

1

Secretario: Dr. Alvaro Aguilar Ojeda

Sr. Alfredo Ladón de Guevara Olate
Sr. Gonzalo García Calderón Moreyra
Sr. Gregorio Martín Ore Guerrero

Miembros del Tribunal:

LAUDO FINAL

GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA - PROREGIÓN

y

CONSORCIO AEROPUERTO CAJAMARCA

Controversia seguida entre

CASO ARBITRAL AD HOC

2

03 TABLA DE ABREVIACIONES.....

04 I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO.....

04 A. ANTECEDENTES.....

06 B. CONVENIO ARBITRAL, REGLAS DE PROCEDIMIENTO,
LEGISLACIÓN APLICABLE, SEDE E IDIOMA DEL ARBITRAJE.....

07 C. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

08 D. DESARROLLO DEL ARBITRAJE.....

14 E. SOBRE LA REPRESENTACIÓN DEL GOREL.....

25 II. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR PROREGIÓN.....

25 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

30 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

47 III. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CONSORCIO.....

47 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

49 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

54 IV. SOBRE EL PAGO DEL SALDO PENDIENTE DEL CONTRATO
INCLUYENDO EL MONTO ASCENDENTE A S/ 147,332.78.....

54 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

56 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

59 V. SOBRE EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES.....

59 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

60 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

63 VI. SOBRE LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR.....

63 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

63 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

66 VII. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA Y
EL PAGO DE LOS COSTOS FINANCIEROS ASOCIADOS A ELLA.....

67 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

67 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

69 VIII. SOBRE EL PAGO DE DAÑO MORAL.....

69 A. POSICIONES DE LAS PARTES.....

69 B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....

70 IX. SOBRE LAS COSTAS Y COSTOS.....

73 DECISIÓN.....

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE ABRVIACIONES

Acta de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 5 de mayo de 2016.....Acta de Instalación

Consortio Aeropuerto Cajamarca (Integrado por Ghisolfo Ingeniería de Consulta S.A. y Cidatt Consultoría S.A.)..... El Consorcio

Contrato N° 04-2014-GR.CAJ/PROREGION para la Aprobación de Servicios de Consultoría para la Aprobación de Pre Inversión a nivel de Perfil y Factibilidad del Proyecto Mejoramiento e Implementación del Aeródromo Shumba – Jaén - Cajamarca..... El Contrato

Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Gobierno Regional de Cajamarca y CORPAC S.A.C..... El Convenio Marco

Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional entre el Gobierno Regional de Cajamarca y CORPAC S.A..... El Convenio Específico

Decreto Legislativo No. 1017..... Ley de Contrataciones del Estado

Decreto Legislativo No. 1071 que norma el arbitraje en el Perú..... Ley de Arbitraje

Decreto Supremo N° 184-2008-EF Reglamente de la Ley de Contrataciones del Estado..... El Reglamento

Ministerio de Transportes y Comunicaciones..... MTC

Gobierno Regional de Cajamarca - PROREGION..... PROREGION

Resolución Directoral Ejecutiva N° 527-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas por El Consorcio así como la contestación formulada por PROREGION; por unanimidad, dicta el siguiente laudo final:

I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO

A. ANTECEDENTES

1. El 13 de setiembre de 2011 se suscribió el Convenio Marco cuyo objeto era establecer el marco de relaciones entre CORPAC S.A. y el Gobierno Regional de Cajamarca con la finalidad de establecer los términos y condiciones de apoyo para la formulación y ejecución del proyecto a denominarse: "Mejoramiento e Implementación del Aeródromo de Shumba - Jaén - Cajamarca"; bajo las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública.

2. Asimismo, el 13 de setiembre de 2011 se suscribió el Convenio Específico la finalidad de establecer los términos y condiciones de apoyo para la formulación y ejecución del proyecto a denominarse "Mejoramiento e Implementación del Aeródromo de Shumba - Jaén - Cajamarca".

3. Realizado el Concurso Público N° 09-2013-GR.CAJ/PROREGION para la contratación de Servicios de Consultoría para la Contratación de Estudios de Preinversión a Nivel de Perfil y Factibilidad del Proyecto Mejoramiento e Implementación del Aeródromo de Shumba - Jaén - Cajamarca, el 7 de febrero de 2014 se otorgó la Buena Pro al Consorcio.

4

4. El 21 de febrero de 2014 PROREGIÓN y el Consorcio suscribieron el Contrato, el cual tenía un plazo de ejecución de 196 días calendario que comprende dos fases de actividades: (i) Estudio a Nivel de Perfil (6 entregables) y (ii) Estudio a Nivel de Factibilidad (6 entregables).

5. Al surgir una serie de controversias entre las partes, el 23 de julio de 2014, se suscribió el Acta de Conciliación N° 104-2014 en el Centro de Conciliación Extrajudicial "La Solución" de la ciudad de Cajamarca.

6. El 22 de abril de 2015 el MTC, mediante Oficio N° 398-2015-MTC/02 informa a CORPAC S.A. que ha encargado a PROINVERSIÓN brindarle asistencia técnica para promover la inversión privada en el Tercer Grupo de Aeropuertos de provincia conformado por los aeropuertos de Jaén, Huánuco y Jauja.

7. El 25 de julio de 2015 el Consorcio entregó a PROREGIÓN el Tercer Entregable a Nivel de Perfil, Revisión C; habiéndose reconocido el levantamiento de observaciones sobre dicho entregable el 9 de setiembre de 2015.

8. El 29 de setiembre de 2015 CORPAC S.A. comunica a PROREGIÓN que se evalúe la resolución del Contrato y que CORPAC S.A. no participaría en la evaluación de cualquier entregable presentado por el Consorcio a PROREGIÓN.

9. El 23 de noviembre de 2015 se notifica a El Consorcio la Carta Notarial N° 031-2015-GR-CAJ/PROREGIÓN/DE emitida por PROREGIÓN mediante la cual se adjunta la Resolución Directoral por la cual se resuelve el Contrato.

10. El 10 de diciembre de 2015 el Consorcio dio inicio al arbitraje conforme a lo establecido en el artículo 218° del Reglamento.

B. CONVENIO ARBITRAL, REGLAS DE PROCEDIMIENTO, LEGISLACIÓN APLICABLE, SEDE E IDIOMA DEL ARBITRAJE

Convenio Arbitral

11. El Consorcio solicita el arbitraje dentro del marco del Contrato. Al respecto, la Clausula Décimo Octava del Contrato establece lo siguiente:

"CLAUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a finde resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del reglamento, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

12. De la lectura de la Clausula Décimo Octava del Contrato queda claro la manifestación de voluntad expresa de las partes de someter a arbitraje las controversias derivadas de la ejecución de este y, particularmente, a su resolución (artículo 170 del Reglamento).

Reglas de Procedimiento

13. El 5 de mayo de 2016 se llevó a cabo la instalación del Tribunal Arbitral, acto en el cual se dispuso que serán de aplicación al arbitraje las reglas establecidas por las partes en el Acta de Instalación de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento, las Directivas que apruebe el OSCE y, supletoriamente, la Ley de Arbitraje.

14. Del mismo modo se dispuso que en caso de insuficiencia de las reglas señaladas, el Tribunal Arbitral queda facultado para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho al debido proceso y al derecho de defensa de las partes.

Sede, idioma y legislación aplicable al fondo de la controversia

15. En el numeral 3 del Acta de Instalación se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del Tribunal Arbitral, las oficinas ubicadas en la avenida dos de Mayo N° 516, Oficina 201, distrito de Miraflores, Provincia y departamento de Lima.

16. Asimismo, en el numeral 5 del Acta de Instalación se dispuso que el idioma aplicable al presente proceso arbitral es el castellano.

17. Conforme a lo establecido en el convenio arbitral y el numeral 7 del Acta de Instalación, el arbitraje es de derecho. Al respecto, el numeral 6 del Acta de Instalación precisa que la ley aplicable al fondo de la controversia es la legislación peruana.

C. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

18. Conforme al convenio arbitral y la legislación aplicable, el Consorcio designó como árbitro al señor Gonzalo García Calderón Moreyra, y PROREGIÓN designo como árbitro al señor Gregorio Martín Ore Guerrero.

19. Asimismo, conforme a la legislación aplicable los árbitros anteriormente mencionados designarían al tercer miembro para presidir el Tribunal Arbitral. Al respecto, los co-árbitros designaron como Presidente del Tribunal Arbitral



al señor Alfredo Ladrón de Guevara Olate, quien aceptó el encargo, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

20. Las partes no formularon cuestionamiento alguno a la designación de los árbitros ni a la conformación del Tribunal Arbitral. Como consecuencia de ello, en el numeral 1 del Acta de Instalación las partes declararon expresamente su conformidad con las designaciones realizadas y señalaron que no tenían conocimiento de alguna causa que pudiera motivar su recusación.

D. DESARROLLO DEL ARBITRAJE

21. En los numerales 25 al 27 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se establecieron los plazos para presentar la demanda, su contestación, la reconvencción y su contestación. En virtud de ellas el Consorcio contaría con veinte (20) días hábiles para formular su demanda. Admitida a trámite la demanda se correría traslado de ella a la PROREGIÓN para que las conteste dentro del plazo de diez (20) días hábiles y, de ser el caso formule reconvencción dentro del mismo término. Asimismo se convino que, en caso se formule reconvencción, el Consorcio contaría con veinte (20) días hábiles para contestarla.

22. El Consorcio formuló su demanda estableciendo sus pretensiones mediante escrito presentado el 2 de junio de 2016. En el escrito indicado El Consorcio formuló como pretensiones las siguientes:

(i) Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto, o, en su caso, declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el Gobierno Regional de Cajamarca, al no existir el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor señalado, adoleciendo de una debida motivación.

(ii) Que el Tribunal Arbitral declare la resolución del contrato por causa imputable al Gobierno Regional de Cajamarca y sobreviniente a su ejecución, en la medida que no ha observado la debida diligencia en la ejecución del contrato y tampoco ha realizado las acciones pertinentes en virtud a los convenios suscritos con CORPAC, lo cual hace inviable la continuación del contrato.

(iii) Que el Tribunal Arbitral de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1155° del Código Civil¹, ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar la totalidad del saldo pendiente del contrato suscrito, incluyendo la suma de S/. 147,332.78 (Ciento Cuarenta y Siete Mil Trescientos Treinta y Dos y 78/100 Nuevos Soles), señalados en la Resolución Directoral Ejecutiva 257-2015-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE de fecha 18 de noviembre de 2015.

(iv) Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar los mayores gastos generales en los que ha incurrido el Consorcio puesto que, a pesar del tiempo transcurrido, el Consorcio ha continuado realizando gastos que no han sido reconocidos por la Entidad.

(v) Que el Tribunal Arbitral, en el supuesto negado que se declare infundada la tercera pretensión, ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar la utilidad dejada de percibir puesto que, al quedar resuelto el contrato, por causas imputables a la Entidad, corresponde a la misma asumir dicho pago.

¹ Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

9



(vi) Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar a la orden del Consorcio los costos financieros por el mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

(vii) Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

(viii) Que el Tribunal Arbitral ordene que el Gobierno Regional de Cajamarca indemnice por daños y perjuicios, daño moral y daño a la imagen (daño emergente y lucro cesante) al Consorcio por la suma que determine el Tribunal Arbitral.

(ix) Que, el Tribunal Arbitral disponga que el Gobierno Regional de Cajamarca asuma las costas y costos del presente proceso arbitral.

23. PROREGIÓN contestó la demanda mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2016. La parte demandada no formuló reconvencción.

Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral

24. Conforme a lo dispuesto en el numeral 31 del Acta de Instalación, el 16 de febrero de 2017 se determinaron como cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral las siguientes:

Respecto de las cuestiones derivadas de la demanda y su contestación

(i) Se determinará si la resolución del Contrato N° 04-2014-

GR.CAJ/PROREGION efectuada por el Gobierno Regional de Cajamarca es o no nula, inválida y/o ineficaz debido a que no existiría

el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor señalado en ella, adoleciendo de una debida motivación.

(ii) Se determinará si el Contrato N° 04-2014-GR.CAJ/PROREGION suscrito el 21 de febrero de 2014 debe ser resuelto por causa imputable al Gobierno Regional de Cajamarca y sobrevenida a su ejecución, en la medida que esta entidad no habría observado la debida diligencia en la ejecución del contrato y tampoco habría realizado las acciones pertinentes en virtud a los convenios suscritos con CORPAC, lo cual habría hecho inviable la continuación del contrato.

