

SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR** que el CONSORCIO CATILLUC no incurrió en penalidades por falta de personal propuesto; **ORDENAR** al el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA restituya los montos descontados por no contar con personal profesional ofertado de las siguientes valorizaciones: valorizaciones N° 6 por el monto de S/. 47,996.06; valorización N° 7 por el monto de S/. 44, 887.55; valorización N° 8 por el monto de S/. 63,400.99; Valorización N° 9 por el monto de S/. 64, 379.57: Valorización N° 10 por el monto de S/. 29,347.79: Valorización N° 11 por el monto de S/. 40,001.85; y los montos descontados por no contar con equipo ofertados en las siguientes valorizaciones: valorizaciones N° 7 por el monto de S/. 58,962.51; Valorización N° 8 por el monto de S/. 35,232.10; valorización N° 9 por el monto de S/. 34,851.00, Valorización N° 10 por el monto de S/. 34,470.43; Valorización N° 11 por el monto de S/. 40, 0001.85, más el pago de los intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado por dicho concepto. El monto de la devolución de los descuentos de las penalidades se practicará en la Liquidación de cuentas.

SETIMO: DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión principal de la demanda arbitral.

OCTAVO: DECLARAR FUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda arbitral, en consecuencia, **ORDENAR** al Gobierno Regional de Cajamarca, restituya al CONSORCIO CATILLUC la suma de S/. 120,506.87 que corresponden a la penalidad por valorizar trabajos que ocasionen pagos indebidos o no ajustados a ley.

NOVENO: DECLARAR FUNDADA la séptima pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad por presentar valorizaciones fuera de plazo; por tanto: el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA deberá devolver

S/. 602,534.35 (seiscientos dos mil quinientos treinta y cuatro con 35/100 SOLES) más interés legal devengado y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado en las valorizaciones N° 06, 07, 09, 10 y 11.

DECIMO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la octava pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad por no contar con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra debido; **INFUNDADA** en el extremo sobre penalidad aplicada por haber ejecutado la obra con personal profesional distinta a su oferta técnica antes del 22 de noviembre del 2016; por tanto, el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA devolverá S/. 530,458.07 (QUINIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO CON 07/100 SOLES), más interés legal devengado y por devengarse hasta la devolución total del monto señalado.

DECIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la novena pretensión principal de la demanda arbitral referida a la solicitud de pago de las valorizaciones N° 14 del mes de junio del 2017; valorización N° 15 del mes de julio del 2017 y valorización n° 16 del mes de agosto del 2017 sin perjuicio que dichos montos sean incorporados en la Liquidación que practique el CONSORCIO CATILLUC.

DECIMO SEGUNDO: Sin condena de los gastos del arbitraje que comprenden los honorarios de los árbitros, de la secretaria arbitral y los gastos administrativos del arbitraje, que deben ser asumidos íntegramente por el Consorcio Catilluc.

DECIMO TERCERO: DISPONER que cada parte asuma los honorarios de sus abogados, asesores y peritos de ser el caso.

DÉCIMO CUARTO: FIJAR el monto de los honorarios y gastos administrativos en los importes que el Demandante ha pagado a los Árbitros y a la Secretaría arbitral.

PROCESO ARBITRAL N° 1018-2018.

Demandante : CONSORCIO CATILLUC.

Demandado : Gobierno Regional de Cajamarca

Materia : Nulidad e Ineficacia de Resolución de Contrato y Otros.

EXPEDIENTE N° 1018 - 2018.

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN MINORÍA

**EMITIDO POR EL ABOGADO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO EN EL
ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO CATILLUC CON GOBIERNO
REGIONAL DE CAJAMARCA**

RESOLUCIÓN N° 16

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN:

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Cajamarca a los nueve días del mes de julio del año dos mil diecinueve.

ii. LAS PARTES.

- o Demandante: CONSORCIO CATILLUC (en adelante el Contratista, el Consorcio o el Demandante).
- o Demandado: GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA (en adelante la Entidad o el Demandado)

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

- o JAVIER MARTÍN SALAZAR SOPLAPUCO – Presidente del Tribunal.
- o GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO - Árbitro
- o JUAN MANUEL FIESTAS CHUNGA - Árbitro

IV. SECRETARIO ARBITRAL

- o AUSBERTO GONZALO RABANAL OCAS.

V. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 04 de febrero de 2016, el CONSORCIO CATILLUC y el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, suscribieron el contrato No. 002-2016-GR.CAJ-GGR, - LP N° 002-2015-GRCAJ-Primera convocatoria, para la ejecución de la obra "Mejoramiento Carretera CA-103: EM. PE-06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA- TONGOD- CATILLUC-EMP. PE - 06C (EL EMPALME) – CAJAMARCA (en adelante EL CONTRATO).

En la cláusula Trigésimo Novena del Contrato, se estipuló el punto 1.2, que cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar conciliación y/o arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro de los plazos de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211°, y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por DS. N° 184-2008-EF, y modificado mediante DS. N° 138-2012-EF.

2. DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, CONSORCIO CATILLUC designó como árbitro al abogado Juan Manuel Fiestas Chunga, y el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA designó como árbitro al abogado Gregorio Martín Oré Guerrero; acordando ambos designar como tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Javier Martín Salazar Soplapuco.

Con fecha 07/02/2018, se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad sus miembros declararon haber sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose la aceptación del encargo de árbitros y señalando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, que se

obligan a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. DEMANDA ARBITRAL

Mediante escrito presentado el 06 de marzo del año 2018, el CONTRATISTA presentó demanda arbitral, formulando sus pretensiones, exponiendo sus fundamentos de hecho y de Derecho, y ofreciendo medios probatorios. En la parte considerativa del presente laudo se resumen, analizan y mencionan, según el caso, dichos aspectos.

Mediante Resolución N° 01, se corrió traslado de la demanda a LA ENTIDAD, para que la conteste en el plazo previsto.

4. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Mediante escrito presentado el 24 de abril del año 2018, LA ENTIDAD contestó la demanda negando y contradiciendo las pretensiones del CONTRATISTA, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho de su posición, y ofreciendo presentar medios probatorios descritos en el literal E de su mencionado escrito. En la parte considerativa del presente laudo se resumen, analizan y mencionan, según el caso, dichos aspectos.

Mediante escrito presentado el 27 de abril del 2018, LA ENTIDAD subsanó omisión formal de la contestación de demanda, advertida por la propia parte.

5. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resolución No 10, se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se realizó el 07/09/2018.

Las partes no llegaron a un acuerdo conciliatorio que les permita concluir con las controversias materia del presente proceso arbitral; por lo que, teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda y Contestación de la Demanda, se procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos que son materia de pronunciamiento en el presente laudo.

1. Primer Punto Controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: DECLARE LA NULIDAD E INEFICIACIA de la RESOLUCION DE CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA efectuada por parte del GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA el 22 de setiembre del 2017, DEJANDOSE SIN EFECTO LEGAL ALGUNO la RESOLUCION DEL CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) – CAJAMARCA"; y por su efecto DECLARE la nulidad de los efectos jurídicos de la RESOLUCION GERENCIAL GENERAL REGIONAL N° 235-2017-GR. CAJ7GGR, de fecha 22 de setiembre del 2017 y de la CARTA NOTARIAL N° 063-2017-G.R.CAJ/GGR de fecha 04 de setiembre del 2017.

2. Segundo punto controvertido

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: QUE SE DECLARE CONSENTIDA LA RESOLUCION DEL CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) –CAJAMARCA", efectuada por el CONSORCIO CATILLUC efectuada mediante CARTA NOTARIAL el 25 de setiembre del 2017.

3. Tercer Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, reconozca al CONSORCIO CATILLUC la suma de s/. 5'000,000.00 (CINCO MILLONES Y 00/100 SOLES), que es el 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha de su cancelación, y se ordene la COMPENSACION de esta suma los adelantos directos o adelantos de materiales no amortizados , ordenado EL Tribunal la amortización de la suma actualizada de las CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DIRECTO Y CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DE MATERIALES.

4. Cuarto Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, reconozca al CONSORCIO CATILLUC la suma de S/. 360,000.00 (TRESCIENTOS SESENTA MIL Y 00/100 SOLES), que corresponden a los gastos incurridos por CONSORCIO CATILLUC en la RESOLUCION DE CONTRATO, Tales como como los gastos notariales, Jueces de Paz, inventario, gastos en asesoría legal y asesoría técnica, traslados personal y otros gastos asumidos directamente en la resolución de Contrato, actualizado mediante las fórmulas de reajuste, que de acuerdo a Ley deben de ser asumidos por el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA hasta la fecha de su cancelación; y se ordene la COMPENSACION de esta suma con los adelantos directos o adelantos de materiales no amortizados ordenado EL Tribunal la amortización de la suma actualizada de las CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DIRECTO Y CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DE MATERIALES.

5. Quinto Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: DECLARE CONSENTIDO el cambio de personal efectuado por el CONSORCIO CATILLUC mediante solicitudes de cambio toda vez que entidad GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA no se pronunció dentro del plazo establecido en el CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N°

002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) – CAJAMARCA".

6. Sexto Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: **DECLARE** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidades por falta de personal propuesto, y cualquier otra penalidad aplicada en obra, por lo que **SE ORDENE** al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la inmediata devolución de los montos descontados de las penalidades cobradas en todas y cada una de las valorizaciones del contrato principal y de las valorizaciones del adicional de obra, más el pago de los interés legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado, desde el pago de la primera valorización hasta el último pago de la valorización en el mes de setiembre del 2017, fecha en la que la entidad resuelve el contrato y descontó el pago de penalidades. De ser el caso, el Tribunal arbitral determinara el monto de la devolución de los descuentos de las penalidades una vez que la entidad cumpla con exhibir las valorizaciones completas del contractual y del adicional de obra.

7. Séptimo Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: **DECLARE** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad alguna por no presentar el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y su programación PERT –CPM, correspondiente dentro del plazo establecido, y por su consecuencia jurídica se ordene al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la inmediata devolución de S/. 120,506.87 (CIENTO VEITE MIL QUINIENTOS SEIS Y 87/100) que hizo la entidad GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA EN LA VALORIZACION del mes de Julio del 2017. Más el pago de los intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado.

