

LAUDO DE DERECHO

**Laudo de Derecho que, en la controversia surgida entre el Consorcio C&C
contra el Gobierno Regional de Cajamarca, dicta el Tribunal Arbitral
conformado por Daniel Triveño Daza, Zita Consuelo Aguilera Becerril y Marcos
Ricardo Espinoza Rimachi.**

Número de Expediente de Instalación: I850-2017

Demandante: Consorcio C&C, conformado por Del Carpio Mora, Nilton Luis, Julca Chacón John Francis y Sánchez Dávalos Magaly.

Demandado: Gobierno Regional de Cajamarca

Contrato (Nº y objeto): Nº 002-2014-GRCAJ-GGR "Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución del PIP: Mejoramiento de los servicios de educación inicial escolarizada de las localidades de Malcas, Shillabamba, El Ollero, Ventanillas, Campo Alegre, Jucat, Chupica y San Antonio de las provincias de San Marcos y Celendín – Región Cajamarca."

Monto del Contrato: S/. 555,515.46

Cuantía de la Controversia: S/.501,671.76

Tipo y Número de Proceso de Selección: Concurso Público Nº 002-2014-GR-CAJ – Primera Convocatoria

Presidente del Tribunal: Daniel Triveño Daza

Árbitro designado por la Entidad: Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Árbitro designado por el OSCE, en defecto del Contratista: Zita Consuelo Aguilera Becerril

Secretaria arbitral: Abog. Fiorella Saralicia Vivanco Mazzo

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral o Árbitro Único: S/.26,719.50

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 8,077.00

Fecha de emisión del laudo: 23 de enero de 2019

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad

Nº de Folios: 96

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.

Resolución del contrato.

Ampliación del plazo contractual.

Defectos o vicios ocultos.

Formulación, aprobación o valorización de metrados.

Recepción y conformidad.

Liquidación y pago.

Mayores gastos generales.

Indemnización por daños y perjuicios.

Enriquecimiento sin causa.

Adicionales y reducciones.

Adelantos.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

- Penalidades.
- Ejecución de garantías.
- Devolución de garantías.
- Otros (especificar): Intereses

Resolución N.º 17

En Lima, a los 23 días del mes de enero del año dos mil diecinueve, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las reglas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 04 de diciembre de 2014, el Consorcio C&C (en adelante **el Contratista**) y el Gobierno Regional de Cajamarca – Gerencia General Regional (en adelante **la Entidad**) suscribieron el Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR "Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución del PIP: Mejoramiento de los servicios de educación inicial escolarizada de las localidades de Malcas, Shillabamba, El Ollero, Ventanillas, Campo Alegre, Jucat, Chupica y San Antonio de las provincias de San Marcos y Celendín – Región Cajamarca" (en adelante **el Contrato**), el cual en su cláusula décimo octava refleja el siguiente convenio arbitral:

"CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

1.1 Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, deberá resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, excepto la decisión del Gobierno Regional de Cajamarca o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales; así mismo, no constituyen materia arbitrable los supuestos de enriquecimiento sin causa.

1.2 Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar conciliación y/o arbitraje dentro de los plazos de caducidad previstos en los artículos 144º, 170º, 175º, 176º, 177º, 179º, 181º, 184º, 199º, 201º, 209º, 210º, 211º y

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por DS N° 184-2008-EF y modificado mediante DS N° 138-2012-EF.

1.3 En caso que una de las partes haya optado facultativamente por la conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial; la conciliación deberá ser solicitada ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia, con sede en la Ciudad de Cajamarca.

1.4 La sede arbitral será en la Ciudad de Cajamarca.

1.5 Las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

1.6 El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (03) árbitros, los mismos que deberán contar con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones del Estado y haber intervenido en la emisión de un mínimo de cinco (05) laudos relacionados con el objeto del contrato en controversia.

1.7 El pago de los gastos arbitrales serán de cargo de la parte demandante, siendo aplicable el mismo criterio en caso se formule reconvencción.

Los gastos arbitrales no podrán ser mayores a los señalados en la Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

1.8 Los gastos arbitrales se cancelarán tal como se indica:

a) Treinta por ciento (30%) a la presentación de la demanda o reconvencción.

b) Setenta por ciento (70%) a la presentación de los alegatos.

1.9 Las actuaciones arbitrales estarán sujetas a las reglas siguientes:

a) Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.Leg. N° 1017 y modificado por Ley N° 29873; y su Reglamento, aprobado por DS N° 184-2008-EF, modificado por DS N° 138-2012-EF; sin embargo, la acumulación sólo será procedente si ambas partes estén de acuerdo.

b) Una vez presentada la demanda arbitral y la contestación a la demanda, no se aceptará ninguna modificación o ampliación, ni la inclusión de mayores medios probatorios, excepto se trate de medios probatorios generados en forma posterior a la presentación de la demanda arbitral o la contestación a la demanda, o en caso que en la demanda o contestación se haya hecho referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer, el mismo criterio se aplicará en el caso de reconvencción.

c) En caso de incumplimiento de pago de los gastos arbitrales correspondientes a la demanda, se procederá por única vez a conceder un plazo adicional, el mismo que no podrá ser mayor al plazo inicial y en caso de persistir el incumplimiento, se deberá archivar el arbitraje.

En caso de incumplimiento de pago de los gastos arbitrales correspondientes a la reconvencción, se procederá por única vez a conceder un plazo adicional, el mismo que no podrá ser mayor al plazo inicial y en caso de persistir el incumplimiento, se deberá archivar la reconvencción y se continuará con el arbitraje.

d) En caso de archivamiento del arbitraje, los gastos arbitrales serán calculados de manera proporcional a la etapa en la que se encuentre.

e) El presidente del Tribunal Arbitral no podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación o impulso de las actuaciones arbitrales.

f) Las excepciones y/o oposiciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación a la demanda o reconvencción, se correrá traslado a la otra parte para que exprese lo conveniente a su derecho en un plazo de veinte (20) días hábiles, luego de lo cual resolverá el Tribunal en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, como condición previa para la continuidad del arbitraje.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

g) Las objeciones deberán interponerse en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles de haber tomado conocimiento.

h) Los plazos para la presentación de demanda arbitral y contestación de demanda arbitral serán de veinte (20) días hábiles, el mismo criterio se aplicará en el caso de la reconvencción.

i) El plazo para interponer reconsideración contra las decisiones distintas Al Laudo, será de cinco (05) días hábiles y ésta suspende la ejecución de la decisión reconsiderada.

j) Las partes, respecto al laudo arbitral podrán solicitar rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo; en un plazo que no deberá exceder los quince (15) días hábiles.

k) El plazo para la emisión de Laudo y su notificación será de treinta (30) días hábiles, sin ninguna posibilidad de ampliar dicho plazo; cuyo plazo se computará a partir del día siguiente de vencido el plazo para la presentación de alegatos y en caso se haya solicitado informe oral, luego de realizada dicha audiencia.

l) El tribunal arbitral no está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones.

m) La recusación contra los árbitros podrá interponerse aún cuando se haya iniciado el plazo para la emisión de un laudo.

n) El tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones cuando el demandante no presente su demanda en el plazo establecido.

1.10 Las recusaciones contra los árbitros serán resueltas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

1.11 Las controversias deberán resolverse de acuerdo a derecho y conforme a lo señalado en la Constitución Política, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente ese orden de preferencia en la aplicación del derecho.

1.12 El laudo arbitral emitido y debidamente notificado es definitivo, tiene el valor de cosa juzgada y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, salvo que contra él se interponga recurso de


Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi


anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso su exigibilidad queda suspendida.

1.13 La interposición de recurso de anulación contra el laudo no requiere que la parte impugnante acredite la constitución de carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la parte vencedora.

1.14 La solicitud de suspensión de ejecución del laudo, se concederá cuando se ofrezca como garantía caución juratoria por el monto de las obligaciones establecidas en el laudo."

- 
1. En tal sentido, las partes pactaron resolver todas las controversias derivadas de la ejecución del Contrato, mediante arbitraje de derecho, de acuerdo a las normas de contratación pública aplicables.

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 
2. Con fecha 04 de enero de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia de los representantes de ambas partes. En esta Audiencia, el Tribunal Arbitral ratificó haber sido designado conforme a Ley y al convenio arbitral celebrado por las partes, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con éstas, obligándose a desempeñar sus funciones con imparcialidad, independencia y probidad.
 3. En el mismo acto, quedó establecido que el arbitraje sería ad-hoc, nacional y de derecho, se designó como secretaria arbitral a la abogada Fiorella Saralicia Vivanco Mazzo, señalando como lugar del arbitraje la ciudad de Lima, siendo la sede arbitral la oficina 303 del Jr. Huáscar N° 1539, distrito de Jesús María y departamento de Lima.

III. SOBRE LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

4. Con fecha 14 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 1, mediante la cual otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que expresen su aceptación o no a la propuesta señalada en el numeral 3 del considerando de dicha resolución, referida al pago del anticipo de honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral.
5. Con fecha 17 de enero de 2018, la Entidad presentó el escrito con sumilla "Apersonamiento, comunica registro de árbitros del Tribunal Arbitral en el SEACE".
6. El 25 de enero de 2018, el Consorcio C&C presentó la Carta N° 215-2018-C&C con asunto "Aceptación de propuesta", relacionada con la Resolución N° 1.
7. Dichos escritos fueron proveídos mediante la Resolución N° 2 de fecha 01 de febrero de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral tuvo por apersonado a los procuradores de la Entidad; por ratificado su domicilio procesal; y, por cumplido el registro del Tribunal Arbitral en el SEACE; asimismo, se dejó constancia que la Entidad no presentó ningún escrito señalando si aceptaba o no la propuesta señalada en la Resolución N° 1; se otorgó a la Entidad un plazo de cinco (5) días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho respecto de la Carta N° 215-2018-C&C; y se otorgó al Consorcio C&C el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificados, para que cumpla con cancelar los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral.
8. Con fecha 01 de febrero de 2018, el Consorcio C&C presentó el escrito N° 01 con sumilla "Interpone Demanda Arbitral".
9. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 3 de fecha 11 de febrero de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió admitir la demanda arbitral, otorgar a la Entidad el plazo de veinte (20) días hábiles para que la conteste y, de considerarlo, formule reconvencción, precisar los años correctos de los medios probatorios de la demanda arbitral y tener por apersonado a los profesionales indicados por el Consorcio C&C.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

10. Con fecha 26 de febrero de 2018, el Consorcio C&C presentó la Carta N° 216-2018-C&C con asunto "Solicitud de ampliación de plazo", respecto del requerimiento contenido en la Resolución N° 3.
11. Dicho escrito fue proveído con la Resolución N° 4 de fecha 05 de marzo de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió tener por cancelada la primera mitad del monto total de los gastos arbitrales a cargo del demandante, y otorgar un plazo de 25 días hábiles al demandante para que efectúe el pago de la segunda mitad del monto total de los gastos arbitrales, conforme a lo establecido en el considerando 5 de dicha resolución.
12. Con fecha 06 de abril de 2018, la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca presentó el escrito con sumilla "Apersonamiento, Contesta Demanda Arbitral".
13. Dicho escrito fue proveído con Resolución N° 5 de fecha 25 de abril de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió admitir la contestación de demanda; teniendo por ofrecidos los medios probatorios; tener por señalado el domicilio procesal de la Entidad; tener por apersonados a los abogados señalados por la Entidad. Además, se dejó constancia de la duplicidad de los medios probatorios y el anexo I-V e I-W; se otorgó a la Entidad el plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla con presentar completos y legibles los documentos signados como anexos 1-N y 1-O; se tuvo por deducida la excepción de incompetencia, formulada por el demandado en el primer otrosí de su escrito de contestación de demanda y se corrió traslado de la misma al Consorcio C&C, por el plazo de veinte (20) días hábiles, a fin de que cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.
14. Con fecha 14 de mayo de 2018, la Entidad presentó el escrito N° 03 con sumilla "Cumple mandato", respecto de lo dispuesto en la Resolución N° 5.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

15. Con fecha 16 de mayo de 2018, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 6, mediante la cual resolvió tener por cancelado la segunda mitad del monto total de los gastos arbitrales a cargo del demandante, y, por tanto, tener por cancelado el total de los gastos arbitrales.
16. Con fecha 28 de mayo de 2018, el Consorcio C&C presentó el escrito con sumilla "Solicita notificación de: Contestación de demanda arbitral presentada por el Gobierno Regional de Cajamarca".
17. Dichos escritos fueron proveídos con Resolución N° 7 de fecha 04 de junio de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado al Consorcio C&C de la excepción de incompetencia, formulada por el demandado en el primer otrosí de su escrito de contestación de demanda, por el plazo de veinte (20) días hábiles, a fin de que cumpla con expresar lo conveniente a su derecho. Se cursó esta nueva notificación debido a que, el Consorcio precisó que no había sido notificado con la contestación de demanda, ante lo cual la Secretaria Arbitral, a través de razón de secretaría informó que ello había sido por error del courier.

Además, se tuvo por cumplido la presentación completa y legible de los documentos signados como anexos 1-N y 1-O de la contestación de demandada presentada por la Entidad, con conocimiento de su contraparte.

18. El 27 de junio de 2018, el Consorcio C&C presentó el escrito con sumilla: "Absuelve Traslado de Excepción de incompetencia".
19. Dicho escrito fue proveído con Resolución N° 8 de fecha 19 de julio de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto por el Consorcio C&C el traslado de la excepción de incompetencia; correr traslado a la Entidad del pedido formulado por el Consorcio C&C en el primer otrosí digo de su escrito, por el plazo de cinco (05) días hábiles, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho, y traer los autos a despacho para resolver la excepción de incompetencia, para cuyo efecto se dispuso de diez (10) días hábiles, fijando el

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Tribunal Arbitral dicho plazo en atención a la facultad que le fuera otorgada mediante Acta de Instalación debido a que el convenio arbitral no había previsto el plazo para resolver la excepción.

20. Con fecha 20 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 9, mediante la cual resolvió declarar fundada la excepción de incompetencia deducida por la Entidad, y, en consecuencia, declarar al Colegiado incompetente para pronunciarse sobre la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda, y disponer que el proceso arbitral continúe su curso, según corresponda.
21. Con fecha 30 de julio de 2018, el árbitro Daniel Triveño Daza, presentó una carta con sumilla "Ampliación de Deber de Revelación".
22. Con fecha 31 de julio de 2018, el árbitro Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, presentó una carta con sumilla "Ampliación de Deber de Declaración".
23. Con fecha 31 de julio de 2018, la Entidad presentó el escrito con sumilla: "Cumple mandato".
24. Dichos escritos fueron proveídos con Resolución N° 10 de fecha 09 de agosto de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió tener por absuelto por la Entidad el traslado conferido con Resolución N° 08, sobre lo expresado en el primer otro si digo del escrito N° 2 del Consorcio C&C; declara no ha lugar el pedido del Consorcio C&C, contenido en el primer otro si digo de su escrito N° 2; declarar infundado el pedido de la Entidad, formulado en el primer otro si digo del escrito de fecha 31 de julio de 2018, y, poner en conocimiento de las partes las cartas sobre "Ampliación del Deber de Declaración", presentadas por el Presidente del Tribunal Arbitral, doctor Daniel Triveño Daza, y el árbitro, doctor Marcos Ricardo Espinoza Rimachi..

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

25. Con fecha 10 de setiembre de 2018, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 11, mediante la cual resolvió otorgar a las partes un plazo de tres (3) días hábiles para que formulen su propuesta de puntos controvertidos, si lo estiman conveniente, la misma que podrá ser recogida o no por el Tribunal Arbitral, a su discreción; y citar a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y de Pruebas, para el día 18 de octubre de 2018 a las 11:00 am, en la sede arbitral.
26. El 18 de octubre de 2018 a las 11:00 am, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y de Pruebas, con la asistencia de ambas partes.
27. Con fecha 31 de octubre de 2018, el Consorcio C&C presentó sus alegatos escritos.
28. Con fecha 05 de noviembre de 2018, la Entidad presentó un escrito con sumilla "Presenta Alegatos".
29. Con fecha 08 de noviembre de 2018, el Consorcio C&C presentó un escrito, apersonando al Ing. Ernesto Leonardo Arbildo Quiroz, para que participe en la Audiencia de Informes Orales a realizarse el día 15 de noviembre de 2018.
30. Dichos escritos fueron proveídos con Resolución N° 12 de fecha 09 de noviembre de 2018, mediante la cual el Tribunal Arbitral resolvió dejar constancia que ambas partes han presentado sus alegatos dentro del plazo otorgado; autorizar el uso de medios audiovisuales; disponer la grabación de la Audiencia de Informes Orales y su incorporación, como medio de prueba, en el presente arbitraje, conforme a lo solicitado por el demandante en su escrito de fecha 31 de octubre de 2018, y tuvo por apersonado al Ing. Ernesto Leonardo Arbildo Quiroz, el cual intervendrá en la Audiencia de Informes Orales a realizarse el día 15 de noviembre de 2018.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

31. El 15 de noviembre de 2018 a las 10:00 am, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la asistencia de ambas partes.
32. Con fecha 15 de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 13, mediante la cual estableció un reajuste del anticipo de honorarios arbitrales, fijando como anticipo de honorarios profesionales la suma de S/.26,719.42 (Veintiséis mil setecientos diecinueve con 42/100 Soles) netos para el Tribunal Arbitral, correspondiendo a cada árbitro la suma de S/.8,906.50 (Ocho mil novecientos seis con 50/100 Soles) netos; y la suma de S/.8,077.00 (Ocho mil setenta y siete con 00/100 Soles) netos para la Secretaría Arbitral, así como el pago del Impuesto a la Renta; otorgó al demandante un plazo no mayor de diez (10) días hábiles para que pague los siguientes honorarios arbitrales, teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 6 de dicha resolución: a) Honorarios del Tribunal Arbitral, a cada uno de los árbitros la suma de S/3,267.24 (Tres mil doscientos sesenta y siete con 24/100 Soles) netos, a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes; b) Secretaria Arbitral, la suma de S/2,927.00 (Dos mil novecientos veintisiete con 00/100 Soles) netos, a los que deberán agregarse los Impuestos correspondientes, precisando que en caso de incumplimiento, será aplicable lo establecido en el numeral 56 del Acta de Instalación. Asimismo, en dicha resolución se fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, conforme a lo establecido en el numeral 45 del Acta de Instalación Ad Hoc, contados desde la Audiencia de Informes Orales.
33. Con Resolución N° 14, se dio cuenta de los escritos N° 5 y 6 del Consorcio, mediante los cuales ofreció nuevos medios probatorios. En dicha resolución se resolvió no admitir los medios probatorios presentados, debido al estado del proceso y las disposiciones del convenio arbitral que prevén que: "Una vez presentada la demanda arbitral y la contestación a la demanda no se aceptará ninguna modificación o ampliación, ni la inclusión de mayores medios probatorios, excepto se trate de medios probatorios generados en forma posterior a la presentación de la demanda arbitral o la contestación a la demanda; o en caso que en la demanda o contestación se haya hecho referencia a los documentos u

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

otras pruebas que vayan a presentar o proponer; el mismo criterio se aplicará en el caso de la reconvencción”..

34. Mediante escrito N° 7 de fecha 20 de diciembre de 2018, el Consorcio reconsideró la Resolución N° 14. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 15, con la cual se puso en conocimiento de la Entidad el recurso de reconsideración.
35. Con escrito de fecha 10 de enero de 2019, la Entidad absolvió el conocimiento de la reconsideración. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N°16 en la cual se declaró infundada la reconsideración, reafirmando la posición adoptada en la Resolución N° 14.