(iii) Se determinará si el Gobierno Regional de Cajamarca debe o no cumplir con pagar al Consorcio Aeropuerto Cajamarca, de conformidad con el artículo 1155° del Código Civil, la totalidad del saldo pendiente del contrato suscrito, incluyendo la suma de S/ 147,332.78 señalados en la Resolución Directoral Ejecutiva 257-2015-GR.CAJ/PROREGION de fecha 18 de noviembre de 2015.

(iv) Se determinará si el Gobierno Regional de Cajamarca debe o no pagar al Consorcio Aeropuerto Cajamarca los mayores gastos generales en los que habría incurrido puesto que dicho Consorcio habría realizado gastos que no han sido reconocidos por la entidad.

(v) Se determinará, en caso se declare infundada la tercera pretensión de la demanda, si el Gobierno Regional de Cajamarca debe o no pagar al Consorcio Aeropuerto Cajamarca la utilidad que habría dejado de percibir.

(vi) Se determinará si el Gobierno Regional de Cajamarca debe o no

cumplir con pagar al Consorcio Aeropuerto Cajamarca los costos financieros por el mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel cumplimiento.

(vii) Se determinará si el Gobierno Regional de Cajamarca debe o no devolver al Consorcio Aeropuerto Cajamarca la Carta Fianza de Fiel cumplimiento.

(viii) Se determinará si el Gobierno Regional de Cajamarca debe o no indemnizar al Consorcio Aeropuerto Cajamarca por daños y perjuicios, daño moral y daño a la imagen (daño emergente y lucro cesante) así como, de ser el caso, la suma correspondiente.

(ix) Se determinará si se debe condenar a alguna de las partes al pago de las costas y costos del arbitraje.

25. El Tribunal Arbitral dejó establecido que se reserva la facultad de analizar los puntos precedentes en el orden que considere apropiado. Asimismo, el Tribunal Arbitral quedó facultado para pronunciarse sobre todos las cuestiones subsidiarias, accesorias, incidentales o conexas a estas materias o aquellas que hayan sido objeto de argumentación de las partes durante el desarrollo del arbitraje, siempre y cuando estén dentro de los alcances del convenio arbitral.

Actividad Probatoria e Informes Orales

26. En la audiencia del 16 de febrero de 2017 el Tribunal Arbitral admitió los medios de prueba documentales ofrecidos por ambas partes en sus diferentes escritos postulatorios.

12

27. Asimismo, mediante la Resolución No. 12, de fecha 6 de junio de 2017, el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de siete (7) días hábiles para formular sus alegatos escritos.
28. El Consorcio y PROREGIÓN presentaron sus alegatos escritos los días 21 y 27 de junio de 2017, respectivamente.
29. El 31 de agosto de 2017 se llevó a cabo la audiencia de Informes Orales, acto en el cual las partes expusieron sus posiciones respecto a los hechos y aspectos técnicos del caso. Asimismo, las partes sustentaron sus argumentos jurídicos.
30. En dicha audiencia se otorgó PROREGIÓN cinco (5) días adicionales para que presentaran la documentación a la que hizo alusión en la audiencia. PROREGIÓN presentó la documentación aludida el 7 de setiembre de 2017, la cual fue validada por su Procuraduría el 13 de octubre de 2017. El Consorcio se pronunció sobre esta documentación el 7 de noviembre de 2017.
- Plazo para la Emisión del Laudo**
31. Mediante la Resolución No. 17, conforme al numeral 45 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se fijó el plazo para la emisión del laudo en treinta (30) días hábiles; reservándose el tribunal arbitral la facultad de prorrogarlo por treinta (30) días adicionales.
32. Mediante Resolución No. 18 el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo para la emisión del laudo por treinta (30) días adicionales; es decir, hasta el 19 de abril de 2018.

13

E. SOBRE LA REPRESENTACIÓN DEL GOREL

33. El 8 de junio de 2016 el señor Luis Alberto López Aguilar, Director Ejecutivo de PROREGIÓN solicitó su intervención en el proceso señalando lo siguiente:

33.1. A que PROREGIÓN es Unidad Ejecutora con autonomía técnica y administrativa que fue creada como organismo público cuyo objeto es ejecutar obras de infraestructura básica en materia de saneamiento, transportes, energía y otros de impacto regional.

33.2. Que el Contrato No. 04-2014-GR.CAJ7PROREGIÓN fue suscrito por PROREGIÓN con el Consorcio y, por tanto, para efectos de su ejecución PROREGIÓN asume directamente las atribuciones y responsabilidades propias del Gobierno Regional de Cajamarca.

33.3. Que, en consecuencia, PROREGIÓN ha planificado, organizado, conducido y desarrollado sus contratos, siendo, a través de sus funcionarios, quien conoce directamente los hechos y por ende, quien mejor puede explicar y defender las decisiones contractuales asumidas con relación a ellos.

33.4. Que la contraloría Pública Regional no es parte contractual y, por tal razón, no puede reemplazar enteramente a PROREGIÓN en el arbitraje; por lo que a esta unidad ejecutora le asistiría el derecho de establecer en forma conjunta o separada con la Procuraduría su propia estrategia de defensa y explicarla al tribunal arbitral de manera directa, técnica y legalmente.

33.5. Que, al ignorarse la existencia de PROREGIÓN; es decir, de una de las partes, se habría vulnerado el debido proceso y, por tanto, no podría haber un proceso arbitral válido.

33.6. Que, el Reglamento de Organización y Funciones de PROREGIÓN (ROF de PROREGIÓN) aprobado mediante la Ordenanza Regional No. 005-2009-CRCAJ-CR (publicada en el Diario Oficial El peruano el

16 de mayo de 2009) señala en su artículo 8° que La Dirección Ejecutiva constituye el órgano de ejecución de PROREGION, siendo su Director Ejecutivo la máxima autoridad administrativa y su representante legal.

33.7. Que, asimismo, el artículo 9° del referido ROF de PROREGION señala que entre las funciones que realiza la Dirección Ejecutiva está la representación legal de PROREGION ante todo tipo de instancias y autoridades incluyendo las arbitrales; para lo cual actúa premunido de las facultades contenidas en los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil.

33.8. Que, mediante Resolución Ejecutiva regional No. 682-2014-GR.CAJ/P del 5 de diciembre de 2014 se designó al señor López como Director Ejecutivo de PROREGION quien puede acudir a sede arbitral con la finalidad de resguardar los intereses de PROREGION independientemente o conjuntamente con la Procuraduría Pública Regional.

33.9. Que, el artículo 10 del Decreto Legislativo 1071 otorga al gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica para representarla en arbitrajes sin restricción alguna.

33.10. Que, si bien por la ley general, los procuradores públicos tienen la obligación de ejercer la defensa del estado, esta legislación, en nada altera que el representante legal de PROREGION desarrolle sus funciones de representación máxima si la propia norma de arbitraje que rige los procesos arbitrales establece que las partes pueden intervenir directamente sin restricción alguna.

34. El 22 de junio de 2016 el Consorcio se opuso a la intervención en el arbitraje de la Dirección Ejecutiva de PROREGION señalando lo siguiente:

- 34.1. Que, la Unidad Ejecutora PROREGION depende estrictamente del Gobierno Regional de Cajamarca.
- 34.2. Que, el artículo 47° de la Constitución Política del Perú establece que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley.
- 34.3. Conforme al artículo 22.1 del Decreto legislativo 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, los Procuradores Públicos tienen como función representar y defender jurídicamente al Estado en los temas que conciernen a la entidad de la cual dependen administrativamente.
- 34.4. Por otro lado, el artículo 16.1 del Decreto Legislativo 1068 establece que los Procuradores Públicos Regionales ejercen la defensa jurídica de los intereses del estado en los asuntos relacionados al respectivo Gobierno Regional.
- 34.5. Al estar legalmente la representación y defensa de los intereses y derechos de los gobiernos regionales a cargo de procuradores públicos regionales no puede pretenderse que se apersonen al presente proceso arbitral la Dirección Ejecutiva de PROREGION como persona distinta al Gobierno Regional.
- 34.6. La facultad ejercida por la Procuraduría Pública Regional es indelegable, conforme ha sido señalado en la Resolución No. 07 de fecha 10 de noviembre de 2009 expedida por la Primera sala Civil Subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima recaída en el expediente No. 00409-2009.
35. Asimismo, el 22 de junio de 2016, la Procuraduría de PROREGION absolvió la solicitud de la Dirección Ejecutiva de PROREGION señalando lo siguiente:
- 35.1. De conformidad con el Contrato No. 04-2014-GR.GAJ/PROREGION que PROREGION suscribió con el Consorcio, esa Unidad Ejecutora asume directamente todas las atribuciones y responsabilidades

propias del Gobierno Regional de Cajamarca, para los efectos de la

ejecución del contrato.

35.2. Conforme a los artículos 8° y 9° del ROF de PROREGION la capacidad para ser parte material en un proceso considerada como la "aptitud para ser titular de la relación jurídico – procesal que se genera en el proceso y para asumir los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la relación propia del mismo [Casasas 2014: 45], para el caso de autos la tiene el Gobierno Regional de Cajamarca a través de su Unidad Ejecutora PROREGION y la representación procesal recae en la Procuraduría Pública Regional, quien ejerce la defensa de los intereses del Estado a nivel del Gobierno Regional de Cajamarca".

35.3. Tal como ha sido precisado por el Director Ejecutivo de PROREGION, la Procuraduría Pública Regional de Cajamarca ejerce la defensa jurídica mas no la defensa técnica; sin embargo, la legitimidad para obrar pasiva la tiene PROREGION, siendo así, se encuentra legitimada para concurrir al proceso y coadyuvar en la defensa de los intereses de la entidad, máxime si es con dicha unidad ejecutora que se celebró el contrato que ha dado origen a la controversia materia del presente arbitraje.

35.4. En este sentido, la relación procesal establecida en el presente arbitraje entre el Consorcio y PROREGION es válida, no menoscabando el hecho de que la entidad concurra a través de su Unidad Ejecutora conjuntamente con la Procuraduría Pública regional en defensa de los intereses del Estado.

36. Mediante la Resolución No. 02 notificada tanto al Consorcio como a PROREGION (a través de la Procuraduría Pública competente) y a la Dirección Ejecutiva de PROREGION el 4 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente: (i) No haber lugar a la solicitud formulada por el señor Luis Alberto López, Director Ejecutivo de PROREGION mediante

escrito presentado el 8 de junio de 2016, (ii) Precisar que la defensa de PROREGION en el presente arbitraje, conforme al Decreto Legislativo No. 1068 debía ser realizada por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca y (iii) Precisar que la participación técnica de la Dirección Ejecutiva y de los funcionarios de PROREGION debía encausarse a través de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca; conforme a las coordinaciones que son libres de realizar de manera interna.

37. La Resolución N° 02 se emitió bajo los siguientes argumentos:

37.1. El Contrato No. 04-2014-GR.CAJ/PROREGION ha sido suscrito por el Consorcio y PROREGION como Unidad Ejecutora del Gobierno Regional de Cajamarca. Siguiendo este criterio, el emplazamiento del Gobierno Regional de Cajamarca ha sido a través de su Unidad Ejecutora Programas Regionales -PROREGION, tal como consta en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral Ad Hoc de fecha 5 de mayo de 2016.

37.2. En este sentido, queda claro que las partes en este arbitraje están constituidas por el Consorcio Aeropuerto Cajamarca, en calidad de demandante y la Unidad Ejecutora Programas Regionales - PROREGION del Gobierno Regional de Cajamarca, en calidad de demandada.

37.3. No obstante, el problema que plantea la solicitud formulada por el Director Ejecutivo de PROREGION, señor López, es si es que la representación de PROREGION en este arbitraje debe ser realizada directamente por su Dirección Ejecutiva o por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca; independientemente, de manera excluyente o de forma conjunta.

37.4. Para resolver esta problemática, el tribunal arbitral analizó lo establecido en la normativa aplicable respecto a la representación de

las entidades públicas en arbitraje, así como lo señalado por las normas referidas a la organización interna del Gobierno Regional de Cajamarca.

37.5. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral hizo notar que el artículo 47° de la Constitución Política del Perú establece que: "La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales".

37.6. Desarrollando este precepto constitucional, el Decreto Legislativo No. 1068 que regula la defensa de los intereses del Estado establece en su artículo 1° lo siguiente:

"El presente Decreto Legislativo tiene por objeto la creación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, **unificar** y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones, la que está a cargo de los Procuradores Públicos, cuyo ente rector es el Ministerio de Justicia y está representado por el Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Cuando se mencione el vocablo Sistema se entenderá referido al Sistema de Defensa Jurídica del Estado". (El subrayado y las negritas son agregados).