8. Octavo Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: DECLARE que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad alguna por valorizar trabajos sin ceñirse a las bases del pago de las especificaciones técnicas y/o valorizar trabajos no ejecutados que ocasionen pagos indebidos no encuadrados en las disposiciones vigentes, descuentos efectuados por el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA en la VALORIZACION N° 03 correspondiente al mes de Julio del 2016, y por su consecuencia jurídica se ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la INMEDIATA DEVOLUCION DE S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES) más los intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado.

9. Noveno Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: DECLARE que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad alguna por HABER PRESENTADO VALORIZACIONES FUERA DE PLAZO, toda vez que este hecho no está considerado como otras penalidades ni en el contrato de obra ni en la Ley de Contrataciones del Estado y por su consecuencia jurídica se ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la INMEDIATA DEVOLUCION DE S/. 602.534.35 (SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 35/100 SOLES) más intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto, descuento que hizo la entidad en las valorizaciones según el siguiente detalle:

- VALORIZACION N° 06 correspondiente al mes de OCTUBRE DEL 2016 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)
- VALORIZACION N° 07 correspondiente al mes de NOVIEMBRE DEL 2016 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)

- VALORIZACION N° 09 correspondiente al mes de ENERO DEL 2017 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES).
- VALORIZACION N° 10 correspondiente al mes de FEBRERO DEL 2017 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)
- VALORIZACION N° 11 correspondiente al mes de marzo del 2017 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)

10. Décimo Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: **DECLARE** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad alguna **POR NO CONTAR CON LOS RECURSOS** (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra debido, **ASI COMO TAMBIEN SE DECLARE** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad por ejecutar la obra con personal profesional distinta a su oferta técnica sin autorización de la Entidad debido a que el personal ofertado fue cambiado oportunamente y quedando consentido la solicitud de cambio por falta de pronunciamiento dentro del plazo que tenía para hacerlo; y por su consecuencia jurídica se **ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la INMEDIATA DEVOLUCION DE S/. 578,454.13 (QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON 13/100 SOLES)** más interés legal devengado y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado, según el siguiente detalle de valorizaciones:

- EN LA VALORIZACION N° 06 correspondiente al mes de OCTUBRE DEL 2016 en la suma de S/. 47,996.06 (CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS con 06/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra y la suma de S/. 91,871.77 (NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UNO con 77/100 SOLES) por estar ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.

- EN LA VALORIZACION N° 07 correspondiente al mes de NOVIEMBRE DEL 2016 en las sumas de S/. 44,877.55 (CUARENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE CON 55/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra y la suma de S/. 58,962.51 (CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS CON 51/100 SOLES) penalidad por verificar estar á ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.
- EN LA VALORIZACION N° 08 correspondiente al mes de DICIEMBRE DEL 2016 en la suma de S/. 63,400.99 (SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CON 99/100 SOLES) por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra y la suma de S/. 35,232.10 (TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS CON 10/100 SOLES) penalidad aplicada por estar ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.
- VALORIZACION N° 09 correspondiente al mes de ENERO DEL 2017 en la suma de S/. 64,379.57 (SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON 57/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra, y la suma de S/. 34,851.00 (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 00/10 SOLES) penalidad aplica por verificar que el contratista está ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica y la suma de S/. 33,062.60 (TREINTA Y TRES MIL SESENTA Y DOS CON 60 /100 SOLES) Por el cambio del Ingeniero residente que no se justificó como caso fortuito o fuerza mayor.
- VALORIZACION N° 10 correspondiente al mes de FEBRERO DEL 2017 en la suma de S/. 29,347.79 (VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 79/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra, y la suma de S/. 34,470.43 (TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS

SETENTA CON 43/100 SOLES) penalidad aplica por estar á ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.

- VALORIZACION N° 11 correspondiente al mes de MARZO DEL 2017 en la suma de S/. 40,001.85 (CUARENTA MIL UNO con 85/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra y por estar ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.

11. Décimo Primero Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA el inmediato pago de las VALORIZACIONES DEBIDAMENTE APROBADAS correspondientes a La VALORIZACION 14 DEL MES DE JUNIO DEL 2017 Y VALORIZACION 15 DEL MES DE JULIO del 2017 Y VALORIZACION 16 DEL MES DE AGOSTO, pagos en forma completa según los montos de las valorizaciones que fueron aprobadas sin descuentos de penalidades y ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la INMEDIATA DEVOLUCION DE S/. 219,091.22 (DOSCIENOS DIECINUEVE MIL NOVENTA Y UNO CON 22/00 SOLES) más intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado por aplicación de penalidad EN LA VALORIZACION N° 014 correspondiente al mes de JUNIO DEL 2017 en la suma de S/. 47,055.93 (CUARETA Y SIETE MIL CINCUENTA Y CINCO CON 93/100 SOLES) EN LA VALORIZACION N° 015 correspondiente al mes de JULIO DEL 2017 en la suma de S/. 172,035.29 (CIENTO SETENTA Y DOS MIL TREINTA Y CINCO CON 29/100 SOLES) declarando de ser el caso que el Consorcio Catilluc no incurrió en ninguna penalidad.

12. Décimo segundo Punto Controvertido.

Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: ordene al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, el pago de la suma de S/. 1'000,000.00 (UN MILLON Y 00/100 SOLES), por costas y costos, gastos arbitrales y asesorías legales en la tramitación del presente proceso arbitral.

El Tribunal dejó establecido que se reserva el derecho de analizar individual o conjuntamente, y en su caso resolver los puntos controvertidos no necesariamente en el orden señalados en la presente acta. Asimismo, que podrá omitir con expresión de razones el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

Asimismo, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por ambas partes en sus escritos postulatorios.

MEDIOS PROBATORIOS DEL CONSORCIO CATILLUC.

DOCUMENTALES:

- Los documentos ofrecidos al presentar su escrito de Demanda Arbitral y que se señalan en el acápite Medios Probatorios: numeral 7.1, literales A-1 al A-17; así como en los numerales 7.3 y 7.4.

EXHIBICIONALES: Que realizará la entidad Gobierno Regional de Cajamarca, de los expedientes completos que se detallan en el numeral 7.2, numerales del 1 al 11, conforme se indica:

- 1.- Copia completa del expediente de la valorización N° 03 correspondiente al mes de julio del 2016, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 2.- Copia completa del expediente de la valorización N° 06 correspondiente al mes de octubre del 2016, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 3.- Copia completa del expediente de la valorización N° 07 correspondiente al mes de noviembre del 2016, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la

valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.


- 4.- Copia completa del expediente de la valorización N° 08 correspondiente al mes de diciembre del 2016, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 5.- Copia completa del expediente de la valorización N° 09 correspondiente al mes de enero del 2017, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 6.- Copia completa del expediente de la valorización N° 10 correspondiente al mes de febrero del 2017, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 7.- Copia completa del expediente de la valorización N° 11 correspondiente al mes de marzo del 2017, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 8.- Copia completa del expediente de la valorización N° 14 correspondiente al mes de junio del 2017, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.
- 9.- Copia completa del expediente de la valorización N° 15 correspondiente al mes de julio del 2017, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.

10.-Copia completa de TODAS LAS VALORIZACIONES PRESENTADAS DEL EXPEDIENTE de las valorizaciones del ADICIONAL DE OBRA 01, conteniendo el informe de la supervisión de obra, los descuentos por penalidades, el monto aprobado de la valorización, el pago efectuado y todo lo concerniente al pago de esta valorización.

11 Copia completa de todas las solicitudes de cambio de personal PRESENTADAS POR el CONSORCIO CATILLUC ante el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA durante le ejecución de la obra.

EXPEDIENTES: Los que se detallan en los numerales 7.3 y 7.4

7.3. Se ofrece como medios probatorios copias de los expedientes completos (DEMANDA Y CONTESTACION DE DEMANDA CON TODOS SUS MEDIOS PROBATORIOS) de los procesos arbitrales N° 1 669 -2017 para lo cual se servirá oficiar al Secretario curso Dr. AUSBERTO GOZALO RABAL OCAS, a Clodomiro Cerna N° 166 Villa universitaria Cajamarca. Asumiendo mi representada los gastos de las copias emitidas.

 7.4. Se ofrece como medios probatorios copias de los expedientes completos (DEMANDA Y CONTESTACION DE DEMANDA CON TODOS SUS MEDIOS PROBATORIOS) de los procesos arbitrales N° 1 001 -2018 para lo cual se servirá oficiar al Secretario curso Dra. OLINDA CABRERA ALDAVE, a la sede arbitral Jr. Apurímac N° 694- oficina 201 Cajamarca.

 MEDIOS PROBATORIOS DEL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA:

En este acto el abogado del Consorcio Catilluc, se opuso a la admisión de medios probatorios ofrecidos por la entidad, por cuanto habrían sido

presentados fuera del plazo sin presentar oportunamente los documentos que acrediten la representatividad de la procuradora Pública y del Procurador Público Adjunto.

El Tribunal Arbitral presente en mayoría resuelve declarar infundada la oposición, considerando que la Resolución Ejecutiva Regional que acredita la representatividad de la Procuradora Pública de la Entidad así como el número de su documento nacional de identidad fueron mencionados e identificados en el escrito de apersonamiento y contestación de demanda presentado el 24 de abril de 2018, último día que tenía para hacerlo y fueron presentados en copia con escrito de subsanación de fecha 27 de abril de 2018.

En tal sentido el Tribunal Arbitral presente en mayoría resuelve admitir los medios probatorios de la parte demandada en la forma siguiente:

EXHIBICIÓN

Del CUADERNO DE OBRA, que deberá realizar el Consorcio Catilluc.

DOCUMENTOS:

Los documentos ofrecidos en la contestación de demanda arbitral, acápite E Medios Probatorios: numerales 1 al 10, y presentados con escrito de subsanación de fecha 27 de abril del 2018, anexos 2-A al 2-XXX con excepción del Anexo 2-S y 2-W.

Al escrito de fecha 16/08/2018, sobre propuesta de puntos controvertidos, presentado por el Consorcio Catilluc, Agregue a los autos, estando a lo resuelto en la presente audiencia.

En este acto, el Tribunal Arbitral dispone lo siguiente:

- a) Cursar oficio al Tribunal Arbitral que tiene a su cargo proceso arbitral N° 1 669-2017, a fin de que expida copia completa de la demanda y contestación de demanda con todos sus medios probatorios, a fin de que

el secretario arbitral los agregue al presente expediente; por cuenta y costo del Consorcio Catilluc.