IV. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA DEL CONSORCIO

36. Mediante escrito de fecha 01 de febrero de 2018, el Contratista interpuso demanda arbitral contra la Entidad, señalando como petitorio lo siguiente:

“Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral declare nula, sin validez o ineficaz la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR que resolvió el Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y ejecución del PIP: Mejoramiento de los Servicios de Educación Inicial Escolarizada de las localidades de Malca, Shillabamba, El Ollero, Ventanillas, Campo Alegre, Jucat, Chupica y San Antonio de las provincias de San Marcos y Celedín – Región Cajamarca; al no haberse configurado la causal de fuerza mayor invocada por la Entidad; asimismo, que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución del Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, practicada por el Consorcio C&C, mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C, al no haber sido objeto de ningún cuestionamiento de parte de la Entidad.

Ca.
Entidad.
C.F y FM.

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.239,899.13 soles, por

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

concepto de saldo del servicio de supervisión que fuera cumplido en su integridad y los reajustes de dicho saldo.

Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: En caso se declare fundada la segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.7,022.19 soles, por concepto de intereses legales correspondientes al saldo del servicio de supervisión y reajustes, durante el periodo del 01 de octubre del 2016 al 31 de diciembre del 2017, más los intereses que correspondan por el mismo concepto en el periodo periodo del 01 de enero del 2017 hasta la fecha efectiva de pago.

Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: En caso se declare infundada la segunda pretensión principal, que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago a favor de mi representada de la suma de S/.223,322.20 soles, por concepto de enriquecimiento sin causa, correspondiente a la prestación efectiva del íntegro de los servicios de supervisión.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 7,676.12 soles, por concepto de reajustes e intereses al 31 de diciembre del 2017, del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico, más los intereses que correspondan desde el 01/ 01/2018 hasta la fecha efectiva de pago.

Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 55,552.00 soles, correspondientes a la ejecución de la Carta Fianza N° 010466792-002, emitida por el Banco Scotiabank, más los intereses legales desde el 03 de octubre del 2017 hasta la fecha efectiva de pago, al haber cumplido el íntegro de prestaciones y no existir deuda a favor de la Entidad.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.159,522.32 soles, por concepto de daños y perjuicios, por los mayores costos administrativos generados luego de la culminación del servicio de supervisión, la resolución del contrato y la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; y, el lucro cesante constituido por la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de suscribir nuevos contratos.

Sexta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad asuma el íntegro de los costos del arbitraje, que incluye los honorarios del tribunal y la secretaria arbitral; y, se ordene la devolución a favor del Consorcio C&C de los gastos de asesoramiento legal que ascienden a la suma de S/.32,000.00 soles; más los intereses legales desde la fecha de emisión del laudo hasta la fecha efectiva de pago”.

FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

37. Con relación a la primera pretensión principal, la demandante refiere que con Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR de fecha 05/07/2017, notificada a su representada con Oficio N° 1255-2017-GR.CAJ/GGR-SG con fecha 06/07/2017, la Entidad resolvió el Contrato N° 002-2014- GRCAJ-GGR, para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y ejecución del PIP: "MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE EDUCACION INICIAL ESCOLARIZADA DE LAS LOCALIDADES DE MALCAS, SHILLABAMBA, EL OLLERO, VENTANILLAS, CAMPO ALEGRE, JUCAT, CHUPICA Y SAN ANTONIO DE LAS PROVINCIAS DE SAN MARCOS Y CELENDIN - REGION CAJAMARCA" (en adelante "EL CONTRATO"), sin responsabilidad de las partes, por caso fortuito o fuerza mayor; de conformidad con la Primera Parte del Art. 44 del D. Leg. 1017; lo cual se señala de manera expresa en el Artículo Primero de dicha resolución.

38. Asimismo, el demandante señala que, de la lectura de los considerandos de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, se determina que la Entidad ha resuelto

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

"EL CONTRATO" porque previamente se ha resuelto el contrato de ejecución de obra, suscrito con el CONSORCIO CMP ASOCIADOS, conforme expresamente se señala en el décimo considerando de dicha resolución.

El demandante refiere que la resolución del CONTRATO fue sometida a arbitraje, por su representada, a través de la Carta N° 204-2017-C&C, notificada a la Entidad con fecha 31 de julio de 2017, esto es dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación; y, conforme a lo previsto en el numeral 52.2) del Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado. Agrega que dicha resolución no se encuentra consentida y que el Tribunal no tiene ningún impedimento para pronunciarse respecto a sus alcances, conforme lo hiciera saber a través de la Carta N° 205-2017-C&C, notificada a la Entidad con fecha 09 de agosto de 2017.

39. El demandante indica que habiendo demostrado que la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR no se encuentra consentida, corresponde verificar si dicha resolución es conforme con las causales y procedimiento de resolución de contrato, previstos en el Artículo 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
40. Al respecto, señala que los artículos 168 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado determinan, de manera expresa e indubitable, los siguientes aspectos para los casos de resolución de contrato: i) causales específicas para resolución de contratos, ii) procedimiento único para la resolución del contrato y iii) que las comunicaciones deberán realizarse a través de carta notarial.
41. Asimismo, menciona que, respecto a la formalidad de las comunicaciones, las normas de contratación pública no han previsto ninguna excepción, por lo que, teniendo en consideración que la Entidad no ha cumplido con notificar la resolución del contrato a través de carta notarial, la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR es nula de pleno derecho y carece de validez.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

42. Sostiene el demandante que, a fin de realizar el análisis de fondo de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, y pese a haber demostrado previamente su nulidad por Incumplimiento de formalidades esenciales, se debe tener en consideración que la controversia radica en determinar si el hecho invocado por la Entidad constituye o no un caso fortuito o fuerza mayor y, como tal, corresponde tener en cuenta lo señalado en el Artículo 1315 del Código Civil, que textualmente establece: "*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (el subrayado es agregado)*"; y complementando lo antes señalado, el OSCE a través de diversas Opiniones ha emitido pronunciamiento respecto a la resolución de contrato por caso fortuito o fuerza mayor, entre otras, la OPINIÓN N° 131-2015/DTN y OPINIÓN N° 118- 2017/DTN.
43. Según el demandante, las Opiniones de OSCE se señalan que la Entidad sólo podrá resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor, en tanto demuestre que el hecho -además de ser extraordinario, imprevisible e irresistible- genera la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva. El demandante sostiene que tales Opiniones de OSCE deberán ser respetadas por el Tribunal al momento de resolver las controversias, por tener carácter vinculante y de observancia obligatoria, conforme a la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, refiere que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la CASACION N° 1693-2014 LIMA, ha señalado que se debe entender como "caso fortuito" cuando es posible evitar el daño producido mediante actos de previsibilidad, es decir, cuando es posible evitar el daño con una diligencia normal; en cambio, será "fuerza mayor", cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño, como se daría el caso en los casos de desastres naturales.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

44. Bajo dichas consideraciones, el demandante alega que EL CONTRATO ha sido resuelto por el solo hecho de que el contrato de ejecución de obra, suscrito con el Consorcio CMP ASOCIADOS, fue resuelto, por lo que se debe tener presente lo siguiente: i) El contrato de ejecución de obra, suscrito entre el Consorcio CMP ASOCIADOS y la Entidad, fue resuelto con la Resolución N° 257-2016-GR.CAJ-GGR de fecha 12 de octubre de 2016; y, EL CONTRATO fue resuelto con Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR de fecha 05 de julio de 2017, esto es, luego de nueve (09) meses de haberse resuelto el contrato de ejecución de obra; situación que evidencia el carácter predecible de los hechos antes señalados; ii) La Entidad no ha tenido en consideración que en la fecha que resolvió EL CONTRATO, ya se habían cumplido el íntegro de prestaciones objeto del contrato; y, iii) A través de los Informes Mensuales de Supervisión, de Enero a Agosto del 2016, la Carta N° 074-2016-C&C de fecha 14 de abril de 2016, la Carta N° 079-2016-C&C de fecha 19/03/2016, la Carta N° 093-2016-C&C de fecha 11 de mayo de 2016, la Carta N° 118-2016-C&C de fecha 13 de junio de 2016, la Carta N° 139-2016-C&C de fecha 08 de julio de 2016, la Carta N° 152-2016-C&C de fecha 04 de agosto de 2016, la Carta N° 157-2016-C&C de fecha 11 de agosto de 2016, la Carta N° 160-2016-C&C de fecha 19 de agosto de 2016, la Carta N° 173-2016-C&C de fecha 02 de setiembre de 2016, la Carta N° 182-2016-C&C de fecha 13 de setiembre de 2016; su representada informó de las dificultades del contrato de ejecución de obra a cargo del Consorcio CMP ASOCIADOS y sugirió diversas acciones; sin embargo, la Entidad no adoptó medidas correctivas, como la intervención económica de la obra, para para garantizar la culminación del contrato de ejecución de obra, en el plazo previsto, o la resolución del contrato de obra de manera oportuna-y más bien dejó que transcurra el íntegro del plazo contractual; por lo que, su representada no tiene ninguna responsabilidad respecto a los atrasos en la ejecución de la obra a cargo del Consorcio CMP ASOCIADOS y la no culminación en el plazo pactado; por lo que, queda demostrado que las demoras en la ejecución de la obra no son imputables a su representada y no puede afectar el derecho al pago por los servicios efectivamente prestados.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

En función de lo expuesto, señala el demandante que no corresponde resolver EL CONTRATO, ya que se ha cumplido el íntegro de prestaciones, y porque el hecho invocado por la Entidad no constituye "caso fortuito o fuerza mayor", por las razones que se indican: i) No es extraordinario, puesto que la resolución de un contrato de obra es un hecho ordinario, ya que es común en la casuística de ejecución de obras, ii) No es imprevisible, puesto que a lo largo de la ejecución de la obra la Entidad fue informada por su representada de las dificultades y solicitó se adopten medidas correctivas, y, iii) No es irresistible, puesto que estuvo al alcance de la Entidad ejercitar acciones como la intervención económica para garantizar la culminación de la obra en el plazo pactado u oportunamente resolver el contrato de ejecución de obra, evitando que transcurra el íntegro del plazo pactado en EL CONTRATO para la supervisión.

45. Agrega el demandante que se debe tener en consideración que la OPINIÓN N° 118-2017/DTN señala que, en caso de resolución del contrato por "caso fortuito o fuerza mayor", también deberá acreditarse la imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo, de manera definitiva, lo cual no ocurren este caso, puesto que su representada había cumplido con la integridad de prestaciones objeto del contrato en Febrero del 2017, a través de la presentación del Informe Final de Supervisión y la liquidación del contrato de ejecución de obra, mediante Carta N° 199-2017-C&C y Carta N° 200-2017-C&C, respectivamente; sin embargo, la Entidad ha resuelto EL CONTRATO en Julio del 2017, con la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR.
46. El demandante sostiene, también, que los argumentos señalados en los párrafos precedentes prueban que no se ha configurado la causal de "caso fortuito" para la resolución del contrato suscrito con su representada, puesto que los atrasos en la ejecución de la obra, y la posterior resolución del contrato de obra, son hechos previsibles que debieron ser resueltos oportunamente por los funcionarios de la Entidad; así mismo, refiere que se debe tener en consideración que la "fuerza mayor" es de imposible configuración en el presente caso, puesto que éste queda reservado para casos de desastres naturales como el de desastres naturales, que

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

corresponde a casos en los que, habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño.

47. Asimismo, el demandante indica que los considerandos de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR prueban que la Entidad resolvió EL CONTRATO luego de nueve (09) meses de haber resuelto el contrato de obra, lo cual evidencia que la Entidad ha actuado con el único objeto de justificar la negativa en cumplir con el pago del íntegro de las prestaciones ejecutadas por su representada y contraviniendo la buena fe prevista en el Artículo 1362 del Código Civil, que establece; "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes", aspectos que deben ser observado por el Tribunal al momento de resolver el presente caso.

48. De igual manera, precisa que la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR incumple con los requisitos de validez previstos en el artículo 3 de la Ley N° 27444, por las siguientes razones: i) La resolución del contrato de ejecución de obra no constituye "caso fortuito o fuerza mayor" que amerite la resolución del contrato suscrito con su representada y cuyo objeto era la supervisión de la ejecución de dicha obra; lo cual contraviene el Artículo 1315 del Código Civil que define los alcances de "caso fortuito o fuerza mayor" y el primer párrafo del Artículo 445 de la Ley de Contrataciones del Estado que habilita resolver el contrato por la causal antes señalada; puesto que no se ha acreditado los supuestos concurrentes que califican a un determinado hecho como "caso fortuito o de fuerza mayor"; situación que acredita que la resolución emitida por la Entidad tiene una motivación errónea; más aún si se tiene en consideración que la Entidad ni siquiera ha precisado si el hecho invocado corresponde acaso fortuito o fuerza mayor; y, ii) La Entidad no ha tenido en consideración que su representado representada ha cumplido con el íntegro de prestaciones objeto del CONTRATO con fecha anterior a la decisión de resolver dicho contrato; y, como tal, la resolución del CONTRATO, practicada por la Entidad, no tiene objeto jurídicamente posible, puesto que no existen prestaciones pendientes de ejecución de parte de su representada y sólo falta que se cumpla con los pagos

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

pendientes; es decir, la resolución del CONTRATO es innecesaria porque este ya había sido cumplido en su integridad.

49. En ese sentido, sostiene que habiendo demostrado que la resolución del contrato de ejecución de obra no es "caso fortuito o fuerza mayor", y no constituye causal de resolución del CONTRATO CONTRATO; se determina que la Resolución N°162-2017-GR.CAJ/GGR es nula, sin validez o ineficaz, por contravenir los requisitos de objeto y motivación, previstos en el Artículo 3 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y, al inobservar el Artículo 1315 del Código Civil y demás alcances de las normas de contratación pública, como lo es la notificación de la resolución por conducto notarial; por lo que, el primer extremo de la primera pretensión de ser declarado fundado.

50. Asimismo, el demandante señala que, con Carta Notarial N° 008-2017-C&C notificada a la Entidad el 11 de julio de 2017, su representada resolvió el CONTRATO, por incumplimiento injustificado de obligaciones por parte de la Entidad, conforme al Artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; habiendo previamente cumplido con cursar el apercibimiento con Carta Notarial N° 007-2017-C&C, notificada a la Entidad el 27 de junio de 2017, a través de la cual se concedió un plazo de cinco (05) días calendario, a fin de que la Entidad cumpla con remitir la liquidación del contrato de obra para su revisión, lo que no significa que el CONTRATO no haya sido cumplido en su totalidad, no obstante la persistencia de la Entidad en sostener la existencia de prestaciones pendientes de cumplimiento y que no corresponde el pago del íntegro de las prestaciones ejecutadas.

Agrega que, lo antes señalado, prueba que su representada ha cumplido de manera escrupulosa las causales y procedimientos para resolución del contrato, previstos en los Artículos 168 y 169 del citado Reglamento, por lo que, la resolución del CONTRATO, practicada por su representada, mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C, es válida y eficaz en todos sus extremos.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

51. De igual manera, señala que a fin de determinar el consentimiento o no de la resolución del CONTRATO, practicada por su representada mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C, se debe tener en consideración que, según el numeral 52.2) del Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el último párrafo del Artículo 170 del Reglamento de la Ley, el plazo para someter a conciliación y/o arbitraje las controversias relacionadas con la resolución del contrato es de quince (15) días hábiles, por lo que, habiendo demostrado que la Entidad no ha cuestionado la resolución del CONTRATO, practicada por su representada, a través de los mecanismos antes señalados, se determina que la misma ha quedado consentida, conforme lo hizo saber su representada a la Entidad con Carta N° 206-2017-C&C; y, como tal, el segundo extremo de la pretensión de su representada debe ser amparado.

52. En ese orden de ideas, el demandante concluye que la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, que resolvió el CONTRATO es nula, sin validez o ineficaz, al no haber sido notificada por conducto notarial y al no haberse configurado la causal de fuerza mayor invocada por la Entidad; así mismo, refiere que está probado que la resolución del CONTRATO practicada por su representada, mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C, se encuentra consentida, al no haber sido objeto de ningún cuestionamiento de parte de la Entidad; por lo que, corresponde que el Tribunal declare fundada la primera pretensión principal de la demanda.

53. Con relación a la segunda pretensión principal, el demandante señala que su representada ha cumplido con el íntegro de prestaciones objeto del CONTRATO, indicando que las prestaciones a su cargo son las siguientes: 1) Supervisión de la elaboración del Expediente Técnico, 2) Supervisión de la ejecución de la obra; y, 3) Revisión o formulación de la liquidación del Contrato de ejecución de obra.

Asimismo, refiere que i) la prestación de la elaboración del expediente técnico fue cumplida a satisfacción de la Entidad y está acreditado con la aprobación de dicho expediente, mediante Resolución N° 161-2015-GR.CAJ/GRI de fecha 17 de diciembre de 2015, que permitió el pago de dicha prestación a través de la

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Factura 001-Nº 0000001 de fecha 14 de marzo de 2016, por un monto de S/.138,878.87, ii) la supervisión de la ejecución de la obra se inició el 05 de enero de 2016 y concluyó el 31 de agosto de 2016, conforme lo comunicó con Carta Nº 168-2016-C&C, lo cual, a su vez, está acreditado con los Asientos de Cuaderno de Obra y diversos documentos de la propia Entidad, entre otros, el octavo considerando de la Resolución Nº 257-2016-GR.CAJ-GGR, con la que resolvió el contrato de ejecución de obra; además, que mediante Carta Nº 185-2016-C&C de fecha 14 de setiembre de 2016, su representada comunicó a la Entidad que luego de haber culminado el servicio de supervisión, los cuadernos de ocurrencias y cuadernos de obra han quedado en custodia del Consorcio CMP Asociados encargado de la ejecución de la obra; y, iii) con Carta Nº 199-2017-C&C de fecha 28 de febrero de 2017 y, a pedido de la Entidad, su representada cumplió con presentar el Informe Final de Supervisión, y con Carta Nº 200-2017-C&C de fecha 28 de febrero de 2017 su representada cumplió con presentar la liquidación del contrato de ejecución de obra.

54. Respecto al pago de las prestaciones ejecutadas, el demandante señala que a la fecha la Entidad ha cumplido con pagar a su favor la suma de S/.332,193.26 soles, y que la controversia radica en el pago por los servicios de "supervisión de la ejecución de la obra" y "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra", cuyo monto asciende a S/ 223,322.20.
55. Con relación a los servicios de "supervisión de la ejecución de la obra", el demandante sostiene que corresponde pagar a su representada el íntegro de los servicios de supervisión y no un monto proporcional al avance físico de la obra, debiendo tener presente que se ha cumplido el servicio en el plazo pactado de 240 días calendarios y que se ha dispuesto en el lugar de ejecución del servicio de la integridad de los recursos exigidos en los Términos de Referencia. Asimismo, señala que en el presente caso, al 31/08/2016, fecha de culminación del servicio de supervisión; la obra sólo alcanzó un avance físico de 55.97%; sin embargo, los recursos del servicio de supervisión fueron prestados en su integridad; es decir, la supervisión alcanzó un avance del 100%; y, como tal, corresponde el íntegro del

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

monto pactado, caso contrario no sería posible cumplir con los honorarios de diez (10) profesionales que laboraron en la supervisión de la obra durante ocho (08) meses y los demás recursos utilizados; lo cual contravendría el "principio de promoción del desarrollo humano" previsto en el literal a) del Artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que estaría imposibilitando el pago de los honorarios que legítimamente le corresponde a cada uno de los profesionales que participaron en la ejecución del CONTRATO; así como también, implicaría ejercicio abusivo del derecho, el mismo que está prohibido por el Artículo II del Código Civil.