37.7. Asimismo, el artículo 22.2 del mencionado Decreto Legislativo No. 1068 establece que:

"La defensa jurídica del Estado comprende todas las actuaciones que la Ley en materia procesal, arbitral y las de carácter sustantivo permiten, quedando autorizados a demandar, denunciar y a participar de cualquier diligencia por

el sólo hecho de su designación, informando al titular de la

entidad sobre su actuación". (El subrayado es agregado).

37.8. Cabe precisar que, respecto a la defensa jurídica de asuntos relacionados Gobiernos Regionales el artículo 16.1 del Decreto

Legislativo No. 1068 estipula:

"Los Procuradores Públicos Regionales ejercen la defensa

jurídica de los intereses del Estado en los asuntos relacionados

al respectivo Gobierno Regional, de acuerdo a la Constitución,

al presente Decreto Legislativo, a su ley orgánica y su

reglamento, quienes tienen sus oficinas en las sedes oficiales

de los departamentos y mantienen niveles de coordinación con

el ente rector". (El subrayado es agregado).

37.9. De las normas glosadas se desprende que la defensa jurídica del

Estado, en este caso, de asuntos relacionados a un Gobierno

Regional, debe ser ejercida por la respectiva Procuraduría Pública. En

el caso específico de este arbitraje, por tanto, la defensa jurídica de la

Unidad Ejecutiva PROREGION del Gobierno Regional de Cajamarca,

debe ser ejercida a través de su Procuraduría Pública.

37.10. Por otro lado, el artículo 78° de la Ley Orgánica de los Gobierno

Regionales, Ley No. 27867 establece lo siguiente:

"La defensa de los derechos e intereses del Estado a nivel del

Gobierno Regional se ejerce judicialmente por un Procurador

Público Regional, nombrado por el Presidente Regional, previo

curso público de méritos. El Procurador Público Regional

ejercita la representación y defensa en los procesos y

procedimientos en que el Gobierno Regional actúe como

demandante, demandado, denunciante, denunciado o parte

civil, pudiendo prestar confesión en juicio en representación del

Gobierno Regional y convenir en la demanda o desistirse de

ella o transigir en juicio previamente autorizados por

Resolución Ejecutiva Regional, con acuerdo de los Gerentes Regionales. El Procurador Público Regional guarda relaciones de coordinación y cooperación con el Consejo de Defensa Judicial del Estado. Informa permanentemente al Consejo Regional, del estado de las acciones judiciales en defensa de los derechos e intereses del Estado a nivel regional y anualmente formula la memoria de su gestión. Sus informes son públicos".²

37.11. Conforme al artículo 114° - A del Reglamento de Organización y Funciones del Gobierno Regional de Cajamarca (ROF GRC) aprobado por Ordenanza Regional No. 020-2005-GRCAL-CR, PROREGION es un organismo descentralizado de dicho Gobierno Regional con autonomía técnica y administrativa; siendo parte de su estructura orgánica, conforme al artículo 11° del mencionado ROF GRC.

37.12. No obstante, PROREGION cuenta con un ROF propio que, en sus artículos 9° y 13° establece que:

Artículo 9° - Corresponde a la Dirección Ejecutiva desarrollar las funciones siguientes:

Ejercer la representación legal de PROREGION, ante todo tipo de personas, sean naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o foráneas; instancias o autoridades públicas administrativas, judiciales, arbitrales. En tal sentido, actúa de las facultades contenidas en los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil. [...]

² La Ley 27867 fue dada el 16 de noviembre de 2002 antes de la dación del Decreto Legislativo No. 1068 del 27 de junio de 2008. En este sentido, debe realizarse una interpretación sistemática de ambas normas y, por tanto, entender que lo señalado en el artículo 78° citado se extiende a la defensa de los intereses de los Gobiernos Regionales dentro de un arbitraje.

Artículo 13°.- Son funciones de la Oficina de Asesoría Legal:

Defender los intereses y derechos de PROREGION ante las instancias administrativas, de conciliación y arbitraje.

Coordinar con la Procuraduría Pública y Oficinas de Asesoría Jurídica del Gobierno Regional, la defensa de los intereses de PROREGION ante las instancias judiciales y policiales en los procesos y procedimientos en los que PROREGION actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil, a nivel nacional. [...];

37.13. Si bien en el texto las normas citadas del ROF PROREGION se señala que la representación en arbitraje la efectúa directamente esta propia Unidad Ejecutora a través de su Dirección Ejecutiva y su Oficina de Asesoría Jurídica, tales disposiciones no pueden prevalecer sobre lo establecido en una norma de ámbito nacional que regula una materia específica como es la defensa de los intereses del Estado.

37.14. La propia Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, Ley No. 27867 en su artículo 36° estipula que:

Artículo 36.- Generalidades

Las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno. Las normas y disposiciones de los gobiernos regionales se rigen por los principios de exclusividad, territorialidad, legalidad y simplificación administrativa. (El subrayado es agregado).

37.15. Por tanto, el ROF de PROREGION aprobado por una Ordenanza Regional no puede vaciar de contenido ni dejar sin efecto el Decreto Legislativo No. 1068 que regula la defensa jurídica del Estado en sus respectivos niveles de organización.

37.16. Habiendo analizado la normativa que corresponde a la organización

del Gobierno Regional de Cajamarca, nuevamente se llega a la conclusión que la defensa jurídica de PROREGION la debe realizar la Procuraduría Pública de dicho Gobierno Regional.

37.17. Debe ponerse énfasis en que existe una única parte demandada en el arbitraje que es PROREGION del Gobierno Regional de Cajamarca y que la Procuraduría Pública no constituye una parte en sí misma sino un órgano encargado de la defensa de aquella parte material (en el contrato) y procesal (en el arbitraje).

37.18. Siendo ello así, no es factible que PROREGION cuente con una "doble representación" en el arbitraje a través de un "coadyuvante" pues ello no solamente iría contra el objeto de unificar la defensa jurídica del Gobierno Regional de Cajamarca (ver § 10) sino que implicaría romper el principio de igualdad entre las partes recogido en el artículo 23 del Decreto Legislativo No. 1071.

37.19. En efecto, si se efectúa un razonamiento a contrario, en todos los arbitrajes en materia de Contrataciones del Estado las entidades que son representadas por distintas Procuradurías tendrían que actuar como parte coadyuvante de estas últimas, lo que no corresponde a la realidad y es, justamente, lo que el Decreto Legislativo No. 1068 quiere evitar.

37.20. Ello, sin embargo, no implica que la Dirección Ejecutiva de PROREGION se va excluida del arbitraje. No obstante, tal participación debe darse a través de los mecanismos que contempla la propia legislación en materia de defensa del Estado; es decir, a través de las coordinaciones internas que, bajo responsabilidad, debe realizar la Procuraduría Pública con la entidad cuya defensa ejerce.

37.21. En efecto, es un principio rector de la defensa jurídica del Estado el Principio de Responsabilidad, en virtud del cual, los Procuradores Públicos son responsables por el ejercicio indebido de la Defensa

Jurídica del Estado (literal k) del artículo 5° del Decreto Legislativo No.

1068).

37.22. Parte de una debida defensa adecuada implica cumplir con las obligaciones establecidas legalmente para los Procuradores Públicos. Estas obligaciones están recogidas en el artículo 37° del Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado (D.S. No. 017-2008-JUS); siendo relevantes para el presente caso las siguientes:

"1. Representar al Estado y defender los intereses de la Entidad a la que representa ante los órganos jurisdiccionales y administrativos, así como ante el Ministerio Público, Policía Nacional, Tribunal Arbitral, Centro de Conciliación y otros de similar naturaleza en los que el Estado es parte.

4. Requerir a toda institución pública la información, documentos, antecedentes e informes necesarios y colaboración para la defensa jurídica del Estado, fundamentando su pedido en cada caso. [...]." (El subrayado es agregado).

37.23. En este sentido, la defensa técnica a la que alude el Director Ejecutivo de PROREGION debe ser encausada a través de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca, con la colaboración, si así lo estima tal Procuraduría, de los funcionarios de PROREGION, puesto que se trata de la defensa de una misma parte.

37.24. Por tanto, PROREGION no se encuentra en indefensión al estar representada por la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca, sino por el contrario, tal Procuraduría está ejerciendo una función legal, bajo responsabilidad.

38. El 11 de agosto de 2016, la Dirección Ejecutiva de PROREGION formuló recurso de reconsideración contra la Resolución N° 02, el cual fue declarado infundado mediante la resolución N° 05.

39. Mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2017, la Dirección Ejecutiva de PROREGIÓN nuevamente procuró apersonar a tal Unidad Ejecutiva directamente. Mediante la Resolución N° 16 el Tribunal Arbitral dispuso que se esté a lo resuelto en las resoluciones Nos. 02 y 05.

II. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR PROREGIÓN

40. Como primera pretensión de la demanda se estableció que el Tribunal Arbitral deje sin efecto, o, en su caso, declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por el Gobierno Regional de Cajamarca, al no existir el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor señalado, adoleciendo de una debida motivación.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

41. El Consorcio señala que la resolución del Contrato formulada por PROREGIÓN sería nula, inválida y/o ineficaz basándose en los siguientes argumentos:

41.1. La resolución del Contrato del Contrato por parte de PROREGIÓN contenida en la Resolución Directoral señala como sustento de ella un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

41.2. Específicamente la Resolución Directoral aludida establece: "Que, como es de verse de los actados señalados en los antecedentes de la presente resolución, existe intervención de otros actores (Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Corpac S.A.) que imposibilitan la continuidad del contrato, debido a un hecho o evento considerado como fuerza mayor, consistente en un evento

41.3. La pretendida intervención de otros actores, según la Resolución

pertenece al texto original).
imprevisible ajeno a la voluntad de las partes, por lo que resulta imposible continuar, de manera definitiva, con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, siendo el propio Estado a través de sus áreas intervinientes, el que está estableciendo una nueva regulación para la elaboración del estudio". (El subrayado

Directoral citada consistiría en lo siguiente:

Que, mediante Oficio N°422-2015-GR.CAJ/PROREGION/UE, de fecha 20 de octubre de 2015, el jefe de la Unidad de Estudios Ing. Walter A. León Delgado, adjunta el Informe N°080-2015-GR.CAJ/PROREGION/UM/MLP, del Ing. Luis Alberto Pizán Estrada, quien en su calidad de Coordinador Alterno del Convenio GRC - CORPAC S.A. señala:

a) Que, con fecha 22/04/2015 a través del Oficio N°398-2015-MTC/02, el Ministerio de

Transportes y Comunicaciones, comunica a CORPAC S.A. que el Aeródromo de Shumba - Jaén - Cajamarca, está incluido en el tercer paquete que PROINVERSION planea

conceder por este motivo solicita el Cronograma de Culminación de los Estudios.

b) Que, con fecha 31/07/2015 a través de la Carta MTC/CORPAC S.A.GG-432-2015.O/5, CORPAC S.A. comunica al Gobierno Regional de Cajamarca que a consideración de ellos

carece de objeto seguir con la Elaboración del Estudio a Nivel de Perfil y Factibilidad del

Proyecto: "Mejoramiento e Implementación del Aeródromo de Shumba - Jaén -

Cajamarca"; por cuanto el Aeródromo de Shumba-Jaén, ha sido considerado a pedido del

Ministerio de Transportes y Comunicaciones como parte del tercer grupo de Aeropuertos a

cargo de PROINVERSION, por lo que recomendarán evaluar la posibilidad de resolver el

contrato suscrito con el Consorcio Aeropuerto Cajamarca.

c) Con fecha 09/09/2015 a través de la Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.AIN.232.2015.O/5,

CORPAC S.A. comunica a PROREGION que el Consorcio Aeropuerto Cajamarca, ha

levantado las observaciones solicitadas con carta notarial en un plazo de cinco días,

quedando de esta forma habilitado para continuar con el cuarto entregable de la etapa del

Perfil.

d) Con fecha 23/09/2015 a través de la Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.098.2015.O/5, CORPAC

S.A. comunica que ellos no participarán en la revisión de ningún otro entregable que sea

enviado por parte de PROREGION sobre el Aeródromo de Shumba - Jaén - Cajamarca y

que evaluemos la resolución del contrato por cuanto PROINVERSION está ejecutando

41.4. En las diversas cartas cursadas por CORPAC S.A. a PROREGION existirian posiciones contradictorias. Ta contradicción consistiría en que, en un primer momento, CORPAC S.A. habria manifestado que PROREGION evalúe la posibilidad de resolver el Contrato y, en un momento posterior, recomendado tener por levantadas las observaciones del Tercer Entregable y señalar que quedaba habilitado para continuar con el cuarto entregable de la etapa de perfil; lo cual no guarda coherencia con una eventual resolución.