- b) Cursar oficio al Tribunal Arbitral que tiene a su cargo el proceso arbitral N° I 001-2018, Secretaria arbitral OLINDA CABRERA ALDAVE, con sede en Jr. Apurímac N° 694- oficina 201 Cajamarca, a fin de que expida copia completa de la demanda y contestación de demanda con todos sus medios probatorios para agregar al presente expediente; por cuenta y costo del Consorcio Catilluc.
- c) Otorgar al Consorcio Catilluc el plazo de quince (15) días hábiles para que exhiba el Cuaderno de Obra, mediante su presentación al Tribunal Arbitral por intermedio del secretario arbitral, en un solo juego, pudiendo adjuntar copias escaneadas para los árbitros y la otra parte.
- d) Otorgar al Gobierno Regional de Cajamarca el plazo de quince (15) días para presentar al Tribunal Arbitral los documentos detallados en el numeral 7.2, de los medios probatorios de la demanda, numerales del 1 al 11.

6. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS

Teniendo en cuenta que las pruebas admitidas están constituidas por documentos, mediante Resolución N° 13, se declaró cerrada la etapa probatoria y de conformidad con el numeral 45 de las reglas del proceso arbitral, se concedió a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo necesario soliciten informar oralmente.

Mediante escritos presentados el 23/23/01/2019, la Entidad y el CONTRATISTA presentaron sus respectivos alegatos escritos y solicitaron se fije fecha para Informe Oral.

7. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

Con fecha 31/05/2019, se realizó la audiencia de informes orales con la asistencia del representante del CONSORCIO CATILLUC y de la representante del GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA.

8. PLAZO PARA LAUDAR.

De conformidad con el numeral 46 de las Reglas del Proceso, en el Acta de Audiencia de Informes orales se fijó treinta días hábiles el plazo para laudar.

VI. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA.

En el numeral 06 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se señaló que la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N°1017 y modificada por Ley 29873 (en adelante la Ley), manteniendo el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho:

1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley; 3) Reglamento de la Ley - aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF (en adelante el reglamento), 4) las normas de derecho público y 5) las normas del derecho privado.


Precisando que la aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N°1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

Por su parte, En el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que para el proceso arbitral serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley, la Ley de Contrataciones


del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y modificado por Ley N° 29873, su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, las Directivas del OSCE para tal efecto, supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje. Asimismo, se indica que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal arbitral queda facultada en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

CONSIDERANDO:

VII. CUESTIONES PRELIMINARES



Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad a lo previsto por las partes en el respectivo convenio arbitral, las reglas contenidas en el Acta de Instalación y lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N°1017, modificado por Ley N° 29873 su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF; estableciéndose asimismo que en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultada en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía



procesal y buena fe; (ii) Que, el CONSORCIO CATILLUC, presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro del plazo establecido.

Por lo antes manifestado, el Tribunal Arbitral procede a evaluar los puntos controvertidos establecidos en la audiencia de su propósito.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

En ese sentido, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

VIII. ANALISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: declare la nulidad e ineficacia de la resolución de CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA efectuada por parte del GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA el 22 de setiembre del 2017, DEJANDOSE SIN EFECTO LEGAL ALGUNO la RESOLUCION DEL CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-

GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE-06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) –CAJAMARCA"; y por su efecto DECLARE la nulidad de los efectos jurídicos de la RESOLUCION GERENCIAL GENERAL REGIONAL N° 235-2017-GR.CAJ7GGR, de fecha 22 de setiembre del 2017 y de la CARTA NOTARIAL N° 063-2017-G.R.CAJ/GGR de fecha 04 de setiembre del 2017.

POSICION DEL CONTRATISTA

- Que, con CARTA NOTARIAL N° 63-2017-GR.CAJ/GGR, de fecha 04 de setiembre del 2017, notificada el 05 de setiembre del 2017, LA ENTIDAD solicita al CONTRATISTA el cumplimiento estricto de obligaciones contractuales y legales bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO. El requerimiento se hace sustentado en los Informes Técnicos N° 001-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/CITO de fecha 22 de agosto del 2017; Carta N° 193-2017/CSV/RL de fecha 18 de agosto del 2017; Informe N° 159-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS de fecha 16 de agosto del 2017; Informe N° 060-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS de fecha 09 de marzo del 2017.
-  Luego de transcurrido los 15 días calendario, a pesar de haber presentado los descargos e indicarles que no cuentan con sustento legal de una causal para resolver el contrato, se recibió la CARTA NOTARIAL N° 078-2017-GR.CAJ/GGR sin fecha notificada el 22 de setiembre del 2017, con la cual se notifica la RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 235-2017-GR.CAJ/GGR, de fecha 22 de setiembre del 2017, mediante la cual se resuelve EL CONTRATO.
- La CARTA NOTARIAL N° 063-2017-GR.CAJ/GGR, la CARTA NOTARIAL N° 078-2017-GR.CAJ/GGR, y la RESOLUCION DE

GERENCIA GENERAL REGIONAL N° 235-2017-GR.CAJ/GGR, son nulas de puro derecho debido a que aparentemente son suscritas por el Ing. JESUS JULCA DIAZ en su calidad de GERENTE GENERAL REGIONAL DE LA ENTIDAD; sin embargo, las firmas que aparecen en dichos documentos no corresponde al Ing. JESUS JULCA DIAZ, habiendo sido suscrita por cualquier otro funcionario que no tiene el nivel jerárquico o superior del GERENTE GENERAL REGIONAL; contraviniendo el literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado.

- El Gerente General Regional de LA ENTIDAD es el que suscribe EL CONTRATO. En consecuencia, para resolver este contrato las cartas deben ser requeridas y avaladas por el mismo funcionario, es decir, por el Gerente General Regional o el Gobernador Regional de Cajamarca, ya que la función para resolver el contrato no es delegable.
- El CONTRATISTA presentó descargos manifestando que no tenían causal para resolver el contrato, por la existencia de problemas que requirieran ser modificados en forma inmediata para elaborar el Expediente Técnico del adicional de obra número 02, que permita tener más frentes de trabajo y ejecutar una obra de calidad y así superar los vicios ocultos y las deficiencias del expediente técnico; sin embargo, LA ENTIDAD no autorizó la elaboración de dicho expediente técnico adicional.
- Con referencia a la causal de falta de personal profesional propuesto en la oferta técnica para ejecutar la obra, EL CONTRATISTA contó en obra con todos los profesionales, si bien no son los mismo que se ofertó, con fecha 30 de noviembre del 2016 se presentó una solicitud de cambio de los profesionales los cuales han quedado consentidos su cambio por silencio administrativo positivo de acuerdo a lo dispuesto por el antepenúltimo párrafo de la CLAUSULA VIGESIMO SEPTIMA del

CONTRATO.

- Con referencia al campamento de Tongot, se cumplió con construirlo y el mismo fue valorizado, luego LA ENTIDAD descontó en una sola valorización el campamento de Tongot indicando que supuestamente no se estaba utilizando; sin embargo, el campamento siempre estuvo en uso del personal, y por medidas de seguridad, se mantenía cerrado, esto debido a convulsiones sociales de la población de Tongot, y no era apropiado poner en riesgo al personal, trabajadores y obreros de la obra. La obra tenía un área de trabajo de 62 KL, por lo que es imposible mantener un solo campamento para dar abasto a toda la ejecución de la obra, por lo que era necesario tener materiales en cada frente de trabajo que se habría, es decir, en las diferentes progresivas y siendo que este campamento se encontraba casi a la mitad de la obra, deberíamos cubrir con nuestras necesidades para abaratar gastos de traslado y otros en lugares más cercanos a nuestros frentes de trabajo.
- Con referencia a la maquinaria, la obra no contaba con frentes de trabajo ya que el Expediente Técnico tenía deficiencias y vicios ocultos que fueron reconocidos por LA ENTIDAD; asimismo, le faltaba el saneamiento físico legal de los terrenos, ya que no tenía la disponibilidad de los terrenos para ejecutar la obra, faltaba la reubicación de la postes, canales y otros, que requería con urgencia realizar el adicional de obra número 02, tal como está demostrado con las reuniones de trabajo, y las cartas cursadas por LA ENTIDAD, y con el proceso convocado por LA ENTIDAD para efectuar el saldo de la obra, *convocado por la suma exorbitante de S/. 375,000.00.* En consecuencia, si no se contaba con los frentes de trabajo no se podía disponer de la mayor cantidad de maquinaria y equipo ofertado en obra. Si bien es cierto que se ofertó un equipo y maquinaria para la ejecución de toda la obra, sin embargo, es ilegal y arbitrario exigir que todo el equipo ofertado



se encuentre en obra si no se necesita su uso, debido a que se están ejecutando partidas en las cuales no se requiere de este equipo o maquinaria aún. En consecuencia, es ilegal ese requerimiento.

- En la ejecución de la obra hasta el mes de agosto del 2017 se encontraba sobre lo programado sin atrasos, de acuerdo a la PROGRAMACION PERM-CPM, es decir, no se tuvo un atraso en la ejecución de la obra, esto esta corroborado con las valorizaciones y con la última programación, y con el hecho de que nunca se penalizó un atraso que hubiera podido dar origen a una intervención económica.
- Con referencia a los sub contratos, EL CONTRATISTA y AMERICAN ENGINEERED PRODUCTS S.A.C. suscribieron el SUB CONTRATO OBRA de Construcción Civil: Obras de Arte en Carretera Santa Cruz – El Empalme – Contrato 01-2016/CC, del 22 de abril de 2016; por S/. 13'253,024.29, en el cual EL CONTRATISTA transfiere partidas de ejecución de obra. Mediante carta notarial N° 71 -2016-GR.CAJ/GGR, de fecha 28 de octubre del 2016, LA ENTIDAD comunica la aprobación de dicha sub contratación.
- Asimismo, EL CONTRATISTA suscribió con AMERICAN ENGINEERED PRODUCTS S.A.C., el SUB CONTRATO OBRA de Construcción Civil: Movimiento de Tierras y Pavimentos en Carretera Santa Cruz – El Empalme – Contrato 02-2016/CC, del 22 de abril de 2016, por S/. 42'029,443.82, considerando este contrato como un contrato de naturaleza jurídica de prestación de servicios en general, por tal motivo no se solicitó la aprobación de este sub contrato por no estar obligados a hacerlo. Siendo este hecho materia de un arbitraje a fin de que se pueda determinar la naturaleza jurídica de estos sub contratos, en consecuencia, la entidad no puede aún pronunciarse de que estábamos frente a un sub contrato, no siendo este hecho causal de resolución de contrato.



