimidad de su aceptación, supondría en la práctica, que el Tribunal renuncie a su facultad directriz.

Noveno: Ahora bien, prescribe el Artículo 34.1º de la LA, de modo textual lo siguiente:

“Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Décimo: Así tenemos que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el Tribunal Arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, **el Tribunal Arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso**. En nuestro caso, las partes procesales no se han puesto de acuerdo sobre el levantamiento de las actuaciones arbitrales y que éstas se desarrollen de modo remoto o virtual. En el mismo sentido, no existe disposición expresa en el Reglamento Procesal de Arbitraje de EL CENTRO sobre la aplicación de un procedimiento remoto de las actuaciones arbitrales. En consecuencia, corresponderá al Tribunal dicha facultad, la misma que ha sido trasladada con la expedición de la Resolución N° 11; facultad discrecional del Tribunal que encuentra concordancia con lo dispuesto por el Artículo 40º del acotado cuerpo normativo.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADOS los Recursos de Reconsideración interpuestos por PROREGIÓN y el GORE CAJAMARCA

contra la Resolución N° 11, de fecha 15 julio de 2020, que dispone, entre otros, el levantamiento de la suspensión de las actuaciones arbitrales y fija día y hora para la Audiencia de Informes Orales para el día lunes 03 de agosto de 2020 a horas 11:00 a.m., a realizarse de modo remoto o virtual, a través de la plataforma informática Zoom.

ARTÍCULO SEGUNDO.- FACÚLTESE al Secretario Arbitral para que se sirva disponer de toda la logística necesaria en el uso de la Plataforma Zoom y no tener inconvenientes en la realización de la Audiencia de Informes Orales, remota o virtual, a llevarse a cabo el lunes 03 de agosto de 2020, a las 11:00 am.

15. Esta Resolución N° 13, de fecha 31 de julio de 2020, que como hemos visto resuelve los Recursos de Reconsideración (presentados de modo remoto o virtual tanto por el GORE CAJAMARCA como por PROREGION), fue notificada en los mismos correos electrónicos proporcionados por las partes demandadas en los actos postulatorios.
16. La Audiencia de Informes Orales se realizó el lunes 03 de agosto de 2020 a horas 11:00 a.m., con la participación de la parte demandante, representada por Jorge Hernando Mendoza Aguilar, asesorado por su abogado Christian Alberto Reátegui Orihuela, sin la participación de la parte demandada, pese a encontrarse debidamente notificada.

En este acto, el Tribunal Arbitral (en mayoría por la inasistencia del árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna, designado por el GORE CAJAMARCA) dio inicio a la Audiencia, momento en el cual, el Secretario Arbitral da cuenta que se habían presentado dos escritos ante mesa de partes virtual, a saber: (i) el 03 de agosto de 2020, a las 11:04 am., el GORE CAJAMARCA presentó el escrito con sumilla SOLICITA REPROGRAMACIÓN DE AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y A LA VEZ LA POSTERGACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO ARBITRAL ; y (ii) el 03 de agosto de 2020 a las 11:01 a.m., PROREGIÓN presentó el escrito con el epígrafe "SOLICITA REPROGRAMACIÓN DE AUDIENCIA DE INFORMES ORALES".

El Tribunal Arbitral, dispuso que ambos escritos se notifiquen a todos los miembros del colegiado vía correo electrónico, y se corrió traslado en la misma vía a la parte demandante, quien absolvió los pedidos.

17. El Tribunal Arbitral expidió la **Resolución N° 14**, en la misma audiencia de Informes Orales, desestimando ambos pedidos de reprogramación. Sostuvo el Tribunal:

Resolución N° 14

Primero: Mediante Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral en mayoría dispuso, entre otros: (i) Tener por presentados los alegatos formulados por EL CONSORCIO y el GORE CAJAMARCA; (ii) levantar la suspensión forzada del presente proceso, con motivo de la cuarentena decretada por el Gobierno Central y ajustarse a las nuevas condiciones de notificaciones electrónicas y audiencias virtuales; y, (iii) fijar como fecha de realización de Audiencia de Informes Orales para el día lunes 03 de agosto de 2020 a horas 11:00 a.m., a realizarse de modo remoto o virtual, a través de la plataforma informática Zoom.

Segundo: Las partes demandadas, habiendo sido notificadas por correo electrónico, dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación, formularon Recursos de Reconsideración contra la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020; en virtud de ello, por Resolución N° 12, de fecha 23 de julio de 2020, el Tribunal Arbitral dispuso poner en conocimiento los Recursos de Reconsideración, para que EL CONSORCIO, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, proceda a manifestar lo conveniente a su derecho, situación que así ocurrió por escrito de fecha 29 de julio de 2020, mediante el cual, EL CONSORCIO traslada su oposición a los recursos de Reconsideración interpuestos por ambas demandadas.

Tercero: En atención a ello, por Resolución N° 13, de fecha 31 de julio de 2020, los árbitros que habían expedido la Resolución N° 11, en mayoría, resuelven los dos Recursos de Reconsideración - que en puridad eran idénticos -, declarando INFUNDADAS las impugnaciones, habiéndose notificado a las partes en los domicilios consignados por PROREGIÓN y EL CONSORCIO; y notificándose en el correo electrónico informado por el GORE CAJAMARCA en los actos postulatorios.

Cuarto: El Tribunal Arbitral considera que la suspensión de las actuaciones arbitrales tuvo como origen la existencia de una circunstancia excepcional, que no es otra que la propagación del COVID - 19. El Estado,

en su función tuitiva, en un inicio declaró el aislamiento social obligatorio, para luego, de modo paulatino, retornar a la denominada Nueva Normalidad, mediante la aplicación de un plan sistemático basado en fases para la reactivación. Así, como hemos señalado previamente, por Decreto Supremo N° 101-2020-PCM, se aprueba la Fase 2 de la Reanudación de Actividades Económicas, dentro de las cuales se encuentran incluidas las actividades jurídicas. Máxime si tomamos en consideración que, efectivamente, por mandato constitucional, se debe resolver el presente conflicto de intereses en un plazo razonable, lo que no se presentaría para el caso de autos, en el criterio de las partes demandadas. En tal sentido, aceptar que la suspensión de los plazos procesales esté sujeta a la decisión concertada de las partes, esto es, que solamente prosperaría frente a la unanimidad de su aceptación, supondría en la práctica, que el Tribunal renuncie a su facultad directriz.

Quinto: Conviene tener presente que el Artículo 34.1º de la Ley de Arbitraje, de modo textual indica lo siguiente:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Sexto: Así tenemos, que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el Tribunal Arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el Tribunal Arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En nuestro caso, las partes procesales no se han puesto de acuerdo sobre el levantamiento o no de las actuaciones arbitrales y que éstas se desarrollen de modo remoto o virtual. En el mismo sentido, no existe disposición expresa en el Reglamento Procesal de Arbitraje sobre la aplicación de un procedimiento remoto de las actuaciones arbitrales. En consecuencia, correspondía al Tribunal dicha facultad, la misma que fue trasladada con la expedición de la Resolución N° 11 (expedida en mayoría) y ratificada a tiempo de resolver los dos Recursos de Reconsideración mediante Resolución N° 13, de fecha 31 de julio de 2020 (expedida por los árbitros que habían previamente dictado

la Resolución N° 11), notificada también por correo electrónico a todas las partes procesales, y, claro está, al GORE CAJAMARCA.

Séptimo: En relación el pedido del GORE CAJAMARCA, para que se deje sin efecto la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, que en mayoría, dispuso, entre otros extremos, el levantamiento de la actuaciones arbitrales; se debe declarar su liminar improcedencia, pues el pedido importa un reexamen de la Resolución N° 13, de fecha 31 de julio de 2020, que resolvió los Recursos de Reconsideración, pedido que en el fondo supone la **reconsideración de la reconsideración**, situación jurídica vedada por nuestro ordenamiento legal.

Octavo: En referencia al pedido de notificación en otro correo electrónico de la Resolución N° 13, formulado por EL GORE CAJAMARCA, que resuelve los dos Recursos de Reconsideración formulados por las partes demandadas; se debe desestimar el mismo, pues, desde la expedición de la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, ésta y todas las ulteriores resoluciones expedidas, han sido válidamente notificadas en los correos electrónicos que las partes han proporcionado con suma antelación, habiendo inclusive el GORE CAJAMARCA presentado Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, en razón de lo cual, no podría aducirse, virtual indefensión.