56. Asimismo, respecto al pago del servicio de supervisión de manera proporcional al avance físico de la obra, refiere que el OSCE ha emitido diversos Pronunciamientos, entre otros, el PRONUNCIAMIENTO N° 273-2013/DSU, en mérito del cual, el demandante sostiene que habiendo demostrado que el presente contrato se ejecuta bajo el sistema de contratación de suma alzada y que el servicio de supervisión ha sido cumplido en su integridad durante los ocho (08) meses que establece el contrato, corresponde que la Entidad pague a su favor el monto total de los servicios de supervisión de obra.

57. Respecto al pago por el servicio de "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra", el demandante sostiene que éstos deben ser pagados en su integridad, teniendo en consideración que su representada a solicitud de la Entidad, formulada con Carta N° 194-2016-GR-CAJ-GRI/SGSL de fecha 15/09/2016, ha cumplido con presentar el Informe Final y la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra, a través de las Cartas N° 199-2017-C&C la Carta N° 200-2017-C&C, ambas de fecha 28 de febrero de 2017.

58. En base a dichas consideraciones, alega que habiendo demostrado que su representada ha cumplido con el íntegro de las prestaciones objeto del CONTRATO, corresponde que la Entidad pague el saldo de la retribución pactada que asciende a S/. 223,322.20 Soles, así como los reajustes de dicho saldo, teniendo en cuenta que, según el numeral 3 del artículo 49 del Reglamento,

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

todos los pagos están sujetos a reajustes y no hay duda que la Entidad deberá pagar a favor de su representada los reajustes correspondientes al saldo del servicio de "supervisión de la ejecución de la obra" y "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra", que asciende a la suma de S/.16,576.93, según se muestra en el Anexo N° 92, denominado "Saldo del servicio de supervisión y reajustes". Por ello, solicita que la segunda pretensión principal se declare fundada y la Entidad le pague la suma de S/.239,899.13 por concepto de saldo del servicio de "supervisión de la ejecución de la obra" y "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra" y reajustes.

59. Con relación a la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, el demandante se ampara en los artículos 48 de la Ley de Contrataciones del Estado y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para solicitar que la Entidad pague a favor de su representada la suma de S/.7,022.19 como intereses por los conceptos de saldo del servicio de "supervisión de la ejecución de la obra" y "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra" y reajustes, de acuerdo a la cuantificación efectuada en el Anexo N° 93 denominado "Intereses del Saldo del Servicio de Supervisión y Reajustes". Asimismo, solicita los intereses que correspondan en el periodo del 01 de enero de 2017 hasta la fecha efectiva de pago.

60. Con relación a la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal, el demandante señala que está probada la negativa de la Entidad a reconocer los servicios prestados por su representada durante el periodo pactado, pese a que en ningún extremo de los documentos que integran el contrato se ha previsto que no se pagará la totalidad del monto contratado aun cuando el plazo del contrato de supervisión haya culminado; y, que aun en este extremo sólo se reconocerán los servicios de manera proporcional al avance físico de la obra; con lo cual se pretende que su representada financie la prestación del servicio de supervisión; situación que configura enriquecimiento sin causa a favor de la Entidad; y, como tal, corresponde se indemnice a su representada, puesto que el

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Artículo 1954 del Código Civil proscribire el enriquecimiento sin causa y expresamente señala: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo." De otro lado, señala que se debe tener en consideración que el OSCE a través de múltiples Opiniones se ha pronunciado a favor del reconocimiento de indemnización por enriquecimiento sin causa.

61. Asimismo, el demandante señala que en presente caso están acreditados los presupuestos previstos para la configuración del enriquecimiento sin causa, y que si bien es cierto que el numeral 1.1) de la Cláusula Décimo Octava del Contrato establece que los supuestos de enriquecimiento sin causa no es materia arbitrable; esto no debe ser tomado en consideración en el presente caso porque la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aplicables al presente caso y vigente en el año 2014; no establecen ninguna prohibición; y, como tal, no es posible pactar contra la Ley; más aún si el numeral 1.) del Artículo 2 de la Ley de Arbitraje, establece que: "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen". Por lo tanto, solicita que esta pretensión se declare fundada.

62. Con relación a la tercera pretensión principal, el demandante se ampara en el numeral 3 del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el numeral 2.12 del Capítulo II de la Sección Específica de las Bases Integradas, que disponen que los pagos relacionados al presente contrato están sujetos a reajustes. De igual manera, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solicita el pago de intereses, que asciende a la suma de S/7,676.12.

63. Adicionalmente, el demandante señala que la Entidad a través de la Carta N° 070-2016-GR.CAJ-GRI/SGE de fecha 31/05/2016 ha reconocido el pago por reajustes respecto al servicio de "supervisión de la elaboración del Expediente Técnico" por un monto de S/ 7,360.58 Soles y ha precisado que éste será cancelado en la

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

liquidación del contrato; respecto a lo cual expresa su desacuerdo en el último extremo, puesto que esto no está previsto en las normas de contratación pública y es contrario a lo previsto en el numeral 3) del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por lo tanto, solicita que esta pretensión se declare fundada.

64. Con relación a la cuarta pretensión principal, el demandante alega que su representada mediante Carta N° 207-2017-C&C de fecha 15/08/2017 y Carta N° 210-2017-C&C de fecha 18/09/2017 solicitó a la Entidad la devolución de la Carta Fianza N° 010466792-002, al no existir prestaciones pendientes y deudas a favor de la Entidad; y, a través de la Carta N° 212-2017-C&C de fecha 10/10/2017 se reiteró la devolución y se comunicó la no renovación por su excesiva onerosidad; cual fue declarado improcedente por la Entidad a través del Oficio N° 342-2007-GR.CAJ-DRA/DT de fecha 26/09/2017 y Carta N° 061-2017-GR.CAJ-DRA de fecha 02/11/2017; y, se procedió a la ejecución de dicha garantía mediante Carta Notarial N° 086-2017-GR.CAJ-DRA de fecha 03/10/2017 pese a las comunicaciones antes señaladas de su representada y la Carta N° 211-2017-C&C de fecha 18/09/2017 y Carta N° 213-2017-C&C de fecha 10/10/2017 notificadas al Banco Scotiabank solicitando la devolución de Carta Fianza N° 010466792-002 y se abstenga de su ejecución.
65. En ese sentido, señala que habiendo demostrado en los literales precedentes que su representada ha cumplido con la integridad de las prestaciones objeto del contrato, que no existen deudas a favor de la Entidad, que la liquidación comprende los mismos conceptos de la demanda arbitral y que es razón de este Tribunal dar el remedio definitivo para solucionar las controversias entre las partes; se determina que la Entidad deberá devolver a su representada la suma de S/.55,552.00 Soles correspondiente a la ejecución de la Carta Fianza N° 010466792-002 emitida por el Banco Scotiabank, la misma que fuera ejecutada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 086-2017-GR.CAJ-DRA de fecha 03/10/2017; y, como tal, la cuarta pretensión de la demanda debe ser declarada fundada.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

66. Con relación a la quinta pretensión principal, el demandante señala que en el presente caso por responsabilidad exclusiva de la Entidad han acontecido diversos hechos que han generado perjuicio a su representada de la siguiente manera: i) Su representada ha cumplido con la prestación del servicio de "supervisión de la elaboración del Expediente Técnico", "supervisión de la ejecución de la obra" y "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra", conforme se ha demostrado de manera amplia en las pretensiones precedentes; y, pese a ello la Entidad ha expresado su negativa a reconocer el pago por el total del monto pactado en el contrato; situación que ha generado que su representada permanezca atada al contrato desde 04/12/2014, fecha en la que se suscribió el contrato con un plazo de ejecución de la prestación de 330 días; es decir, el contrato debió culminar en Diciembre del 2015; sin embargo, su representada seguirá destinando recursos hasta la emisión del Laudo en el presente arbitraje, es decir, la relación contractual se ha extendido a más de cuatro (04) años, pese a estar pactada en solo un (01) año, ii) La Entidad de manera maliciosa, arbitraria y a fin de impedir que su representada cobre la totalidad del monto pactado; resolvió el contrato a través de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR de fecha 05/07/2017, en la que invocaba la causal de "caso fortuito o fuerza mayor" motivada por la resolución del contrato de ejecución de obra que estuvo a cargo del CONSORCIO CMP ASOCIADOS; e, inobservaba que el hecho invocado es de carácter predecible e incumple los supuestos previstos en el Artículo 1315 del Código Civil, iii) La situación de decidía e incertidumbre de la Entidad ameritó que su representada resuelva el contrato a través de la Carta Notarial N° 008-2017-C&C de fecha 11/07/2017; a fin de poner término a una relación contractual que genera perjuicios a su representada por el accionar arbitrario e intransigente de la Entidad, y iv) Pese a la inexistencia de obligaciones pendientes de cumplimiento y de deuda a favor de la Entidad, ésta a través de la Carta Notarial N° 086-2017-GR.CAJ-DRA de fecha 03/10/2017 ha procedido a la ejecución de la Carta Fianza N° 010466792-002 emitida por el Banco Scotiabank que ascendía a la suma de S/.55,552.00 Soles.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

67. Asimismo, señala el demandante que los hechos antes descritos han generado que su representada incurra en gastos innecesarios que se hubieran evitado en caso la Entidad hubiera procedido a otorgar conformidad a las prestaciones ejecutadas y proceder al pago de las mismas, y devolver la garantía de fiel cumplimiento. En ese sentido, refiere que i) Luego de culminada la prestación del servicio de supervisión de obra el 31/08/2016, su representada ha incurrido en mayores gastos administrativos como los que se indican: alquiler de oficina, servicio contable - administración y representación legal; los mismos que se permanecerán hasta que se resuelva el presente arbitraje en el año 2018, que comprende un plazo de veintiocho (28) meses, ii) El incumplimiento de pago por las prestaciones ejecutadas por su representada, ocasionó cuantiosas deudas de honorarios y de servicios diversos; conforme prueban la Carta N° 001-2017-MSD de fecha 09/01/2017, Carta N° 002-2017-LGSD de fecha 13/01/2017, Carta N° 001-2017-JCP de fecha 17/01/2017, Carta N° 005-2017-ALTP de fecha 25/01/2017, Carta N° 012-2017-JCP de fecha 08/05/2017, Carta N° 012-2017-MSD de fecha 10/10/2017, Carta N° 015-2017-ALTP de fecha 02/11/2017, Carta N° 027-2017-JCP, Carta N° 025-2017-LGSD de fecha 24/11/2017, Carta N° 021-2016-JTT de fecha 05/12/2016, Carta N° 018- 2017-JTT de fecha 05/04/2017 y Carta N° 031-2017-JTT de fecha 02/11/2017, siendo que frente a la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento de parte de la Entidad, uno de los integrantes del consorcio, como es la ING. MAGALY SANCHEZ DAVALOS, con RUC N° 10267176286; solicitará dos (02) créditos a la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo SA, a fin de amortizar las deudas contraídas, recuperar en parte el capital de trabajo perdido por la ejecución de la garantía antes mencionada y evitar un mayor perjuicio contra su representada por acciones civiles y/o penales en la jurisdicción judicial por parte de los profesionales y proveedores que prestaron servicios en la supervisión de la obra, iii) El contrato tenía un plazo de vigencia de 330 días; y, como tal, es obligación de su representada mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento por el mismo plazo; sin embargo, en el presente caso, la garantía de fiel cumplimiento se ha mantenido vigente hasta el 02/10/2017; por lo que, los mayores costos por renovación de la garantía de fiel cumplimiento y los generados por su ejecución deberán ser asumidos por la

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Entidad, y iv) Los mayores costos en que ha incurrido su representada asciende a la suma de S/.76,195.01 Soles, los cuales están acreditados en el Anexo N° 95, denominado "Daños y Perjuicios por los Mayores Costos Administrativos Generados luego de la Culminación del Servicio de Supervisión, la Resolución del Contrato y la Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento".

68. De otro lado, señala el demandante que se debe tener en consideración que en condiciones normales el contrato debió ser ejecutado en 330 días; y, según el numeral 22.) de los Términos de Referencia la utilidad prevista es de 5%; por lo que, teniendo en consideración que el monto del contrato suscrito con su representada asciende a S/ 555,515.46 Soles, la utilidad prevista asciende a la suma de S/ 27,775.77 Soles. Conforme a lo antes señalado y habiendo demostrado que el contrato debió ejecutarse en un año, esto durante el año 2015; se determina que su representada ha perdido la posibilidad de ejecutar contratos similares que le hubiesen generado las mismas utilidades durante los años 2016, 2017 y 2018; y, como tal, el lucro cesante constituido por la utilidad dejada de percibir se cuantifica en tres (03) veces la utilidad prevista para el presente contrato en controversia y asciende a la suma de S/.83,327.31 Soles.

69. En ese sentido, indica el demandante que la cuantía de la presente pretensión asciende a S/.159,522.32 Soles, dividido en S/.76,195.01 por daños y perjuicios por los mayores costos administrativos generados luego de la culminación del Servicio de Supervisión, la resolución del contrato y la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, y S/.83,327.31 por concepto de lucro cesante.

70. El demandante sostiene que se ampara en los artículos 1321 del Código Civil y 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y de manera adicional, señala que se debe tener presente que a cuantía del daño está debidamente probada; sin embargo, en el supuesto negado, el Tribunal deberá estimarlo a través de una valoración equitativa, conforme lo establece el Artículo 1332 del Código Civil, que establece: "si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

71. Finalmente, concluye señalando que habiendo demostrado que los servicios de su representada se extendieron de manera innecesaria, que el contrato fue resuelto por causa atribuible a la Entidad y que la garantía de fiel cumplimiento fue ejecutada de manera indebida; corresponde que éste asuma los mayores gastos administrativos luego de la culminación de las prestaciones, los intereses del préstamo para recuperar el capital disminuido por la ejecución de la Carta Fianza N° 010466792-002, los costos de renovación de la Carta Fianza N° 010466792-002 y el lucro cesante constituido por la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de la suscripción de nuevos contratos; por lo que, la quinta pretensión principal de la demanda debe ser declarada fundada.
72. Con relación a la sexta pretensión principal, el demandante sostiene que si bien es cierto que la Cláusula Décimo Octava del contrato ha previsto que los pagos de los gastos arbitrales serán de cargo de la parte demandante, esto es una regla que sólo es aplicable a la etapa de anticipos de honorarios; y, de ninguna manera puede extenderse a la asunción o distribución de costos del arbitraje que se determina en el Laudo Arbitral y que facultad exclusiva del Tribunal Arbitral conforme lo establece el numeral 2) del Artículo 56 de la Ley de Arbitraje.
73. En ese sentido, señala que teniendo en consideración el carácter fundado de las pretensiones de la demanda y que su representada se ha visto obligada a recurrir a arbitraje para ejercitar los derechos que legítimamente le corresponden; y, a fin de evitar un mayor perjuicio económico; se determina que los costos del arbitraje deben ser asumidos por la Entidad, lo cual incluye los honorarios del Tribunal y de secretaria que deberán ser cualificados por el Tribunal en la oportunidad de la emisión del Laudo; así mismo, deberá reconocer los costos de asesoramiento legal contratados por su representada para el presente arbitraje, los mismos que están a cargo del Abog. Antonio Trinidad Aquino Abanto, con ICAC N° 2067 y ascienden a la suma de S/.32,000.00 Soles.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

74. En consecuencia, alega que corresponde que los costos del arbitraje sean asumidos por la Entidad, y como tal la presente pretensión debe ser declarada fundada.

V. ARGUMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE LA ENTIDAD

75. Mediante escrito de fecha 06 de abril de 2018, la Entidad contestó la demanda arbitral, solicitando declararla infundada, en base a los siguientes argumentos:

76. Con relación a la primera pretensión principal, la Entidad refiere que contrariamente a lo afirmado por el demandante, la Entidad si tuvo razones sustanciales para resolver el Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, pues si se configuró la causal de fuerza mayor invocada por la Entidad; asimismo, el acto administrativo que resuelve el Contrato ha sido emitido válidamente cumpliendo los requisitos validez de los actos administrativos conforme se puede verificar del contenido de la misma resolución, es así que la Resolución de Gerencia General Regional N° 257-2016-GR.CAJ/GGR del 12 de octubre del 2016, refleja la ocurrencia de un hecho que calza con el supuesto jurídico de caso fortuito o fuerza mayor conforme al artículo 44° primera parte de la Ley de Contrataciones del Estado promulgada por D. Leg. 1017.

77. En tal sentido, señala que se deberá tenerse en cuenta sobre este hecho, que la causal invocada es tal por cuanto se cumplen las características de ser un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible: i) Acaeció un hecho extraordinario, puesto que la resolución del contrato principal es un hecho fuera de lo común, dado que al perfeccionar un contrato lo ordinario que se espera es el cumplimiento de la prestaciones que las partes se comprometen y no el incumplimiento de las prestaciones, lo cual se verifica del Contrato N° 006-2015-GR.CAJ/GGR y sus partes integrantes, ii) Es imprevisible, puesto que al perfeccionamiento del contrato, no era posible prever que el contratista ejecutor de la obra, incurra en incumplimiento de obligaciones, más aún si cumplió con la elaboración del Expediente Técnico que fue objeto del mismo contrato (dado que

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

se llevó a cabo en la modalidad de concurso oferta), como se puede verificar del Contrato N° 006-2015-GR.CAJ-GGR y la resolución N° 161-2015-GR.CAJ/GGR, y iii) Es irresistible, puesto que la Entidad, no puede evitar la resolución del Contrato N° 006-2015-GR.CAJ-GGR, conforme a los documentos que sustentan la resolución, y conforme lo manifiesta incluso el Consorcio C&C.

78. La Entidad sostiene que por lo señalado se determina que sí correspondía resolver el contrato suscrito con el Consorcio C&C al constituir "caso fortuito o fuerza mayor" la Resolución N° 257-2016-GR.CAJ/GGR del 12 de octubre del 2016, la cual imposibilitó de manera definitiva ejecutar sus prestaciones al Consorcio C&C, dado que, resuelto el contrato de obra, EL CONTRATO DE SUPERVISIÓN QUEDÓ SIN OBJETO CONTRACTUAL SIN TRABAJOS QUE CONTROLAR Y SIN CONTRATO QUE SUPERVISAR.

79. Asimismo, indica la Entidad que el contrato de supervisión es de naturaleza accesoria en relación al contrato de ejecución de obra, únicamente debe entenderse y limitarse a que los eventos que conllevan modificar ciertos aspectos contractuales, durante la ejecución de la obra, como: ampliaciones de plazo, prestaciones adicionales e inclusive la resolución del contrato, también deben afectar a la supervisión.

80. De otro lado, expresa que la declaración de consentimiento de la resolución del Contrato N°002-2014-GR.CAJ-GGR, practicada por el Consorcio C&C mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C NO ha sido objeto cuestionamiento de parte de la Entidad, por cuanto a la fecha no existía contrato entre la Entidad y el Consorcio C&C, dado que fue resuelto.