POSICION DE LA ENTIDAD

- Verificando que EL CONTRATISTA no estaba cumpliendo con sus obligaciones, mediante Carta Notarial N° 63-2017-GR.CAJ/GGR, de fecha 04 de setiembre de 2017, el Gerente General Regional solicita el cumplimiento de obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolución de Contrato, otorgándole para ello el plazo de 15 días.
- Mediante Oficio N° 748-2017-GR.CAJ-GRI/SGSLO, de fecha 05 de setiembre del 2017, el Sub Gerente de Supervisión y Liquidación de Obra, remite el Informe emitido por la Ing. Doris Jiménez Sánchez, en el que se informa que la empresa CONTRATISTA no utiliza el campamento de obra y tampoco hay presencia de profesionales en obra.
- Con Informe Técnico N° 004-2017-GR.GRI-SGSL/CVO, de fecha 22 de setiembre de 2017, emitido por dos comisiones de constatación de cumplimiento de obligaciones contractuales, requeridas mediante Carta Notarial N° 063-2017GR.CAJ/GGR, se informa al Gerente Regional de Infraestructura la verificación de la persistencia del incumplimiento de obligaciones; recomendando la resolución del contrato.
- En consecuencia, a través de la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GRR, del 22 de setiembre del 2017, LA ENTIDAD resuelve EL CONTRATO por incumplimiento de obligaciones; lo cual fue debidamente comunicado mediante Carta Notarial N° 78-2017-GR.CAJ/GGR del 22 de setiembre del 2017.
- Pese a no tener vínculo contractual con LA ENTIDAD, el 25 de setiembre de 2017, el CONTRATISTA presenta una Carta Notarial con la que –en un acto desesperado para no asumir las consecuencias legales de su proceder– pretende resolver arbitrariamente el CONTRATO.

▪ El proceder de LA ENTIDAD en todo momento se realizó acorde a derecho, y en uso de las prerrogativas que la normatividad de contrataciones le ha otorgado a la parte contractual afectada con el proceder de quien incumple injustificadamente con sus obligaciones. LA ENTIDAD ha procedido bajo el estricto respeto del procedimiento y condiciones previstas en la norma aplicable para la figura jurídica de la resolución de contrato.

▪ La causal invocada por LA ENTIDAD corresponde a la prevista en el numeral 1 del artículo 168° del Reglamento; es decir, se resolvió EL CONTRATO por haberse verificado que EL CONTRATISTA incumplió injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a habersele requerido su cumplimiento:

a. Ausencia en obra de profesionales propuestos (y aprobados por la Entidad)

b. Falta de equipamiento ofertado, en obra.

c. Inexistencia y abandono de campamento.

▪ Respecto del cambio de profesionales, se podrá verificar de las Bases Integradas y de la oferta del CONTRATISTA (Anexos N° 09 y 13), era una obligación contractual mantener en obra a los siguientes profesionales:

- Residente de Obra: Ing. Miguel Martínez Huamán

- Asistente de Residente de Obra: Ing. Civil Roque Jesús Leonardo García Urrutía Olavarría.

- Explanaciones: Ing. Civil Moisés Federico Pérez Morón.

- Pavimentos: Ing. Civil Víctor Ángel Pacheco Ampuero

- Obras de Arte y Drenaje: Ing. Civil: Freddy Richard Marca Huanca

- Medio Ambiente y Seguridad: Ing. Industrial Herbert Abel Chiroque Olivos.

- Topógrafo I: Ing. Civil Tito Simón Polonio Acevedo.
- Topógrafo II: Ing. Civil Raúl Castro Saravia
- Técnico de suelos y pavimentos: Ing. Civil Roberto Martín López Lazo.
- Administrador Ing. Civil José Oswaldo Gallardo Alanoca
- Mediante Resolución de Gerencia Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CAJ/GRI, del 29 de marzo de 2016, se declara procedente el cambio del Residente de Obra, siendo el nuevo Residente de Obra el Ing. Luis Mauricio Reátegui Gonzales, en reemplazo del Ing. Miguel Martínez Huamán; asimismo, el 16 de diciembre de 2016, mediante Resolución de Gerencia Regional de Infraestructura N° 087-2016-GR-CAJ/GRI se declara procedente el cambio del Residente de Obra, siendo el nuevo Residente de Obra el Ing. Carlos Vidal Rivadeneyra Rivadeneyra en reemplazo de Luis Mauricio Reátegui Gonzales.
- Sin embargo, el cambio del resto de profesionales no ha sido autorizado por la Entidad, tal es así que la Resolución de Gerencia Regional de Infraestructura N° 081-2016-GR-CAJ/GRI de fecha 22 de febrero de 2016, declara IMPROCEDENTE el cambio de profesionales solicitados por el CONTRATISTA, por no cumplir con los requisitos técnicos mínimos señalados por las normas de contratación pública (Bases Integradas). Y, en relación al Ingeniero en Explanaciones: Ing. Moisés Federico Pérez Morón, solicitado el cambio, se aprobó éste a través de la Carta N° 027-2017-GR.CAJ/GRI/SGSL del 08 de febrero del 2017, siendo el nuevo Ingeniero en Explanaciones, el Ing. Oscar Augusto Ramírez Erausquin.
- Del mismo modo, correspondía a una obligación del CONTRATISTA, tener en obra el siguiente equipamiento mínimo:

N°	DESCRIPCIÓN.	CANTIDAD
1	BARREDORA MECANICA 10-20 HP 7 P.LONG.	1
2	CAMIÓN BARANDA 4-6 TON.	1

3	CAMIÓN CISTERNA 4X2 (AGUA) 2,000 GAL.	1
4	CAMIÓN IMPRIMIDOR 6x2 178-210 HP 2000 Gln	1
5	CAMIÓN VOLQUETE 15 M3.	30
6	CAMIONETA DOBLE TRACCION DE 1 TON.	1
7	CAMIONETA PICK-UP 4x2 90HP 2 TON.	3
8	CARGADOR S/LLANTAS 125-155 HP 3 YD3.	6
9	CARGADOR S/LLANTAS 160-195 HP 3.5 YD3.	4
10	CHANCADORA PRIMARIA 10" x 36"	1
11	CHANCADORA PRIM-SEC 4 1/4'	1
12	COMPACTADOR VIBR. TIPO PLANCHA 4 HP	4
13	COMPRESORA NEUMATICA 196 HP 600-690 PCM2	
14	COMPRESORA NEUMATICA 250-330 PCM, 87 HP 2	
15	EQUIPO PULVERIZADOR	1
16	ESPARCIDORA DE AGREGADOS	1
17	ESTACIÓN TOTAL CON PRISMA Y PORTA PRISMA	1
18	FAJA TRANSPORT 30"x4' M.E. 5KW 550 TON/H	1
19	GRUPO ELECTROGENO 116 HP 75 KW	4
20	MAQUINA PARA PINTAR MARCAS EN EL PAVIMENTO	2
21	MARTILLO NEUMATICO DE 25 Kg.	12
22	MEZCLADORA DE CONCRETO DE 9 -11P3	6
23	MOTONIVELADORA DE 130-135 HP	3
24	NIVEL TOPOGRÁFICO	1
25	RETROEXCAVADOR S/LLANTAS 58 HP 1 YD3.	2
26	RODILLO LISO VIBR AUTOP 101-135HP 10-12T	2
27	RODILLO LISO VIBR AUTOP 70-100 HP 7-9 T.	1
28	RODILLO NEUMÁTICO AUTOP 81-100HP 5.5-20T	1
29	RODILLO TANDEM VIB. AUTOP. 111-130 HP, 9-11 TON.	3
30	ROMPEPAVIMENTO	1
31	SOLDADORA ELECT. MONOF. ALTERNA 295 AMP.	1
32	TRACTOR DE ORUGAS DE 140-160 HP	1
33	TRACTOR DE ORUGAS DE 190-240 HP	8

34	VIBRADOR DE CONCRETO 4 HP 1.50"	2
35	ZARANDA ESTÁTICA	2
36	ZARANDA VIBRATORIA 4"x6"x14" M.E. 15 HP	2

- Sin embargo durante el mes de setiembre de 2017 solamente contaba - en obra- con la siguiente maquinaria:

06 volquetes de 15 m3.

01 motoniveladora Komatsu.

02 cisternas de 7000 galones

01 rodillo de tambor modelo 533

01 retroexcavadora

02 martillos

01 cargador frontal.

- Asimismo, era una obligación contractual del CONTRATISTA mantener un campamento operativo en obra, el cual estaba abandonado y cerrado hasta la fecha de resolución del Contrato. De las visitas realizadas en diferentes oportunidades al campamento, éste se ha encontrado cerrado y no están dejando ingresar a dicho campamento.
- De lo expuesto se determina que el contratista no cumplió con tener en obra, personal profesional y equipamiento mínimo, ni tampoco cumplió con tener un campamento, bajo los requisitos establecidos en las bases integradas; por lo que, se trata de obligaciones contractuales, injustificadamente incumplidas por el contratista.
- Referente a la falta de profesionales propuestos en obra, LA ENTIDAD no niega la posibilidad legal de realizar cambios en el personal propuesto, por estar previsto tanto en la normativa aplicable como en el contrato; sin embargo, es un hecho falso y no probado por parte del CONTRATISTA, que éste haya realizado el procedimiento previsto para acreditar ante LA ENTIDAD el cambio de profesionales y así poder tener

en obra profesionales distintos a los ofertados. El 24 de marzo del 2017, mediante Carta 053-2017-GR.CAJ-GRI/SGLS, el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones, declara improcedente la solicitud del CONTRATISTA de cambio de profesionales, realizada mediante Carta N° 052-2017/CC, por cuanto el personal propuesto para el cambio no cumplía con acreditar iguales o mejores características que el personal profesional ofertado.