Noveno: El Tribunal Arbitral indica además que por mandato expreso del Artículo 31º literal e) del Reglamento Procesal de Arbitraje, si una o ambas partes no concurren a una audiencia el Tribunal Arbitral continuará con ésta. Como en efecto ha ocurrido en la presente audiencia de Informes Orales.

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLÁRESE INFUNDADOS los pedidos de reprogramación de la audiencia de Informes Orales solicitados por el GORE CAJAMARCA y PROREGIÓN.

Artículo segundo.- IMPROCEDENTE el pedido de que se deje sin efecto la Resolución N° 11, de fecha 15 de julio de 2020, que en mayoría, dispuso, entre otros extremos, el levantamiento de la actuaciones arbitrales.

Artículo tercero.- INFUNDADO el pedido de notificación de la Resolución N° 13, que resuelve los Recursos de Reconsideración.

18. Posteriormente, el Tribunal Arbitral cede el uso de la palabra a la parte demandante, quien por intermedio de su abogado defensor expuso sus argumentos de defensa. Del mismo modo, se cedió el uso de la palabra al representante legal de EL CONSORCIO. Luego de lo cual el Arbitro Raúl Ernesto Arroyo Mestanza realizó algunas preguntas que fueron respondidas por la parte accionante, siendo que el Presidente del Tribunal Arbitral, Víctor Alberto Huamán Rojas, no formuló pregunta alguna.
19. Por escritos de fecha 06 y 07 de agosto de 2020, PROREGION y el GORE CAJAMARCA, respectivamente, presentan Recursos de Reconsideración contra la Resolución N° 13, Resolución N° 14 y la propia Acta de Informes Orales. En tal sentido, de conformidad con la regla procesal prevista en el Artículo 29° del Acta de Instalación, los impugnatorios serán resueltos de plano, sin necesidad de ponerlo en conocimiento de la parte contraria. Debiéndose tener en cuenta lo siguiente:

Resolución N° 15

Primero: Prescribe la regla procesal prevista en el numeral 27° del Acta de Instalación, aceptada unánimemente por las partes procesales, que una vez que el Tribunal haya dispuesto el CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN (como en efecto ha ocurrido en el Acta de Informes Orales de fecha 03 de agosto de 2020, con inicio 11:00 am y término 13:10 pm) las partes NO PODRÁN PRESENTAR NINGÚN ESCRITO, ALEGACIÓN NI PRUEBA, salvo requerimiento o autorización expresa del propio Tribunal.

Textualmente señala la regla procesal 27° del Acta de Instalación:

“ACTA DE INSTALACIÓN

(...)

27. El Tribunal Arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad para exponer su caso. Después de esa fecha las partes no podrán presentar ningún

escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización expresa del Tribunal Arbitral”.

Segundo: Por tanto, procesalmente ya no le era permitido a las partes la presentación de ningún escrito, alegación ni prueba. En cuyo caso, los escritos de las demandadas y el escrito de la parte demandante, deberán ser resueltos conjuntamente con el Laudo que ponga fin a la controversia; ello, obviamente de encontrarnos con escritos atendibles por su contenido de raigambre jurídica y no, por ejemplo, uno que da cuenta del **“cumplimiento de un mandato contenido en una opinión o voto particular”**, situación que colisiona el ordenamiento jurídico; pues, la decisión que causa estado no es una opinión particular o disidente, sino por el contrario, la decisión adoptada por la mayoría en un órgano colegiado. En nuestro caso, lamentablemente, el árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna (designado por el GORE CAJAMARCA) con su actuar, ha causado confusión para el proceder equívoco de la propia parte que lo designó.

Tercero: Conforme al Artículo 34º del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje, las normas o reglas procesales aplicables al caso que nos ocupa son las contenidas en: (i) Acta de Instalación; (ii) Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca; (iii) Ley de Arbitraje; y, (iv) solo en el caso que no exista norma procesal aplicable, el Tribunal Arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Cuarto: El autor peruano Franz Kundmüller Caminiti, citando a Edward Morgan, indica:

*“El primer inciso del artículo objeto de comentario - se refiere al Artículo 34º de la Ley de Arbitraje - hace mención al **acuerdo entre las partes para la definición de las reglas arbitrales**. En principio, dependiendo de lo que establezca la ley o la normativa que corresponda a una competencia arbitral especializada, el arbitraje suele ser producto de una negociación entre las partes, basándose así en el ejercicio de la voluntad, a partir de la libertad inherente al individuo en el sentido kantiano.*

De donde es lógico que una ley general sobre la materia se encuentre orientada por el principio de la autonomía y de la libertad de las partes

para pactar el arbitraje. Y, por ende, también es lógico que ello se refleje en la posibilidad de pactar libremente las reglas que regirán el arbitraje”¹⁴.

(énfasis y subrayado agregados)

Quinto: El Artículo 52.2º de la Ley de Arbitraje, que el coárbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna intenta denodadamente aplicar para la atención de los escritos presentados por las partes que previamente lo designaron como árbitro, está referido a la obligación que tienen los miembros del Tribunal de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda. En el caso que nos atañe, no existe decisión alguna que tomar por parte del Tribunal, **SALVO LA APLICACIÓN ESTRICTA DE UNA REGLA PROCESAL** prevista en el ACTA DE INSTALACIÓN. En razón de lo cual, la aplicación del Artículo 52.2º de la Ley de Arbitraje, es para este punto, inadecuada, pues las reconsideraciones y demás alegaciones han sido ingresadas habiéndose ya dispuesto el cierre de la instrucción.

Sexto: Por último, es evidente que el contenido y alcances de la regla prevista en el numeral 27º del Acta de Instalación, aceptada unánimemente por las partes procesales, es claro en su precepto de orden procesal y no reviste el menor análisis o menoscabo, salvo en el criterio particular del coárbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna, que obviamente no comparten dos de tres árbitros y que no encuentra sustento normativo, menos doctrinario alguno. En cuyo caso, estos dos nuevos Recursos de Reconsideración son improcedentes liminarmente, por colisionar la regla procesal prevista en el numeral 27º del Acta de Instalación.

Séptimo: Por último, conviene aquí precisar que los Recursos de Reconsideración presentados por ambas demandadas contra la Resolución Nº 13, Resolución Nº 14 y contra la propia Acta de Informes Orales llevada a cabo el 03 de agosto de 2020, están todos referidos a la disconformidad del GORE CAJAMARCA y PROREGIÓN por haberse levantado la suspensión del proceso mediante Resolución Nº 11. Recursos de Reconsideración que son además liminarmente improcedentes, pues suponen en la práctica la *reconsideración de la reconsideración* (más una

¹⁴ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. Ob. cit. Pág. 392.

nueva reconsideración), teniendo en cuenta que justamente estos mismos pedidos ya fueron resueltos por Resolución N° 13, de fecha 31 de julio de 2020, corroborado mediante la Resolución N° 14 de fecha 03 de agosto de 2020, que desestimaron los pedidos de no aceptar el levantamiento de la suspensión de las actuaciones arbitrales.

IX. PLAZO PARA LAUDAR

20. En la misma audiencia de Informes Orales, en atención a la regla procesal prevista en el Artículo 27º del Acta de Instalación, se da por concluida la instrucción y se fija plazo para laudar dentro de los treinta (30) días hábiles.

En consecuencia, estando cancelados los honorarios del Tribunal Arbitral, tanto ordinarios como adicionales, los honorarios de la Secretaría Arbitral y los gastos administrativos a favor de EL CENTRO, en este acto el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo legal y contractual.

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- **Cuestiones preliminares**

21. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; ii) que EL CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; iii) que el GORE CAJAMARCA y PROREGION fueron debidamente emplazados con la demanda y ejercieron plenamente su derecho de defensa; iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como, ejercieron la facultad de presentar alegatos escritos e, inclusive, de informar oralmente; y, v) que el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

- **Marco legal aplicable para resolver la controversia**

22. El marco legal para resolver la controversia estará compuesto por la aplicación de la **Constitución Política del Perú**, las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, **Ley N° 30225** (en adelante denominado simplemente Ley de Contrataciones) y su **Reglamento D.S.**

Nº 350-2015-EF (en adelante denominado simplemente Reglamento de la Ley de Contrataciones) y sus modificatorias; así como de las normas de **derecho público** y las de **derecho privado**.

- **Análisis de la materia controvertida**

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente se deje sin efecto la resolución de contrato declarada mediante la Resolución Directoral Ejecutiva Nº 020-2018 de fecha 06 de MARZO del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial Nº 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.

En torno a esta primera pretensión principal de la demanda, el Tribunal Arbitral estima oportuno advertir la Naturaleza de EL CONTRATO, a partir de lo cual se podrá determinar los alcances de las instituciones y su aplicación.