- 41.5. PROREGIÓN al recibir las comunicaciones de CORPAC S.A. se mantuvo inerte limitándose a acatar lo señalado por ella, sin respetar los derechos del Consorcio. En ese sentido PROREGIÓN habría omitido (i) coordinar con CORPAC S.A. a efectos de solucionar su negativa a recibir más entregables para su evaluación y (ii) comunicarse con CORPAC S.A. a fin de informarles sobre la imposibilidad de resolver el Contrato y las consecuencias que ello implicaría.
- 41.6. Conforme al Código Civil caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable que impide el cumplimiento de una obligación, y que además debe tener tres características como mínimo, esto es, debe tratarse de un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible. Citando a Fernando de Trazegnies, el Consorcio señala que un acto extraordinario debe ser un hecho atípico, notorio, con alcance general; lo cual implica que debe ser apreciado objetivamente, es decir, que lo extraordinario no es algo fuera de lo común para el sujeto, sino fuera de lo común para todo el mundo. En consecuencia, no sería extraordinario que CORPAC S.A. emita un acto administrativo en el que señale su negativa a participar en la revisión de los entregables.
- 41.8. Sobre la imprevisibilidad, el Consorcio, siguiendo a Alterini, Amela y López Cabana, señala que la imprevisibilidad va de la mano con los deberes de diligencia, prudencia, esmero o cuidado del deudor. Asimismo, señala que la imprevisibilidad no es un elemento esencial del caso fortuito, pues existen aquellos que son previsibles pero igual son inevitables. Sobre el particular, el Consorcio señala que PROREGIÓN no actuó con la diligencia debida para evitar la resolución del Contrato.
- 41.9. Respecto a la irresistibilidad, el Consorcio, siguiendo a Fernando de Trazegnies, señala que ella supone que el deudor de la prestación no haya tenido la oportunidad de actuar de otra manera, es decir, que la

adopción de otra acción haya sido imposible. Al respecto, el Consorcio señala que la emisión de un acto administrativo por CORPAC S.A. en el que señala su negativa a participar en la revisión de los entregables no resulta irresistible.

41.10. En consecuencia, señala el Consorcio la comunicación enviada por CORPAC S.A. no puede ser considerada como extraordinaria, imprevisible y tampoco irresistible y, por tanto, no puede ser un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

41.11. Asimismo, el Consorcio indica que PROREGIÓN no habría respetado el debido proceso pues debió poner en su conocimiento la intención de resolver el Contrato a fin de que expresaran lo que considerasen conveniente.

41.12. Esta situación, además, constituiría, según el Consorcio, un abuso del derecho; siendo que PROREGIÓN habría vulnerado el principio de buena fe contractual.

42. Sobre esta pretensión, PROREGIÓN esgrime los siguientes argumentos:

42.1. Conforme a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, solamente serán inválidos los actos administrativos que incurran en alguna de las causales de su artículo 10. De la misma manera, el artículo 16° regula la eficacia del acto administrativo.

42.2. El Consorcio no ha sustentado ni técnica ni legalmente las causales de nulidad previstas en el artículo 10° de la Ley 27444 y, por tanto, la Resolución Directoral se presume válida en aplicación del artículo 9° de la norma referida.

42.3. Respecto a la validez PROREGIÓN señala que un acto administrativo inválido es aquel en que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y, por tanto, es un acto ilegal; siendo que el

Contratista no señala que normas del ordenamiento jurídico se han vulnerado.

42.4. Conforme al artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, sin responsabilidad alguna, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del Contrato.

42.5. Asimismo, en el marco del artículo 1315° del Código Civil, un hecho o evento imprevisible es aquel que supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, por lo que al existir intervención de otros actores dentro de la relación contractual (el MTC y CORPAC S.A.) impidieron que esta se ejecute normalmente.

42.6. En este sentido, los pronunciamientos en del MTC en el Oficio N° 398-2015-MTC/02 y de CORPAC S.A. en la Carta MTC/CORPAC S.A. GG-432-2015.0/5 y MTC/CORPAC S.A. GAP.098.2015.0/5 imposibilitaron continuar, de manera definitiva, con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato; siendo el propio Estado, a través de sus áreas intervinientes, el que estableció una nueva regulación para la elaboración del estudio.

42.7. Con relación a que no se habría respetado el debido proceso, PROREGION señala que ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento han especificado un procedimiento previo para la resolución de contrato por caso fortuito o fuerza mayor.

42.8. Asimismo, PROREGION señala que el Consorcio tenía pleno conocimiento de las razones por las que se resolvió el Contrato.

42.9. En cuanto a la vulneración de la buena fe contractual se ha cumplido al reconocerle al Consorcio el pago de S/ 147,332.78 correspondiente al Tercer Entregable a Nivel.

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

43. Establecidas las posiciones de las partes el Tribunal Arbitral procederá a efectuar un análisis de ellas conforme a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; así como a la luz de otras normas que fuesen aplicables, particularmente aquellas correspondientes al Código Civil.

44. Es materia controvertida si es que la resolución Contractual efectuada por PROREGIÓN mediante la Resolución Directoral Ejecutiva es nula, inválida o ineficaz.

45. La Resolución Directoral señala lo siguiente en su primer extremo resolutive:

"ARTÍCULO PRIMERO: RESOLVER, sin responsabilidad de las partes el Contrato N° 04-2014-GR-CAJ/PROREGION, para la Contratación del Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil y Factibilidad del proyecto: 'Mejoramiento e implementación del Aeródromo de Shumba – Jaén – Cajamarca', que fue suscrito entre la Unidad Ejecutora Programa Regionales – PROREGION y El Consorcio Aeropuerto Cajamarca, de conformidad al primer párrafo del artículo 44 de la Ley 'caso fortuito o fuerza mayor', de acuerdo a los considerandos de la presente resolución"

46. Como sustento de la ocurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, los considerandos de la Resolución Directoral señalan lo siguiente:

"Que como es de verse de los actuados señalados en los antecedentes de la presente resolución [Oficio N° 398-2015-MTC/02, Carta MTC/CORPAC S.A.GG-432-2015.O/5, Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.AIN.235.2015.O/5 y Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.098.2015.O/5], existe intervención de

otros actores (Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Corpac S.A.) que imposibilitan la continuidad del contrato, debido a un hecho o un evento considerado como **fuerza mayor**, consistente en un hecho **imprevisible** ajeno a la voluntad de las partes, por lo que resulta imposible continuar, de manera definitiva, con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, siendo el propio Estado a través de sus áreas intervinientes, el que está estableciendo una nueva regulación para la elaboración del estudio;

Que, si bien es cierto está probado la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor que hace que el contrato se vea imposibilitado de ejecutarse por causas ajenas a las partes, por lo tanto, expedido el derecho por parte de la Entidad de ponerle fin al **Contrato N° 04-2014-GR.CAJ/PROREGION** de conformidad con el artículo 44° de la Ley; es cierto también que de conformidad al artículo 180° del Reglamento, el pago puede...";

47. A efectos de determinar la eficacia de la resolución del Contrato se debe establecer si ella se ha realizado conforme a las normas aplicables; es decir, al artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado.

48. El artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado señala: "Artículo 44°.- Resolución de los contratos.- Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato".

49. A efectos de que una parte pueda resolver el contrato bajo este artículo deben presentarse dos supuestos concurrentes: (i) la ocurrencia de caso fortuito o

31

fuerza mayor y (ii) que tal ocurrencia imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Respecto a la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor

50. El artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado no define que se entienda por caso fortuito o fuerza mayor. No obstante, el artículo 1315° del Código Civil dispone: "Artículo 1315°.- 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".

51. Este evento, según la Resolución Directoral, sería que existe la intervención de otros actores (MTC y CORPAC S.A.) que imposibilitan la continuación del contrato porque el propio Estado, a través de sus áreas intervinientes, está estableciendo una regulación para la elaboración del estudio.

52. Esta intervención estaría dada por el contenido de cuatro comunicaciones entre instituciones del Estado: Oficio N° 398-2015-MTC/02, Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.AIN.235.2015.O/5 y Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.098.2015.O/5.

53. El Oficio N° 398-2015-MTC/02, de fecha 22 de abril de 2015, remitido por el Viceministro de Transportes al Gerente General de CORPAC S.A., establece lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de hacer de su conocimiento el encargo realizado a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Proinversión, mediante Oficio N° 106-2014-MTC/01, a fin de que se nos brinde asistencia técnica para

32

promover la inversión privada en el Tercer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, el mismo que está conformado por los aeropuertos de Jaén, Huánuco y Jauja.

[...] (párrafo referido a información respecto al aeropuerto de Huánuco).

Asimismo, se le solicita también informar sobre el avance de los estudios de preinversión que está realizando CORPAC S.A. señalando el cronograma previsto para cada uno de los entregables del consultor contratado, así como la culminación de estos". (El subrayado es agregado).

54. Con relación a este Oficio el Tribunal Arbitral aprecia lo siguiente (i) que se trata de un procedimiento interinstitucional de entrega y solicitud de información sobre el aeropuerto de Cajamarca y los estudios que son objeto del Contrato, (ii) que exista una solicitud del MTC a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Proinversión para que le brinde asistencia técnica para promover la inversión privada en el Tercer Grupo de Aeropuertos de Provincia entre los cuales se encuentra el de Jaén y (iii) que el MTC tenía conocimiento de la existencia de los estudios que se venían realizando sobre el Aeropuerto de Jaén y que CORPAC tenía una participación en ellos.

55. La Carta N° MTC/CORPAC S.A: GG-432-2015.O/5 remitida por el Gerente General de CORPAC S.A. al Gobernador Regional de Cajamarca el 4 de agosto de 2015, establece lo siguiente:

"Como es de público conocimiento, el Aeródromo de Shumba-Jaén, ha sido considerado a pedido del Ministerio de Transportes y

33

Comunicaciones como parte del tercer grupo de Aeropuertos a ser
concesionados a cargo de PROINVERSIÓN según la comunicación
cursada a CORPAC S.A. por el Viceministro de Transportes,
mediante Oficio N° 398-2015-MTC/02 del 22 de abril de 2015.

En tal sentido, al encontrarse el referido Aeródromo, incluido en el
proceso de concesión, y afecto de no interferir en las acciones que
correspondan a PROINVERSIÓN, en virtud a que el nuevo operador
privado en calidad de Concesionario se encargará de las Inversiones
y Administración de la Infraestructura Aeroportuaria del citado
aeródromo, situación por la cual a la fecha carece de objeto
continuar con la ejecución del contrato suscrito por el Gobierno
Regional de Cajamarca y el CONSORCIO AEROPUERTO
CAJAMARCA, empresa encargada por ustedes desde el 21 de
enero de 2014 [sic] para efectuar los "Servicios de Consultoría para
la Contratación de Estudios de Pre Inversión y Facilidad del
Aeródromo de Shumba-Jaén-Cajamarca", por lo que recomendamos
evaluar su resolución así como remitir los informes aprobados hasta
la fecha para que puedan ser entregados por PROINVERSIÓN a la
empresa que resulte ser seleccionada en este proceso de
Concesión". (El subrayado es agregado).

56. Respecto a esta comunicación, este Tribunal Arbitral subraya tres cosas: (i) El
MTC y, en virtud de ello, CORPAC no querían interferir en la labor
desarrollada por PROINVERSIÓN, (ii) que a criterio de CORPAC S.A. carecía
de objeto que se continúe con la ejecución del Contrato, (iii) existe una
recomendación de CORPAC S.A. al Gobierno Regional de Cajamarca para
que evalúe la resolución del Contrato.

57. La Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.AIN.235.2015.O/5 remitida por el Gerente de Aeropuertos de CORPAC S.A. al Director Ejecutivo de PROREGIÓN el 9 de setiembre de 2015 establece:

"Me dirijo a usted en atención a documento de la referencia, en el cual su representada nos remite el Levantamiento de Observaciones correspondientes al Entregable N° 03-Revisión C del Consorcio Aeropuerto Cajamarca, referido al Estudio de Preinversión a nivel de perfil y factibilidad del Proyecto "Mejoramiento e implementación del aeródromo de Shumba-Jaén-Cajamarca", a fin de que sea evaluado por la Corporación.

Por tanto, nuestra Área de Planeamiento y Proyectos, mediante Memorando APP.153.2015.M concluye que el Consorcio Aeropuertos Cajamarca ha atendido las observaciones y recomendaciones formuladas al tercer entregable del Proyecto "Mejoramiento e implementación del Aeropuerto de Shumba-Jaén-Cajamarca.