- La Entidad desmiente la afirmación del Contratista, en cuanto señala haber solicitado a la Entidad cambios de profesionales y que éstos fueron objeto de aprobación ficta; sin embargo, en el caso la Carta 095-2016/CC de fecha 30 de noviembre de 2016 que supuestamente fue aprobada por silencio administrativo; de su revisión se evidencia que no se trata de una solicitud de cambio de profesionales a ser atendida por la Entidad, sino que corresponde a una suerte de reiterativo de su solicitud de cambio de profesionales iniciada con la Carta N° 83-2016/CC; es más, de su texto se desprende que EL CONTRATISTA pretendía que la Entidad cambiase su posición respecto de la declaratoria de improcedencia de su solicitud de cambio de profesionales (contenida en la Resolución de Gerencia Regional de Infraestructura N° 081-2016-GR.CAJ/GRI). De las afirmaciones del demandante se refleja que reconoce que el personal profesional ofertado no estuvo en obra, pues afirma que existió aprobación ficta del cambio de profesionales. La Supervisión y la Coordinación de Obra acreditaron que ni siquiera el personal no acreditado estuvo en obra.
- El Contratista infructuosamente trató en más de una oportunidad introducir en obra profesionales que no reunían iguales o mejores cualidades que las de los profesionales ofertados en su propuesta técnica; sin embargo, la Entidad expresamente no aprobó las solicitudes de cambio. Asimismo, la cláusula vigésimo séptima del Contrato

establece que la solicitud debe ser presentada por el Contratista ante la Entidad y no ante persona distinta; por lo que, carecía de objeto emitir opinión respecto de las solicitudes de cambio de profesionales requeridas a la Supervisión de Obra, peor aún si el supervisor mediante Carta N° 067-2017/CSV/RL de fecha 15 de marzo del 2017, comunicó al Contratista la improcedencia de cambio de profesionales por cuanto ésta fue presentada ante la supervisión y no ante la Entidad, conforme al contrato.

- De conformidad con lo previsto por la norma aplicable y el contrato, ante su discrepancia respecto de lo decidido por la Entidad no cabía presentar una "reconsideración" ni cualquier otro recurso o alegación, ni mucho menos correspondía presentar un "levantamiento de observaciones" (porque no fueron solicitadas y porque tal acto no forma parte del procedimiento establecido por la cláusula vigésimo séptima del Contrato), sino que de no estar conforme con las decisión de improcedencia del cambio de profesionales notificada por la Entidad, el contratista tenía derecho a iniciar una conciliación o un arbitraje; y al no haberlo hecho, dejó consentir tal acto; por lo que, no existe la aludida aprobación ficta.
- Otra circunstancia que acredita que el Contratista no cumplió con tener en obra al personal ni al equipamiento mínimo propuesto en su oferta, es que sin solicitar oportunamente a la Entidad la autorización para subcontratar, procedió en contravención de la normativa de contrataciones del Estado y celebró, con fecha 22 de abril de 2016, los Contratos 01-2016/CC y 02-2016/CC, con American Engineered Products SAC
- Posteriormente, a fin de dar una apariencia de legalidad a los actos irregulares y ocultos para la Entidad, el Consorcio con fecha 12 de setiembre de 2016 presentó la Carta N° 54-2016/CC, mediante la cual

comunica la aprobación de subcontratación (entendida por la Entidad – como correspondía- como una solicitud de aprobación para subcontratar); siendo que, bajo ningún extremo de tal documento refirió que ello correspondía a los Contratos 01-2016/CC y 02-2016/CC; por lo que, el análisis técnico y legal realizado por la Entidad, en el marco de lo regulado para tal figura por el artículo 37º de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 146º de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, obedece a la documentación presentada por el contratista, bajo el entendido de que se trataba de una solicitud para realizar (en el futuro) una subcontratación; y, no para regularizar un acto ilegal.

- Asimismo, la Entidad ha tomado conocimiento de la existencia de una sanción a las empresas integrantes del CONTRATISTA, por parte de la *Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado*, al haberse acreditado en el procedimiento administrativo sancionador, signado con número 3706/2016.TCE, que éstas son responsables de dos subcontrataciones contrarias a la normativa (Contrato 01-2016/CC y Contrato 02-2016/CC). Podemos concluir que el contratista no cumplió con sus obligaciones contractuales porque en puridad no era éste quien ejecutaba la obra, sino que la obra era ejecutada -en la realidad- por American Engineered Products.
- En tal sentido, si bien bastaba que el CONTRATISTA incumpla una de las citadas obligaciones sustanciales para proceder con la resolución del Contrato, en el presente caso se ha acreditado la concurrencia de más de un incumplimiento contractual, tanto en lo que correspondía a los profesionales ofertados como en lo correspondiente al equipamiento mínimo y al campamento de obra.
- Con la intervención en obra del Supervisor y de la Coordinación se refleja el hecho de haberse comprobado -en campo- el incumplimiento

de obligaciones por parte del contratista, tanto antes del requerimiento notarial para su cumplimiento como después de éste, verbigracia, los documentos que se detallan:

- a. Informe N° 060-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS, de fecha 09 de marzo de 2017 (expediente MAD 2813016) sobre la no permanencia del personal propuesto por EL CONTRATISTA; asimismo, se reportó que la maquinaria propuesta en la oferta de contratista no estaba en obra y por ello se ponía en riesgo la correcta ejecución de la obra, incurriendo en la causal de los numerales 1 y 3 del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- b. Informe N° 159-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS, de fecha 16 de agosto de 2017 (expediente MAD 3160960), que el avance de la obra se viene ejecutando en forma lenta con pocos frentes de trabajo, que falta la maquinaria, incumpléndose las ofertas contractuales; que no se cuenta con el ingeniero residente y a ninguno de sus especialistas, el equipo técnico en obra es diferente a su oferta técnica (dos frentes de trabajo) asimismo el campamento de obra ubicado en Tongod, sigue abandonado, no existen oficinas ni campamento por lo que ya no existe laboratorio de mecánica de suelos, lo que está conllevando a que la obra se ejecute a ritmo lento y sin dirección técnica, sin control de materiales.
- c. Carta N° 193-2017/CSVC/RL, de fecha 18 de agosto de 2017 (Expediente MAD 3165477), respecto a la no utilización de campamento de obra y no presencia de los profesionales del CONTRATISTA, adjuntando el Informe N° 113-2017-SUP/CSVC-GR.CAJ, documento en el que se concluye que de las visitas realizadas en diferentes oportunidades al campamento de obra

ubicado en el Distrito de Tongod, se ha encontrado cerrado y no están dejando ingresar. Indica además la no presencia del Ingeniero Residente de Obra y de los profesionales especialistas.

- d. Informe N° 115-2017-SUP/CSVG-G.R-CAJ, del 22 de agosto del 2017, comunica al representante legal común del CONTRATISTA que ha recomendado en reiteradas oportunidades la presencia del Ing. Residente de Obra junto con sus ingenieros especialistas y ha hecho caso omiso.
- e. Informe Técnico N° 001-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/CITO, de fecha 22 de agosto de 2017, sobre la situación de la obra, manifestando entre otros actos lo siguiente: "A partir del mes de octubre del 2016, los avances físicos de la obra ha ido disminuyendo, toda vez que el avance físico ejecutado acumulado es del 18.68%, y el avance físico programado es de 29.36%, lo cual representa un atraso del 10.63% (valorización N° 06)". Agregando que durante el transcurso de la ejecución de la obra se verificó el incumplimiento de permanencia en obra de los profesionales ofertados y de los que han sido autorizado por LA ENTIDAD, tal es así que se le ha venido aplicando penalidades mensuales, estableciendo a detalle en rubro de penalidades.
- f. Informe N° 186-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS, de fecha 28 de agosto de 2017, sobre la situación del campamento de obra, NO presencia de los profesionales; y sobre la custodia del cuaderno de obra. El solo hecho que la Supervisión lo tenga en posesión e informe de ello a la Entidad evidencia que el Residente no estuvo en obra y no solamente no notó que no tenía el Cuaderno de Obra, sino que además evidencia que el Residente de Obra no se encontraba en campo cumpliendo sus funciones (una de ellas custodiar el cuaderno de obra).



- g. Carta N° 198-2017/CSV/C/RL del 31 de agosto del 2017, sobre NO utilización del campamento de obra y NO presencia de los profesionales en obra, indicando que según el contenido de su Carta N° 206-2017-CC, desconocen la situación de la obra, porque ninguno de sus profesionales se encuentra en obra. La supervisión ha direccionado los trabajos puntuales que viene ejecutando en obra, no se evidencia la Residencia de Obra, lo que ha puesto en riesgo su correcta ejecución.
- h. Carta N° 199-2017/CSV/C/RL, de fecha el 31 agosto del 2017, sobre no utilización de campamento de obra y no presencia de los profesionales.
- i. Carta N° 065-2017-GR.CAJ-GRI, del 31 de agosto del 2017, sobre la NO presencia en la obra del Ing. Residente de Obra y su plantel técnico vigente según contrato; situación que se corrobora con las constantes penalidades aplicadas al respecto; la supervisión especifica que a pesar de las reiteradas recomendaciones de la presencia de éstos en obra y ante el caso omiso por parte de su representada, la supervisión ha asumido la dirección técnica hasta el momento. Advirtiéndose que de manera reiterada se viene transgrediendo e incumpliendo el contrato.
- j. Informe N° 188-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS, del 04 de setiembre de 2017, que el campamento de obra ubicado en Tongod se encuentra el portón con candado y el personal que custodia no permite el ingreso; asimismo indica que a partir de julio no cuentan con campamento ubicado en Tongod. También se indica que NO existe presencia de profesionales como el Ing. Residente en Obra y de los profesionales Especialistas.

k. Informe N° 748-2017-GR.CAJ-GRI/SGSL, del 05 de setiembre del 2017, sobre NO utilización del campamento de obra y tampoco hay presencia de los profesionales de obra.