Para tal efecto, en primer lugar, resulta relevante considerar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto del carácter de la contratación pública: *“La contratación especial tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una **especial regulación** que permita una adecuada transparencia en las operaciones”*¹⁵ (énfasis agregado).

La misma línea es adoptada por la doctrina, así para Juan Carlos Cassagne, *“En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el **interés general o bien común que persiguen**, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa”*¹⁶ (énfasis agregado).

Siendo ello así, podemos advertir que nos encontramos frente a una categoría típica del Derecho Administrativo, el **contrato administrativo**, sobre el cual, Manuel María Diez, señala que es *“(…) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos*

¹⁵ STC Nº 020-2003-AI/TC, numeral 11, expedida el 17 de mayo de 2004.

¹⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Abeledo - Perrot, Segunda Edición. Pág. 13

jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa”¹⁷.

En consecuencia, los contratos formalizados bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado tienen naturaleza administrativa, **formando parte del Derecho Administrativo.**

Siendo ello así, al haberse establecido en la normativa de contratación estatal las causales para la resolución contractual y su procedimiento, no requiere de aplicación supletoria o interpretación alguna por otra rama del derecho (por ejemplo civil), siendo completo y suficiente el contenido expreso que establece el Artículo 36º de la Ley de Contrataciones, en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 136º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que regula el procedimiento de resolución contractual.

Del mismo modo, conviene tener presente que existen principios que regulan los procedimientos administrativos, los cuales se encuentran previstos en la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que resulta siendo aplicable a los actos administrativos que emitan las diferentes entidades administrativas.

Así, el **Principio de legalidad** contemplado en el Numeral 1.1º del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS, determina que *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”*; por su parte del Numeral 1.2º, del mismo cuerpo normativo regula el **Principio del debido procedimiento** y refiere que *“Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las*

¹⁷ MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra, 1979. Segunda Edición, Tomo III. Pág. 33

decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

Del mismo modo, el **Principio de predictibilidad** o de **confianza legítima** regulado en el Numeral 1.15º del texto legal objeto de glosa, determina que *“La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas en la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables”.* (énfasis y subrayado agregados).

Será en aplicación de estos principios, que toda actuación de la Administración Pública deberá estar enmarcada dentro de una norma legal autoritativa que la faculte a realizar determinada acción administrativa, pues los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido y atribuido por las normas que regulan su competencia.

Resulta pertinente reseñar lo manifestado por el jurista peruano Juan Carlos Morón Urbina al comentar el **Principio de Legalidad** en el ámbito administrativo: *“Si en el derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho Público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado. Con acierto se señala*

que mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les sea expresamente facultado (...)" (Énfasis y subrayado es agregado)¹⁸.

A fin de determinar si es procedente o no dejar sin efecto la Resolución de EL CONTRATO practicada por PROREGIÓN mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, notificada por Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018, conviene tener presentes los hechos acreditados en el presente arbitraje. Así tenemos:

- a) Con fecha 22 de septiembre de 2016, PROREGIÓN, suscribió el contrato con EL CONSORCIO cuyo objeto era la "Ejecución de metas reducidas del proyecto Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado, Tratamiento y Disposición de Excretas de Bambamarca - Hualgayoc", como meta integrante del proyecto de inversión pública "Mejoramiento y Ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Bambamarca".
- b) Ahora bien, pasemos a determinar el decurso de los acontecimientos con relación a la resolución contractual practicada por EL CONSORCIO. Así tenemos:
 - (i) Por Carta N° 011-2018-JHMA/GG-CSB, de fecha **02 de febrero de 2018**, EL CONSORCIO requiere a PROREGIÓN, otorgando el plazo de 15 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, para que cumpla con sus obligaciones esenciales referidas en suma, al **pago de las valorizaciones** N° 01, 02, 03, 04, 05 y 15, por un monto total de **S/. 1'039,518.81** (Un Millón Treinta y Nueve Mil Quinientos Dieciocho y 81/100 Soles).
 - (ii) Mediante Carta Notarial N° 023-2018-JHMA/GG-CSB, de fecha **21 de febrero de 2018**, EL CONSORCIO resuelve el contrato con PROREGIÓN; pues, para el contratista, la Entidad no había cumplido con el pago íntegro de las valorizaciones pendientes

¹⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, 2007. Editorial Gaceta Jurídica. 6ª Edición. Pág. 62

y solamente se habían cancelado la Valorización N° 01, del Adicional de Obra N° 04 (pago de fecha 15 de febrero de 2018), y las Valorizaciones N° 03 y 04 del Adicional de Obra N° 02 (pago de fecha 16 de febrero de 2018).

- (iii) Posteriormente, PROREGIÓN mediante Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha **06 de marzo de 2018**, notifica a EL CONSORCIO la resolución contractual contenida a su vez en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE.

Dentro de este contexto, tenemos que cuando se expide la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, notificada por Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018, que resuelve en forma total EL CONTRATO por parte de PROREGION, ya se había notificado con una antelación de **13 (trece) días** la resolución contractual practicada por EL CONSORCIO, ello mediante Carta Notarial N° 023-2018-JHMA/GG-CSB, de fecha 21 de febrero de 2018.

Debemos tener presente que, frente a la resolución contractual, la **parte afectada con la misma**, debe recurrir al mecanismo de solución de controversias referido a conciliación y/o arbitraje, conforme así lo prevé el Artículo 45° de la Ley de Arbitraje, en concordancia con el Artículo 137°, parte *in fine*, del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuando se indica de modo literal:

“Artículo 137°. - Efectos de la resolución

(...)

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo, sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida”

(énfasis y subrayado agregados)

Dentro de este orden de ideas, si EL CONSORCIO, cumpliendo el procedimiento de resolución contractual previsto en el Artículo 136º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, resuelve el contrato mediante Carta Notarial de fecha 21 de febrero de 2018, PROREGION tenía 30 (treinta) días hábiles siguientes para recurrir al mecanismo de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje). No obstante ello, en otro hecho incontrovertible, la Entidad no interpuso este mecanismo de solución de controversias. Del mismo modo, si PROREGION hubiese discrepado con la resolución contractual practicada por EL CONSORCIO, pudo haber deducido reconvencción en el presente proceso, solicitando que la resolución contractual de su contraparte sea declarada nula o sin efecto legal, situaciones que nunca ocurrieron, quedando por tanto, **consentida** la resolución contractual practicada por EL CONSORCIO, ello en aplicación estricta de la parte *in fine* del Artículo 137º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Por tanto, la única discrepancia sometida en el presente arbitraje, se constituye justamente en la resolución contractual practicada por PROREGION, contenida en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, notificada mediante Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo 2018; esto es, 13 días después de la resolución contractual notificada por EL CONSORCIO, sin tener en cuenta que ya no existía vinculación contractual entre las partes.

Aquí es necesario hacer referencia a la **OPINIÓN N° 086-2018/DTN**¹⁹, de fecha 19 de junio de 2018, expedida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, OSCE cuando indica claramente que el contrato quedará resuelto de pleno derecho, una vez que se efectúe la recepción de la referida comunicación. Se sostiene:

“OPINIÓN N° 086-2018/DTN

2.2.1

¹⁹ En principio, cabe precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre contratación pública, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

(...)

Tal como se ha indicado al absolver la consulta anterior, si alguna de las partes del contrato falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerirla dentro del plazo legal establecido, a través de una carta notarial, bajo apercibimiento de resolver el contrato. En caso la parte requerida persista en su incumplimiento, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste tal decisión. De esta manera, el contrato quedará resuelto de pleno derecho una vez que se efectúe la recepción de la referida comunicación.

Como puede evidenciarse, la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas".

(énfasis y subrayado agregados)

Sobre este punto, es preciso citar a De La Puente y Lavallo²⁰, quien menciona lo siguiente: "(...) la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones." (El subrayado es agregado).

Por su parte, García de Enterría²¹ señala que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El subrayado es agregado).