Considerado lo expuesto, adjuntamos en treinta y cuatro (34) folios, los comentarios a las respuestas de las observaciones y recomendaciones realizadas al tercer entregable del proyecto a nivel de perfil..."; (El subrayado es agregado).

58. Con relación a este documento el Tribunal Arbitral observa que al 9 de setiembre de 2015, el Contrato se venía ejecutando y el Consorcio venía cumpliendo sus obligaciones.

35

59. La Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.098.2015.O/5 remitida por el Gerente de

Aeropuertos de CORPAC S.A. al Director Ejecutivo de PROREGIÓN el 29 de

setiembre de 2015 establece:

"Al respecto y en ampliación al documento de la referencia [MTC/CORPAC S.A. GAP.AIN.235.2015.O/5 al que se alude en § 57], debemos señalar que la Gerencia General de nuestra Corporación mediante Oficio MTC/CORPAC N° GG.432.2015.O/5 [ver § 55], cuya copia se adjunta, comunicó al Gobierno Regional de Cajamarca que, al encontrarse al referido aeródromo incluido en un proceso de concesión y a efecto de no interferir en las acciones que correspondan a PROINVERSIÓN, carece de objeto continuar con la ejecución del contrato suscrito por el Gobierno Regional de Cajamarca y el Consorcio Aeropuerto Cajamarca, en razón que el nuevo operador privado en calidad de Concesionario, se encargará de las inversiones y Administración de la infraestructura aeroportuaria del citado aeródromo.

Así mismo, no obstante lo expuesto, el día Lunes 21/09/2015 recibimos la visita del Ing. Luis Pizán Estrada, quien en representación del Gobierno Regional de Cajamarca, planteó al suscrito y al equipo de trabajo integrado por el jefe del Área de Planeamiento y Proyectos y Área de Infraestructura, que al no contar con argumentos que sustenten la resolución del contrato suscrito con el Consorcio Aeropuerto Cajamarca, **habían considerado continuar con el proyecto y remitirnos el cuarto entregable a efectos de que realicemos la evaluación correspondiente.**

Sobre el particular, se le respondió que en concordancia con lo expuesto por nuestra Gerencia General en Oficio MTC/CORPAC S.A. N° GG.432.2015.O/5 del 30/07/2015 [ver § 55], nos ratificamos y reiteramos que a efectos de no interferir las labores que viene llevando a cabo PROINVERSIÓN, se evalúe la resolución del mencionado contrato, además se fijó la posición de no participar en ninguna evaluación de cualquier entregable presentado por el Consorcio al GORE Cajamarca, decisión que se le comunica

formalmente a través del presente contrato". (El subrayado y las negritas son agregados).

60. Respecto a esta comunicación, el Tribunal Arbitral aprecia: (i) que se ratifica el interés que tenía CORPAC S.A. en que se resolviera el Contrato para no interferir en las labores de PROINVERSIÓN, (ii) que PROREGIÓN no contaba con argumentos para resolver válidamente el Contrato, (iii) que PROREGIÓN tenía la intención de continuar con la Ejecución del Contrato, (iv) que PROREGIÓN tomó acciones respecto a las comunicaciones anteriores remitidas por CORPAC S.A. y (v) que CORPAC S.A. dejó de colaborar con PROREGIÓN en la ejecución del Contrato, lo cual era la finalidad del Convenio Marco y el Convenio Específico que no fueron renovados.

61. Sobre esta base, se procederá a analizar si es que estos hechos, denominados "intervención de otros actores" por PROREGIÓN constituyen supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. En estricto, como veremos a continuación, lo que invoca PROREGIÓN es un supuesto de hecho determinante de tercero que es una especie de fuerza mayor.

62. Sobre el particular Fernando de Trazegnies señala:

"En realidad, tanto el caso fortuito como el hecho determinante de tercero –y también el hecho determinante de la víctima, que estudiaríamos a continuación– son casos de vis maioris. La diferencia estriba en que el caso fortuito es una fuerza mayor anónima, mientras que el hecho de tercero y el hecho de la víctima se imponen como una fuerza mayor con autor"³. (El subrayado es agregado).

³ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7ma. Ed. Lima: 2003. Pg. 357.

63. Asimismo, Gastón Fernández Cruz y Leysser León Hilarrio señalan:

"La definición dada por el legislador [en el artículo 1315° del Código Civil] puede generar cierta confusión, en tanto y en cuanto limita el significado de la causa no imputable al caso fortuito o fuerza mayor. En el mismo código civil, en la sección dedicada al régimen de la responsabilidad extracontractual, se señala como causas eximentes de responsabilidad al caso fortuito o fuerza mayor, pero también al hecho determinante de tercero y la imprudencia de quien padece el daño (artículo 1972). Es legítimo, entonces, preguntarse qué ocurre en materia de incumplimiento de obligaciones cuando se presenta estos dos supuestos.

La doctrina no duda sobre la inclusión del hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima (el acreedor, en este caso) en el concepto de 'causa no imputable', y es así como, consideramos, debe entenderse el sentido del artículo comentado [1315 del Código Civil].

En cuanto a la primera hipótesis, se ha aclarado que, de todas formas, el hecho de tercero constituye eximente de responsabilidad, solo si se trata de una persona completamente extraña a la esfera económica del deudor" (VISINTINI, 1987:335). El ejemplo clásico es el robo de la cosa que es objeto de la prestación del deudor, que determina la imposibilidad de cumplimiento. Al respecto, se precisa que hay supuestos en los cuales el robo no puede ser alegado, por constituir 'un riesgo típico' de la actividad del deudor: tal es el caso del contrato de depósito, en el cual, obviamente, las previsiones a tomar serán mayores, debido a la especialidad de a prestación

64. Cabe precisar que todos los hechos descritos en las comunicaciones entre CORPAC y PROREGIÓN que han sido citadas y que constituirían, según PROREGIÓN, caso fortuito o fuerza mayor, son consecuencia de la ejecución del Convenio Marco y el Convenio Específico. En efecto, La Carta MTC/CORPAC S.A. GG-432.2015.O/5 se señala expresamente:

“Me dirijo a usted, en relación al Convenio Marco y el Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional suscrito por CORPAC S.A. y el Gobierno Regional de Cajamarca, con fecha 13 de setiembre de 2011, a efectos de formular y ejecutar el Proyecto ‘Mejoramiento e implementación del Aeródromo de Shumba-Jaén-Cajamarca’;

En cumplimiento del referido Convenio de Cooperación, el Gobierno Regional de Cajamarca, se comprometió en la Cláusula Cuarta, a financiar el estudio de pre inversión del Proyecto, el mismo que una vez aprobado y declarado viable se procedería a su ejecución, conforme lo contempla la Cláusula Tercera del referido Convenio. Proyecto que contaría con el financiamiento del cincuenta por ciento (50%) por parte de CORPAC S.A., y el otro cincuenta por ciento (50%) por el Gobierno Regional, para cuyo efecto se estableció que tanto el Convenio Marco como el Convenio Específico tendrían una duración de tres (03) años, los cuales han vencido el 11 de setiembre del 2014, sin que las partes hayan renovado su vigencia”: (E)

subrayado es agregado).

⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEYSER LEÓN HILARIO. Caso Fortuito o Fuerza Mayor: Comentario al artículo 1315 del Código Civil. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. 2da. Ed. Lima: 2007. Vol. VI. Pag 649.

65. Siendo ello así, es decir, al haber sido estos hechos realizados por una persona dentro de la esfera económica de PROREGIÓN (CORPAC S.A. como parte de la ejecución del Convenio Marco y Convenio Específico) el supuesto de fuerza mayor aludido (bajo la forma de un hecho determinante de tercero), de existir, no sería un eximente de responsabilidad dentro del artículo 3115° del Código Civil y, en consecuencia, tampoco podría ser invocado como una causal válida de resolución del Contrato.

66. No obstante, en el presente caso no se ha constituido un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, pues los eventos invocados como causa de inimputabilidad no tienen carácter extraordinario, ni impredecible ni irresistible.

67. Respecto al carácter extraordinario:

"En la medida de que el hecho determinante de tercero es una vis mayor para el presunto causante, ese hecho tiene que revestir características similares a las que hemos mencionado con relación al caso fortuito: ese hecho debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción.

El carácter extraordinario del hecho está constituido por tratarse de una causa extraña al sujeto que pretende liberarse con esta defensa. [...]”⁵ (El subrayado es agregado).

⁵ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7ma. Ed. Lima: 2003. Pg. 359.

40

Ambas partes suscriben el presente convenio de manera libre y de acuerdo a sus competencias; en virtud de ello cualquiera de las partes podrá separarse de él sin expresión de causa, en cuyo caso el acto tiene efecto resolutorio, bastando para ello comunicarlo

**CONVENIO
"CLÁUSULA OCTAVA.- LIBRE ADHESIÓN Y SEPARACIÓN DEL**

71. Al respecto, en el texto del Convenio Marco se establece los siguiente:

En efecto, que se incumpla o se extinga un contrato o convenio son situaciones que ocurren cotidianamente y, los propios textos del Convenio Marco y Convenio Especifico contemplan expresamente tanto la posibilidad de su extinción (por separación unilateral, transcurso del plazo señalado o mutuo acuerdo) como la posibilidad de su incumplimiento.

69. Con relación a la imprevisibilidad, este Tribunal Arbitral estima que al momento de la suscripción del Contrato (21 de febrero de 2014) era previsible, entendiéndose tal previsibilidad como la capacidad de anticipar la posibilidad de que ocurra cierto hecho, que el Convenio Marco y el Convenio Especifico pudiesen ser incumplidos o ser concluidos durante la ejecución del Contrato, en tanto tales convenios vencían el 13 de setiembre de 2014.

68. En el presente caso, como se ha visto en las comunicaciones a las que alude PROREGIÓN, los hechos imputados a CORPAC S.A. (hecho determinante de un tercero) que se invoca como causa de la resolución por caso fortuito o fuerza mayor, no son extraños a PROREGIÓN. Por el contrario, como se aprecia en la prueba aportada [ver § 64], responden a la ejecución y falta de renovación del Convenio Marco y el Convenio Especifico suscritos precisamente por PROREGIÓN.

mediante carta notarial con 15 días de anticipación. Las partes podrán también poner fin al convenio expresado su común voluntad en ese sentido. [...].

CLÁUSULA NOVENA.- DE LA VIGENCIA Y RESOLUCIÓN

El presente Convenio tendrá una vigencia de tres (03) años, contados a partir de la fecha de su suscripción, plazo que podrá ser renovado [lo que implica que pueda no ser] a solicitud de una de las partes. Esta solicitud deberá ser presentada por escrito a la otra parte con una anticipación no menor a treinta (30) días calendario anterior a la fecha de vencimiento. [...].

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

"Las partes declaran que celebran el presente Convenio Marco, conforme a las reglas de la buena fe y común intención, en virtud de lo cual, acuerdan que, en caso de producirse alguna discrepancia o controversia en la interpretación, ejecución y/o eventual incumplimiento del Convenio, será resuelta en forma armoniosa siguiendo las reglas de la buena fe y común intención de las partes". (El subrayado es agregado).

72. Asimismo en el Convenio Específico se señala:

"CLÁUSULA SEXTA.- LIBRE ADHESIÓN Y SEPARACIÓN DEL CONVENIO

Ambas partes suscriben el presente convenio de manera libre y de acuerdo a sus competencias; en virtud de ello cualquiera de las partes podrá separarse de él sin expresión de causa, en cuyo caso el acto tiene efecto resolutorio, bastando para ello comunicarlo mediante carta notarial con 15 días de anticipación. Las partes

podrán también poner fin al convenio expresado su común voluntad en ese sentido. [...].

CLÁUSULA SEPTIMA.- DE LA VIGENCIA Y RESOLUCIÓN

El presente Convenio tendrá una vigencia de tres (03) años, contados a partir de la fecha de su suscripción, plazo que podrá ser renovado [lo que implica que pueda no serlo] a solicitud de una de las partes, mediante la adenda correspondiente [...].

En caso de no ser resueltas las discrepancias o controversias surgidas, será solucionada [sic] mediante un tribunal arbitral y de derecho, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 1071 y demás normas sobre la materia. Las partes convienen en acatar todo laudo arbitral emitido como fallo definitivo e inapelable, respecto de cualquier controversia [lo cual incluye el supuesto de incumplimiento]". (El subrayado es agregado).

73. Como se aprecia, que CORPAC S.A. no renovara el Convenio Marco o el Convenio Especifico (en virtud de los cuales CORPAC S.A. cooperaba con PROREGION en la ejecución del Contrato facilitando su cumplimiento por parte de esta última) o que los incumpliera, era totalmente previsible.