- LA ENTIDAD cumplió el procedimiento previsto por el artículo 169° del Reglamento, concordante con el artículo 40° de la Ley, como se acredita con la emisión de las Cartas Notariales N° 063-2017GR.CAJ/GGR del 04 de setiembre de 2017 notificada el 05 de setiembre de 2017, y N° 78-2017-GR.CAJ/GGR, del 22 de setiembre del 2017.
- LA ENTIDAD, antes de hacer efectivo el apercibimiento de resolución de contrato, verificó en obra si el CONTRATISTA había cumplido con levantar las observaciones realizadas y proceder conforme los términos de su contrato, prueba de ello son las Actas Notariales suscritas por el Notario Abogado Juan Portal Martínez (Empalme – Catilluc – Tongod), y por el Notario Abogado Sabino Erasmo Tovar Saavedra (Santa – Tongod), ambas de fecha 21 de setiembre de 2017 (después de haberse cumplido el plazo otorgado de 15 días) de las cuales se desprende que se constató:
 - Respecto a la presencia en obra de los profesionales ofertados en propuesta técnica, el CONTRATISTA continuaba incumpliendo.
 - En relación a la maquinaria ofertada: no estaba en obra ni en el campamento,
 - El campamento ubicado en la localidad de Tongod, sito en Calle Junín Cuadra 7, ubicado dentro del I.E. N° 82756, de aérea aproximada de 250 m2 continúa abandonado, cerrado con cadena y candado, pudiendo observarse maquinaria inservible y oxidada.
- A mayor abundancia de lo expresado, luego del requerimiento notarial realizado por el Gobierno Regional Cajamarca, mediante Informe N° 748 - 2017 - GR.CAJ-GRI/SGSL, del 05 de setiembre del 2017, Informe N°

123-2017-SUP/CSVC-G.R.CAJ, Carta N° 205-2017/CSVC/RL, se verificó el CONTRATISTA NO utiliza el campamento de obra y TAMPOCO hay presencia de los profesionales de obra, así como retención del cuaderno de obra por el Residente de Obra el cual no se encuentra en ningún tramo de la obra.

- El contratista realiza sus descargos referente al incumplimiento de contrato por NO utilización del campamento y NO presencia de profesionales; sin embargo, los argumentos carecen de toda credibilidad; y, principalmente porque las observaciones realizadas correspondían al cumplimiento de obligaciones en obra; y, por lo tanto, su subsanación también debió realizarse en obra, hecho que no se verificó, y por el contrario se constató la persistencia en el incumplimiento de obligaciones.
- Bajo un análisis de fondo de la causal invocada por LA ENTIDAD, es procedente su actuación ; y, desde un análisis de forma, se advierte que se siguió el procedimiento y la formalidad previstas en la norma aplicable; por lo que, no existe justificación, vicio o razón que permita considerar que se trata de un acto nulo, y por tanto ineficaz.
- El cuanto al supuesto vicio de nulidad alegado respecto del acto jurídico que resolvió el Contrato, el artículo 5° de la Ley señala "(...). El Titular de la Entidad podrá delegar, mediante Resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, y otros supuestos que se establezcan en el reglamento". Así, atendiendo a lo previsto por la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y a las facultades intrínsecas del cargo de Gobernador Regional, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 401-2017-GR.CAJ/GR, el Gobernador Regional Hilario Porfirio Medina Vásquez resuelve "ENCARGAR, del 01 al 27 de





setiembre del 2017 la GERENCIA GENERAL REGIONAL DEL GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA, al ECON. LUIS ALBERTO VALLEJOS PORTAL, Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial, con todas las atribuciones y responsabilidades del cargo", por uso de vacaciones del Gerente General Regional Ing. Jesús Julca Díaz del 01 al 27 de setiembre del 2017.

- Con la existencia del citado documento queda establecida la legalidad en la participación del funcionario que suscribió la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR, determinándose la concurrencia de los requisitos de validez del acto jurídico, específicamente del acto administrativo.
- En el caso sub examen se puede establecer que la manifestación de voluntad de la Entidad la realizó el órgano administrativo pertinente, teniendo como motivación el contenido de los informes emitidos respecto del particular por las áreas pertinentes de la Entidad; y bajo el entendido que un funcionario o servidor en el ejercicio de su cargo no actúa en nombre propio sino en representación de la Entidad, en correspondencia con sus funciones y prerrogativas; es evidente que no tratándose de funciones indelegables, y por corresponder a un encargo formal de la Gerencia General, el funcionario que autorizó la Resolución que contiene la resolución de contrato era competente para emitirlo, por tratarse del Gerente General.
- En otro extremo, el Tribunal deberá valorar que el CONTRATISTA demostró su total desinterés por ejecutar correctamente la obra, al propiciar una ejecución contractual crítica, por su exclusiva responsabilidad, pues su lenta ejecución originó la aprobación de un calendario de reprogramación acelerada – Diagrama GANTT, Diagrama PERT – CPM y el calendario valorizado de avance de obra

reprogramado , y el incumplimiento de sus obligaciones contractuales no solamente con la Entidad sino también con proveedores de la zona de influencia, produjeron un creciente malestar en la población. De este punto, se decanta que se trata de un contratista negligente, que no solamente incumple sus obligaciones contractuales de forma injustificada sino que –además- al momento de la resolución de contrato, no presentó atraso en la ejecución de la obra (como el demandante manifiesta), solamente porque la Entidad –en un afán de procurar la ejecución de la obra en beneficio de la población beneficiada– autorizó un calendario acelerado, siendo falso que la supuesta inexistencia de atraso se deba a su ejecución eficiente y conforme a lo programado.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

- 
1. En principio, se verifica que LA ENTIDAD cumplió el procedimiento previsto en la normativa de Contrataciones del Estado para resolver EL CONTRATO, teniendo en cuenta que en primer lugar lo requirió mediante carta notarial, para que EL CONTRATISTA cumpla las obligaciones que a consideración de LA ENTIDAD no estaban siendo objeto de cumplimiento. Asimismo, le otorgó el plazo de quince (15) días que establece la normativa. Y finalmente notificó al CONTRATISTA mediante carta notarial la decisión de resolver el CONTRATO, adjuntando copia de la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR-CAJ/GGR que contiene dicha decisión.
 2. En el aspecto formal, el CONTRATISTA cuestiona la validez de las cartas notariales y Resolución Gerencial Regional relacionados con la resolución del CONTRATO, por cuanto dichos documentos habrían sido emitidos por un funcionario que no es del mismo o superior nivel jerárquico del Gerente General Regional, quien firmó el CONTRATO en representación de la ENTIDAD y, por tanto, debería ser él y el
- 

Gobernador Regional de Cajamarca quien emita y firme los respectivos documentos, en cumplimiento de lo establecido en la normativa que regula las Contrataciones del Estado. Así, señala que las mencionadas cartas notariales y la Resolución de Gerencia General Regional no están firmada por el Gerente General.

3. Al respecto, del análisis de las copias de los mencionados documentos (aportados por ambas partes como medios probatorios), fluye que en todos ellos aparecen firmas de emitente que no corresponden a la firma del señor ingeniero Jesús Julca Díaz quien se desempeñaba como Gerente General Regional titular del cargo en la época de los hechos, apreciándose que delante de la firma se añade a manuscrito una letra "X"; sin embargo, en el sello aparece el nombre del ingeniero Jesús Julca Díaz en calidad de Gerente General Regional.
4. No obstante, mediante Resolución Ejecutiva N° 401-2017-GR-CAJ/GR de fecha 29 de agosto del 2017, presentado como medio probatorio por LA ENTIDAD, se establece que LA ENTIDAD encargó al ingeniero Luis Alberto Vallojos Portal, Gerente Regional de Planeamiento, el puesto de Gerente General Regional desde el 01 al 27 de setiembre del 2017, por vacaciones del antes mencionado titular. Dicho instrumento tiene valor no solo por no haber sido declarado nulo, sino porque el acto de administración de personal de encargatura de puesto es un acto previsto en la normativa vigente en nuestro país, y es válido cuando el titular del puesto hace uso de su derecho vacacional.
5. La encargatura de un puesto en la administración pública conlleva asimismo la potestad de ejercer las facultades del puesto encargado durante el tiempo previsto para ello; por lo que quien ejerce por encargatura el puesto de Gerente General Regional está facultado para tomar las decisiones que corresponden al titular del puesto, emitir los documentos que materialicen dichas decisiones y firmarlos. En tal

sentido, la firma del ingeniero Luis Alberto Vallejos Portal en los documentos materia de análisis, resulta válido, siendo irrelevante que el sello corresponda al que usa regularmente el titular del puesto de Gerente General Regional.

6. Siendo así, no se comparte la tesis del CONTRATISTA sobre la presunta nulidad de la carta notarial N° 063-2017-GR.CAJ/GGR, de la carta notarial N° 078-2017- GR.CAJ/GGR y de la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017- GR.CAJ/GGR; documentos que tienen pleno valor por estar emitidos y firmados por la persona que sobre la base de una encargatura válida, ejerció las funciones del Gerente General Regional en el lapso del 01 al 27 de setiembre del 2017.
7. La verificación del cumplimiento del procedimiento y la forma previstas en la norma, no son sin embargo suficientes para establecer si es o no nula e ineficaz la resolución del CONTRATO, siendo necesario analizar si se cumple el requisito legal de la existencia de una causal de resolución contractual.
8. Al respecto, LA ENTIDAD alega como causal de resolución del contrato el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del CONTRATISTA, no obstante que ha sido requerido para subsanar dicho incumplimiento; y precisa que tal incumplimiento de obligaciones se habría producido en: i) ausencia en obra de profesionales propuestos y aprobados por LA ENTIDAD; II) falta de equipamiento ofertado en obra; y, iii) inexistencia y abandono de campamento.
9. En relación a la ausencia en obra de profesionales propuestos y aprobados por LA ENTIDAD, con la copia de la Carta 095-2016/CC de fecha 30 de noviembre de 2016 presentado por LA ENTIDAD como medio probatorio 2-LL de su escrito de contestación de demanda, se

establece que mediante carta N° 083-2016/CC, de fecha 11 de noviembre del 2016, EL CONTRATISTA solicitó a LA ENTIDAD el cambio del personal propuesto por otro que a su entender cumplía los mismos requisitos y condiciones que el personal mencionado en la oferta presentada en el proceso de selección.