En virtud de lo expuesto, puede colegirse que si una de las partes (Entidad o contratista) resuelve debidamente un contrato - *es decir, siguiendo el procedimiento y cumpliendo los requisitos y formalidades previstas en la*

²⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I*, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 455.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

normativa de contrataciones del Estado - no cabría la posibilidad de que su contraparte efectuó una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, **la relación jurídica ya se encontraría extinta.**

Tan cierta es esta afirmación que la citada OPINIÓN N° 086-2018/DTN, concluye sin admitir dudas o ambages:

“(…)

*3.2 Una vez materializada la debida resolución del contrato - siguiendo el procedimiento, y cumplido los requisitos y formalidades previstos en la normativa de contrataciones del Estado - **no cabría iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica entre la Entidad y el contratista se encontraría extinta”.***

En el mismo orden de ideas, tenemos que mediante **Resolución N° 1375-2018-TEC-S4**, de fecha 23 de julio de 2018, expedida por la Sala N° 04, del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, se indica literalmente en los fundamentos 18 y 19:

*“18.- Por otro lado, en relación a la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio a través de la Carta Notarial N° 626 del 16 de diciembre de 2015, se debe indicar que, como se ha verificado, a través de la Resolución N° G-418-2015 del 1 de septiembre de 2015, la Entidad dispuso la resolución total del Contrato derivado del proceso de selección; **por lo tanto, dado que dicha decisión puso fin a la relación contractual entre ambas partes, no resulta posible que dicho Contrato sea materia de nueva resolución contractual por parte del Consorcio.***

19.- En tal sentido, la resolución contractual efectuada por el Consorcio no surtió efecto alguno, pues la Entidad ya había dispuesto su resolución a través de la Resolución N° G-418-2015 del 1 de septiembre de 2015 (...)”

En consecuencia, con la notificación de la Resolución de EL CONTRATO, realizada por Carta Notarial N° 023-2018-JHMA/GG-CSB, de fecha **21 de febrero de 2018**, frente a la omisión en el cumplimiento del

requerimiento formulado a PROREGION (referido al pago de las valorizaciones N° 01, 02, 03, 04, 05 y 15, por un monto total ascendente a S/. 1'039,518.81 Un Millón Treinta y Nueve Mil Quinientos Dieciocho y 81/100 Soles), formalmente ya no había vinculación contractual; y, por tanto, ya no existía una relación jurídica patrimonial entre las partes; en razón de lo cual, no era jurídicamente posible que PROREGIÓN, 13 (trece) días después de notificada la resolución contractual, proceda a su vez a resolver el contrato mediante la Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018 que contiene la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE; pues, como bien se sostiene en la OPINIÓN N° 086-2018/DTN, no cabe iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual, respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica entre la PROREGIÓN y EL CONSORCIO se encontraba ya extinta.

En razón de lo cual, la primera pretensión de la demanda debe ampararse y disponer se deje sin efecto legal la RESOLUCIÓN DEL CONTRATO contenida en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, notificada mediante Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018, situación que determina asimismo, por el principio procesal de que lo accesorio sigue la suerte del principal, que la cuarta pretensión de la demanda, referida a que se deje sin efecto la PENALIDAD POR MORA contenida también en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, se debe dejar sin efecto.

Nulidad del acto administrativo que encuentra sustento normativo además, en lo preceptuado por los principios de **legalidad** y de **predictibilidad**, previstos en los Artículos IV del Título Preliminar, numerales 1.1) y 1.15) del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; pues, **la autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente**. Nulidad del acto administrativo que encuentra concordancia con lo previsto por el Artículo 10.1º del acotado texto normativo, al indicarse de modo expreso que son vicios del acto administrativo, que causan su **nulidad de pleno derecho**, la **contravención a la Constitución, a las leyes o las normas reglamentarias**.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE ORDENE EL PAGO DE LA VALORIZACIÓN DE OBRA N° 15 POR LA SUMA DE S/. 835,016.60, MÁS LOS INTERESES DEVENGADOS.

Es un hecho acreditado en el presente proceso que el 08 de enero de 2018, EL CONSORCIO presentó la Carta N° 001-2018-JHMA/GG-CSB dirigida al Supervisor de Obra, por la cual se requiere el pago de la Valorización N° 15, correspondiente al mes de diciembre de 2017, por la suma de S/. 835,016.60 (Ochocientos Treinta y Cinco Mil Dieciséis y 60/100 Soles).

El Artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone expresamente:

“Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formulan en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplica por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agrega, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valoriza hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valoriza hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados se formulan y valorizan conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, este la efectúa. El inspector o supervisor debe revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y es cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a periodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases deben establecer el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales efectivos, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil”.

(énfasis y subrayado agregados)

Efectivamente, la Valorización N° 15, correspondiente al mes de diciembre de 2017, fue presentada al Supervisor de Obra el 08 de enero de 2018; consiguientemente, en aplicación de lo dispuesto por el sexto párrafo del Artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el plazo máximo para que sea aprobada por el Supervisor de Obra y a su vez remitida a PROREGIÓN vencía indefectiblemente el **15 de enero de 2018**.

Evidentemente, cuando el sexto párrafo del Artículo 166º, objeto de glosa, hace referencia al plazo máximo de APROBACIÓN por parte del Supervisor de Obra, involucra que el citado funcionario de la Entidad, tiene a su vez la facultad de observar o cuestionar (en el mismo plazo) la presentación de la Valorización N° 15, hecho que jamás ocurrió.

En el mismo orden de ideas, que será tomado por este Tribunal como DECLARACIÓN ASIMILADA, mediante Carta Notarial N° 001-2018-

GR.CAJ/PROREGION de fecha 06 de febrero de 2018, PROREGIÓN indica lo siguiente:

“(…) el que establece que el plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de su valorización respectiva, y es cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes, en este caso, la Entidad deberá cancelar dichas valorizaciones hasta el 28.02.2018”

Del contenido de esta Carta Notarial N° 001-2018-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 06 de febrero de 2018, se coligen dos situaciones jurídicas: (i) PROREGIÓN hace una interpretación errónea del Artículo 166º, sexto párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones; pues, si la Valorización N° 15, correspondía al mes de diciembre de 2017, y fue presentada al Supervisor el 08 de enero de 2018, este funcionario contaba con 05 (cinco) días para su posterior aprobación y remisión a la Entidad, la misma que, a su vez, debía disponer la cancelación en fecha no posterior al último día de tal mes, esto es, hasta el miércoles 31 de enero de 2018 y no, como erróneamente se sostuvo, contaban hasta el 28 de febrero de 2018. (ii) PROREGIÓN jamás cuestionó el contenido y alcances de la presentación de la Valorización N° 15, correspondiente, como hemos visto, al mes de diciembre de 2017; pues, de la Carta Notarial N° 001-2018-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 06 de febrero de 2018, se infiere que el pago que la Entidad debía hacer justamente de la Valorización N° 15, en su parecer, tendría como fecha final el 28 de febrero de 2018.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, no existe discrepancia respecto a la FORMULACIÓN, APROBACIÓN o VALORIZACIÓN de los metrados de la Valorización N° 15. Lo que reclama EL CONSORCIO, es el pago de la misma, la que incluso fuera respondida por PROREGIÓN, en el sentido de que contaban inclusive hasta el 28 de febrero de 2018 para realizar la cancelación.

En virtud de lo anotado, esta pretensión de la demanda debe ampararse, ordenándose el pago de Valorización N° 15, correspondiente al mes de **diciembre de 2017**, por la suma de S/. 835,016.60 (Ochocientos Treinta y Cinco Mil Dieciséis y 60/100 Soles).

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE ORDENE EL PAGO DE "MAYORES GASTOS GENERALES" RESPECTO A LAS AMPLIACIONES DE PLAZO N° 4, 5, 6, 8 Y 10 APROBADAS POR LA ENTIDAD, QUE ASCIENDE A S/. 439,100.02.

Constituye un hecho acreditado que EL CONSORCIO presentó 06 (seis) ampliaciones de plazo durante la Ejecución de la Obra, las mismas que fueron concedidas resolutivamente por PROREGIÓN.

El Artículo 34.5º de la Ley de Contrataciones establece que *"El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento. De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados"*.

Por su parte, el Artículo 172º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, dispone que *"Una vez que se haya aprobado la ampliación de plazo se formula una valorización de costos y gastos generales variables para su pago, la cual debe ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional, en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización, la eleva a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. En caso la Entidad apruebe la referida valorización, debe pagarla en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor"*.