81. Asimismo, precisa que la notificación se realizó mediante Oficio N° 1255-2017-GR.CAJ/GGR-SG el 06 de agosto del 2017, asimismo por Carta Notarial N° 047-2017-GR.CAJ/GGR del 02 de agosto del 2017.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

82. Con relación a la segunda pretensión principal, la Entidad sostiene que el objeto del contrato de supervisión es controlar los trabajos efectuados por el contratista directamente y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato, es decir hasta la liquidación de la obra; sin embargo, en el presente caso la obra no se ha culminado, debido a que el contratista ejecutor incumplió sus obligaciones y motivó a la Entidad a resolverle el contrato (hecho conocido por la Supervisión -ahora demandante- y que no ha sido cuestionado bajo ningún extremo de su demanda), quedando sin objeto contractual el Consorcio C&C en calidad de supervisor de la obra y en la imposibilidad de cumplir con sus demás prestaciones, sin culpa de las partes contratantes.

83. La Entidad señala que el Consorcio C&C, asumió el compromiso contractual, de acuerdo a la "Cláusula Cuarta" del Contrato N° 002-2014-GR.CAJ-GGR a que la Entidad le pague la contraprestación en soles en periodos de valorización mensual, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, de acuerdo a la reglas definitivas del proceso de selección, "Bases integradas numeral 2.10", las cuales forman parte del contrato y establecen su vez que la Entidad deberá realizar el paso de la contraprestación pactada a favor del contratista en valorizaciones mensuales en base a los servicios efectivamente prestados, concordante con lo señalado en los términos de referencia y anexo N° 02 de las Bases (Declaración jurada de cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos), es decir el Consorcio C&C no ha cumplido con lo pactado para el pago total por el servicio de supervisión de obra, desconociendo las norma de las parte que viene hacer el Contrato N° 002-2014-GR.CAJ-GGR y partes integrantes, incumpliendo por lo tanto el contrato y demandando un pago que no le corresponde, situación que se verifica del Contrato suscrito y sus partes integrantes.

84. Asimismo, refiere que de los documentos: Carta N° 156-2016-C&C del 11 de agosto del 2016, Carta N° 062-2016- JTT del 11 de agosto del 2016, así como de

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

la Carta N° 170-2016-C&C se evidencia que el Consorcio C&C NO realizó trabajos de control al ejecutor de la obra puesto que existen comunicaciones de paralización que el Jefe de supervisión realiza y que el propio Consorcio señala que sus asistentes NO ASISTIRÁN A SUS ZONAS DE TRABAJO DESDE EL 11 DE AGOSTO DEL 2016 AL 30 DE AGOSTO DEL 2016., y sin embargo manifiesta que ha cumplido con la prestación.

85. En consecuencia, la Entidad sostiene que no solamente no corresponde el pago por el componente solicitado (saldo del servicio de supervisión) sino que el pedido de pago de intereses legales de una obligación que jamás existió también ES INFUNDADA, recuérdese que ni en su demanda ni en los anexos presentados se alega o acredita el cumplimiento de sus obligaciones contractuales como razón de la existencia de la supuesta obligación de pago por parte de su representada, y ello es así porque ese servicio jamás se ejecutó, lo que resultó obvio si se tiene en consideración que el contrato principal fue resuelto lo que generó que el accesorio corriera la misma suerte, porque el supervisor no realizó el servicio cuyo pago reclama.
86. Agrega la Entidad que debe tenerse en cuenta que, conforme a lo manifestado, no existe saldo de pago a favor del Consorcio C&C por el servicio de supervisión, por lo tanto, no existen intereses y reajustes, conforme se verifica del Contrato y de sus partes integrantes de este y del texto de la propia demanda.
87. Sobre la primera pretensión subordina a la segunda pretensión principal, consistente en que, en caso se declare infundada la segunda pretensión principal, el Tribunal ordene a su representada el pago a favor de la demandante de la suma de S/. 223,322.20 soles por concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA correspondiente a la prestación efectiva del integro de los servicios de supervisión, manifiesta que el enriquecimiento sin causa tiene como sustento la existencia de un beneficio obtenido por una de las partes a costa de la otra, hecho que no ha ocurrido en el caso concreto; por lo que, marra el demandante al pretender un pago por una actividad que jamás realizó y de la cual su

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

representada no se ha visto ni remotamente beneficiada. Esto, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es «causa eficiente de la obligación de indemnizar», por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.

88. Asimismo, indica que esta pretensión debe ser declarada improcedente pues de acuerdo a lo establecido en la cláusula octava, numeral 1.1, el enriquecimiento sin causa **NO CONSTITUYE MATERIA ARBITRABLE**.

89. Con relación a la tercera y cuarta pretensión principal, la Entidad sostiene que como lo ha señalado el demandante, la relación contractual que vincula a su representada con el Consorcio C&C, nace de la suscripción del Contrato N° 002-2014-GR.CAJ- GGR de fecha 04 de diciembre del 2014, celebrado entre las partes para la Supervisión de la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución del PIP: "Mejoramiento de los servicios de educación inicial escolarizada de las localidades de Maleas, Shillabamba, El Ollero, Ventanillas, Campo Alegre, Jucat, Chupica y San Antonio, de las provincias de San Marcos y Celendín - Región Cajamarca"; en consecuencia era su obligación cumplir con las prestaciones previstas en el contrato, sin embargo, a la fecha el Supervisor no ha cumplido con el total de sus obligaciones contractuales; es decir, es falso que haya cumplido con todas las prestaciones previstas en su contrato.

90. Asimismo, señala que el servicio de Supervisión del Expediente Técnico, ha sido **CANCELADO** en su totalidad, en consecuencia el reajuste reclamado es inexistente, toda vez que este procede en la medida que el pago adeudado no se haya realizado y el transcurso del tiempo obligue a la aplicación de la fórmula de reajuste pertinente, que conlleve a un pago por tal concepto; por tanto, no queda ningún pendiente ninguna obligación de tipo de reajuste y menos intereses legales tal como se puede verificar de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR y del mismo texto de la demanda del Consorcio C&C.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

91. Así también, la Entidad indica que la garantía se ejecutó POR VENCIMIENTO DEL PLAZO, dado que de acuerdo al Informe N° 81-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/RMS del 22 de setiembre del 2017, al existir controversias pendientes de resolver respecto del Contrato N° 002-2014-GR.CAJ/GGR y no habiendo liquidación, ni mucho menos el consentimiento de la liquidación final de dicho contrato, condición que debe cumplirse para que se proceda a la devolución conforme al artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (D.S. N° 184-2008-EF), en tal sentido el contratista tiene la obligación de seguir manteniendo vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento mientras no se consienta la liquidación final del contrato. Es decir, si bien la entidad custodia el monto que corresponde a la ejecución de la Carta Fianza (acto que se realizó en cumplimiento de las facultades al haber procedido conforme a Derecho por cuanto el Consultor -ahora demandante- no cumplió con renovar la vigencia del citado título valor) esta suma de dinero no podrá ser devuelta en tanto no quede precisado en la liquidación la inexistencia de obligaciones pecuniarias por parte del Supervisor, tales como penalidades u otros; y en ese caso, se devolverá -de ser el caso- lo que legalmente le corresponda al consultor. No obstante, tal circunstancia en modo alguno genera la obligación de parte de su representada de realizar el pago de intereses por tal concepto, pues -como se ha manifestado- la ejecución de la carta fianza se produjo por un proceder negligente del ahora demandante, quien no cumplió con renovar su garantía, siendo que tal circunstancia no genera ningún tipo de responsabilidad a su representada.
92. Con relación a la quinta pretensión principal, la Entidad señala que no existe daños y perjuicios causados al Consorcio C&C, por cuanto no existe saldo de pago por servicios de supervisión, dado que, resuelto el contrato del ejecutor de obra, no realizó más servicios de supervisión para la Entidad, así que los gastos en que hubiera incurrido el Consorcio son responsabilidad exclusiva de éste.
93. Con relación a la sexta pretensión principal, refiere la Entidad que tomando en consideración el carácter infundado de las pretensiones del demandante; y conforme al numeral 1) del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 que

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

norma el arbitraje, los costos deberán ser asumidos por el demandante, en su condición de parte vencida. Además, el Tribunal deberá tener en consideración que la Entidad ha sido involucrada en un arbitraje totalmente innecesario, pese al accionar malicioso del demandante. Por tanto, considera que esta pretensión deberá ser DECLARADA INFUNDADA.

VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

94. Conforme a la citación efectuada mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de octubre de 2018, la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Pruebas se llevó a cabo el día 18 de octubre de 2018, ocasión en la que el Tribunal Arbitral invocó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, frente a lo cual ambas manifestaron que ello no era posible, dejándose abierta la posibilidad de que las partes logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

95. Seguidamente, el Tribunal Arbitral, contando con la anuencia de las partes, estableció como puntos controvertidos del presente arbitraje los siguientes:

(i) **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar nula, sin validez o ineficaz la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR que resolvió el Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y ejecución del PIP: Mejoramiento de los Servicios de Educación Inicial Escolarizada de las localidades de Malca, Shillabamba, El Ollero, Ventanillas, Campo Alegre, Jucat, Chupica y San Antonio de las provincias de San Marcos y Celedín – Región Cajamarca, al no haberse configurado la causal de fuerza mayor invocada por la Entidad.

(ii) **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR,

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

practicada por el Consorcio C&C mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C, al no haber sido objeto de ningún cuestionamiento de parte de la Entidad.

- (iii) **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.239,899.13 soles por concepto de saldo del servicio de supervisión que habría sido cumplido en su integridad más los reajustes de dicho saldo.
- (iv) **Cuarto Punto Controvertido:** Como pretensión accesoria de la segunda pretensión principal, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.7,022.19 soles por concepto de intereses legales correspondientes al saldo del servicio de supervisión y reajustes durante el periodo del 01 de octubre del 2016 al 31 de diciembre del 2017; más los intereses por el periodo del 01 de enero del 2017 hasta la fecha efectiva de pago.
- (v) **Quinto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 7,676.12 soles por concepto de reajustes e intereses al 31 de diciembre del 2017 del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico más los intereses que correspondan desde el 01/01/2018 hasta la fecha efectiva de pago.
- (vi) **Sexto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 55,552.00 soles correspondientes a la ejecución de la Carta Fianza N° 010466792-002 emitida por el Banco Scotiabank más los intereses legales desde el 03 de octubre del 2017 hasta la fecha efectiva de pago, al haber cumplido el íntegro de prestaciones y no existir deuda a favor de la Entidad.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

(vii) **Sétimo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.159,522.32 soles por concepto de daños y perjuicios, por los mayores costos administrativos generados luego de la culminación del servicio de supervisión, la resolución del contrato y la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; y, el lucro cesante constituido por la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de suscribir nuevos contratos.

(viii) **Octavo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad asuma el íntegro de los costos del arbitraje, que incluye los honorarios del tribunal y la secretaria arbitral; y, se ordene la devolución a favor del Consorcio C&C de los gastos de asesoramiento legal que ascienden a la suma de S/.32,000.00 soles; más los intereses legales desde la fecha de emisión del laudo hasta la fecha efectiva de pago.

96. Asimismo, se establecieron las reglas para el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre los puntos controvertidos.

97. Además se deja constancia que mediante Acta de Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Pruebas de fecha 18 de octubre de 2018 se precisó que no se había incluido el punto controvertido relacionado con la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la demanda, referido al pedido de enriquecimiento sin causa toda vez que se declaró fundada la excepción de incompetencia sobre dicha pretensión mediante Resolución N° 9, por lo que no amerita emitir pronunciamiento sobre ello.

98. Posteriormente, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por ambas partes y de conformidad a lo dispuesto en el numeral 32 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral consideró que no es necesario convocar a una audiencia especial para la actuación de los documentos que se han admitido como

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

medios probatorios, por lo que decidió prescindir de la audiencia de pruebas, dando por cerrada la etapa probatoria.

VII. DEL CIERRE DE ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS

99. En la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Pruebas de fecha 18 de octubre de 2018, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y de conformidad con lo establecido en el numeral 44 del Acta de Instalación, concedió a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos; asimismo, por acuerdo de las partes se fijó la fecha de la Audiencia de Informes Orales para el día 15 de setiembre de 2018, a las 10:00 a.m. en la sede arbitral.

VIII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

100. En la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y de Pruebas de fecha 18 de octubre de 2018, el Tribunal Arbitral citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 15 de setiembre de 2018, llevándose a cabo la citada audiencia con la participación de ambas partes quienes hicieron uso de la palabra para exponer ante el Tribunal Arbitral el resumen de sus posiciones.

IX. PLAZO PARA LAUDAR

101. En la Resolución N° 13 de fecha 15 de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles, conforme a lo establecido en el numeral 45 del Acta de Instalación Ad Hoc, contados desde la Audiencia de Informes Orales.

X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

102. CUESTIONES PRELIMINARES

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Como acto previo al análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje, en función a la valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por las partes, el Tribunal Arbitral declara:

- a) Que ha sido designado conforme a Ley y ninguna de las partes lo ha recusado en ninguna etapa del proceso.
- b) Que ha otorgado a las partes plena oportunidad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios ofrecidos oportunamente.
- c) Que ha desarrollado las actuaciones respetando el debido proceso y las garantías de audiencia bilateral, contradicción y trato igualitario que asiste a cada una de las partes.
- d) Que las partes han ejercido su facultad para presentar sus alegatos escritos y sus informes orales.
- e) Que procede a laudar dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 04 de enero de 2018.

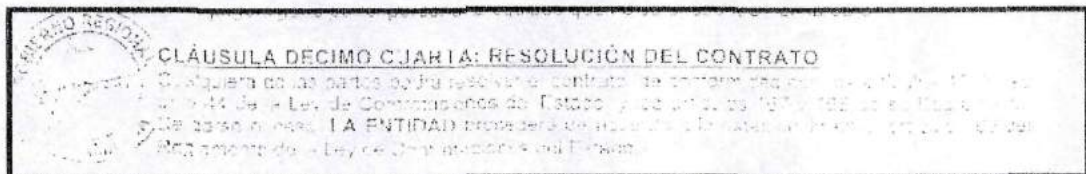
XI. CONSIDERANDO

- (i) **Primer Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no declarar nula, sin validez o ineficaz la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR que resolvió el Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y ejecución del PIP: Mejoramiento de los Servicios de Educación Inicial Escolarizada de las localidades de Malca, Shillabamba, El Ollero, Ventanillas, Campo Alegre, Jucat, Chupica y San Antonio de las provincias de San Marcos y Celedín – Región Cajamarca, al no haberse configurado la causal de fuerza mayor invocada por la Entidad.*

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

103. Al respecto, el Contratista ha esgrimido como argumentos para solicitar la nulidad, invalidez o ineficacia de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, argumentos tanto de forma como de fondo. Dentro del primero ha alegado que la Entidad no habría cumplido con la formalidad para la notificación de la Resolución contractual, la cual debe ser por vía notarial, debido a que la normativa de contrataciones no ha previsto ninguna excepción a la formalidad de las notificaciones, debiendo seguirse por ende el mismo procedimiento establecido para el caso de resolución por incumplimiento, aunque el presente caso sea una resolución por causal de hecho fortuito fuerza mayor.
104. Sobre los argumentos de fondo ha alegado que, en el presente caso no se ha configurado un supuesto de caso fortuito fuerza mayor para la resolución del contrato de supervisión.
105. Se advierte además que la Entidad al absolver la primera pretensión no ha realizado absolución explícita sobre el cuestionamiento de forma, sino que ha alegado lo conveniente a su derecho sobre los aspectos de fondo manifestando que el Acta de Administrativo que resuelve el contrato ha sido emitido válidamente cumpliendo los requisitos de validez de los actos administrativos.
106. Para determinar el cuestionamiento sobre la forma de la resolución contractual efectuada por la Entidad es preciso en primer término remitirnos a las estipulaciones del Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, el cual sobre la resolución contractual establece lo siguiente:



107. Como se aprecia el contrato materia del presente arbitraje indica que cualquiera de las partes podrá resolver el Contrato, por la causal c) del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 167 y 168 de su Reglamento,

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

estableciéndose que de darse el caso la ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

108. De conformidad con el contrato, y el Acta de instalación es aplicable para resolver el fondo de la presente controversia el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por el DS. N° 184-2008-EF y modificado por el DS N° 138-2012-EF, en adelante LCE y RLCE respectivamente.

109. La resolución contractual está regulada en la LCE y el RLCE. En dichos dispositivos legales se ha establecido un procedimiento y los supuestos para la resolución del contrato. Los artículos aplicables, entre otros, son precisamente los indicados en la cláusula décimocuarta del contrato antes citada y los cuales reproducimos a continuación:

Artículo 40 literal c):

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Por su parte el artículo 44 regula el supuesto de la resolución contractual por caso fortuito fuerza mayor de acuerdo a lo siguiente:

"Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato sin responsabilidad de ninguna de ellas en caso fortuito fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato"

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Los artículos del RLCE N° 167, 168 y 169:

Artículo 167°.- Resolución de Contrato

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

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.

Concordancia: LCE: Artículos 40° inciso c), 44°.

Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.

Concordancia: LCE: Artículo 40° inciso c).

Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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

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

110. De los artículos precedentes se advierte que hay diferentes causales para resolver el contrato, entre las cuales existen el hecho fortuito fuerza mayor, el incumplimiento injustificado de alguna de las partes de sus obligaciones contractuales, la acumulación máxima de penalidad, que se paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación pese a haber sido requerido para corregir dicha situación. Por su parte el contratista también podrá resolver el

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

contrato ya sea por caso fortuito fuerza mayor, o en el caso que la Entidad incumpla sus obligaciones esenciales.

111. El artículo N° 169 del RLCE establece el procedimiento para realizar la resolución contractual, procedimiento en el cual, al margen de los apercibimientos de cumplimiento, se establece que la resolución contractual se realizará mediante CARTA NOTARIAL.

112. Asimismo, es necesario precisar que, en la LCE no se ha establecido un procedimiento para resolver contratos, sino que ello se ha realizado específicamente en el artículo 169 del RLCE, pues en ninguno de los demás artículos de la LCE y del RLCE se ha establecido otro tipo de procedimiento para resolver contratos.

113. En adición a lo anterior, el OSCE a través de sus opiniones, se ha pronunciado sobre el procedimiento de resolución contractual que deben seguir las Entidades. Dichas opiniones guardan un carácter vinculante de acuerdo con la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE, carácter vinculante que debe ser observado por este Colegiado.

114. Dentro de las opiniones para diferentes supuestos se tiene lo siguiente:

OPINION 115-2009/DTN:

Cuando se le consulta sobre el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento de obligaciones del contratista y si es necesario que la Entidad emita una "Resolución" que contenga el sustento de la decisión de la Entidad de resolver el contrato. Sobre ello el OSCE precisa que no se requiere propiamente una "Resolución" sino que podrá ser cualquier otro documento por escrito mediante el cual la Entidad manifieste su voluntad. Y concluye:

El procedimiento a seguir a fin de que una Entidad resuelva un contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales se encuentra previsto

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

en el artículo 40º de la Ley y **el artículo 169º del Reglamento.** (El resaltado es nuestro)

OPINION 059-2013/DTN

Cuando se le consulta al OSCE, sobre la responsabilidad de un contratista en caso se haya designado un inspector y no un supervisor, es decir sobre un supuesto incumplimiento del artículo 184 del RLCE; el OSCE se pronunció remitiéndose al penúltimo párrafo del artículo 184 según el cual, cuando la Entidad incumpla las condiciones para iniciar el plazo de ejecución de obra, el contratista puede iniciar el procedimiento de resolución contractual conforme a lo dispuesto en el artículo 169 del RLCE. Y concluyó lo siguiente:

Si dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del contrato la Entidad

no cumple con las condiciones previstas en el primer párrafo del artículo 184 del Reglamento, entre estas la de designar al supervisor de obra, en los quince (15) días siguientes al vencimiento de dicho plazo el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el artículo 169 del Reglamento. (El resaltado es nuestro)

OPINION 90-2015/DTN

Cuando se le consultó al OSCE si el haber entregado otros productos, a pedido de la Entidad, para sustituir los que no pudo obtener por falta de condiciones materiales para ello, el OSCE manifestó que en caso de que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la entidad implique la inobservancia de las obligaciones esenciales contenidas en las bases. Y concluyó de la siguiente manera:

De darse el caso que la falta de condiciones materiales se deba a un incumplimiento por parte de la Entidad, el contratista está facultado para requerirla conforme al procedimiento establecido en el artículo 169

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

del Reglamento, pudiendo resolver el contrato en caso la Entidad persista en su incumplimiento pese a dicho requerimiento. (El resaltado es nuestro)

En adición a las opiniones antes citadas, el Acuerdo de Sala Plena 006-2012 del 20/09/2012, el cual es precedente de observancia obligatoria de conformidad con el artículo 53 de la LCE, realiza un análisis respecto del procedimiento de resolución contractual. Este colegiado considera que dicho análisis es pertinente y relevante para el presente caso puesto que indica cuál es el procedimiento que deben observar las Entidades cuando resuelven contratos.