10. De acuerdo a lo pactado por las partes en el antepenúltimo párrafo de la *Cláusula Vigésimo Séptima del CONTRATO*, LA ENTIDAD tenía diez (10) días calendario para dar respuesta a dicha solicitud, caso contrario se consideraría aprobado el cambio propuesto. En el presente caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente de presentada la solicitud, es decir desde el 12 de noviembre del año 2016, por lo que el último día que tenía LA ENTIDAD para dar respuesta fue el 21 de noviembre del año 2016.
11. Sin embargo, LA ENTIDAD dio respuesta denegatoria a la solicitud mencionada recién el 22 de noviembre del año 2016, mediante Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.I/GRI, cuya copia ha sido presentada por LA ENTIDAD como medio probatorio de su posición en este punto (Anexo 2-HH de su escrito de contestación de demanda); es decir, cuando el plazo previsto en el CONTRATO ya había vencido; y por tanto se determina por imperio del pacto contractual antes mencionado, que la solicitud de cambio de personal propuesto se considera aceptado por LA ENTIDAD al no haber dado respuesta dentro del plazo previsto. Debido a esto último, resulta ineficaz la declaración de improcedencia de solicitud, contenida en la mencionada Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.I/GRI.
12. Se observa que en la mencionada Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.I/GRI, no se indica o menciona que la solicitud de cambio de profesionales ofertados haya sido presentada

al Supervisor de Obra y que sea esa la causa de su improcedencia. Adicionalmente, en autos no se encuentra medio probatorio que permita establecer que dicha solicitud de cambio de profesionales haya sido presentada al Supervisor de Obra y no a LA ENTIDAD como refiere la contestación de la demanda.

13. De otro lado, se verifica en los escritos postulatorios de ambas partes que no hay controversia en relación a la aceptación del cambio del Residente de Obra, y del especialista en explanaciones.
14. En tal sentido, no se comparte la tesis de LA ENTIDAD sobre el presunto incumplimiento del CONTRATISTA en relación a su obligación de mantener en obra al personal profesional que ofertó al participar en el proceso de selección.
15. En relación a la falta de equipamiento ofertado en obra, fluye del Anexo 13 de las Bases Administrativas del proceso de selección del que deriva el CONTRATO, que el representante común del CONTRATISTA declaró que su representada "se compromete a disponer de las Maquinarias y Equipos, para la ejecución de las obras objeto de la presente licitación, de acuerdo a la relación de Maquinarias y Equipos mínimos, y calendario de utilización, precisados en el Expediente Técnico, con una antigüedad no mayor a 10 años".
16. Por su parte, en el CONTRATO no se establece que el CONTRATISTA quedó obligado a mantener en obra de principio a fin TODA la maquinaria y equipos mínimos ofertados.
17. De lo antes verificado se establece que la obligación del CONTRATISTA no fue la de mantener en obra toda la maquinaria y equipo ofertado, durante todo el tiempo de ejecución de la obra, sino sólo de utilizar la maquinaria y equipo de acuerdo con un calendario de utilización. De esta manera, no todo el equipamiento ofertado debe permanecer todo el

tiempo en obra, sino sólo aquella prevista en la programación de maquinaria y equipos (calendario de utilización).



18. Sin embargo, en el presente caso LA ENTIDAD no ha presentado el calendario de utilización u otro medio probatorio de similar contenido que permita establecer que no estaba en obra la maquinaria y el equipo programados en el calendario de utilización, en determinados periodos de tiempo, de tal manera que se pueda establecer que en tales o cuales fechas el CONTRATISTA no habría cumplido con mantener en obra el equipamiento programado.
19. Siendo así, tampoco se suscribe la tesis de LA ENTIDAD de que el CONTRATISTA habría incumplido su obligación de mantener en obra toda la maquinaria y equipamiento que ofertó en su propuesta técnica; pues el hecho de haber ofertado un listado completo de maquinaria y equipo, no significa que exista la obligación de mantener todo ello en la obra, desde el principio hasta el fin, sino sólo aquello que en determinados lapsos se previó en el calendario de utilización de la maquinaria y equipos.
20. En cuanto a la inexistencia y abandono del campamento, en el CONTRATO y en las Bases Administrativas no se establece la *obligación del CONTRATISTA de mantener abierto el campamento*; estando las partes únicamente de acuerdo en que el establecimiento de un campamento en la localidad de Tongod, está previsto en el Expediente Técnico, tal es así que fue valorizado y pagado (aun cuando el CONTRATISTA manifiesta que posteriormente LA ENTIDAD dedujo el valor de dicho campamento).
21. De los informes presentados como medios probatorios por LA ENTIDAD fluye que la localidad de Tongod, donde se construyó el campamento, está ubicado a 32 kilómetros del punto de inicio de la obra, y a 32.0008

kilómetros del punto final de la obra, como se aprecia en el Informe Técnico N° 004-2017-GR.CAJ-GRI-SGS-L/CVO presentado por LA ENTIDAD como medio probatorio (Anexo 2-K de la contestación de demanda); y por reglas de la experiencia se conoce que cuando una obra se ejecuta en varios frentes de trabajo a lo largo de una carretera extensa como en el caso de autos, el campamento no puede estar a mucha distancia de los frentes de trabajo. Por tal motivo, en una obra como la de autos, el uso de un campamento ubicado a gran distancia de los frentes de trabajo no resulta una obligación esencial del CONTRATISTA, ya que las cuadrillas de trabajo y sus respectivas maquinarias y equipos se ubican en diferentes puntos ubicados a distancias prudenciales de sus respectivos frentes de trabajo.

22. Se verifica entonces que el campamento sí existió, tal es así que en las actas de verificación con intervención notarial, y en los informes del personal de LA ENTIDAD y de la Supervisión de Obra, se deja constancia que el campamento está ubicado en la localidad de Tongod, calle Junín cuadra 7, ubicado dentro de la institución educativa N° 82756, con un área aproximada de 250 metros cuadrados, agregándose que durante las inspecciones realizadas en diferentes momentos (marzo 2017, agosto 2017, setiembre 2017), dicho campamento se encontraba cerrado con cadena y candado, y que dentro de dicho campamento se apreciaba maquinaria inservible y oxidada. Ello sin embargo no significa que el CONTRATISTA haya incumplido una obligación esencial, puesto que ello no se encuentra establecido en el CONTRATO ni en las Bases Administrativas del proceso de selección.

23. En tal sentido, tampoco se suscribe la tesis de LA ENTIDAD de que el CONTRATISTA incumplió obligación contractual al no usar el campamento ubicado en la localidad de Tongod, manteniéndolo cerrado;

por lo que tal hecho tampoco constituye una causal para resolver válidamente el CONTRATO.

24. Adicionalmente, LA ENTIDAD ha sostenido en este arbitraje, así como en la la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR, que resolvió el CONTRATO, que EL CONTRATISTA también incumplió sus obligaciones contractuales al subcontratar la obra sin previa autorización de LA ENTIDAD, en porcentaje mayor al permitido por la Ley, de tal manera que el CONTRATISTA fue sancionado por el Tribunal de Contrataciones del Estado mediante Resolución que ha presentado también como medio probatorio.
25. Al respecto, el CONTRATISTA ofreció como medio probatorio el expediente arbitral N° 1669-2017 tramitado en la misma sede administrativa del presente arbitraje, el mismo que se tiene a la vista al momento de emitir el presente laudo. Del análisis de dicho expediente arbitral se establece que mediante laudo arbitral de fecha 25 de febrero del 2019, emitido en dicho expediente, se estableció que LA ENTIDAD aprobó la sub contratación de obra de Construcción Civil: Obras de Arte en Carretera Santa Cruz - El Empalme - Contrato 01-2016/CC, del 22 de abril de 2016, por la suma de S/. 13'253,024.29 (trece millones doscientos cincuenta y tres mil veinticuatro con 29/100 SOLES), suscritos entre el CONSORCIO CATILLUC y la empresa AMERICAN ENGINEERED PRODUCTS S.A.C., otorgándole por tanto validez al mismo. Y que además en dicho Laudo se declaró que el sub contrato obra de Construcción Civil: Movimiento de tierras y pavimentos en Carretera Santa Cruz - El Empalme - Contrato 01-2016/CC, del 22 de abril de 2016, por la suma de S/. 42'029,443.82 (cuarenta y dos millones veintinueve mil cuatrocientos cuarenta y tres con 82/100 soles), suscrito entre CONSORCIO CATILLUC y AMERICAN ENGINEERED
- 
- 

PRODUCTS S.A.C., no requería aprobación por parte de LA ENTIDAD por no haber sido implementado como sub contrato.

26. Siendo así, se establece que la celebración de los mencionados sub contratos entre el CONSORCIO CATILLUC y AMERICAN ENGINEERED PRODUCTS S.A.C., no es causal de resolución del CONTRATO.

27. Para resolver el CONTRATO, la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR también ha mencionado como hecho justificatorio de la decisión resolutoria, que la obra se encontraba atrasada, lo que significaría que EL CONTRATISTA incumplió su obligación de ejecutar la obra de acuerdo al calendario de ejecución de obra. No obstante, en sus escritos de demanda y contestación de demanda de autos, así como en la carta notarial N° 63-2017-GR.CAJ/GGR, ambas partes han señalado que:

- mm*
- Q*
- a) En la valorización N° 06, el Supervisor de Obra advirtió un avance menor al 80% del periodo, por lo que "solicitó se elabore un cronograma acelerado de ejecución de obra (Art. 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)".
 - b) EL CONTRATISTA mediante carta N° 121-2016-CC, de fecha 28 de diciembre del 2016, absolvió las observaciones referidas al atraso del 10.63% en el avance físico ejecutado acumulado, y hace "entrega de reprogramación para cual adjunta el Diagrama GANTT, Diagrama PERT – CPM, Calendario valorizado de avance de obra reprogramado".
 - c) Mediante carta N° 111-2016/CSVC, de fecha 12 de diciembre del 2016, la Supervisión de Obra comunica a la ENTIDAD la aprobación del Calendario de reprogramación acelerada, "luego de ser levantadas las observaciones" por parte del CONTRATISTA.

d) Mediante Resolución de Gerencia General Regional de Infraestructura N° 004-2017-GR.CAJ/GRI de fecha 11 de enero del año 2017, LA ENTIDAD aprobó "los calendarios de Reprogramación acelerada – Diagrama de GANTT, Diagrama PERT – CPM, Calendario valorizado de avance de obra reprogramado".

28. Con lo antes advertido, se verifica que ambas partes así como la supervisión de obra, encontraron válidas las razones del atraso en el avance acumulado de obra, y por tal motivo ambas partes por sus propios actos decidieron reprogramar las actividades constructivas, aprobándose un calendario acelerado; acto con el cual se normalizó el estado de la obra y se superó la situación anterior de fractura entre el calendario valorizado de avance inicial y la realidad de los hechos en obra; con lo cual por actos propios de las partes la obra se normalizó en lo que respecta al avance, desapareciendo el presunto atraso que señala la ENTIDAD.