74. La irresistibilidad, como señala Fernando de Trazegnies, supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible.⁶

75. En el presente caso, PROREGIÓN tenía como opción a la resolución seguir cumpliendo con el Contrato, aunque ello pudiese haber sido más oneroso que incumplirlo. Este cumplimiento hubiera implicado comprometer presupuesto

⁶ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extrcontractual. Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 7ma. Ed. Lima: 2003. Pg. 341.

43



para cubrir el porcentaje para el pago al Consorcio que aportaba CORPAC S.A. y contratar personal que estuviese capacitado para analizar los entregables; situación que no es imposible (o al menos cuya imposibilidad no ha sido probada).

76. En consecuencia, los eventos invocados por PROREGIÓN no constituyen supuestos de caso fortuito ni fuerza mayor al no ser ni extraordinarios, ni imprevisibles ni irresistibles.

77. Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que, incluso en el supuesto que existiese una norma imperativa invocada por PROREGIÓN como supuesto de caso fortuito o fuerza mayor (supuesto que no ha ocurrido), ella no podría ser causa no imputable y, por tanto, como motivo para resolver el Contrato válidamente. Con relación a este punto, Gastón Fernández y Leysser León señalan:

"Finalmente, es de resaltar el interés que han suscitado en la doctrina las especies del factum principis y de la huelga, en cuanto causas no imputables del incumplimiento.

En el primer caso, nos encontramos frente a las disposiciones imperativas de la autoridad pública, que determinan la imposibilidad de ejecutar la prestación. Jamás se ha dudado de su consideración como 'caso fortuito' en las relaciones de carácter privado, pero sí de su procedencia como eximente de responsabilidad cuando una de las partes es el Estado. En este punto, mucho tiempo hace que se ha sostenido que por provenir la causa del incumplimiento de la misma parte que la alega -el Estado incumple porque él mismo da una norma imperativa-, ella carecerá de valor excluyente

(COVELLO, 1895: 45; CANTILL, 1992, II: 776 ss)⁷ (El subrayado

es agregado).

78. En este sentido, si es que una norma imperativa emitida por el Estado no puede ser invocada por este como un evento que genera una causa imputable de caso fortuito o fuerza mayor, cuando el propio Estado es parte en una relación contractual (que es el caso de PROREGIÓN), con mayor razón no puede ser invocada una regulación proveniente del Estado que estaría en elaboración (nueva regulación sobre los aeropuertos que habría definido el MTC).

Respecto a la imposibilidad de continuar el contrato de manera definitiva

79. Con relación al supuesto de imposibilidad de continuar con el contrato de manera definitiva que establece el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, en la carta Carta MTC/CORPAC S.A. GAP.098.2015.O/5 [ver § 59] se aprecia que PROREGIÓN habría decidido continuar con el proyecto (es decir, la ejecución del Contrato) y remitir el Cuarto Entregable a CORPAC S.A. para su evaluación.

80. Asimismo, como se ha señalado, [§ 74 y 75] no existe una imposibilidad de seguir ejecutando el Contrato, pues PROREGIÓN podría seguir cumpliendo sus obligaciones cubriendo los costos necesarios. Que, tal actuación pudiese ser más oneroso que cumplir el Contrato no implica que sea imposible continuar con la ejecución del Contrato.

⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y Leysser LEÓN HILARIO. Caso Fortuito o Fuerza Mayor: Comentario al artículo 1315 del Código Civil. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. 2da. Ed. Lima: 2007. Vol. VI. Pag 650.

81. Sobre el particular, en la contestación de la demanda (punto 2 y 3 referidos a la Segunda Pretensión) se señala que:

"2. El contratista alega en este punto que la Entidad no deseaba la continuidad del contrato por cuanto no se contaba con los recursos para su financiamiento al elevarse el monto del proyecto, al respecto, cabe precisar que PROREGIÓN comunicó a CORPAC SA, que la diferencia sería asumida por la Entidad.

3. Finalmente, respecto a que los convenios suscritos con CORPAC S.A., han hecho inviable la continuación del contrato se señala que a la fecha de la resolución del contrato existía de conformidad a la Cláusula Séptima del Convenio Específico, un compromiso vigente por cuanto la resolución del convenio no liberará a las partes de los compromisos previamente asumidos ni impedirá la continuación de las actividades que se estuvieron desarrollando".
(El subrayado es agregado).

82. En este sentido, la resolución del Contrato efectuada por PROREGIÓN tampoco cumple con el extremo del artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado que señala que el caso fortuito o fuerza mayor debe ser un supuesto: *"...que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato"*.

83. Por todos los motivos expuestos, este Tribunal Arbitral concluye que la resolución del Contrato efectuada mediante la Resolución Directoral es ineficaz por no ajustarse a lo establecido en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado.

46

84. En virtud de esta conclusión, el Tribunal Arbitral establece que carece de objeto pronunciarse sobre la pretendida nulidad de la resolución del contrato, en tanto se ha probado su ineficacia.

III. SOBRE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CONSORCIO.

85. El Consorcio formuló como segunda pretensión de la demanda lo siguiente: Que el Tribunal Arbitral declare la resolución del contrato por causa imputable al Gobierno Regional de Cajamarca y sobreviniente a su ejecución, en la medida que no ha observado la debida diligencia en la ejecución del contrato y tampoco ha realizado las acciones pertinentes en virtud a los convenios suscritos con CORPAC, lo cual hace inviable la continuación del contrato.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

86. El Consorcio señala como argumentos de la segunda pretensión de la demanda los siguientes:

86.1. PROREGIÓN no ha observado la debida diligencia en la ejecución del Contrato y no habría agotado todos los recursos que le otorgaba el Convenio Marco y el Convenio Específico; siendo que, además, no pretende cumplir con sus obligaciones contractuales y ha optado por una indebida resolución contractual.

86.2. El Contrato señala como objeto la contratación de "Servicios de consultoría para la contratación de estudios de preinversión a nivel de perfil y factibilidad del proyecto mejoramiento e implementación del aeródromo de Shumba-Jaén-Cajamarca. Asimismo, el contrato cuenta

con un plazo de ejecución de 196 días calendarios computado desde

el día siguiente de suscrito.

86.3. El Consorcio señala que el Contrato no solo se debe ejecutar en un

determinado periodo (196 días) sino que también exige condiciones

especiales para un momento determinado, siendo que la obligación

pactada en el Contrato no sería la misma al momento de que concluya

el arbitraje tomando en cuenta el incremento de los costos iniciales

contenidos en su propuesta económica.

86.4. Debido a que el Contrato tenía un periodo determinado y que la

prestación correspondiente a este era determinada por PROREGIÓN

y CORPAC S.A. se advierte la imposibilidad de la misma toda vez que

han transcurrido más de dos años a los que debe agregarse el tiempo

de duración del Contrato.

86.5. La indebida resolución contractual y, con ello, el vencimiento del plazo,

ha sido motivada unilateralmente y de manera inmotivada por parte de

PROREGIÓN y, por tanto, corresponde que se declare la resolución

del contrato por causa imputable a PROREGIÓN.

87. Por su parte, PROREGIÓN esgrime los siguientes argumentos respecto a la

resolución del Contrato por parte del Consorcio:

87.1. El Tribunal Arbitral deberá considerar que la Ley de Contrataciones del

Estado y su reglamento son eminentemente formalistas y, que en tal

sentido, lo alegado por el Consorcio, no tiene sustento alguno por

cuanto no señala expresamente en qué causales de resolución de

contrato previstas en el artículo 168° del Reglamento habría incurrido

PROREGIÓN para que el Contrato sea resuelto por casusas

imputables a dicho Programa.

87.2. PROREGIÓN realizó múltiples reuniones de trabajo (con CORPAC

S.A., OPIFONAFE, MTC) en busca de que el estudio objeto del

Contrato se realice de la mejor manera y el menor tiempo posible, lo cual no fue viable por cuanto el consultor habría presentado los entregables 1, 2 y 3 con serias deficiencias de calidad, como se evidencia de las observaciones realizadas por CORPAC S.A. y el MTC.

87.3. Respecto a la afirmación de que PROREGIÓN no deseaba la continuidad del Contrato la parte demandada señala que ella comunicó a CORPAC S.A. que la diferencia en el monto del proyecto que en ella aportaba sería asumida por PROREGIÓN. Asimismo, señala que en virtud del Convenio Específico la resolución de este no libera a las partes de los compromisos previamente asumidos ni impedirá la continuación de las actividades que se estuvieron desarrollando”.

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

88. Respecto a esta pretensión, el Tribunal Arbitral debe determinar si es que la pretendida resolución del Contrato por parte de PROREGIÓN implica un incumplimiento de obligaciones que amerite una resolución imputable a PROREGIÓN.

89. El artículo 68° del Reglamento establece lo siguiente:

“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. Incumplir 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 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 artículo 169° del Reglamento; (El subrayado es agregado).

90. Como se aprecia del artículo citado, el Reglamento hace una distinción entre la resolución del contrato promovida por la Entidad, la cual implica la aplicación de las causales desarrolladas en dicho artículo; y la resolución promovida por el Contratista, la cual debe versar sobre obligaciones esenciales a cargo de la Entidad.

91. Sobre el particular, debe establecerse que se entiende como obligación esencial. Al respecto, la OPINIÓN N° 027-2014/DTN del OSCE establece lo siguiente:

"[...] De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

2.1.3 De conformidad con lo expuesto, se puede inferir que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte, estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. **En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.** (El subrayado pertenece al texto original y las negritas son agregadas).

92. La resolución es un remedio contractual que tiene como finalidad extinguir el contrato. Siendo ello así, su aplicación implica la interrupción del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales (tanto las comprendidas en el contrato como en las Bases).

93. En el presente caso, PROREGIÓN ha formulado una resolución contractual que es ineficaz. No obstante, como consecuencia de ella, se interrumpió el cumplimiento de todas las obligaciones del Contrato, esenciales y no esenciales; incluyendo, obviamente, aquellas que estaban a cargo de PROREGIÓN.

94. En efecto, ninguna de las partes ha probado el cumplimiento de obligación alguna relativa al Contrato desde el 23 de noviembre de 2015, fecha en la cual PROREGIÓN notificó la pretendida resolución del Contrato al Consorcio.

95. Por el contrario, en la Carta MTC/CORPAC S.A.GAP.098.2015.O/5 [ver § 59] se aprecia que CORPAC S.A. señala expresamente que no seguiría participando en ninguna evaluación de cualquier entregable presentado por el Consorcio a PROREGIÓN.

51

96. Esta negativa no tendría mayores implicancias si la participación de CORPAC S.A. no estuviera prevista como parte del procedimiento de cumplimiento de la obligación esencial de pago a cargo de PROREGIÓN.

97. En efecto, en la Clausula Tercera de la Primera Adenda al Contrato de fecha 6 de agosto de 2014 se señala expresamente:

"Para cada entregable **EL CONTRATISTA** debe presentar la documentación a **LA ENTIDAD** en los plazos establecidos; a su vez y en el plazo máximo de 3 días hábiles **LA ENTIDAD** remitirá los actados completos a CORPAC S.A., para su revisión y emisión del Informe pertinente; se deja constancia que el tiempo en que **CORPAC S.A.** analice, emita opinión y notifique normalmente a **LA ENTIDAD** los entregables, levantamiento de observaciones y/o consultas relacionadas con el Proyecto, no se considerarán dentro de los plazos de **LA ENTIDAD** ni de **EL CONTRATISTA**.

Una vez que **LA ENTIDAD** reciba la opinión y recomendación de CORPAC S.A., el responsable de otorgar la conformidad de la prestación de los servicios (que en todos los casos de la ejecución del contrato será la Unidad de Estudios de **LA ENTIDAD** con el visto bueno de su Unidad de Formuladora de **LA ENTIDAD** [sic], deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario. En caso de la existencia de observaciones respecto de los entregables, las partes procederán bajo el mismo procedimiento y de acuerdo a lo establecido para el caso por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y lo pactado en la cláusula undécima, en lo que resulte aplicable".

98. Como se aprecia, el cumplimiento de parte de las obligaciones esenciales de PROREGIÓN se vuelve imposible conforme al procedimiento establecido expresamente en el Contrato. Tal imposibilidad debe ser imputada a PROREGIÓN, en tanto que, la incorporación de CORPAC S.A. al procedimiento contractual (tal como se aprecia en los antecedentes de la propia Primera Adenda al Contrato) se debe a la suscripción por PROREGIÓN del Convenio Marco y el Convenio Específico y, el hecho de su falta de renovación no puede perjudicar al Consorcio.