En dicho acuerdo la Sala Plena hizo un análisis del marco normativo de la resolución contractual con la norma antigua y también con la LCE y el RLCE y realizó un acápite titulado "procedimiento de resolución contractual" el cual reproducimos en su parte pertinente:

Como puede verse, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley, la resolución de un contrato puede deberse a los siguientes hechos sobrevinientes a su suscripción:

No atribuibles a las partes, como ocurre en el caso fortuito o fuerza mayor,

Atribuibles a las partes, referida al incumplimiento de obligaciones de una de las partes del contrato, sea entidad pública o contratista,

En el caso específico de las causas atribuibles al contratista, pueden estar referidas a: i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo; ii) por acumulación de la penalidad máxima, sea por mora u otras penalidades; y iii) por la paralización o reducción injustificada en la ejecución de la prestación,

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Una vez que la Entidad identifique la causal atribuible al contratista, tiene la obligación de requerir previamente¹ el cumplimiento de su obligación dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato, pudiendo dar mayor plazo, dependiendo del monto contractual, la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el que no será mayor de quince (15) días calendario. Si se vence el plazo otorgado y continúa el incumplimiento, la entidad resolverá el contrato, comunicando su decisión mediante carta notarial.

El cumplimiento de los plazos y formas previstos en la normativa constituyen una garantía para los Contratistas, de manera que, para que se produzca la resolución, será necesario acreditar que la Entidad, cumplió con requerir y declarar la resolución siguiendo el procedimiento correspondiente.

(...)

*El Tribunal, por mayoría, **Acordó** aprobar el siguiente criterio de interpretación:*

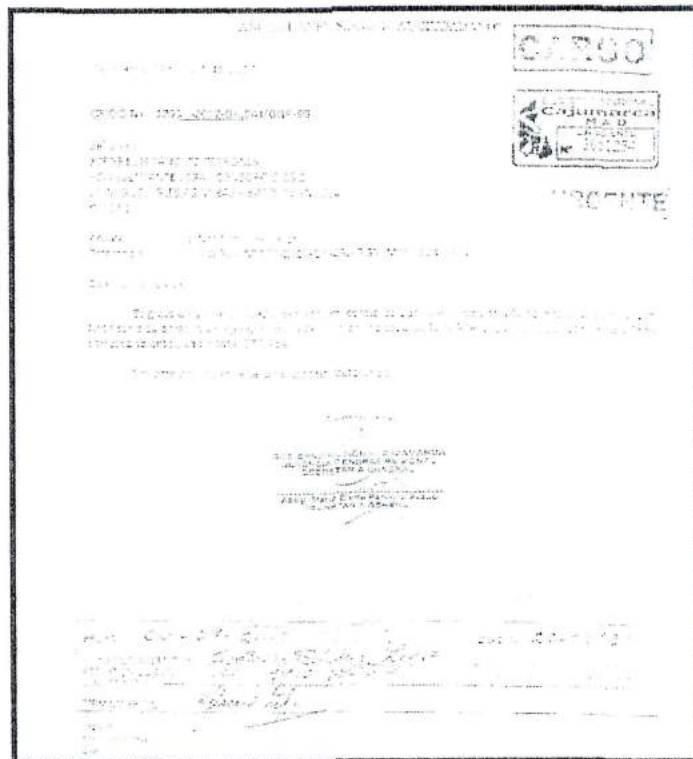
*En los casos de resolución de contratos, **las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del Contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables.** (El resaltado es nuestro)*

¹ [CITA INCLUIDA DEL PROPIO ACUERDO] Este requerimiento previo no es aplicable cuando la resolución se deba a la acumulación de la penalidad máxima o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

115. Como se advierte de las opiniones y el acuerdo antes citado, ya sea que el Contratista resuelva el contrato o ya sea que la Entidad resuelva el contrato, se advierte que el procedimiento de resolución contractual al que se remiten es al indicado en el artículo 169 del RLCE.
116. Teniendo entonces clara la posición tanto normativa como lo interpretado por el OSCE, corresponde realizar el análisis de cómo sucedieron los hechos en el presente caso.
117. De los medios probatorios, así como lo alegado por las partes se tiene que el Contrato de supervisión materia del presente arbitraje fue resuelto mediante la Resolución de Gerencia General Regional N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, la cual a su vez fue notificada al Contratista a través del Oficio N° 1255-2017-GR.CAJ/GGR-SG²:



² Dicho documento fue presentado en el anexo 27 del escrito de demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

118. Cabe precisar que dicho documento guarda identidad con el que presentó la Entidad en el anexo 1-P del escrito de contestación de demanda.
119. En el referido documento se advierte que no tiene constancia de notificación notarial. De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 169 del RLCE, la notificación de la resolución contractual debe ser por vía notarial. De la lectura del oficio N° 1255-2017-GR.CAJ/GGR-SG, se advierte que el mismo tiene una constancia de notificación simple, en consecuencia, la Resolución de Gerencia General Regional N° 162-2017-GR.CAJ/GGR no fue notificada por vía notarial conforme al procedimiento establecido en el artículo 169 del RLCE. } 030
120. El Contratista ha solicitado a este Colegiado se declare la nulidad, invalidez o ineficacia de la Resolución de Gerencia General Regional N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, que resolvió el contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, cuestionándola, entre otros motivos porque la Entidad o habría cumplido con el procedimiento establecido en el RLCE. En atención a ello, corresponde determinar si el incumplimiento de la notificación notarial vicia de nulidad la referida Resolución.
121. La Ley de Procedimiento administrativo General Ley N° 27444, establece los requisitos tanto de validez como las causales de nulidad de un acto administrativo, las cuales son:

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. *Competencia.* - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. *Objeto o contenido.* - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública. - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular. - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

122. Dentro del requisito de validez del acto administrativo referido al procedimiento regular, y de acuerdo con la doctrina, para entender el concepto del "procedimiento" hay que diferenciarlo ya sea como institución, forma y formalidad, tal y como lo menciona el Dr. Juan Carlos Morón Urbina quien al referirse a la formalidad menciona:

"Las formalidades son el conjunto de exigencias adjetivas antes concurrentes o posteriores al acto administrativo. Dado el carácter no ritual con que se ha caracterizado al procedimiento, las formalidades deben estar en retirada en nuestros procedimientos, debiendo mantenerse únicamente las esenciales y no las accidentales. Por ello, su incumplimiento puede conllevar a diversos matices, según el grado de trascendencia de la forma que se trate, tales como la nulidad, si fueren trascendentes (art. 10.1), a la conservación, si fueren no trascendentes (art. 14.2.3.) o incluso deben ser superadas por la propia administración dejando de ser obligatorias, si fueren meramente rituales o empeoren la situación del administrado³"

En línea similar el Dr. Agustín Gordillo, al referirse a las formas esenciales menciona: "Nada impide, en todo caso, empezar nuevamente el discurso utilizando el lenguaje que procura encontrar formas esenciales o sustanciales y trata de llevar elementos o vicios diversos a vicios de forma, con tal que su incumplimiento acarree la nulidad del acto. (...) En tal caso no existe óbice en afirmar que la omisión del dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento letrado es un vicio insanable que acarrea la nulidad del acto. Lo propio ha de ocurrir cuando el acto omite expresar sus motivos o razones de hecho, la causa fáctica que el da sustento en el mundo real. También vicia

³ Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta jurídica S.A. Pag. 147.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

absolutamente el acto que él sea dictado sin cumplir los recaudos procedimentales exigidos por la Ley (...)⁴

123. En tal sentido, conforme a lo expresado por el Dr. Morón, hay formalidades que pueden ser trascendentes, las cuales se vinculan directamente con el artículo 10.1 de la Ley 27444, la cual está referida al vicio de nulidad basado en la contravención a la Constitución, las leyes o las normas. Es decir que, hay formalidades expresadas en la Ley que son de carácter trascendente que no pueden ser dejadas de lado, puesto que ello implicaría que dotar de efectividad a un acto emitido sin cumplir con los requisitos establecidos por las normas, por lo que, en este caso, la notificación de una Resolución contractual que no sea realizada por conducto notarial va en contravención a las leyes y normas lo cual vicia de nulidad dicho pronunciamiento.

124. En este caso particular la LCE y el RLCE, ambos establecen que la notificación de la Resolución de un contrato debe ser realizada por una vía, la notarial y siendo que en este caso de la revisión de los medios probatorios no se advierte que la Entidad haya notificado notarialmente el oficio N° 1255-2017-GR.CAJ/GGR-SG, ni la Resolución de Gerencia General Regional N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, que resolvió el contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda y en consecuencia declarar NULA la Resolución de Gerencia General Regional N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, que resolvió el contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR.

(ix) **Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar consentida la resolución del Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, practicada por el Consorcio C&C mediante Carta Notarial N° 008-2017-C&C, al no haber sido objeto de ningún cuestionamiento de parte de la Entidad.

⁴ Gordillo. A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo 3*. Lima: Ara Editores y F.D.A. Pag. X-44, X-45.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

125. Al respecto, al haberse declarado fundada la primera parte de la primera pretensión de la demanda, y en consecuencia nula la resolución contractual efectuada por la Entidad corresponde analizar el segundo pedido incluido en la primera pretensión principal de la demanda.
126. El Consorcio sustentó su pedido en que habría cumplido con el procedimiento de la norma de manera escrupulosa tanto las causales como el procedimiento de resolución del contrato previstos en los artículos 168 y 169 y que, al no haber sido cuestionada dicha resolución contractual por la Entidad correspondería que se declare consentida.
127. La Entidad por su parte alegó que la resolución contractual efectuada por el Consorcio no fue cuestionada porque en dicho momento el contrato ya se encontraba resuelto por la Entidad.
128. De los medios probatorios se tiene que, el Consorcio C&C notificó la resolución contractual a través del documento titulado "Carta Notarial 008-2017-C&C"⁵ de fecha 11 de julio de 2017, en el cual hizo saber a la Entidad que pese a su requerimiento previo la Entidad no había cumplido con requerirle la elaboración de la liquidación o alcanzarle la referida liquidación para su revisión, por lo que manifestó su decisión de resolver el contrato.
129. El RLCE, establece una consecuencia al hecho que alguna de las partes no cuestione en la vía de solución de controversias y dentro del plazo establecido, la resolución contractual. Dicha consecuencia es tenerla por CONSENTIDA.
130. Así el artículo 171 del RLCE regula lo siguiente:

"Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos

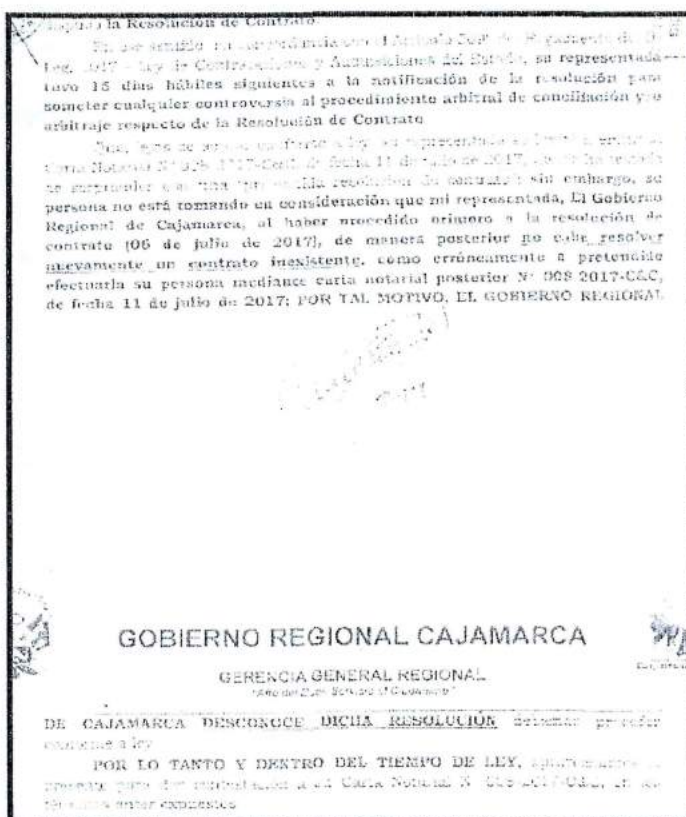
⁵ Presentado como anexo 28 del escrito de demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".

131. La Entidad ha aceptado que no ha cuestionado la resolución contractual efectuada por el Consorcio debido a que para ella el contrato ya se encontraba resuelto, sin embargo, al resolver el punto controvertido anterior se ha concluido que la resolución efectuada por la Entidad era nula y, por ende, no surtió los efectos legales respectivos.
132. Aunado a ello, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con los medios probatorios presentados por la Entidad, se advierte la Carta Notarial N° 47-2017-GR.CAJ/GGR⁶ a través de la cual la Entidad se pronunció sobre la resolución contractual efectuada por el Consorcio manifestando lo siguiente:



⁶ Presentado por la Entidad como anexo 1-Q del escrito de contestación de demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

De dicha carta notarial 47-2017-GR.CAJ/GGR, se advierte que la Entidad consideró que no cabría la posibilidad de resolver un contrato resuelto y que al haberlo resuelto primero, y por ende considerar inexistente el contrato, desconoció la resolución del contratista.

133. A fin de determinar si es posible evaluar la resolución efectuada por el contratista en forma posterior a la resolución efectuada por la Entidad, es preciso remitirnos al criterio establecido por el OSCE en la opinión N° 86-2018/DTN.
134. Sobre ello, al ser consultado si luego de que el contratista resuelva la totalidad del contrato, la Entidad podrá resolver posteriormente el mismo contrato y si, existen dos resoluciones cual será la válida para ser cuestionada en arbitraje, el referido organismo mencionó lo siguiente:

*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.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Sobre este punto, es preciso citar a De La Puente Y Lavalle⁷, 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 Enterría⁸ 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 efectuó una nueva resolución respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica ya se encontraría extinta.

Finalmente, cabe precisar que lo señalado líneas arriba no es óbice para que las discrepancias que se generen a raíz de una resolución contractual puedan someterse a los medios de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

(...)

Sin perjuicio de ello, es importante reiterar que la debida resolución del contrato produce sus efectos una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo, para lo cual previamente debe haberse

⁷ 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.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001. Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

seguido el procedimiento previsto en el artículo 136 del Reglamento; ello sin perjuicio de que las controversias relacionadas con dicha resolución puedan ser sometidas a conciliación o arbitraje dentro del plazo previsto en el artículo 137 del Reglamento.

135. Cabe precisar que si bien, la opinión antes citada se encuentra sustentada en la base de la Ley N° 30225 y su reglamento, ello no es óbice para tenerla presente en atención a su carácter vinculante y además a que el análisis realizado en ella está muy relacionado a los hechos sucedidos en el presente caso.

De dicha opinión se tiene como líneas generales los siguientes puntos:

- (i) la parte afectada podrá resolver un contrato vía notarial
 - (ii) La resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde se le informa la decisión de resolver el contrato y en consecuencia desde ese momento ambas partes quedan desvinculadas.
 - (iii) Si una de las partes resuelve debidamente el contrato (esto es siguiendo el procedimiento, cumpliendo los requisitos y formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado), no cabría la posibilidad de que su contraparte efectúe una nueva resolución del mismo contrato pues ya no existiría relación jurídica válida.
 - (iv) La debida resolución del contrato produce sus efectos una vez que la parte requerida recibe la notificación de la resolución siguiendo el procedimiento respectivo.
136. En resumen, la resolución de un contrato, siguiendo el procedimiento respectivo, produce sus efectos una vez la parte a la que se le resuelve es notificada con la comunicación respectiva. En el presente caso tenemos que, la Entidad ha efectuado una Resolución contractual que adolece de nulidad, por lo que la misma no pudo desplegar sus efectos y por ende fue ineficaz. En tal sentido, al no haber surtido sus efectos, el Contratista pudo válidamente resolver el contrato.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

137. La Entidad, por su parte, no ha acreditado haber cuestionado la resolución contractual efectuada por el Contratista (sino sólo desconocerla por haber realizado ella primero una resolución contractual), y tampoco ha cuestionado en el presente arbitraje el fondo de la resolución contractual efectuada por el Contratista no siendo ello materia controvertida. En tal sentido, este Colegiado concluye que al haber sido nula la resolución contractual efectuada por la Entidad, sí es procedente que el Contratista haya resuelto el contrato, por lo que, corresponde que este Tribunal evalúe si la misma ha quedado consentida.
138. Tal y como se tiene de la Carta notarial 47-2017-GR.CAJ/GGR, presentada por la Entidad, así como lo afirmado por la misma Entidad en su escrito de contestación de demanda, este Colegiado considera que la Entidad no cuestionó la resolución contractual efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial 008-2017-C&C dentro del plazo establecido en la LCE y el RLCE, por lo que, de conformidad con el artículo 171 del RLCE, la referida resolución contractual ha quedado consentida.
139. Como consecuencia de lo anterior corresponde declarar FUNDADO el segundo extremo de la primera pretensión de la demanda vinculado al segundo punto controvertido, es decir la Resolución contractual efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial 008-2017-C&C ha quedado consentida.

(ii) Tercer Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.239,899.13 soles por concepto de saldo del servicio de supervisión que habría sido cumplido en su integridad más los reajustes de dicho saldo.*

140. Al respecto, el Consorcio solicitó que se realice el pago por el 100% del servicio alegando el sistema de contratación del contrato materia del presente arbitraje, radicando la controversia, según lo alega, en los servicios de "supervisión de la ejecución de la obra" y "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra" que eran parte de los servicios indicados en el contrato.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

141. Por su parte la Entidad alega que las obligaciones del Contratista eran las de controlar los trabajos efectuados por el contratista ejecutor hasta la liquidación de la obra, pero que, sin embargo, ello no ocurrió debido a que el contrato con el contratista ejecutor fue resuelto y en consecuencia el contrato de supervisor quedó sin objeto contractual y en la imposibilidad de cumplir con las demás prestaciones sin culpa de las partes contratantes.
142. Para determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago del saldo de supervisión de obra, este Colegiado considera pertinente primero determinar si, es procedente el pago de un contrato de supervisión cuando se ha resuelto el contrato de ejecución de obra. Además de determinar si se ha realizado el cumplimiento de prestaciones conforme lo alega el contratista.
143. A fin de dar respuesta a dichas interrogantes este Colegiado considera pertinente analizar los documentos vinculan y que establecen obligaciones entre las partes para determinar claramente las obligaciones del contratista y la Entidad y de esta manera dotar de un marco de interpretación a los hechos materia del presente caso. Entre los referidos documentos tenemos, el Contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR, el cual menciona lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO
El presente contrato tiene por objeto SUPERVISION DE LA ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO Y EJECUCION DEL PIP: "MEJORAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE EDUCACION INICIAL ESCOLARIZADA DE LAS LOCALIDADES DE MALCAS SHILLABAMBA, EL OLLERO, VENTANILLAS, CAMPO ALEGRE, JUCAT CHUPICA Y SAN ANTONIO DE LAS PROVINCIAS DE SAN MARCOS Y CELENDIN - REGION CAJAMARCA" en el marco del convenio de colaboración de la Subsección de Gestión de Recursos Humanos de la Gerencia de Referencia.