Por su parte, PROREGIÓN indica que mediante Acta de Conciliación N° 24-2017/C.C.E.L.K, recaída en el Expediente N° 25-2017 de fecha 28 de noviembre de 2017, las partes suscribieron el acuerdo contenido en el numeral segundo de la citada Acta de Conciliación, mediante la cual, de modo textual, se aprecia que EL CONSORCIO renuncia a las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, y 9. No obstante, no existe renuncia alguna a las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10, las cuales arrojan un monto de S/. 180,697.41 (Ciento Ochenta Mil Seiscientos Noventa y Siete y 41/100

Soles), monto que debe ordenarse pagar a favor de EL CONSORCIO. Punto controvertido que encuentra a su vez concordancia con la resolución de la excepción de conciliación o transacción en el mismo proceso.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral declara FUNDADA EN PARTE la excepción de conciliación o transacción formulada tanto por el GORE CAJAMARCA como por PROREGION, debiéndose declarar que no corresponde el pago de las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, y 9, quedando subsistente la obligación de pago con relación a las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10, por **S/. 180,697.41** (Ciento Ochenta Mil Seiscientos Noventa y Siete y 41/100 Soles), monto que debe ordenarse pagar a favor de EL CONSORCIO.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE DEJE SIN EFECTO LA PENALIDAD POR "MORA" ASCENDENTE A S/. 895,494.37, APLICADA MEDIANTE RESOLUCIÓN DIRECTORAL EJECUTIVA N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE DE FECHA 06 DE MARZO DEL 2018.

Como hemos indicado al momento de resolver la primera pretensión de la demanda, PROREGIÓN lejos de activar el mecanismo de solución de controversias para cuestionar la resolución contractual practicada por EL CONSORCIO, dispuso por su parte, la resolución del contrato que había sido previamente resuelto por su contraparte. Pues, si EL CONSORCIO, con fecha 21 de febrero de 2018, resuelve el contrato - *siguiendo el procedimiento y cumpliendo los requisitos y formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado* - no cabía la posibilidad de que su contraparte, en este caso PROREGIÓN, efectuó una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica ya se encontraba extinta.

En atención a ello, la penalidad por mora que PROREGIÓN aduce para legitimar su posterior resolución contractual, al ser parte integrante de la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018, debe correr la suerte del principal, en aplicación del aforismo latino "*accessorium sequitur principale*", esto es, que esta pretensión accesoria, dependerá de la suerte de la pretensión principal; y, por consiguiente, se debe declarar sin efecto la aplicación de

la penalidad por mora, incluida en la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE ORDENE EL PAGO DE LA SUMA DE S/. 214,719.49 POR CONCEPTO DE “VALORIZACIÓN DE MAYORES METRADOS”.

Preceptúan textualmente el tercer y cuarto párrafos del Artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones:

*“En los **contratos de obra a precios unitarios**, los presupuestos adicionales de obra se formulan con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual debe realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia el análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente*

*Cuando en los contratos previstos en el párrafo anterior [obras bajo el sistema a precios unitarios] se requiera **ejecutar mayores metrados no se requiere autorización previa para su ejecución**, pero sí para su pago; el encargado de autorizar el pago es el Titular de la Entidad o a quien se le delegue dicha función. Para la aplicación de lo establecido en el presente párrafo el monto acumulado de los mayores metrados y las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, no pueden superar el quince por ciento (15%) del monto del contrato original. El monto a pagarse por la ejecución de estos mayores metrados se computa para el cálculo del límite para la aprobación de adicionales, previsto en el segundo párrafo del numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley”.*

La OPINIÓN N° 150-2019/DTN, faccionada en aplicación con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aplicables al presente caso, indica al respecto.

“El sistema a precios unitarios - sistema de contratación del caso sub materia - es aplicable en obras, cuando no se puede conocer con

*exactitud las cantidades o magnitudes requeridas; esto es, cuando los trabajos que deban ser ejecutados por el contratista están definidos; mas **no sus metrados** (es decir, los cálculos o cuantificación por partidas de la cantidad de obra a ejecutar, según la unidad de medida establecida), los cuales se encuentran consignados en el Expediente Técnico de Obra, pero de forma referencial.*

*Así, la cantidad de metrados necesarios para ejecutar una obra bajo dicho sistema de contratación, así como el monto que debe ser pagado por la Entidad, **solo podrán conocerse en la medida que el contratista ejecute la obra.***

(...)

*De los dispositivos citados, se desprende que en **contratos de obras bajo el sistema a precios unitarios**, cuando se requiera ejecutar **mayores metrados** - es decir, una mayor cantidad de metrados, en función de la unidad de medida establecida para una determinada partida - no se requiere autorización previa para su ejecución, lo cual obedece a la naturaleza del sistema de contratación empleado, pues en virtud de este, el contratista ejecuta los metrados realmente necesarios para culminar la obra, sin limitarse, exactamente, a las cantidades referenciales consignadas en el Expediente Técnico de obra.*

Ahora bien, el Artículo 34.1º de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el Contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el Reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. Dichas modificaciones **NO DEBEN AFECTAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO**; en caso contrario, **LA PARTE BENEFICIADA DEBE COMPENSAR ECONÓMICAMENTE A LA PARTE PERJUDICADA**, para restablecer dicho equilibrio, en atención al PRINCIPIO DE EQUIDAD.

Dentro de este contexto, es un hecho acreditado en autos que en el Expediente Técnico no existía la partida de Excavación en Roca, siendo por ello que, al encontrarse en terreno rocoso, se planteó el Adicional N° 01, el cual fue aprobado por PROREGIÓN y ejecutado por EL CONSORCIO.

Posteriormente al adicional N° 01, se encontró nuevamente roca y como ya se había creado la partida de Excavación en Roca en el Adicional N° 01, se configuraba como ejecución de MAYORES METRADOS, los cuales fueron ejecutados sobre dicha partida, hechos conocidos perfectamente por el Supervisor de Obra. Pago de mayores metrados que fuera solicitado el 06 de julio de 2017 mediante Carta N° 029-2017-JHMA/GG-GSB y que no fuera cancelado por PROREGIÓN hasta la fecha.

En consecuencia, se debe declarar FUNDADA la pretensión de pago de mayores metrados, disponiéndose la cancelación a favor de EL CONSORCIO de la suma ascendente a **S/. 214,719.49** (Doscientos Catorce Mil Setecientos Diecinueve y 49/100 Soles).

6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE ORDENE LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA.

Esta pretensión de la demanda, deviene en amparable considerando lo dispuesto por el Artículo 131º, numerales 1) y 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; pues, la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento estaba plenamente activa (con renovación vigente) y el proceso arbitral se había iniciado con petición arbitral ingresada el 23 de mayo de 2018.

Al respecto, el Artículo 131º, numerales 1) y 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece claramente que sólo procederá la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, cuando:

- (i) **El contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento.** Situación que no se presentaba en el caso de autos, pues es un hecho incontrovertible que la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 10538808 fue renovada por EL CONSORCIO, conforme a la Carta Notarial notificada por SCOTIABANK de fecha 17 de octubre de 2018, en la que se indica expresamente que la vigencia de la fianza opera desde el 03 de octubre de 2018 al 01 de enero de 2019; es decir, fue renovada antes de la fecha de su vencimiento, esto es, el mismo 03 de octubre de 2018.

Aquí debe distinguirse entre renovación de la fianza antes de su vencimiento, con la fecha de presentación de la fianza ante la Entidad.

La **OPINIÓN 030-2014/DTN**, señala al respecto:

“2.1.2

(...)

Por tanto, cuando el contratista haya cumplido con su obligación de renovar una garantía oportunamente; es decir, antes de su vencimiento, presentándola a la Entidad con fecha posterior, la Entidad no deberá solicitar la ejecución de dicha garantía, pues no se encontraría desprotegida ante un eventual incumplimiento del contratista”.

“2.2

(...)

En ese sentido, si el contratista renueva una garantía antes de la fecha de su vencimiento y la presenta en fecha posterior a la Entidad, no corresponde que esta solicite la ejecución de dicha garantía, pues no se encontrará desprotegida ante el eventual incumplimiento de las obligaciones del contratista.

- (ii) La garantía de Fiel Cumplimiento se ejecuta, en su totalidad, cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato. Constituye también un hecho incontrovertido, que en el presente proceso arbitral se discutía efectivamente la validez y eficacia de la resolución contractual practicada por PROREGIÓN. En otras palabras, no estábamos frente a una resolución contractual consentida a favor de la Entidad.