99. En este sentido, al haber incumplimiento de obligaciones esenciales del Contrato por parte de PROREGIÓN por motivo de la resolución ineficaz que realizó, el contrato ha quedado resuelto.

100. Cabe precisar, que el artículo 169° del Reglamento establece que no será necesario realizar el requerimiento establecido en el procedimiento que regula cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

101. En el presente caso, desde el 23 de noviembre de 2015, fecha de recepción por el Consorcio de la comunicación de la pretendida e ineficaz resolución del Contrato promovida por PROINVERSIÓN, han transcurrido veintinueve (29) meses, los cuales comprenden casi 4.5 veces el plazo contractual.

102. Siendo ello así [ver § 98], es evidente que esta situación de falta de ejecución de las obligaciones contractuales (incumplimiento) no puede ser revertido.

103. En consecuencia, se debe declarar resuelto el Contrato por causa imputable a PROREGIÓN.

53

IV. SOBRE EL PAGO DEL SALDO PENDIENTE DEL CONTRATO INCLUYENDO EL MONTO ASCENDENTE A S/ 147,332.78

104. El Consorcio formuló como tercera pretensión la siguiente: Que el Tribunal Arbitral de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1155° del Código Civil⁸, ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar la totalidad del saldo pendiente del contrato suscrito, incluyendo la suma de S/. 147,332.78 (Ciento Cuarenta y Siete Mil Trescientos Treinta y Dos y 78/100 Nuevos Soles), señalados en la Resolución Directoral Ejecutiva 257-2015-GR.CAJ/PROREGIÓN/DE de fecha 18 de noviembre de 2015.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

105. El Consorcio sustenta su pretensión con los siguientes argumentos:

105.1. El artículo 1155° del Código Civil está referido a la imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor. Tal artículo señala que si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiera. Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa y, al presentarse la imposibilidad, este hubiera sido constituido en mora. 105.2. En el presente caso, al ser el Contrato uno de prestaciones recíprocas, las reglas de los artículos 1338°, 1340° y el segundo párrafo del artículo 1155° del Código Civil deben ser concordadas con el artículo 1432°.

⁸ Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiera.

105.3. Conforme se señala en la Resolución Directoral, a la fecha de la resolución formulada por PROREGIÓN solo se habría pagado al Consorcio S/ 129,99.51, reconociendo un saldo a favor por concepto de la presentación del Tercer Entregable ascendente a S/ 147,332.78; el cual no se ha pagado y se exige en el presente arbitraje.

105.4. Adicionalmente, en virtud a que la resolución contractual es por causa imputable a PROREGIÓN, conforme al artículo 1155° del Código Civil, corresponde a PROREGIÓN cumplir con la totalidad de la prestación, esto es, pagar a la orden del Consorcio la suma de S/ 1'039,067.79 que incluye la suma señalada en el párrafo anterior.

106. Respecto a esta pretensión PROREGIÓN señala lo siguiente:

106.1. Conforme a la Ley de Contrataciones y su Reglamento existe una prevalencia de normas en la cual, la aplicación del derecho privado (Código Civil) estaría en cuarto orden.

106.2. Conforme al artículo 180 del Reglamento todos los pagos que la Entidad deberá realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación.

106.3. El Consorcio no puede exigir el pago del total del monto contratado por cuanto este nunca ha realizado o ejecutado el total de la prestación; el pago que le corresponde al consultor asciende a la suma de S/ 277,332.29, pago que corresponde a la compensación económica al haberse aprobado hasta el Tercer Entregable a Nivel de Perfil; precisándose que a la fecha de la resolución formulada se ha realizado un pago de S/ 129,999.51; correspondiendo un pago final de S/ 147,332.78 por concepto de aprobación del Tercer Entregable a Nivel de Perfil.

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

107. Los artículos 1155°, 1338° y 1340° del Código Civil establecen lo siguiente:

"Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor
Artículo 1155°.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.
Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora. [...]". (El subrayado es agregado).

"Mora del acreedor
Artículo 1338°.- El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda efectuar la obligación." (El subrayado es agregado).

"Riesgo por imposibilidad de cumplimiento de obligación
Artículo 1340°.- El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor." (El subrayado es agregado).

108. Sobre el particular, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre señalan:

"En esta línea de pensamiento también se halla Gustavo Palacio Pimentel (pp. 875 y ss.), quien considera que la mora del acreedor se produce cuando éste -sin causa justificada- se niega a recibir la prestación del obligado en el tiempo, lugar y modo pactados, o



cuando no se le encuentra en el lugar designado para el pago. Esto es, incurre el acreedor en mora cuando, siendo indispensable su concurrencia e intervención para el cumplimiento de la obligación, se niega injustificadamente a ella, retardando el pago.

Agrega Palacio Pimentel que el deudor deberá intimar al acreedor para que reciba el pago, o bien puede consignarlo. El deudor debe probar el 'rehusamiento a recibir el pago' y que ese hecho no sea originado por culpa del deudor.

Para que se configure la mora del acreedor, añade, debe haber una oferta real de pago, equivalente a la interpelación en la mora del deudor. Este ofrecimiento debe comprender la totalidad de la obligación, tanto cualitativa como cuantitativamente. Esta oferta no solo puede hacerla el propio deudor, sino quien lo represente convencional o legalmente.

Compartiendo esta posición doctrinaria se halla Albaladejo (pp. 155 y 156), quien considera que la mora del acreedor no consiste sólo en que éste -injustificadamente- retrase la realización de la prestación (por no recibir o no cooperar a tal realización), sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada.

El autor citado señala que para que se configure la mora del acreedor será necesaria la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, que haya llegado el momento del cumplimiento y, en

segundo lugar, que el deudor la ofrezca al acreedor intímándolo a recibirlo”⁹ (El subrayado es agregado).

109. Como se aprecia, la aplicación concordada de los artículos citados, tal como pretende el Consorcio, exige: (i) que haya una prestación del deudor ofrecida, (ii) que haya una negativa a aceptar la prestación ofrecida, (iii) que se requiera un acto previo del acreedor y (iv) que el acreedor sea intimado en mora.

110. A la fecha de la pretendida e ineficaz resolución del Contrato por parte de PROREGIÓN, la última pretensión del Consorcio ofrecida fue el Tercer Entregable a Nivel del Perfil, el cual sí ha sido recibido por PROREGIÓN. Respecto a esta obligación ambas partes están de acuerdo en que debe efectuarse el pago por PROREGIÓN al Consorcio de la suma de S/ 147,332.78.

111. En este sentido, se debe ordenar el pago de PROREGIÓN al Consorcio de la suma de S/ 147,332.78 (Ciento cuarenta y siete mil trescientos treinta y dos con 78/100 Soles) como saldo pendiente de pago del Contrato.

112. Con relación a las pretensiones del Consorcio (Cuarto Entregable a Nivel de Perfil y siguientes entregables), la parte demandante no ha acreditado que la prestación a su cargo esté ofrecida ni que PROREGIÓN haya omitido realizar algún acto previo para poder lograr su cumplimiento.

113. El Consorcio tampoco ha probado que haya intimado en mora a PROREGIÓN para que colabore con él a efectos de cumplir con las prestaciones a su cargo o que, ejecutada ésta, el entregable correspondiente sea recibido por PROREGIÓN.

⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Mora del acreedor: Comentario al artículo 1338 del Código Civil. Código Civil Comentado. Gaceta Jurídica. Zda. Ed. Lima: 2007. Vol. VI. Pag 801.



114. En consecuencia, al no existir mora del acreedor, no se puede señalar que las prestaciones a cargo del Consorcio a partir del Cuarto Entregable a Nivel de Perfil hayan quedado resueltas (ello sin perjuicio de la resolución contractual imputable a PROREGIÓN que ha sido materia de la sección III de este laudo) ni que el Consorcio conserve el derecho a la contraprestación.

V. SOBRE EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES O, EN SU DEFECTO, DE LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR

115. El Consorcio formula como Cuarta Pretensión de la demanda la siguiente: "Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar los mayores gastos generales en los que ha incurrido el Consorcio puesto que, a pesar del tiempo transcurrido, el Consorcio ha continuado realizando gastos que no han sido reconocidos por la Entidad.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

116. Sobre esta pretensión el Consorcio señala como argumentos los siguientes: 116.1. El Consorcio se encuentra vinculado por el Contrato desde el 21 de febrero de 2014.

116.2. Al surgir una serie de controversias, el 23 de julio de 2014 se suscribió el Acta de Conciliación N° 104-2014 en el Centro de Conciliación Extrajudicial "La Solución", en la cual se señaló: "6. PROREGIÓN establece que, mientras CORPAC y la OPI de FONAFE se encuentren evaluando los informes entregados, el plazo de ejecución del estudio será suspendido para ambas partes...".

116.3. Lo que no se estableció en la conciliación es que durante el lapso que

dure la demora en la aprobación de los entregables, los mayores gastos generales deberían ser asumidos por PROREGIÓN.

116.4. Si bien el plazo contractual estaba suspendido el Consorcio debía cumplir con las obligaciones hacia sus trabajadores y continuas movilizaciones a la ciudad de Cajamarca.

116.5. Conforme al artículo 20° del Reglamento, la modificación del plazo contractual, dará lugar al pago de gastos generales.

116.6. Los mayores gastos generales acreditados ascienden a la suma de S/ 247,518.00.

116.7. A efectos de llegar al monto, se realizó una comparación entre el flujo de caja inicial, el flujo de caja real; siendo el monto de los gastos generales la diferencia entre ellos.

117. Respecto a esta pretensión PROREGIÓN argumenta lo siguiente:

117.1. PROREGIÓN ha cumplido con pagar los compromisos asumidos con el Consorcio de acuerdo a la forma y tiempo establecidos en el Contrato.

117.2. Conforme al artículo 17° del Reglamento solo procede el reconocimiento de mayores gastos generales cuando el contratista solicita ampliación del plazo contractual por retrasos o paralizaciones originados por causas ajenas a su voluntad.

117.3. Conforme al artículo señalado el pago de los gastos generales debe estar debidamente acreditado como consecuencia económica de la ampliación de plazo de un contrato de servicios.

117.4. El Consorcio no señala ni ha acreditado con algún medio probatorio que PROREGIÓN le otorgó ampliaciones de plazo que origine un reconocimiento de mayores gastos generales.

117.5. De acuerdo al compromiso suscrito en el Acta de Conciliación con Acuerdo Total de fecha 23 de julio de 2014 no se puede establecer

que existan plazos vencidos para ambas partes, motivo por el cual el Consorcio nunca solicitó ampliaciones de plazo.

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

118. El artículo 175° del Reglamento establece lo siguiente:

"Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

2. Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.

3. Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación

del contratista por culpa de la Entidad; y,

4. Por caso fortuito o fuerza mayor.

El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7)

días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

La Entidad debe resolver sobre dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tendrá por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.

Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales

debidamente acreditados. [...]." (El subrayado es agregado)

119. Como se aprecia en el artículo citado, a efectos de que se realice el pago de mayores gastos generales debe realizarse previamente una solicitud de ampliación de plazo, la cual, a su vez, debe ser aprobada por la Entidad.

120. El Consorcio no ha probado haber formulado una solicitud de ampliación de plazo ni la negativa de PROREGIÓN a reconocerla.

121. Cabe precisar además que el Consorcio suspendió los plazos contractuales voluntariamente. Así, en el Acta de la Audiencia de Conciliación de fecha 23 de julio de 2014 se señala expresamente: "6. PROREGIÓN establece que, mientras CORPAC y la OPI de FONAFE se encuentren evaluando los informes entregados, el plazo de ejecución del estudio será suspendido para ambas partes...". (El subrayado es agregado).

122. Asimismo, en virtud de la Clausula Tercera de la Primera Adenda del Contrato suscrita el 6 de agosto de 2014, el propio Contrato señala: "...se deja constancia que el tiempo en que CORPAC S.A. analice, emita opinión y notifique normalmente a **LA ENTIDAD** los entregables, levantamiento de observaciones y/o consultas relacionadas con el Proyecto, no se considerarán dentro de los plazos de **LA ENTIDAD** ni de **EL CONTRATISTA**". (El subrayado es agregado).

123. En este sentido, una suspensión en el cómputo de los plazos (lo cual genera que no haya retrasos en el plazo contractual) corresponde a la propia voluntad del Consorcio, recogida en el Contrato. Por tanto, no se puede pretender que tal suspensión genere gastos generales cuando no ha sido contemplado así por las partes.

124. Por los fundamentos señalados debe declararse infundada la pretensión del Consorcio solicitando el pago de mayores gastos generales.