CLÁUSULA SEXTA: PARTES INTEGRANTES DEL CONTRATO
El presente contrato está conformado por las Bases, el contrato y el expediente de los documentos referidos de la gestión de selección que establezcan obligaciones para las partes.

CLÁUSULA SÉTIMA: GARANTÍA
EL CONTRATISTA entregó a la ejecución del contrato la respectiva garantía por el monto de las obligaciones y el monto de la garantía se entregó al requerimiento a favor de LA ENTIDAD por el concepto de monto y vigencia siguiente:

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

144. De la cláusula segunda, así como de la cláusula sexta, se tiene que el contrato tiene por objeto la supervisión de la elaboración del expediente técnico, incluida la revisión, o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra conforme a los Términos de Referencia. Además, que el contrato está conformado tanto por las Bases Integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes.

Al remitirnos a las Bases Integradas⁹, en su capítulo N° I "Generalidades" nos menciona lo siguiente:

1.6. SISTEMA DE CONTRATACIÓN

El presente proceso se regirá por el sistema de SUMA ALZADA, de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo.

1.7. ALCANCES DEL REQUERIMIENTO

El servicio a contratar está definido en los Requerimientos Técnicos Mínimos y el alcance de los mismos se detallan en el Anexo 1-E del expediente de contratación respectivo.

Entonces, de conformidad con las Bases Integradas el sistema de contratación es el de suma alzada¹⁰ y los alcances del requerimiento están establecidos en los Requerimientos técnicos Mínimos.

145. Si nos remitimos al Capítulo III de las Bases Integradas, específicamente a la parte pertinente de los Términos de Referencia podremos establecer el alcance de los servicios que debía ejecutar el Contratista de la siguiente manera:

⁹ Presentadas por la Entidad en el anexo 1-E del escrito de contestación de demanda conjuntamente con el Acta de Integración de Bases.

¹⁰ El sistema de contratación también es ratificado en el punto 10 de los TdR.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

4. ALCANCE DE LOS SERVICIOS

El alcance de los servicios comprende la oferta de recursos para las actividades que se indican:

- i.) Supervisión de la elaboración del Expediente Técnico.
- ii.) Supervisión de la ejecución de la obra.
- iii.) Revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra.

El servicio comprende la verificación de las obligaciones contractuales relacionadas a las actividades antes señaladas, inspeccionando constante y conjuntamente que el ejecutor de la obra cumpla sus obligaciones conforme a las Normas de Diseño, Construcción, Fabricación, Pruebas y reglamentaciones vigentes así como a referirse a la calidad de los servicios, materiales empleados y las obligaciones que correspondan conforme a los dispositivos legales vigentes, tales como Ley de Contratación del Estado y su Reglamento aprobados por D.L. 1017 y modificado por la Ley N° 28873 y el D.S. N° 184-2008-EF modificado por el D.S. N° 135-2012-EF y DS N° 080-2014-EF respectivamente; Reglamento Nacional de Edificaciones, las bases de Proceso de Selección, Términos de Referencia y Contrato del ejecutor de obra, y demás Normatividad legal y Técnica Vigente.

4.1. SUPERVISIÓN DE LA ELABORACION DEL EXPEDIENTE TECNICO:

El Supervisor deberá revisar y dar su conformidad a los Normas Técnicas y el Expediente Técnico, debiendo verificar que su contenido se ajuste a los alcances del estudio de pre inversión y las Normas Técnicas vigentes que rigen en el Perú, lo cual comprende, entre otros, lo siguiente:

- a. Verificar que el Expediente Técnico cumpla con los Términos de Referencia de contrato de ejecución de obra, las Bases Administrativas y los alcances de la propuesta técnica del ejecutor de la obra.
- b. Suscribir el Expediente Técnico en todo su contenido a través de Jefe de Evaluación y por cada especialidad, a través de los especialistas ofertados.
- c. En el caso de haber observaciones al Expediente Técnico, efectuar el seguimiento del caso y opinar sobre el levantamiento de las mismas.
- d. En coordinación con la Entidad, deberán atender las consultas del ejecutor de obra respecto a la elaboración de Expediente Técnico.
- e. Verificar que los alcances del Expediente Técnico sea compatible con las condiciones de terreno, accesos; servicios de energía eléctrica, agua y saneamiento y demás variables propias del lugar de ejecución de la obra.
- f. El servicio comprenderá la supervisión de todos los trabajos relacionados con la elaboración de Primer y Segundo Informe, incluido la exposición en el caso del primer Informe, cuyos informes tienen los alcances que se indican.

4.2. SUPERVISIÓN DE LA EJECUCION DE LA OBRA:

La Supervisión suministrará los servicios necesarios, servicios de ingeniería y demás recursos necesarios para controlar el desarrollo de la Obra y el cumplimiento de las obligaciones de ejecutar previstas en el Expediente Técnico, las Especificaciones Técnicas Básicas y demás disposiciones aplicables; lo cual comprende, entre otros, la designación del Supervisor de Obra.

Estos servicios comprenderán todo lo relacionado con la supervisión y control técnico y la conservación del entorno ambiental de la obra de las actividades a ejecutarse, orientados a lograr que la obra sea ejecutada de acuerdo con los diseños y especificaciones aprobados en el Expediente Técnico, velando por la calidad de los materiales de las obras.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

4.3. REVISIÓN O FORMULACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA:

Esta prestación comprende:

- a. Revisar la liquidación del contrato de obra formulada por el ejecutor de obra en un plazo que no excederá los treinta (30) días de notificada la solicitud de la Entidad, pudiendo formular el alego de observaciones y, de ser necesario, la liquidación de contrato de ejecución de obra.
- b. En caso el ejecutor de obra no formule la liquidación dentro del plazo previsto en el Artículo 211º del Reglamento de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, deberá formular la liquidación del contrato de ejecución de obra a su orden la Entidad.
- c. Revisar el pronunciamiento del ejecutor de obra en el plazo de 5 días hábiles, contados a partir de la notificación de la Entidad, de ser necesario.

146. De lo anterior se colige que, el alcance de los servicios a prestar se dividía en 3 prestaciones, la primera era la supervisión de la elaboración del expediente técnico (sobre la cual no hay controversia), la segunda, la supervisión de la ejecución de la obra y la tercera la revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra.

147. Teniendo clara la forma de contratación, así como las prestaciones que debía ejecutar el contratista, corresponde analizar las implicancias de un contrato bajo el sistema de suma alzada. Para ello, nos remitiremos al artículo N° 40 del RLCE, el cual establece lo siguiente:

"Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes, y calidades de la prestación están totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia, o en el caso de obras en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. (...)"

Es decir, que al haber contratado la Entidad a través de dicho sistema tenía claras las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación y que el postor formularía su propuesta por el monto FIJO, INTEGRAL y por un DETERMINADO PLAZO DE EJECUCIÓN.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Sobre los contratos a suma alzada, el OSCE, a través de la opinión N° 111-2014 ha emitido pronunciamiento de acuerdo con el detalle que pasamos a citar:

Como se aprecia, una Entidad solo puede contratar un servicio bajo el sistema de contratación a suma alzada, cuando sea posible determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, debiendo establecer esta información en los términos de referencia¹¹.

Adicionalmente, el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del Reglamento establece que, en el sistema de contratación a suma alzada el postor debe formular su propuesta "(...) por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución." (El subrayado es agregado).

Conforme a las disposiciones citadas, se desprende que, cuando el sistema de contratación elegido por una Entidad para contratar un servicio es el de suma alzada, al presentar su propuesta durante el proceso de selección, el postor se obliga a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente. A su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

En tal medida, los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio pactado¹², por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para cumplir con el servicio por el precio ofertado en su propuesta económica.

(...)

De esta manera, en los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada, el postor se obliga a ejecutar el íntegro de los trabajos necesarios

¹¹ El numeral 50 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", define a los "Términos de referencia" como la "Descripción, elaborada por la Entidad, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios y de consultoría."

¹² Similar criterio se estableció en el numeral 2.1.2 de la Opinión N.º 008-2012/DTN, para ejecución de obras.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

*para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad, a cambio del monto ofertado en su propuesta económica; **a su vez, la Entidad se obliga a pagar al contratista el monto total de su oferta económica.** Excepcionalmente, el monto originalmente contratado puede modificarse si la Entidad ejerce la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, siempre que se verifiquen las condiciones previstas en la normativa de contrataciones del Estado para ello*

Adicionalmente a lo anterior, tenemos la opinión N° 067-2017/DTN del referido Organismo que nos menciona lo siguiente:

"(...)

*En ese sentido, **en los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada, debía pagarse el monto total del contrato vigente,** el mismo que correspondía a la oferta económica, a la cual se le adjudicó la buena pro, o al monto resultante de la modificación realizada, de conformidad con el artículo 41 del anterior Reglamento. Excepcionalmente, el monto originalmente contratado podía modificarse si la Entidad ejercía la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, siempre que se verificaban las condiciones previstas para ello en la normativa de contrataciones del Estado aplicable, tal como se ha descrito en los párrafos precedentes". (resaltado y subrayado es nuestro)*

148. De lo anterior se tiene que, cuando la Entidad contrata a través de suma alzada ya sabe las magnitudes y cantidades del servicio a prestar y se obliga a pagar al contratista el MONTO TOTAL de su oferta económica y sólo de manera excepcional puede modificar el monto originalmente contratado, criterio que este Tribunal Arbitral comparte.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

149. En tal sentido, el monto del contrato no puede ser modificado en contratos de suma alzada, más que por situaciones excepcionales establecidas en la norma. Por lo que, corresponde analizar las razones por las cuales la Entidad sustenta su negativa en el pago al contratista.

150. Sobre los hechos materia del presente caso, se debe tener en cuenta que el Contratista solicita que se le pague el monto pendiente por los servicios que habría realizado completos. Las razones¹³ de la Entidad para oponerse a dicho pago es que, según las bases integradas la forma de pago debe realizarse en valorizaciones mensuales en base a los servicios efectivamente prestados, por lo que indicó que, sobre la prestación de la supervisión de la ejecución de la obra solo le ha cancelado el 52.78% que corresponde a la supervisión por ejecución efectiva de la obra, y sobre la liquidación o revisión de la liquidación no le correspondería porque no se ha llegado a esa etapa al haberse resuelto el contrato de ejecución de obra. Asimismo, indicó la Entidad que el Consorcio C&C no ha cumplido con lo pactado para el pago total por el servicio de supervisión de obra.

151. En atención lo alegado por la Entidad nos remitiremos a las bases específicamente en la forma de pago:

2.10. FORMA DE PAGO
La Entidad deberá realizar el pago de la contraprestación pactada a favor del contratista en Valorizaciones mensuales en base a los servicios efectivamente prestados, en conformidad con lo señalado en los presentes Términos de Referencia Numeral 16, y de acuerdo como se indica en seguida:

Nº	PRESTACIÓN	MONTO CONTRATO (%)	FORMA DE PAGO
1	Supervisión de la elaboración del Expediente Técnico	25	En única arada y luego de la conformidad a la Inspección Técnica por parte de la Dependencia Usaria
2	Supervisión de la ejecución de la obra	70	Valorizaciones Mensuales, de manera proporcional a su avance de obra
3	Revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra	5	En única arada y luego de la conformidad a la liquidación por parte de la Dependencia Usaria
TOTAL		100	

¹³ Razones entre las cuales se encuentran las vertidas en la Resolución N° 162-2017-GR.CA/GGR y en su escrito de contestación de demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

De conformidad con las Bases el pago se realizaba en concordancia con lo establecido en los TdR, los cuales a su vez establecen lo siguiente:

18. FORMA DE PAGO

El monto del contrato se calculará en función del saldo de obra por ejecutar al momento de iniciar la labor de Supervisión.

- a) Supervisión de la Elaboración de Expediente Técnico 25% del monto del contrato y en única amada; luego de la conformación de la Entidad.
- b) SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA 70% del monto del contrato se pagará mensualmente en forma proporcional al Avance de obra consignado en las valorizaciones mensuales del ejecutor de la obra, para que proceda el pago se presentará copia del Informe Mensual y el Informe de Actividades de cada miembro del equipo de supervisión y sus antecedentes en el Cuaderno de Ocurrencias.
- c) REVISIÓN O FORMULACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA 5% de monto del contrato; cuya suma de pagará previa aprobación de los informes de revisión o elaboración de la liquidación del contrato de obra, e inmediatamente a la suscripción de observaciones, de conformidad de la Entidad.
- En caso de presentarse paralizaciones de obra el Supervisión no se hará cargo de la cancelación de mayores gastos generales por el tiempo muerto de ejecución de obra.
- En caso que por diversos motivos se haya dado inicio a la ejecución de la obra, no se realizará la contratación de los servicios de supervisión por el saldo de obra pendiente de ejecución; y, en caso de negativa del consultor, no se suscribirá dicho contrato.
- El pago se realizará de conformidad de parte de la Dependencia que corresponda al Gobierno Regional de Cajamarca de acuerdo al procedimiento, procesos y requisitos establecidos en los Términos de Referencia, Bases Administrativas, Propuestas Técnicas, Económica de la Oferta Ganadora.
- En caso de no prestar el servicio de acuerdo a los alcances de la propuesta, será causal de apercibimiento y resolución de contrato en caso correspondiente, se tendrá el descuento respectivo de manera proporcional a los servicios dejados de prestar.

Finalmente, el Contrato también regulaba el pago de acuerdo a lo siguiente:

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a cada 15 días a la contratista a EL CONTRATISTA en cuarenta y cinco (45) periodos de valorización en forma mensual, según se establece en forma y condiciones de pago documentadas en correspondencia según lo establecido en el artículo 191 de Reglamento de Contrataciones del Estado, así como lo establecido en la liquidación de contrato.

Para tal efecto, la responsabilidad de lograr la conformidad de la prestación de los servicios deberá hacerse en un plazo que no exceda de los diez (10) días calendario de la fecha de notificación a fin que LA ENTIDAD cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato.

en el caso que se haya suscrito contrato con un consorcio, el pago se realizará de acuerdo al tipo que se indique en el contrato de consorcio.

en caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA tendrá derecho a pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.

152. De los documentos antes citados se tiene lo siguiente: (i) En las Bases y TdR, se establece una FORMA de pago, (ii) esa FORMA DE PAGO es en valorizaciones mensuales proporcionales al avance de la obra. (iii) Los límites o excepciones a pagos están referidos a las paralizaciones de la obra, limitándolos a los mayores gastos generales durante el tiempo muerto de la obra.
153. Como se advierte del contrato, las Bases y los TdR, la FORMA de pago se ha dividido en partes proporcionales al porcentaje del contrato para las 3 prestaciones del mismo, cada una proporcional al 25%, supervisión de la elaboración del expediente técnico, 70% para la supervisión de ejecución de la obra y 5% para la liquidación.
154. Dentro de la prestación referida a la SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA, el pago se ha dividido en PERIODOS, basados en valorizaciones MENSUALES de acuerdo al avance de la ejecución de la obra.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, PERIODO significa:

1. m. Tiempo que algo tarda en volver al estado o posición que tenía al principio.
2. m. Espacio de tiempo que incluye toda la duración de algo.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

4. m. Ciclo de tiempo. Período juliano, de Metón.

Es decir que la Entidad debía pagar al contratista en espacios de tiempo mensuales de acuerdo con el avance de la obra, y ello es entendible de acuerdo a la forma como se ha dividido el monto a pagar del contrato, puesto que el 70% del mismo, referido a la supervisión de la obra, podía verse afectado por penalidades que serían deducidas de los pagos a cuenta, de acuerdo con el contrato. Lo cierto es que la Entidad dividió el pago de la supervisión al 70% del monto del contrato, sin embargo, del contrato, las bases y los TdR, no se desprende como consecuencia lógica que el hecho que se pague en valorizaciones mensuales implique que, si se resuelve el contrato de obra, el supervisor no tendría derecho a pago.

Lo que el contrato, Bases y TdR establecen es una FORMA¹⁴ de realizar el pago y no limitan el pago vinculándolo al hecho de que el Contratista ejecutor culmine la obra, sino que la FORMA como debe realizarse el pago es MENSUAL, no habiéndose pactado más límites a ello.

155. Sin embargo, se advierte que, en este caso la Entidad alega que el inconveniente, por el cual también resolvió el contrato de supervisión, es que el ejecutor de la obra habría incumplido sus obligaciones y le resolvió el contrato, es decir que existía una disputa entre el contratista ejecutor y la Entidad siendo ello el meollo del problema que conllevaría a la consecuencia de no realizar el pago al supervisor.

156. A fin de analizar en el presente caso de quien es la responsabilidad en el caso de la ejecución del contrato de supervisión, es pertinente tener en cuenta lo manifestado por el OSCE en su opinión N° 123-2018/DTN en la que menciona:

¹⁴ De acuerdo con el DRAE, "Forma" significa: Modo o manera en que se hace o en que ocurre algo.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

2.2.4. Ahora bien, se debe tomar en consideración que, para la contratación de una supervisión de obra, dependiendo del monto del servicio, resultaba necesario que se realizaré un proceso de selección¹⁵. Una vez que se otorgaba la Buena pro, correspondía que la Entidad, a través del funcionario competente (o debidamente autorizado) y el proveedor adjudicatario de la Buena Pro, firmarán el contrato de supervisión; siendo, éstos los sujetos de la relación contractual.

Considerando que los sujetos de la relación contractual eran la Entidad y el contratista, y que el contrato se encontraba conformado por el documento que lo contenía, las Bases integradas, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección, corresponde señalar que toda obligación que se establecía dentro de cualquiera de dichos documentos que se encontraba referida a las obligaciones que asumía cada sujeto de la relación contractual, debía ser cumplida por ambas partes, y por tanto su incumplimiento podía conllevar a una resolución del contrato.

2.2.5. En este sentido, uno de los principales derechos que correspondía al supervisor era el de percibir el pago como contraprestación por el servicio brindado. Es por ello que ambas partes se encontraban vinculadas entre sí mientras duraba el periodo de ejecución contractual, el cual podía resultar algunas veces más extenso a lo inicialmente planteado en el calendario de obra.