En consecuencia, como hemos visto, la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, sólo pudo ejecutarse por ausencia de renovación (situación que no se presentó) y cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el

contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por un Laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato, situaciones que tampoco se habían presentado en caso de autos; máxime, si como hemos visto al momento de amparar la primera pretensión de la demanda, con la notificación de la Resolución de EL CONTRATO, realizada por Carta Notarial N° 023-2018-JHMA/GG-CSB, de fecha 21 de febrero de 2018, frente a la omisión en el cumplimiento del requerimiento formulado a PROREGION (referido al pago de las valorizaciones N° 01, 02, 03, 04, 05 y 15, por un monto total ascendente a S/. 1'039,518.81), formalmente ya no había vinculación contractual; y, por tanto, ya no existía una relación jurídica patrimonial entre las partes; en razón de lo cual, no era jurídicamente posible que PROREGIÓN, 13 (trece) días después de notificada la resolución contractual, proceda a su vez a resolver el contrato mediante la Carta Notarial N° 004-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 06 de marzo de 2018. Debiéndose considerar además que EL CONSORCIO no había incumplido sus obligaciones contractuales; en cuyo caso, corresponde la devolución del importe ejecutado de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento en la suma de S/. 673,673.44 (Seiscientos Setenta y Tres mil Seiscientos Setenta y Tres y 44/100 Soles).

7. SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE ORDENE EL PAGO DE LOS GASTOS FINANCIEROS ASUMIDOS POR LA RENOVACIÓN DE LAS CARTAS FIANZAS.

El Tribunal Arbitral, en clara congruencia con la resolución a las pretensiones anteriores, considera que este punto controvertido debe ser amparado.

Esto es así, pues si bien las garantías constituidas para la ejecución de EL CONTRATO, referidas a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y por Fiel Cumplimiento de Adicional de Obra, se constituyen en obligaciones contractuales para su normal ejecución, tal como así lo dispone el Artículo 126º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el hecho de encontrarnos ante una Resolución de Contrato arbitraria que supone la tramitación del presente arbitraje y la posterior ejecución ilegal de la

Carta Fianza, han determinado que EL CONSORCIO haya cancelado la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento, con la carga económica que ello ha involucrado durante los meses de entrega de la obra, que ocurrió el 09 de diciembre de 2017 hasta la ejecución de la Carta Fianza ocurrida el 05 de noviembre de 2018, debiéndose reconocer a favor de EL CONSORCIO, en el monto de S/. 19,651.32 (Diecinueve Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 32/100 Soles).

8. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE EL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN EL IMPORTE DE S/. 140,000.00 Y POR DAÑO EMERGENTE EN LA SUMA ASCENDENTE A S/. 1'174,594.81

EL CONSORCIO solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios por daño no patrimonial (moral) en la suma de S/. 140,000.00 (Ciento Cuarenta Mil y 00/100 soles) y por daño emergente el importe de S/. 1'174,594.81 (Un Millón Ciento Setenta y Cuatro Mil Quinientos Noventa y Cuatro y 81/100 Soles), causados por la falta de pago de la Valorización N° 15 equivalente a S/. 835,016.60, así como por la ejecución ilegal y dolosa de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por S/. 673,673.44.

Es evidente que el Artículo 1332º del Código Civil representa en materia indemnizatoria la última tabla de salvación de la justicia²².

Hemos querido iniciar el avocamiento a esta pretensión, con una frase que resume nuestra posición con relación a la indemnización reclamada en el presente proceso arbitral, sin duda Mario Castillo Freyre, en el trabajo citado, acierta efectivamente en que el Artículo 1332º del Código Civil, es una de aquellas normas que nos ayudan a solucionar un problema, pero tiene también la virtud de ser una de esas normas que nos ayudan a ***resolver en justicia***.

El tema de la valoración de los daños resulta en extremo importante, sobre todo, porque es a través de las indemnizaciones que el Derecho trata de suplir aquellas deficiencias en lo que respecta al cumplimiento de

²² CASTILLO FREYRE, Mario. *Valoración del Daño: alcances del Artículo 1332 del Código Civil*, en Responsabilidad Civil, Tomo II, Lima. Editorial Rodhas, 2006. Pág. 177-183.

las obligaciones contraídas y resarcir a los perjudicados, de manera tal que no se quebranten principios básicos de *equidad y justicia*.

Sólo en materia de daños patrimoniales existen muchos casos en los cuales, el Juez o el Árbitro (Tribunal Arbitral) sólo perciben que, en efecto, la víctima ha sufrido un daño patrimonial, es decir, no le cabe duda de que el patrimonio de la víctima se ha visto menoscabado por el incumplimiento contractual o por el hecho dañoso del causante.

Es así que, obligado a declarar fundada esa pretensión, el Juez o el Árbitro (Tribunal Arbitral) también se encontrará obligado a establecer cuánto es lo que hay que indemnizar, lo que lo obliga a tener que establecer una cifra, independientemente de si la víctima llegó o no a probar un monto preciso en esa materia.

Es por ello que Castillo Freyre concluye posteriormente *“No puedo decir lo contrario; tengo que afirmar que la aplicación práctica del Artículo 1332º pasa necesaria e ineludiblemente por una **consideración de carácter subjetivo**; ello, por cuanto es requisito de la aplicación de esta norma, como la propia norma establece, que **«El resarcimiento del daño no hubiera podido ser probado en su monto preciso»**”*²³. (énfasis agregado).

Entonces, si ese resarcimiento no pudo ser probado en su monto preciso, que hubiese sido el ideal en materia objetiva, no cabe otra respuesta que ingresar a un terreno subjetivo, el mismo que en esta materia es el último recurso que el Derecho tiene y otorga a los Jueces y Árbitros para aplicar justicia en materia indemnizatoria. Pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiéndose por tal a aquella que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del Árbitro, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del Tribunal Arbitral ordenar resarcir.

De acuerdo a lo previsto por el Artículo 1329º concordado con el Artículo 1330º del Código Civil, se presume que la inexecución de una obligación obedece a *culpa leve del deudor*, recayendo en el afectado por la inexecución el probar la existencia de dolo o culpa inexcusable.

²³ CASTILLO FREYRE, Mario. Ob cit.

Corresponde al acreedor, en nuestro caso EL CONSORCIO, demostrar la existencia de la obligación, al Tribunal Arbitral apreciar la inejecución de la misma o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; y, al afectado con el incumplimiento corresponde probar los daños y perjuicios sufridos.

⇒ Estando a las previsiones contenidas en los Artículos 1331^{o24} y 1332^{o25} del Código Civil, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos y de su cuantía corresponde a quien fue perjudicado con la inejecución; **determinándose que cuando no pudiera ser probada en su monto preciso, éste deberá fijarse con valoración equitativa.**

El Tribunal Arbitral estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria, por inejecución de obligación contractual.

Por ello, es necesario referir que la responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza:

- (i) **Antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la indemnización;** se ha determinado que el GORE CAJAMARCA incumplió su obligación contractual, referida en suma, a: (i) vulneración del principio de legalidad en relación al pago de la Valorización N° 15 por el importe de S/. 835,016.60; pues, la misma debió cancelarse como plazo máximo al 31 de enero de 2018 (Artículo 166^o, sexto párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones); (ii) ejecución arbitraria e ilegal de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por S/. 673,673.44, vulnerando el principio de legalidad, pues se había renovado la Carta Fianza y no estábamos ante una resolución de contrato consentida, sino sometida justamente a la decisión arbitral (Artículo 131^o, numerales 1 y 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones); y, (iii) proceder a resolver el contrato, sin tener en cuenta que con trece días de anticipación ya EL CONSORCIO había resuelto EL CONTRATO por incumplimiento. Actuaciones arbitrarias del GORE CAJAMARCA que

3 - vulnera el principio de legalidad
vulnera el principio de legalidad

²⁴ Artículo 1331^o.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

²⁵ Artículo 1332^o.- Valoración del resarcimiento

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

configuran el primer elemento justificativo de la responsabilidad por daño.

En efecto se ha concluido que efectivamente el GORE CAJAMARCA a tiempo de resolver EL CONTRATO, no constituye un acto jurídico ajustado a derecho, conforme ha quedado sentado por este laudo al resolver el Primer Punto Controvertido de este arbitraje.

- (ii) ***Daños causados como consecuencia de dicho acto***; en este extremo, el Tribunal Arbitral considera que nos encontramos efectivamente ante un daño a EL CONSORCIO, por el incumplimiento contractual del GORE CAJAMARCA. Daños que la parte demandante ha centrado en el no patrimonial o moral y el daño emergente.

En relación al daño moral (no patrimonial), conviene hacer referencia al trabajo elaborado por el extinto Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza Gonzáles, cuando indican *“hemos decidido adoptar la noción de daño moral en sentido amplio, entendiéndolo como toda **lesión, conculcación o menoscabo** de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, **sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona**”* (énfasis y subrayado agregados).