VI. SOBRE LA UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR

125. El Consorcio formula como Quinta Pretensión Principal de la Demanda que: "Que el Tribunal Arbitral, en el supuesto negado que se declare infundada la tercera pretensión, ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar la utilidad dejada de percibir puesto que, al quedar resuelto el contrato, por causas imputables a la Entidad, corresponde a la misma asumir dicho pago.

126. La Tercera Pretensión de la demanda referida al pago del saldo pendiente del Contrato ha sido desestimada parcialmente. En este sentido, corresponde que se analice la presente pretensión.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

127. El Consorcio sustenta su posición en el artículo 170° de la Ley de Contrataciones del Estado señalando que, al haber sido el Contrato resuelto por causa imputable a PRREGIÓN, debe reconocerse al Consorcio el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

128. Por su parte, PROREGIÓN señala que al haber sido hechos fortuitos los que impidieron la ejecución contractual, lo pretendido por el Consorcio carece de todo sustento de hecho y de derecho.

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

129. El artículo 170° del Reglamento establece lo siguiente:

MW

[Handwritten signature]

64

132. Al respecto, Fernando de Trazegnies señala:
 "La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida."

131. Sobre el particular el segundo párrafo del artículo 1321° del Código Civil establece: "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". (El subrayado es agregado).

130. Como se ha establecido en la sección III del presente laudo, el Contrato ha sido resuelto por causas imputables a PROREGIÓN y, por tanto, esa Entidad debe resarcir los daños irrogados al Consorcio.

[Handwritten signature]

"Artículo 170.- Efectos de la resolución
 Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.
 Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocer la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. 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 procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida". (El subrayado es agregado).

133. Como se ha visto precedentemente, la última prestación ejecutada por el Consorcio ha sido la presentación, a conformidad, del Tercer Entregable a Nivel de Perfil. Respecto a esta prestación, ambas partes han concordado en que PROREGIÓN debe pagar al Consorcio la suma de S/. 147,332.78.

134. Al haberse ordenado el pago del monto señalado en el párrafo anterior, no se encontraría pendiente de pago ningún detrimento patrimonial adicional que haya tenido el Consorcio como consecuencia de la ejecución del Contrato (los cuales tampoco han sido demandados) y, por tanto, no corresponde el pago de una indemnización por daño emergente.

PAULUS define el daño emergente como quantum mihi abest, es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente es siempre un empobrecimiento. [...] El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado ganar a causa del acto dañino. La frase antes citada de PAULUS se completa con la idea del lucro cesante: quantum mihi abest quantumque lucrari potui. Esta última parte nos dice que es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gané debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente. Por otra parte, como dice Adriano de CUPIS, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño.”¹⁰

135. No obstante, la resolución del Contrato sí tiene como consecuencia que el Consorcio deje de percibir las ganancias legítimas que habría tenido de ejecutarse totalmente el Contrato. Estas ganancias están reflejadas en la utilidad dejada de percibir, la cual se aprecia en el Cuadro y Propuesta Económica que se anexa como prueba de esta pretensión, y que asciende a S/ 293,094.00.

136. Este Tribunal Arbitral estima que corresponde al Consorcio la totalidad de la utilidad proyectada por la ejecución del Contrato en tanto que ella, conforme al cronograma adjuntado como prueba, se percibiría recién al finalizar tal ejecución. Es decir, al momento de la resolución del Contrato no se produjeron pagos que generaran utilidad, sino, únicamente, que cubrirían los gastos incurridos por el Consorcio.

VII. SOBRE LA DEVOLUCIÓN DE LA CARTA FIANZA Y EL PAGO DE LOS COSTOS FINANCIEROS ASOCIADOS A ELLA

137. El Consorcio formuló como sexta pretensión de la demanda: "Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca que cumpla con pagar a la orden del Consorcio los costos financieros por el mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento".

138. Asimismo, el Consorcio formula como séptima pretensión: "Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Cajamarca la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento".

139. Debido a la relación directa entre las dos pretensiones, el Tribunal Arbitral estima conveniente analizarlas de manera conjunta.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

140. Respecto a la sexta y séptima pretensiones el Consorcio señala lo siguiente:
133.1 El Consorcio en todo momento ha cumplido con las prestaciones a su cargo; no obstante, debido a la indebida actuación de PROREGIÓN se ha visto obligada a mantener la Carta Fianza del Fiel Cumplimiento, por lo que habiéndose resuelto el Contrato por causa imputable a PROREGIÓN se debe devolver la Carta Fianza al Consorcio y los gastos para su mantenimiento deben ser asumidos por PROREGIÓN.

141. Sobre el particular, PROREGIÓN señala lo siguiente:
141.1. PROREGIÓN en su momento dispuso la entrega de la Carta Fianza al Contratista, siempre y cuando la decisión de la resolución del Contrato no fuera objetada por el Consorcio. No obstante, el Consorcio optó por someterse a un arbitraje. En consecuencia, debe ser el Tribunal Arbitral quien defina el tema en el laudo

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

142. El artículo 158° de Reglamento señala lo siguiente:

"Artículo 158°.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

11 Se ha utilizado el tipo de cambio de 605.17 pesos por dólar tomado del Banco Central de Chile y 3.23 soles por dólar tomados del Banco Centra de Reserva del Perú.

145. Respecto a los gastos en que el Consorcio habría incurrido para su renovación, desde la pretendida e ineficaz resolución del Contrato por PROREGIÓN (que es el acto que ha generado la resolución del Contrato (23 de noviembre de 2015) por causa imputable a la Entidad); este Tribunal Arbitral advierte de la prueba presentada respecto a la sexta pretensión, que estos ascienden a \$ 1'576,312.00 (Un millón quinientos setenta y seis mil trescientos doce y 00/100 Pesos Chilenos), lo que equivale a S/. 8,413.32¹¹

144. En ese sentido, al carecer de objeto que se siga garantizando el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Consorcio, y al no mediar causa imputable al Consorcio en la resolución, debe procederse a la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento a la parte demandante.

143. Como se aprecia, la obligación de mantener la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento se extiende hasta que se dé la conformidad de recepción de la prestación. El Contrato no ha sido ejecutado hasta la presentación de la prestación final, pues ha sido resuelto previamente a la recepción de dicha prestación por causa imputable a PROREGIÓN.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato". (El subrayado es agregado).

146. Estos costos, deben ser asumidos por PROREGIÓN en tanto las causales de ruptura del Contrato así como del inicio del arbitraje, le son imputables.

VIII. SOBRE EL PAGO DE DAÑO MORAL

147. El Consorcio formula como octava pretensión: "Que el Tribunal Arbitral ordene que el Gobierno Regional de Cajamarca indemnice por daños y perjuicios, daño moral y daño a la imagen (daño emergente y lucro cesante) al Consorcio por la suma que determine el Tribunal Arbitral.

A. POSICIONES DE LAS PARTES

148. Son fundamentos de la demandante respecto a la octava pretensión los siguientes:

148.1. El Consorcio señala que PROREGIÓN le habría causado no solo perjuicios económicos y financieros sino que también le ha ocasionado daño a la imagen de las empresas que conforman el Consorcio.

148.2. Al respecto, e Consorcio señala que el daño moral es un daño extrapatrimonial consistente en el agravio que sufre una persona jurídica al sufrir menoscabo en sus atributos o presupuestos de su personalidad jurídica, pues son titulares de derechos distintos al de su patrimonio económico que constituyen su patrimonio moral.

148.3. Al haberse acreditado el cumplimiento total de las obligaciones por parte de PROREGIÓN se le ha causado un perjuicio económico el cual debe ser fijado por el tribunal arbitral tomando en cuenta criterios de derecho conforme al artículo 1332° del Código Civil.

70

154. Por último, corresponde que se determine a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos del proceso.

IX. RESPECTO DE LOS GASTOS ARBITRALES, COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

153. Faltando uno de los elementos para que se constituya un daño indemnizable, la pretensión del Consorcio debe ser declarada infundada.

152. No obstante, el Consorcio no ha establecido cuál ha sido el daño que ha sufrido su imagen ni lo ha probado. En consecuencia no existe un daño cierto (en contraposición a un daño eventual o hipotético) a la imagen del Consorcio.

151. La antijuricidad en el presente caso estaría constituida por la resolución del Contrato imputable a PROREGIÓN, la cual ha sido materia de desarrollo en la sección III del presente laudo.

150. A efectos de que un daño sea indemnizable deben concurrir los siguientes elementos: (i) antijuricidad, (ii) daño cierto y probado, (iii) nexa causal y (iv) factor de atribución.

B. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

149. Sobre el particular PROREGIÓN señala lo siguiente:
149.1. Al haberse demostrado el carácter infundado de las pretensiones del Consorcio respecto de la nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato practicada por PROREGIÓN, no corresponde pago alguno a favor del Consorcio por este concepto, máxime cuando no ha demostrado de manera fehaciente el supuesto daño causado a su imagen.

Elio de conformidad con lo establecido en los artículos 56° y 73° de la Ley de Arbitraje, por los que se establece que corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre los gastos del presente arbitraje, a fin de determinar si alguna de las partes debe asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

155. Al respecto, el artículo 56° de la Ley de Arbitraje, relativo al contenido del Laudo, establece en su numeral 2 que: "2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73". Tal aspecto debe ser contrastado con el artículo 73° del mismo cuerpo normativo, que a la letra establece que:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. 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 [...]."

156. Tales gastos, deberán tener presente, de ser el caso, el acuerdo de las partes. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, los honorarios de la Secretaría Arbitral y los gastos razonables que las partes hayan incurrido en su defensa. Además, la norma establece que en el laudo el Tribunal Arbitral podrá distribuir o prorratear los costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable.

73

157. Sobre el tema, el convenio arbitral no ha previsto una solución específica al tema de los costos del arbitraje, por lo que corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.

158. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la desarrollo del proceso que ambas partes han actuado basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y que por ello han litigado convencidas de sus posiciones ante la controversia.

159. Teniendo en cuenta la circunstancia indicada, el Tribunal Arbitral es de la opinión que ambas partes tuvieron fundadas razones para litigar por lo que cada una de ellas debe asumir los costos del arbitraje en los que ha incurrido.

160. Por consiguiente, no corresponde ordenar a ninguna de las partes el pago de los costos totales del proceso arbitral. En consecuencia, se resuelve que cada parte cubra sus propios gastos por un lado, y por otro, los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la secretaría arbitral) que deben ser asumidos por ambas en partes exactamente iguales.

161. En el numeral 56 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se fijó como primer anticipo de honorarios de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral la suma de S/. 10,045.00 (Diez mil cuarenta y cinco y cinco/100 Soles) netos por árbitro y, en el numeral 57 de la referida acta, la suma de S/. 7,068.00 (Siete mil sesenta y ocho y 00/100 Soles) como anticipo de los honorarios del secretario arbitral.

Por las razones expuestas, estando a las consideraciones glosadas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en derecho y por unanimidad,

LAUDA EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR** que la resolución del Contrato efectuada por PROREGIÓN mediante la Resolución Directoral es ineficaz.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR** que en el Contrato ha quedado resuelto por causa imputable a PROREGIÓN.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** a PROREGIÓN que pague a favor del Consorcio la suma de S/. 147,332.78 (Ciento cuarenta y siete mil trescientos treinta y dos y 78/100 Soles) como saldo pendiente del Contrato.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR** que no corresponde el pago de mayores gastos generales a favor del Consorcio.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la Quinta Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** a PROREGIÓN que pague a favor del Consorcio la suma de S/. 293,094.00 (Doscientos noventa y tres mil noventa y cuatro y 00/100 Soles) como utilidad dejada de percibir.

10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

73

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la Sexta Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** que PROREGIÓN pague al Consorcio la suma de S/. 8,413.32 (Ocho mil cuatrocientos trece y 32/100 Soles) por concepto de costos financieros por el mantenimiento de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

SETIMO: DECLARAR FUNDADA la Séptima Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **ORDENAR** que PROREGIÓN devuelva al Consorcio la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la Octava Pretensión de la demanda y, en consecuencia, **DECLARAR** que no corresponde el pago al Consorcio de una indemnización por daño moral.

NOVENO: DECLARAR que las partes asuman en proporciones iguales los gastos del arbitraje conformados por los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios del Secretario Arbitral, y cada una de ellas asuma sus propios gastos de defensa.

Alfredo Ladron de Guevara Ojarde
Presidente del Tribunal Arbitral

Gonzalo García Calderón Moreyra
Arbitro

Gregorio Martín Ore Guerrero
Arbitro

Rivaro Aguilar Ojeda
Secretario Ad Hoc

MW