Por otro lado, el obligado a cumplir con el pago monetario era la Entidad, de modo que, frente a cualquier imprevisto, el encargado de responder frente a cualquier actividad que afectaba al supervisor dentro de los parámetros establecidos en el contrato era precisamente la Entidad. Por tanto, en el caso que hubiese existido una controversia entre el contratista encargado de la ejecución de la obra y la Entidad, esta no podía suspender el pago correspondiente a los servicios prestados por el supervisor de

¹⁵ Según el artículo 190 del anterior Reglamento, si el valor de la obra era igual o mayor al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo, era obligatorio contar con un supervisor.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

obra si dicho supervisor había ejecutado las prestaciones a su cargo de acuerdo a los términos y condiciones del contrato y la Entidad había emitido la conformidad respectiva. (El resaltado y subrayado es nuestro)

157. En el presente caso se tiene que, existió una controversia entre el contratista ejecutor de la obra y la Entidad y que, por otro lado, el Supervisor no pudo cumplir con las obligaciones contractuales a su cargo debido a dos situaciones: (i) se resolvió el contrato de ejecución de obra (ii) la Entidad no remitió la liquidación ni solicitó que el supervisor la elabore. Siendo que ambos hechos se encuentran fuera de la esfera de control y responsabilidad del contratista supervisor.
158. El OSCE ha establecido que el encargado de responder ante cualquier imprevisto que afecte al supervisor dentro de los parámetros establecidos en el contrato era precisamente la Entidad, además que el contrato de supervisión tiene como partes obligadas al SUPERVISOR y la ENTIDAD.
159. En tal sentido, la Entidad debió tomar las medidas que correspondían y responder ante el supervisor, no pudiendo excusarse en que el pago se realizaría de acuerdo a lo ejecutado por el ejecutor de la obra, puesto que ello vulneraría la buena fe contractual. Sobre las acciones realizadas por la Entidad se tiene lo manifestado por ella misma en la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR en la cual menciona lo siguiente:

*"(...) se verifica que desde la fecha de la resolución del contrato de ejecución de obra materializada en la Resolución Gerencial General Regional N° 257-2016-GR.CAJ-GGR, que fue emitida en la fecha 12 de octubre del 2016, han transcurrido aproximadamente **08 meses** sin que se haya tomado las acciones legales correspondientes de resolución de contrato, pese a que este contrato **aún se encuentra vigente sin cumplir finalidad alguna** (...) lo que significa que el contrato de consultoría aún se encuentra vigente al no haberse dado el supuesto de conformidad de las prestaciones establecidas en el contrato al existir una causa que ha imposibilitado el cumplimiento de su prestación"*

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Es decir que la propia Entidad manifestó que no había tomado las acciones legales respectivas manteniendo vigente el contrato de supervisión por aproximadamente 8 meses, pese a que el contrato de ejecución de obra ya había sido resuelto. Más aun de conformidad con las Bases, TdR y Contrato, era la Entidad quien debía entregar la liquidación al supervisor para su revisión o requerirle su elaboración.

160. Se advierte además de los medios probatorios la carta notarial N° 007-2017-C&C¹⁶ la cual no ha sido cuestionada por la Entidad, que el Consorcio requirió, bajo apercibimiento de resolver el contrato que la Entidad le remita los documentos de la liquidación para su revisión por parte de la Supervisión. Más aún en dicha comunicación el Consorcio hace ver a la Entidad que ésta no ha reducido las prestaciones a fin de poder terminar el contrato de supervisión.
161. Si bien es cierto que la Entidad debía otorgar las conformidades para proceder con el pago, también es cierto debía cumplir primero sus obligaciones contractuales (requerir o entregar la liquidación) para que el Supervisor pudiera cumplir las suyas (en este caso revisar o elaborar la liquidación). En consecuencia, este Colegiado considera que fue la Entidad la que no actuó diligentemente tomando las medidas correspondientes a fin de responder ante el supervisor, incumpliendo de esta manera con sus obligaciones contractuales.
162. Sin perjuicio de lo anterior este Colegiado considera pertinente precisar que, el sistema de contratación bajo el cual la Entidad convocó el procedimiento es relevante para determinar cómo debe pagarse al contratista, pues la LCE establece en su artículo 40 que existen 3 sistemas de contratación: Suma Alzada, Precios Unitarios o tarifas o porcentajes, y el mixto que comprende suma alzada y precios unitarios.
163. Sobre ello, en la OPNION N° 077-2017/DTN el OSCE al analizar una situación muy similar a la del presente caso manifestó:

¹⁶ Presentada por el Contratista en el anexo 26 de su demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

"En caso que un Servicio de Supervisor realmente ejecutará una supervisión de un avance físico al 89% de la obra, se le tendría que cancelar el Íntegro (100%) de acuerdo a lo estipulado en las bases, o lo realmente ejecutado como trabajo de supervisión (avance físico), sin perjuicio que las bases no estipulan dicha condición sui géneris, convocándose a proceso por el 100% de la supervisión."

2.1.2. En esa línea, es importante señalar que el numeral 4) del artículo 14 del Reglamento establece que el **Sistema de Tarifas** es "(...) aplicable para las contrataciones de consultoría en general y de supervisión de obra, cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio. En este caso, el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en los documentos del procedimiento y que se valoriza en relación a su ejecución real. Los pagos se basan en tarifas. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades." (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, el Sistema de Tarifas se aplica a aquellas contrataciones en las que, en atención a su particular naturaleza, no es posible definir previamente y con precisión el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales. Por ello, los documentos del procedimiento de selección en este tipo de contrataciones solamente establecen un plazo de ejecución estimado o referencial.

En atención a lo expuesto, la aplicación de este sistema requiere que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa (precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad) por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección, debiendo pagarse la referida tarifa hasta la culminación de las prestaciones contractuales. Por ejemplo, si los documentos del procedimiento de selección señalan que el contrato se ejecutará bajo el sistema de tarifas y que el pago será mensual, los

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

postores deberán ofertar una tarifa fija mensual, la misma que deberá pagarse por cada mes de prestación del servicio, hasta la culminación de la última prestación.

*En atención a lo expuesto, este Organismo Supervisor mediante la Opinión N° 154-2016/DTN ha señalado que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que este se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a sus posibles variaciones, **la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; es decir, se debe pagar la tarifa fija contratada¹⁷ (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra.***

De esta manera, en un contrato de supervisión de obra, la Entidad debe efectuar el pago, de acuerdo a lo efectivamente supervisado y a la tarifa que el contratista ofertó en su momento por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección.

"En el sistema de Contratación a Suma Alzada, ¿Se tendría que cancelar la totalidad del monto por el servicio de supervisión en un solo pago a favor del supervisor?, o de acuerdo a las Bases Integradas con las que se concursó y otorgó la Buena Pro, se tendría que cancelar mensualmente previa presentación de un informe en forma proporcional al avance físico logrado en el mes, el cual debe reflejarse en la valorización de la obra."

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe

¹⁷ Sin perjuicio de lo expuesto, es importante señalar que el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato. En efecto, si la tarifa es mensual, y la ejecución de las prestaciones contractuales culmina en diez (10) meses y quince (15) días, es razonable que el pago por el periodo inferior al mes (quince días) se realice de manera proporcional a la tarifa señalada, es decir, únicamente se pagará la mitad de la tarifa pactada por dicho periodo.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

*ejecutarse bajo el sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real; es decir, se debe pagar la tarifa fija contratada (horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra. Por lo tanto, **la supervisión de obra no puede ser contratada ni pagada bajo el sistema a suma alzada.***

En ese sentido, en los contratos de supervisión de obra corresponde que la Entidad efectúe el pago de acuerdo al periodo contemplado en los documentos del procedimiento de selección y a la tarifa ofertada por el contratista para dicho periodo, considerando, para tal efecto, lo efectivamente supervisado por el contratista.

N 164. En tal sentido, la referida OPINION OSCE es clara al establecer que la supervisión de obra, debido a las vicisitudes que suceden en la ejecución de la obra, debe ser contratada a través del sistema de tarifas y pagarse en función a su ejecución real, sin embargo del presente caso se advierte que de conformidad con sus BASES INTEGRADAS, sobre las cuales este Colegiado no tiene competencia para modificarlas, el sistema de contratación elegido por la Entidad fue el de SUMA ALZADA, en consecuencia corresponde que la Entidad proceda en consecuencia a dicho sistema elegido, el cual no establece que se pague en base a lo realmente ejecutado, por lo que deberá asumir el pago por el monto fijo integral formulado en la propuesta y de conformidad el Contrato.

165. En atención a los fundamentos precedentes corresponde que la Entidad reconozca en favor del Consorcio el monto del saldo del servicio de supervisión de ejecución de obra y revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra, en consecuencia, la Entidad deberá pagar en favor del Consorcio el monto de S/ 223,322.20 por dichos conceptos.

166. Asimismo, habiéndose determinado en las Bases Administrativas integradas del proceso una formula de reajuste, corresponde determinar que se apliquen los reajustes correspondientes los cuales, de acuerdo con lo solicitado por el Consorcio C&C, ascienden al monto de S/ 16,576.93 para el Saldo de Supervisión

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

de la ejecución de la obra y para el saldo del servicio de revisión y/o elaboración de la liquidación de la obra.

167. En atención a los fundamentos precedentes, corresponde declarar FUNDADA la segunda pretensión de la demanda vinculada al tercer punto controvertido, en consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.239,899.13 soles por concepto de saldo del servicio de supervisión que habría sido cumplido en su integridad más los reajustes de dicho saldo.

*(iii) **Cuarto Punto Controvertido:** Como pretensión accesoria de la segunda pretensión principal, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.7,022.19 soles por concepto de intereses legales correspondientes al saldo del servicio de supervisión y reajustes durante el periodo del 01 de octubre del 2016 al 31 de diciembre del 2017; más los intereses por el periodo del 01 de enero del 2017 hasta la fecha efectiva de pago.*

168. Al respecto, el Consorcio alegó que, al haber demostrado en la segunda pretensión de la demanda que la Entidad debe pagar a su favor el monto de S/ 239,899.13 por concepto de saldo del servicio de "supervisión de la ejecución de obra" "revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra" y reajustes por dichos conceptos y que las normas de contratación pública y el contrato han previsto el pago de intereses por el incumplimiento en la cancelación por las prestaciones ejecutadas; se determina que la Entidad debe pagar a favor de su representada la suma de S/ 7,022.19 soles conforme lo cuantificado en el anexo 93.

169. En atención a que se determinó en el punto controvertido anterior que corresponde que la Entidad reconozca el monto del saldo del servicio de supervisión de ejecución de obra y revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra, corresponde en tal sentido que se analice si es procedente o no el pago de los intereses legales por dicho monto.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

170. Sobre ello, es preciso remitirnos a la LCE y el RLCE los cuales establecen sobre los intereses lo siguiente:

El artículo 48 de la LCE:

Artículo 48°.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.

Concordancias: RLCE: Artículos 165°, 166° y 181°.

El artículo 181 del RLCE:

Artículo 181°.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.²⁷

Concordancia: LCE: Artículo 48°.

De los referidos dispositivos normativos se establece que, en caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de interés legales, contados desde la oportunidad en que debió pagarse.

171. En el presente caso, se tiene que el plazo supervisión de la ejecución de la obra era de 240 días calendario, que culminó el 31 de agosto de 2016, adicionalmente

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

a ello la prestación correspondiente a la revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra, debía ejecutarse en 30 días calendario adicionales, debiéndose tener en cuenta además que el Consorcio continuaba realizando coordinaciones con la Entidad referidas al contrato en el mes de setiembre de 2016, lo que se verifica a través de las cartas 185-2016-C&C y 194-2016-C&C, por lo que para el mes de octubre, al haber transcurrido los 270 días calendario de la ejecución del contrato y al no haberse determinado que la Entidad haya modificado los plazos, ésta ya se debería haber pronunciado sobre la conformidad del servicio conforme lo establece la cláusula décima del contrato y el artículo 176 del RLCE.

172. En atención a ello, corresponde determinar el monto de los intereses legales aplicando la calculadora de intereses del BCR por las prestaciones tanto de la supervisión de la ejecución de la obra como de la revisión o formulación de la liquidación del contrato de ejecución de obra desde el mes de octubre de 2016 de la siguiente manera:

PRESTACIÓN	PORCENTAJE CONTRATO	MONTO + REAJUSTE
SALDO DE LA SUPERVISIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA	70% del monto contractual	209,234.68
SALDO DEL SERVICIO DE REVISIÓN Y/O ELABORACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE OBRA	5% del monto contractual	30,664.45

173. En tal sentido, de conformidad con lo solicitado por el demandante y especificado en el anexo N° 93 de su demanda, corresponde otorgar el monto de S/ 6,500.57 como intereses legales por el saldo de la supervisión de la obra del periodo del 1 de octubre de 2016 al 31 de diciembre de 2017.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

174. Asimismo, de conformidad con lo solicitado por el demandante, respecto al saldo de servicio de revisión y/o elaboración de liquidación de obra del periodo del 5 de abril de 2017 al 31 de diciembre de 2017, el monto de S/ 521.62.
175. Además, cabe precisar que dichos intereses legales deberán ser pagados por la Entidad teniendo en cuenta su fecha efectiva de pago.
176. En atención a los fundamentos anteriores, corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda vinculada al cuarto punto controvertido y, en consecuencia, ordenar a la Entidad pague a favor del Consorcio C&C la suma de S/.7,022.19 soles por concepto de intereses legales correspondientes al saldo del servicio de supervisión y servicio de revisión y/o elaboración de liquidación de obra y reajustes durante el periodo del 01 de octubre del 2016 al 31 de diciembre del 2017 y hasta su fecha efectiva de pago.

*(iv) **Quinto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 7,676.12 soles por concepto de reajustes e intereses al 31 de diciembre del 2017 del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico más los intereses que correspondan desde el 01/01/2018 hasta la fecha efectiva de pago.*

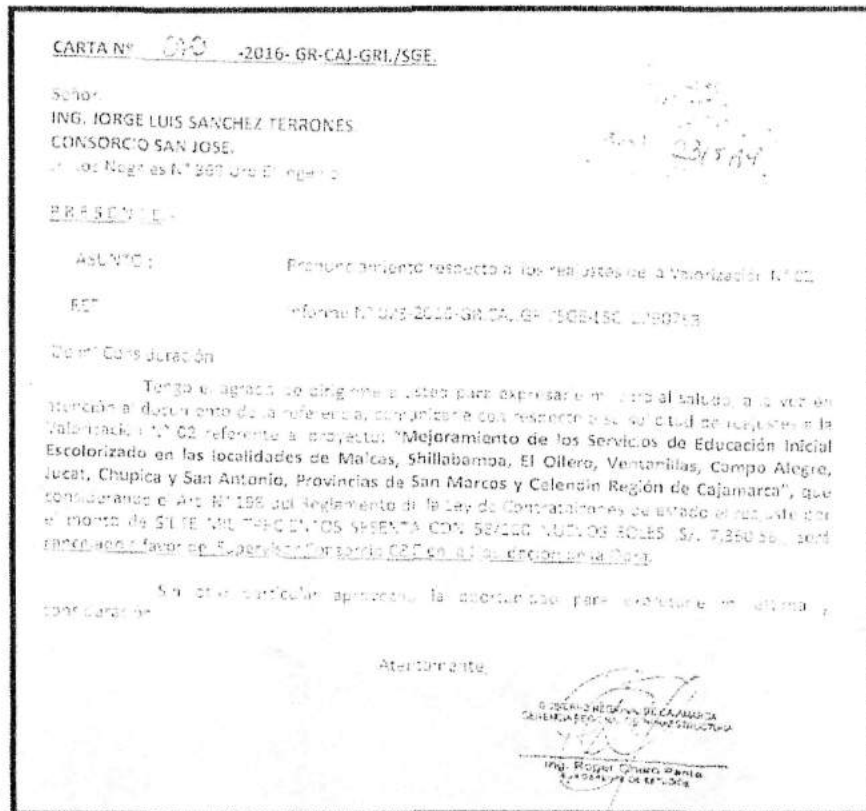
177. Al respecto, el Consorcio alegó que a través de la Carta N° 070-2016-GR.CAJ-GRI/SGE de fecha 31/05/2016 ha reconocido el pago de reajustes respecto del servicio de "supervisión de la elaboración del Expediente Técnico" por un monto de S/ 7,360.58 soles y ha precisado que este sería cancelado en la liquidación del contrato, con lo cual el Consorcio no está de acuerdo por no estar previsto en las normas de contratación pública.

Arbitraje Ad hoc seguido por el Consorcio C&C contra el Gobierno Regional de Cajamarca

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

178. La Entidad por su parte alegó que ha cancelado en su totalidad el servicio por lo que no queda ningún pendiente ninguna obligación de tipo de reajuste y menos intereses legales tal y como se puede verificar de la Resolución N° 162-2017-GR.CAJ/GGR y del mismo texto de la demanda del Consorcio C&C.
179. Respecto a lo alegado por las partes es preciso remitirnos a los medios probatorios y los documentos obrantes en el expediente. Así se tiene la carta N° 070-2016-C&C del 13 de abril de 2016 en la que se menciona lo siguiente:



180. Sin perjuicio de ello, es preciso remitirnos a las Bases Administrativas Integradas, las cuales, en su sección específica, condiciones especiales del proceso de selección en el numeral 2.10: FORMA DE PAGO, precisan que la prestación de la Supervisión de la elaboración del Expediente Técnico corresponde al 25% del

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

monto del contrato y deberá ser pagado en una única armada y luego de la conformidad al expediente técnico por parte de la Dependencia Usuaría. De acuerdo con el monto del contrato¹⁸, el 25% es S/ 138,878.87.

181. En atención a ello se advierte de los medios probatorios que mediante carta N° 070-2016-C&C que obra en el anexo 9 del escrito de demanda, el Consorcio remitió la valorización N° 2 en la cual se incluía el monto de S/ 138,787.87 más el reajuste de S/ 7,360.58 Asimismo, en el anexo 94 de la demanda, el Consorcio presentó el cálculo de los intereses de dicho reajuste en S/ 315.54, documentos que no han sido cuestionados por la Entidad, más aún mediante Carta N° 070-2016-GR-CAJ-GRI./SGE que obra como anexo 11 de la demanda la Entidad precisó que existe un reajuste y que el mismo será reconocido al Consorcio.

182. En tal sentido, este Colegiado considera que corresponde declarar FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda vinculada al quinto punto controvertido en consecuencia ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 7,676.12 soles por concepto de reajustes e intereses al 31 de diciembre del 2017 del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico más los intereses que correspondan desde el 01/01/2018 hasta la fecha efectiva de pago.

(v) **Sexto Punto Controvertido:** *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 55,552.00 soles correspondientes a la ejecución de la Carta Fianza N° 010466792-002 emitida por el Banco Scotiabank más los intereses legales desde el 03 de octubre del 2017 hasta la fecha efectiva de pago, al haber cumplido el íntegro de prestaciones y no existir deuda a favor de la Entidad.*

¹⁸ El cual es S/ 555,515.46.

Tribunal Arbitral

Daniel Triverño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

183. Sobre esta pretensión el Consorcio alega que, al haber cumplido con las prestaciones del contrato al 100%, así como que no tiene ninguna deuda con la Entidad y al haber comunicado la no renovación de la carta fianza por excesiva onerosidad, corresponde que le sea devuelta.
184. Por su parte la Entidad alegó que el Supervisor no habría cumplido con el total de sus obligaciones y que la garantía se ejecutó por el vencimiento del plazo, debido a que el contratista tenía la obligación de seguir manteniendo vigente la Garantía de fiel cumplimiento mientras no se consienta la liquidación final del contrato. Asevera además que la ejecución de la carta fianza se produjo por un proceder negligente del Consorcio, quien no cumplió con renovar la garantía siendo que ello no generaría responsabilidad en su representada.
185. De los hechos del presenta caso, así como de lo alegado por ambas partes y de los medios probatorios se tiene que en este caso la Entidad ejecutó la Carta Fianza de Fiel cumplimiento debido a su no renovación. En tal sentido, corresponde analizar si corresponde ejecutar una carta fianza luego del vencimiento de su vigencia y teniendo en cuenta además los argumentos alegados por el Consorcio para su no renovación.