Para luego afirmar ambos juristas *“La posibilidad de que una persona jurídica sea indemnizada por este concepto ha sido analizada por diversos autores; así, Renato Scognamiglio admite la posibilidad de que la persona jurídica posea derechos extrapatrimoniales, tales como el honor, reputación, prestigio y otros atributos similares, los cuales merecen la tutela del ordenamiento legal. Tomando en cuenta la acepción de daño moral adoptada, de entenderla en sentido amplio, estos derechos serían susceptibles de ser tutelados en cuanto derechos de la personalidad, frente a los cuales, subsistirían todos los requisitos exigidos para la reparación del daño moral. A su turno Brebbia, siguiendo la doctrina francesa, señala que ‘las personas morales pueden constituirse en sujetos pasivos de un agravio extrapatrimonial siempre que el ataque que origine el daño sea dirigido, contra bienes o presupuestos personales de las mismas, de*

de persona
Jurídica
No es
sujeto de
derecho.

*acuerdo a la particular naturaleza del ente colectivo que sirve de sustrato a su personalidad*²⁶

En relación al **daño emergente**, es el daño que surge a raíz o como consecuencia del incumplimiento de una obligación por una **conducta dolosa** por parte de la Entidad, daños que encuentran asidero con el deterioro económico que ha involucrado al no percibir desde el 01 de febrero de 2018 la suma de S/. 835,016.60, correspondiente a la Valorización N° 15 (esto es, percibir el importe dinerario por la ejecución de la obra ya realizada) y soportar la ejecución arbitraria, ilegal y dolosa de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por la suma ascendente a S/. 673,673.44, hecho deliberado ocurrido el 05 de noviembre de 2018, no obstante que ya el Tribunal Arbitral había declarado fundada la medida cautelar de no innovar por Resolución N° 01, de fecha 24 de octubre de 2018, mandato jurisdiccional que fuera desconocido por PROREGION.

Se configura el daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima, situación que así ha ocurrido en el caso de autos.

En efecto, EL CONSORCIO ha logrado acreditar documentalmente en autos, sin que las demandadas hayan tachado algún medio de prueba, por lo que revisten plena validez y eficacia:

- Carta Notarial del 05 de octubre de 2018, por la cual, la empresa LEASING TOTAL resuelve el contrato de leasing por falta de pago, respecto a la retroexcavadora de Marca JCB, modelo mini retroexcavadora, lo que originó una pérdida de S/. 211,050.00, pues el valor del bien era de US \$ 63,000.00. Incumplimiento del pago de la renta que no puedo satisfacer EL CONSORCIO, considerando la falta de pago de la Valorización N° 15.

- Carta Notarial de fecha 12 de noviembre de 2018, por la cual, SCOTIABANK resuelve el contrato respecto a la retroexcavadora de marca JCB, modelo 3CXD, debido a la falta de pago de la renta,

²⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Alfonso REBAZA GONZÁLEZ. *La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza, a propósito del Artículo 1332° del Código Civil peruano*. En INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, Editorial JURIVEC, Edición agosto de 2016, pág. 440-441

pues a dicha fecha se había ejecutado ilegalmente la Carta Fianza, con una pérdida del bien valuado en US \$ 94,990.00, que en soles significa un detrimento de S/. 318,216.51.

- Carta Notarial de fecha 12 de noviembre de 2018, por la cual SCOTIABANK resuelve el contrato respecto a la excavadora de marca JCB, versión JS220LC, debido a falta de pago de la renta, pues a dicha fecha se había ejecutada por parte de PROREGION de modo deliberado e ilegal la Carta Fianza, lo que generó una pérdida del bien en la suma de US \$ 165,000.00, esto es, S/. 552,750.01

Lo que determina un daño emergente, al tipo de cambio en la suma ascendente a S/. 1'082,016.51.

Por lo demás, debemos indicar que el Artículo 1321º del Código Civil señala expresamente que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta su obligación por **dolo**, culpa inexcusable o culpa leve y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

(iii) **Relación o nexo de causalidad**; el cual encuentra asidero en los términos de referencia y EL CONTRATO, que establecen las obligaciones contractuales entre las partes; así como la sujeción a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las cuales, como hemos visto, fueron inobservadas por el GORE CAJAMARCA.

(iv) **La imputabilidad o el factor de atribución** que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del *dolo* con el que actúa el causante.

En virtud de lo anotado, el Tribunal Arbitral considera equitativo y justo el declarar fundado en parte este extremo de la demanda relativo a la pretensión indemnizatoria, para cuyo efecto, en virtud a la facultad prevista en el Artículo 1332º del Código Civil, se fija por concepto indemnizatorio por daño moral en la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Soles) y por concepto de daño emergente en la suma de S/. 1'082,016.51 que deberá cancelar el GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO, por los conceptos de daño moral y daño emergente, lo que

hace un total de S/. 1'182,016.51 (Un Millón Ciento Ochenta y Dos Mil Dieciséis y 51/100 Soles).

9. NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI ES PROCEDENTE O NO, QUE SE ORDENE EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO, HONORARIOS DEL ARBITRAJE, DERECHOS ADMINISTRATIVOS Y DEMÁS GASTOS QUE GENERE EL PRESENTE ARBITRAJE.

El Artículo 69º del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje, dispone que las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral, dispondrá lo conveniente.

Por su parte, el Artículo 70º del mismo cuerpo normativo, dispone que el Tribunal Arbitral fijará en el laudo, los **COSTOS DEL ARBITRAJE**. Estos costos incluyen:

- 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.
- f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Carolina de Trazegnies Thorne, indica que "Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje 'propriadamente dichos'. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en

que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral”²⁷.

En el mismo sentido, el Artículo 73º numeral 1) del mismo texto legal, 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.

En el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia; debiéndose para el efecto, tener presente las circunstancias del caso y la conducta procesal de las partes.

El Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de los costos del proceso arbitral, tener en cuenta el resultado o sentido del laudo, el mismo que como hemos visto, declara fundadas las pretensiones de la demanda; así como la actitud y comportamiento procesal de las partes, debiéndose tener presente la pertinencia y cuantía de las pretensiones. Debiéndose para el efecto, validar que solamente EL CONSORCIO, en su condición de demandante, ha cumplido con el pago oportuno y de modo íntegro de la totalidad de los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos de EL CENTRO, así como los honorarios del Secretario Arbitral; es decir, el GORE CAJAMARCA, no ha cumplido con el pago del 50% (cincuenta por ciento) de los costos arbitrales que le correspondían, máxime si tomamos en consideración que inclusive EL CONSORCIO, asumió por cuenta propia, los gastos de transporte y demás conexos para el traslado del árbitro designado por el propio GORE CAJAMARCA.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima amparar la condena de costos procesales. Para cuyo efecto, el GORE CAJAMARCA deberá cancelar a EL CONSORCIO los gastos administrativos de EL CENTRO, honorarios del Tribunal Arbitral y honorarios del Secretario Arbitral, que

²⁷ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 788.

fueran cancelados de manera íntegra por la demandante, tanto de la liquidación ordinaria, como los contenidos en las dos liquidaciones adicionales de honorarios, en la suma de S/. 27,012.94 (Veintisiete Mil Doce y 94/100), S/. 57,223.68 (Cincuenta y Siete Mil Doscientos Veintitrés y 68/100 Soles) y S/. 4,786.64 (Cuatro Mil Setecientos Ochenta y Seis y 64/100 Soles), respectivamente, lo que hace un total de **S/. 89,023.26** (Ochenta y Nueve Mil Veintitrés y 26/100 Soles).

Del mismo modo, el GORE CAJAMARCA deberá cubrir los gastos razonables incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en el arbitraje, esto es, el honorario que corresponde al abogado patrocinante de la parte vencedora, estableciéndose en **3% (tres por ciento)** del monto ordenado pagar en el Laudo, que asciende a la suma de S/. 3'105,774.77 (Tres Millones Ciento Cinco Mil Setecientos Setenta y Cuatro y 77/100 Soles); en cuyo caso el 3% (tres por ciento) por concepto de costo a favor del abogado patrocinante de la parte vencedora, asciende a **S/. 93,173.24** (Noventa y Tres Mil Ciento Setenta y Tres y 24/100 Soles).

En igual forma, EL GORE CAJAMARCA, deberá reconocer los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales, como son los gastos de transporte, viáticos y demás conexos con relación al traslado del árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna en la suma de **S/. 1,100.00** (Mil Cien y 00/100 Soles).