La LCE, establece los lineamientos generales sobre las garantías de la siguiente manera:

Artículo 39.- Garantías

Las garantías que deben otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de la propuesta. Sus modalidades, montos, condiciones y excepciones son regulados por el Reglamento.

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.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

(...)

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. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista y da lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

Por su parte el RLCE, establece, sobre la ejecución de las garantías lo siguiente:

Artículo 164.- Ejecución de garantías:

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno. (...)

186. De los dispositivos normativos antes citados se tiene que: **(i)** las garantías deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática al solo requerimiento de la Entidad **(ii)** Las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas, **(iii)** Las garantías se ejecutan a simple requerimiento cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento, y contra esta ejecución el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

187. Sobre la finalidad, y la oportunidad de ejecución de las cartas fianzas, el OSCE se ha pronunciado a través de la opinión N° 30-2014/DTN:

"Cabe precisar que estas garantías cumplen una doble función: compulsiva y resarcitoria¹⁹. Es compulsiva, pues lo que pretenden es compeler u

¹⁹ De conformidad con la Opinión N° 077-2012/DTN.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

obligar al contratista a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ser ejecutadas por la Entidad. Asimismo, es resarcitoria, pues lo que se pretende con su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

2.1.2 Ahora bien, el artículo 164 del Reglamento establece los supuestos en los que la Entidad puede solicitar la ejecución de estas garantías; Entre estos, "Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno." (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la Entidad podrá solicitar la ejecución de las garantías otorgadas por el contratista cuando este no haya cumplido con renovarlas antes de la fecha de su vencimiento.

(...)

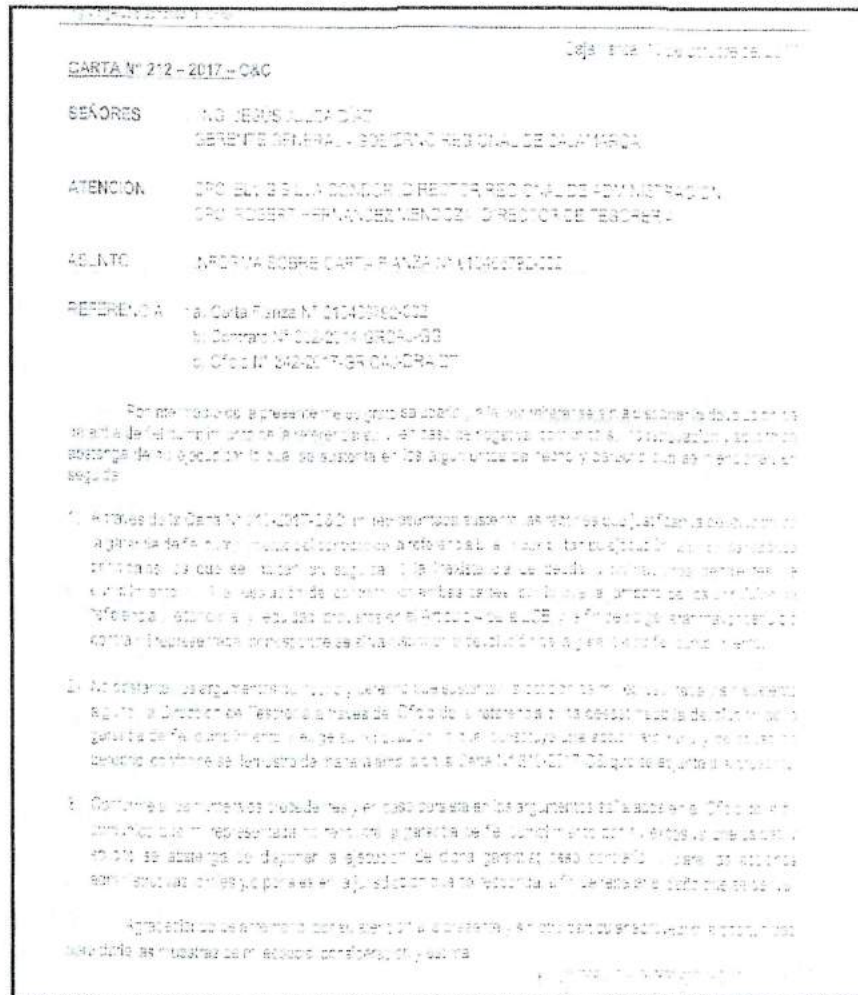
En este sentido, una vez vencida la vigencia de una garantía otorgada por el contratista, sin que este haya realizado su renovación, la Entidad podrá solicitar la ejecución de la misma".

188. En el presente caso se tiene que el Consorcio ha dejado de renovar la carta fianza de fiel cumplimiento, tal y como lo alegó en su escrito de demanda y en la Carta N° 212-2017-C&C²⁰, la cual menciona lo siguiente:

²⁰ Presentada como anexo 36 de la Demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi



- 189. De la referida carta se advierte que los argumentos vertidos por el Consorcio son básicamente que no habría obligaciones pendientes de cumplimiento, además de la resolución contractual de ambas partes y que de persistir la negativa de su devolución no la renovarían por su excesiva onerosidad.
- 190. Sobre dichos argumentos, este Colegiado advierte que, la normativa de contrataciones a través de la LCE y el RLCE, no ha establecido supuestos en los cuales el Contratista pueda dejar de renovar las garantías presentadas, por el contrario, esas garantías, son compulsivas y resarcitorias y sus supuestos de ejecución están claramente definidos, especificando la norma que las empresas

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

emisoras NO PODRÁN PONER OPONER EXCUSIÓN ALGUNA limitándose a honrarlas.

191. En tal sentido, los argumentos vertidos por el Consorcio para justificar su no renovación no se encuentran establecidos en la normativa, no pudiendo este Colegiado imponer mayores requisitos o supuestos de no ejecución a los que están establecidos en la Ley. Es decir que, si bien el Consorcio considera que la garantía le debe ser devuelta, ello no lo eximía de su obligación legal de mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento, no existiendo supuestos legales que le permitan dejar de renovarla, por el contrario, la norma establece claramente que en caso no se renueve dentro de su plazo, la garantía será ejecutada y en consecuencia el contratista no tendrá derecho a reclamo alguno por dicha ejecución.
192. Además, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 164 del RLCE, cuando se ejecute una garantía por su falta de renovación, el monto ejecutado será devuelto cuando se haya culminado el contrato, en caso de que no haya deudas a cargo del contratista y sin el derecho al pago de intereses. La culminación del contrato se da luego de que se presente la liquidación de conformidad con el artículo 179 del RLCE.
193. En atención a los fundamentos precedentes, este Colegiado considera que no corresponde ordenar a la Entidad la devolución en favor del Consorcio del monto de S/ 55,552.00 correspondiente a la ejecución de la carta fianza N° 010466792-002 emitida por el Banco Scotiabank ni los intereses legales desde el 03 de octubre del 2017 hasta la fecha efectiva de pago, en consecuencia, corresponde declarar IMPROCEDENTE la cuarta pretensión principal de la demanda vinculada al sexto punto controvertido.

(vi) Sétimo Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.159,522.32 soles por concepto de daños y perjuicios, por los mayores costos*

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

administrativos generados luego de la culminación del servicio de supervisión, la resolución del contrato y la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; y, el lucro cesante constituido por la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de suscribir nuevos contratos.

194. El Consorcio alega que debido a la resolución contractual efectuada por la Entidad y debido a la extensión del contrato en 4 años se le han generado gastos innecesarios como: (i) alquiler de oficina, servicio contable, administración y representación legal los que permanecerán hasta que se resuelva el arbitraje. (ii) Se le ocasionaron deudas de honorarios y servicios diversos que obligó a que uno de los consorciados solicitara dos (02) créditos a la caja municipal de ahorro y crédito de Trujillo para evitar acciones civiles y/o penales en la jurisdicción judicial por parte de los profesionales y proveedores que prestaron servicios de supervisión. (iii) Costos de renovación y ejecución de la carta fianza.
195. Además alegó que según el numeral 22 de los TdR la utilidad prevista es de 5% por lo que teniendo en cuenta la el monto del contrato (S/ 555,515.46) la utilidad prevista asciende a S/ 27,775.77, por lo que su representada habría perdido la posibilidad de ejecutar contratos similares que le hubieran generado las mismas utilidades durante los años 2016, 2017 y 2018, por lo que el lucro cesante se cuantifica en tres (03) veces la utilidad prevista para el presente contrato y asciende a S/ 83,327.31 soles.
196. Sobre esta pretensión la Entidad manifiesta que no existe daños y perjuicios causados al Consorcio por cuanto no existe saldo de pago por servicios de supervisión, dado que resuelto el contrato del ejecutor de obra no realizó más servicio de supervisión para la Entidad, así que los gastos en que hubiera incurrido el Consorcio son responsabilidad exclusiva de este.
197. A fin de determinar si corresponde o no ordenar el pago por concepto de daños y perjuicio, este Colegiado considera que es preciso remitirnos al artículo N° 170 del RLCE que establece:

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

"Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad"

En tal sentido, del análisis realizado de las pretensiones anteriores, se advierte que la Entidad efectuó una resolución contractual que adolece de nulidad, y por su parte el Contratista requirió a la Entidad cumpla con sus obligaciones contractuales, luego de lo cual procedió a resolver el contrato; resolución contractual en la cual se advierte que la Entidad no cumplió con requerir al Consorcio que elabore la liquidación del contrato, o en su defecto remitirle la liquidación del contrato a efectos que el Supervisor pudiera revisarla de conformidad con los TdR.

En atención a ello, según el artículo 170 del RLCE, cuando la resolución contractual perjudique al Contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, para poder determinar los alcances de indemnización debemos remitirnos al Código Civil, el cual en su artículo 1321 establece:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable, o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño en que podría preverse al tiempo en que ella fue contraída".

Así se tiene que, doctrinariamente, los elementos de la responsabilidad civil son:

1. La ANTIJURICIDAD: que está referida a que el daño causado no está permitido en el ordenamiento jurídico o se orienta en contra de este. Pueden

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

entenderse para el caso presenta también el incumplimiento de las obligaciones de un contrato.

2. Los FACTORES DE ATRIBUCIÓN: los cuales son el fundamento del deber de indemnizar y son principalmente el DOLO y la CULPA. El primero referido a la voluntad de causar daño y el segundo es en el cual se deben analizar los elementos intrínsecos de la conducta del sujeto (imprudencia)
3. El DAÑO el cual abarca la lesión del interés protegido, pudiendo diferenciarse tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial. El primero se subdivide a su vez en daño emergente y lucro cesante.
4. EL NEXO CAUSAL que se entiende como el vínculo entre el hecho lesivo y el daño producido.

198. Respecto a la verificación de los elementos de la responsabilidad, si bien se ha producido la antijuricidad, al haberse incumplido estipulaciones contractuales, es preciso que se analice el daño que se habría producido. Así la doctrina, al analizar el daño establece lo siguiente:

"El daño es todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de una obligación. El daño, para ser reparado debe ser cierto; no eventual o hipotético.

(...)

Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario que el incumplimiento produzca un perjuicio.

Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto establece el artículo 1331 del Código Civil que "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso"

Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización²¹

En atención a lo anterior, se tiene que el daño debe ser cierto, haberse producido; y, además, también es necesario probarlo. Es decir que, que se tiene que probar los daños que impliquen una disminución en el patrimonio del afectado y la consiguiente pérdida sufrida.

199. Respecto a la cuantificación del daño, el Consorcio ha presentado como medios probatorios²² el contrato de arrendamiento de local, el contrato de locación de servicios, las boletas de pago del representante legal desde el mes de setiembre de 2016 a febrero de 2017, los resúmenes de crédito de la Caja Municipal de Trujillo, y los vouchers del banco ScotiaBank con el respectivo estado de cuenta del mismo Banco.
200. Sobre ello, es necesario precisar que, al analizar la pretensión anterior, este Colegiado concluyó que la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento fue por responsabilidad del Contratista por lo que no corresponde otorgar indemnización por su renovación y/o ejecución.
201. Respecto al monto de S/ 83,327.31 solicitado por el Consorcio por el lucro cesante referido a la pérdida de posibilidad de ejecutar contratos similares, este Colegiado considera que el Consorcio no ha ofrecido medio probatorio que acredite la pérdida de dicha posibilidad, es decir que no se ha acreditado la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, por lo que el sustento alegado por el Consorcio es un hipotético, en tal sentido el

²¹ Osterling Parodi, F. *La Indemnización de daños y perjuicios*. Artículo recuperado de: <http://www.legitimacion.com/legitimacion/comunicacion/la-indemnizacion-de-los-daños-y-perjuicios/>

²² Anexo 95 de su demanda.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Tribunal Arbitral considera que no corresponde otorgar al consorcio el pago de dicho monto.

202. De los demás medios probatorios que ha presentado el Contratista se tiene: el contrato de arrendamiento de local, el contrato de locación de servicios, las boletas de pago del representante legal desde el mes de setiembre de 2016 a febrero de 2017, los resúmenes de crédito de la Caja Municipal de Trujillo. Sin embargo, se advierte que, son documentos que no son completamente idóneos para determinar que se ha producido un daño o una disminución en su patrimonio, pues no se ha presentado vouchers de pago, recibos, u otros que demuestren un desplazamiento de los montos que ha precisado a través de dichos documentos.

203. En tal sentido, en base a los fundamentos precedentes, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes y el análisis de los medios probatorios, y al no estar acreditado el daño, este Colegiado considera pertinente declarar IMPROCEDENTE la Quinta pretensión principal de la demanda vinculada al sétimo punto controvertido.

*(vii) **Octavo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad asuma el íntegro de los costos del arbitraje, que incluye los honorarios del tribunal y la secretaria arbitral; y, se ordene la devolución a favor del Consorcio C&C de los gastos de asesoramiento legal que ascienden a la suma de S/.32,000.00 soles; más los intereses legales desde la fecha de emisión del laudo hasta la fecha efectiva de pago.*

204. Sobre ello el Consorcio alegó que, si bien es cierto que la cláusula décimo-octava del contrato establece que el pago de los gastos arbitrajes serán a cargo de la parte demandante, esto es solo una regla para los anticipos de honorarios y de ninguna manera puede extenderse a la asunción o distribución de costos.

205. La Entidad por su parte alegó que al ser infundadas las pretensiones del demandante, los costos deberán ser asumidos por la parte vencida.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

206. Respecto a esas posiciones nos remitiremos al Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje el cual establece:

"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"

207. En tal sentido, la norma aplicable al caso establece que a efectos de imputar o distribuir los costos se tendrá en cuenta, en primer lugar, el ACUERDO DE LAS PARTES. Sobre ello, es preciso remitirnos al convenio arbitral, el cual en su cláusula décimo-octava numeral 1.7 estableció lo siguiente:

"1.7 El pago de los gastos arbitrales serán a cargo de la parte demandante, siendo aplicable el mismo criterio en caso se formule reconvencción"

208. De la lectura del convenio arbitral, no se advierte que la regla de los pagos de los honorarios arbitrales haga referencia a los anticipos sino directamente al pago de los gastos arbitrales, por lo que no se puede deducir de la voluntad de las partes plasmada en dicho convenio que hayan hecho diferenciaciones o puesto reglas adicionales. En consecuencia, de conformidad con el acuerdo de las partes, corresponde determinar que el Consorcio C&C, al ser el demandante, asuma íntegramente el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral. Asimismo, este Colegiado dispone que cada una de las partes debe asumir los gastos en que ha incurrido para efectos de sus propias defensas.

209. En consecuencia, corresponde declarar INFUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda vinculada al octavo punto controvertido, y este Colegiado determina que no corresponde ordenar que la Entidad asuma el íntegro de los costos del arbitraje, que incluye los honorarios del Tribunal y la Secretaría arbitral;

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

y, se ordene la devolución a favor del Consorcio C&C de los gastos de asesoramiento legal que ascienden a la suma de S/ 32,000.00 soles, más los intereses legales desde la fecha de emisión del laudo hasta la fecha efectiva de pago.

XII. LAUDO

El Tribunal Arbitral, en función del análisis efectuado, en DERECHO, procede a laudar en los términos siguientes:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión de la demanda, vinculada al primer punto controvertido y, en consecuencia, declarar NULA la Resolución de Gerencia General Regional N° 162-2017-GR.CAJ/GGR, que resolvió el contrato N° 002-2014-GRCAJ-GGR.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADO el segundo extremo de la primera pretensión de la demanda, vinculado al segundo punto controvertido, en consecuencia, declarar que la Resolución contractual efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial 008-2017-C&C ha quedado consentida.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión de la demanda, vinculada al tercer punto controvertido, y en consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.239,899.13 soles, por concepto de saldo del servicio de supervisión cumplido en su integridad, más los reajustes de dicho saldo.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda vinculada al cuarto punto controvertido y, en consecuencia, ordenar a la Entidad pague a favor del Consorcio C&C la suma de S/.7,022.19 soles por concepto de intereses legales correspondientes al saldo del servicio de supervisión y servicio de revisión y/o elaboración de liquidación de obra y reajustes durante el periodo del 01 de octubre del 2016 al 31 de diciembre del 2017 y hasta su fecha efectiva de pago.

Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda vinculada al quinto punto controvertido en consecuencia ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/. 7,676.12 soles por concepto de reajustes e intereses al 31 de diciembre del 2017 del servicio de supervisión de la elaboración del expediente técnico más los intereses que correspondan desde el 01/01/2018 hasta la fecha efectiva de pago.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la cuarta pretensión principal de la demanda vinculada al sexto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad la devolución en favor del Consorcio del monto de S/ 55,552.00 correspondiente a la ejecución de la carta fianza N° 010466792-002 emitida por el Banco Scotiabank ni los intereses legales desde el 03 de octubre del 2017 hasta la fecha efectiva de pago.

SÉTIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE la quinta pretensión principal de la demanda vinculada al sétimo punto controvertido, en consecuencia no corresponde ordenar a la Entidad el pago a favor del Consorcio C&C de la suma de S/.159,522.32 soles por concepto de daños y perjuicios, por los mayores costos administrativos generados luego de la culminación del servicio de supervisión, la resolución del contrato y la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; y, el lucro cesante constituido por la utilidad dejada de percibir por la imposibilidad de suscribir nuevos contratos.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda vinculada al octavo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar que la Entidad asuma el íntegro de los costos del arbitraje, que incluye los honorarios del Tribunal y la Secretaría arbitral; y, se ordene la devolución a favor del Consorcio C&C de los gastos de asesoramiento legal que ascienden a la suma de S/ 32,000.00 soles, más los intereses legales desde la fecha de emisión del laudo hasta la fecha efectiva de pago.

NOVENO: Respecto al pago de honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, conforme se resolvió en el octavo punto controvertido, de conformidad con el convenio arbitral el Consorcio C&C deberá asumir íntegramente dicho pago, así como que cada una de las partes asumirá el gasto irrogado en sus respectivas defensas.

Arbitraje Ad hoc seguido por el Consorcio C&C contra el Gobierno Regional de Cajamarca


Tribunal Arbitral

Daniel Triveño Daza (Presidente)
Zita Consuelo Aguilera Becerril
Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

DÉCIMO: AUTORIZAR a la Secretaria Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente Laudo.



Daniel Triveño Daza
Presidente del Tribunal Arbitral



Zita Aguilera Becerril
Árbitro



Marcos Espinoza Rimachi
Árbitro

Fiorella Vivanco Mazzo
Secretaria Arbitral Ad-hoc