XI. LA PUBLICIDAD DEL PRESENTE LAUDO

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 3) del Artículo 51º del Decreto Legislativo N° 1071, según modificatoria contenida en el Decreto de Urgencia N° 020-2020, se dispone que en los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el Laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes *ad hoc* asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

Es por ello que, se dispone la remisión al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

XII. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y VALOR DE CONDENA DEL LAUDO

El Artículo 66º del Decreto Legislativo N° 1071, de la norma que regula el arbitraje, bajo el epígrafe **GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO**, regula lo relacionado a la denominada garantía de cumplimiento del Laudo Arbitral. En atención a lo indicado, preceptúa el numeral 1) del artículo glosado, que la interposición del Recurso de Anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

El numeral 2) del citado artículo, prescribe que si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a 06 (seis) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Por su parte, de acuerdo al numeral 6) del artículo objeto de glosa, si el Recurso de Anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

Es importante señalar que es razonable y justificado que la norma que regula el arbitraje establezca las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la ejecución del Laudo Arbitral, toda vez que es ésta la finalidad del arbitraje. Es más, cuando estamos inmersos en el ámbito del arbitraje en contratación pública, tenemos que la realidad nos muestra que se ha ido *burocratizando* la ejecución del Laudo Arbitral, tomando el Recurso de Anulación previsto en la Ley, como una etapa necesaria e inevitable del proceder administrativo.

El Artículo 66º de la Ley de Arbitraje, como hemos visto, incorpora un cambio sustancial respecto de los efectos del recurso de Anulación del Laudo. A diferencia de la Ley Arbitral de 1996, el Recurso de Anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo. Sólo se produce la

suspensión cuando se cumple con el requisito de la garantía acordado por las partes o, a falta de éste, cuando se constituye fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de condena del laudo.

Cuando no hay **valor de condena**, los árbitros fijan el monto de la fianza bancaria sujeto a graduación por la Corte Superior que conoce del recurso, de la misma manera, si los árbitros no fijan el monto de la fianza bancaria, la Corte Superior podrá determinarlo a pedido de parte. De esta manera, el requisito de garantía se aplica para laudos cuyo valor esté determinado, sea determinable, o incluso cuando carezca de valor monetario que puede ser cuantificado.

Si no se exigieran este tipo de garantías, la satisfacción del Laudo, tendría recién que pasar por la espera de agotar el control jurisdiccional ante el Poder Judicial, para luego, recién con el pronunciamiento de la Sala Civil (Artículo 64º, numeral 1º de la Ley de Arbitraje) y eventualmente con el que realice la Corte Suprema, (mediante el Recurso de Casación, Artículo 64º, numeral 5º) proceder a iniciar su ejecución, con la consecuente postergación de la satisfacción del derecho en conflicto.

Es por ello que la fianza u otra garantía bancaria que se otorga para admitir el eventual pedido de suspensión del Laudo en el Recurso de Anulación, tiene un particular objetivo: garantizar a la parte vencedora que el efecto suspensivo del recurso de anulación no perjudique los intereses de ésta, en cuanto a su real satisfacción y contrarreste los efectos frente a un **recurso dilatorio**, provocado por la parte vencida para dicho fin.²⁸ (énfasis agregado)

La idea central de esta innovación es favorecer el cumplimiento de los Laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los Recursos de Anulación²⁹.

Comentando el inciso 2) de la norma bajo análisis, Martín Mejorada Chauca, indica que "(...) *si no se convino previamente las características de la garantía, el impugnante deberá acompañar a su pedido de suspensión una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no*

²⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición, septiembre de 2010. Pág. 206.

²⁹ Exposición de motivos, Decreto Legislativo N° 1071. Pág. 27-28.

*menor de 6 meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el laudo. Si el laudo no señala monto de condena, el tribunal arbitral podría indicar la suma de la garantía que habrá de constituirse. Si el tribunal no lo hace, el recurrente tendría que pedirle que señale el monto a la Corte Superior que conoce el recurso de anulación (...)*³⁰ (énfasis agregado).

En tal sentido el Tribunal Arbitral, en su condición de director del proceso, con las facultades que le son inherentes, previstas en el Artículo 40º de la Ley de Arbitraje, teniendo en cuenta que se están declarando fundadas las pretensiones de la demanda, establece el **VALOR DE CONDENA DEL LAUDO** en la suma ascendente a S/. 3'289,071.27 (Tres Millones Doscientos Ochenta y Nueve Mil Setenta y Uno y 27/100 Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de **suspensión de laudo**, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Código Civil y la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

LAUDA EN MAYORÍA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la excepción de conciliación o transacción formulada tanto por el GORE CAJAMARCA como por PROREGION, debiéndose declarar que no corresponde el pago de las Ampliaciones de Plazo N° 4, 5, 6, y 9, quedando subsistente la obligación de pago con relación a las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10.

SEGUNDO: INFUNDADA la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, formulada por el GORE CAJAMARCA.

TERCERO: INFUNDADA la excepción de incompetencia interpuesta por PROREGION.

³⁰ MEJORADA CHAUCA, Martín. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 740.

**PROCESO ARBITRAL
CONSORCIO SANEAMIENTO BAMBAMARCA
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA & PROREGION**

CUARTO: IMPROCEDENTES LIMINARMENTE los Recursos de Reconsideración presentados por el GORE CAJAMARCA y PROREGION, contra la Resolución N° 13, Resolución N° 14 y contra la propia Acta de Informes Orales.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda, sin efecto legal la Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018, notificada el mismo día mediante Carta Notarial N° 009-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE, por la cual, PROREGION resuelve en forma total EL CONTRATO.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda, se ordena el pago de la Valorización de Obra N° 15 por la suma de S/. 835,016.60 (Ochocientos Treinta y Cinco Mil Dieciséis y 60/100 Soles), que deberá cancelar el GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Tercera Pretensión de la demanda, se ordena el pago de las Ampliaciones de Plazo N° 8 y 10, por el monto ascendente a **S/. 180,697.41** (Ciento Ochenta Mil Seiscientos Noventa y Siete y 41/100 Soles), monto que debe ordenarse pagar a favor de EL CONSORCIO por parte del GORE CAJAMARCA.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión de la demanda, se deja sin efecto la penalidad por mora aplicada mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 020-2018 de fecha 06 de marzo del 2018.

NOVENO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión Accesorio de la demanda, se ordena que el GORE CAJAMARCA pague a EL CONSORCIO el importe ascendente a S/. 214,719.49 (Doscientos Catorce Mil Setecientos Diecinueve y 49/100 Soles) por concepto de Valorización de mayores metrados.

DÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio de la demanda, se ordena la devolución por parte del GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO del importe de S/. 673,673.44 (Seiscientos Setenta y Tres Mil Seiscientos Setenta y Tres y 44/100 Soles) por concepto de ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar **FUNDADA** Segunda Pretensión Accesorio de la demanda, se ordena que el GORE CAJAMARCA pague a EL CONSORCIO los gastos financieros asumidos por la renovación de la Carta Fianza en la suma ascendente a S/. 19,651.32 (Diecinueve Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 32/100 Soles).

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Accesorio de la demanda, se dispone que EL GORE CAJAMARCA deberá cancelar a EL CONSORCIO los

**PROCESO ARBITRAL
CONSORCIO SANEAMIENTO BAMBAMARCA
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA & PROREGION**

costos del proceso arbitral, referidos a: (i) honorarios del Tribunal Arbitral, gastos administrativos y honorarios del Secretario en la suma de **S/. 89,023.26** (Ochenta y Nueve Mil Veintitrés y 26/100 Soles); (ii) gastos razonables incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en el arbitraje en la suma de **S/. 93,173.24** (Noventa y Tres Mil Ciento Setenta y Tres y 24/100 Soles); y, (iii) gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales, como son los gastos de transporte y viáticos del árbitro designado por la Entidad, en la suma de **S/. 1,100.00** (Mil Cincuenta y 00/100 Soles), lo que hace un total de costos en la suma de **S/. 183,296.50** (Ciento Ochenta y Tres Mil Doscientos Noventa y Seis y 50/100 Soles).

DÉCIMO TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria (contenida en la ampliación de petitorio), se fija como indemnización la suma de S/. 50,000.00 por concepto de daño moral y S/. 1'082,016.51 por daño emergente, lo que hace un total de **S/. 1'132,016.51** (Un Millón Ciento Treinta y Dos Mil Dieciséis y 51/100 Soles) que deberá cancelar el GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO.

DÉCIMO CUARTO: ESTABLECER como el valor de condena del Laudo la suma ascendente a S/. 3'239,071.27 (Tres Millones Doscientos Treinta y Nueve Mil Setenta y Uno y 27/100 Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de **suspensión de Laudo**, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

DÉCIMO QUINTO: DISPONER que se remita al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



Abog. VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS
Presidente del Tribunal Arbitral



Abog. RAÚL ERNESTO ARROYO MESTANZA
Árbitro