29. Por tanto, se advierte que no es causal de resolución del CONTRATO el ya superado atraso en el avance de la obra, teniendo en cuenta que al aprobarse los calendarios de Reprogramación acelerada – Diagrama de GANTT, Diagrama PERT – CPM, Calendario valorizado de avance de obra reprogramado, la obligación de avance programado inicial fue novado por decisión de ambas partes, asumiendo el CONTRATISTA una nueva obligación de avanzar la ejecución de la obra de acuerdo con el nuevo calendario reprogramado de avance acelerado.

30. La Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR también menciona como hecho que sustenta su decisión resolutoria del CONTRATO, la aplicación de penalidades al CONTRATISTA, por incumplimiento de obligaciones. Sin perjuicio del análisis de los puntos controvertidos sexto al décimo del presente arbitraje (que versan sobre las penalidades aplicadas), se observa que

la aplicación reiterada de penalidades no es en sí misma una causal de resolución de contrato, y más bien constituye un impedimento para ello en la medida que en nuestro sistema jurídico no es admisible penalizar y resolver el CONTRATO por los mismos hechos, salvo cuando se trata de acumulación por más de diez por ciento (10%) de penalidades por atraso injustificado en la ejecución de la obra, o de otras penalidades previstas en el CONTRATO, excepción que no es el caso, pues en este caso específico el monto total de penalidades aplicadas al CONTRATISTA al mes de julio del 2017 hacen una suma total de S/. 1 400,074.01 que no llega al mencionado diez por ciento del monto contractual.

31. Adicionalmente, se tiene en consideración que cuando la ENTIDAD considera que el CONTRATISTA viene incumpliendo reiteradamente sus obligaciones contractuales, bien aplica penalidades o bien resuelve el CONTRATO, pero no puede aplicar las dos sanciones al mismo tiempo, salvo la excepción antes señalada. Es más, si LA ENTIDAD decide aplicar penalidades por casos de incumplimientos previstos en el mismo CONTRATO, es por que considera que tales incumplimientos no ameritan la aplicación de la sanción más drástica (la resolución del CONTRATO), sino una sanción menos gravosa, como es la penalidad.

32. Siendo así, se considera que la aplicación de otras penalidades por presuntos incumplimientos de obligaciones contractuales, que no han alcanzado a superar el diez por ciento (10%) del monto contractual, como en el presente caso, tampoco es causal de resolución del CONTRATO.


33. Por las consideraciones que anteceden, se concluye que los hechos alegados por LA ENTIDAD para resolver el CONTRATO, no constituyen incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales; por lo que no se verifica la causal prevista en literal c) del artículo 40° de la Ley de

Contrataciones del Estado, y en el numeral 1 del artículo 168° del Reglamento.

34. Siendo así, la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR contraviene las normas mencionadas, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
35. En consecuencia, resulta fundada la primera pretensión principal de la demanda arbitral, siendo procedente que se declare nulo el acto de resolución del contrato, así como nula la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR y nula la carta notarial N° 063-2017-G.R.CAJ/GGR de fecha 04 de setiembre de 2017.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución del CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) – CAJAMARCA", efectuada mediante CARTA NOTARIAL el 25 de setiembre del 2017.


POSICIÓN DEL CONTRATISTA.

- EL CONTRATISTA, con fecha 07 de setiembre del 2017, presenta a LA ENTIDAD, vía conducto notarial, una carta de pre aviso de resolución de contrato, amparada en las causales de que es necesario corregir el expediente técnico por deficiencias encontradas en el mismo y que estas deficiencias y vicios ocultos fueron reconocidos por LA ENTIDAD, el proyectista y supervisor de obra y otros funcionarios. Asimismo se le solicita el saneamiento físico legal del terreno del área de influencia de la obra, debido a la falta de saneamiento físico legal de los terrenos y la
- 

existencia de postes y canales de irrigación que afectan el normal desarrollo en la ejecución de la obra.

- Sin embargo, no se tuvo respuesta al requerimiento, por lo cual el 25 de setiembre del 2017, mediante Carta Notarial EL CONTRATISTA resuelve en forma total el CONTRATO, sustentada en la deficiencia del expediente técnico de la obra y la falta de saneamiento físico legal de los terrenos.
- LA ENTIDAD hasta la fecha no ha cuestionado la resolución del CONTRATO, por lo que la misma ha quedado consentida al amparo del antepenúltimo párrafo del artículo 209° del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- LA ENTIDAD solicitó una conciliación en el Centro de Conciliación Extrajudicial Luz de Katequil, tramitándose el Expediente N° 2017-024, en el cual no existe ninguna pretensión que cuestione la eficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por EL CONTRATISTA, a pesar de haber mencionado la existencia de dicha resolución de contrato.
- LA ENTIDAD inició el arbitraje expediente N° 1 001-2018, instalado el tribunal arbitral el 19 de enero del 2018, secretaria Olinda Cabrera Aldave.
- En consecuencia, al no haber sido cuestionado la resolución del CONTRATO dentro del plazo de 15 días hábiles que tuvo LA ENTIDAD, ésta ha quedado consentida para todos sus efectos legales. En consecuencia, las pretensiones accesorias también deben de ser amparadas de acuerdo a la ley de la materia.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD.

- Luego de verificado el reiterado incumplimiento contractual por parte del CONTRATISTA, pese a habérsele requerido el cumplimiento de sus

obligaciones contractuales, LA ENTIDAD resolvió el CONTRATO el 22 de setiembre del 2017, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR notificada el 23 de setiembre del 2017 - vía conducto notarial.

- En tal contexto, es obvio que el Consorcio Catilluc, a fin de evitar las consecuencias jurídicas de la resolución del contrato, intentó resolver el mismo Contrato; por lo que, cursa la Carta Notarial S/N de Resolución de Contrato el 25 de setiembre del 2017 (después de que el contrato se había extinto), indicando en tal comunicación presuntas deficiencias en el Expediente Técnico, principalmente alegando falta de saneamiento físico legal de los terrenos del área de influencia.
- Un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento injustificado del pago y/u otras obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.
- En la Carta Notarial de fecha 25 de setiembre de 2017, el CONTRATISTA ha señalado que LA ENTIDAD no ha cumplido con su obligación de entregar el expediente técnico definitivo de la obra, el mismo que presenta una serie de deficiencias y/o vicios ocultos que es necesario corregirlos para así poder ejecutar una obra de calidad; en consecuencia, es obligación esencial de LA ENTIDAD entregar un expediente técnico definitivo para poder ejecutar la obra, siendo el caso que con el expediente técnico entregado no se puede ejecutar la obra. EL CONTRATISTA alega que la Entidad ha incumplido su obligación esencial de hacer entrega del expediente técnico para ejecutar la obra, y su obligación esencial del saneamiento físico legal de los terrenos.

- Los motivos citados por EL CONTRATISTA para resolver el Contrato no constituyen causales previstas en la normativa de contrataciones, toda vez que no se trata de obligaciones esenciales, pues las circunstancias expuestas por el Consorcio Catilluc no obedecen a la verdad, dado que no es por una causa imputable a LA ENTIDAD que el Contratista no podía ejecutar la obra, sino que ello se debió a los errores que el propio contratista cometió en la ejecución de la obra (apertura en un 80% con exceso de cortes) desencadenando un exceso de movimiento de tierras, y ello no tiene como origen un hecho atribuible a LA ENTIDAD, sino a que la obra se estaba ejecutando sin dirección técnica y por personal no calificado para la labor, acreditándose las consecuencias de no tener en obra el personal profesional ofertado, siendo un hecho falso que se tratase de deficiencias del expediente técnico.
- La circunstancia descrita en torno al saneamiento de los terrenos que atraviesa la carretera, está siendo tergiversado y sobredimensionado por el demandante; toda vez que, de no existir servidumbres de paso a lo largo de la carretera no se hubiese podido realizar los trabajos de apertura en el porcentaje del 80%; lo cierto es que los propietarios permitieron el pase de la ejecutora de obra; pero, lamentablemente el personal que puso el ejecutor a cargo de la obra no estaba calificado para realizar los trabajos previstos en el expediente técnico, lo que generó exceso de cortes y movimientos de tierra innecesarios.
- Sobre esta pretensión, el Tribunal Arbitral deberá advertir que una vez resuelto válidamente el Contrato, por cualquier causa, éste se extingue entre las partes contratantes; por lo que, dado que no existía ningún contrato que resolver (pues éste ya había sido válidamente resuelto) y lo que el contratista pretende constituye un imposible jurídico y fáctico, pues no puede resolverse un contrato que no existe.

- Ninguna de las afirmaciones del ahora demandante obedecen a la verdad material, pues de conformidad con lo previsto por el artículo 184º del Reglamento, es un requisito indispensable para "el inicio del plazo de ejecución contractual", que la entidad haya hecho entrega del expediente técnico de la obra completo. En tal sentido, en el supuesto negado que lo afirmado por el contratista sea correcto, el inicio de plazo contractual de la obra materia de análisis no se hubiera podido realizar, siendo inválidos todos los actos administrativos posteriores (incluidas las valorizaciones presentadas por Consorcio Catilluc), por cuánto carecería de cualquier validez técnica y legal lo afirmado por el Contratista.
- La entrega del Expediente Técnico para poder ejecutar la obra, se hizo con Carta N° 30-2016-GR.CAJ-GRI/SGSLO del 18 de febrero de 2016 y con Carta N° 064-2016-GR.CAJ-GRI/SGSL del 12 de febrero de 2016, lo que significa que por parte de LA ENTIDAD se ha cumplido con la entrega del Expediente Técnico de Ejecución Contractual.
- LA ENTIDAD comunicó oportunamente al Contratista que, respecto a las posibles deficiencias que pudiera contener el Expediente Técnico, se venía desarrollando una serie de hechos amparados por la Ley, como es la implementación de adicionales de obra, que para el caso se cita la CARTA N° 198-2016-GR.CAJ-GRI/SGSL, mediante la cual se le otorgó autorización para la elaboración del Expediente Técnico del Adicional 1 y la Resolución Ejecutiva Regional N° 102-2017-GR.CAJ/GGR que la aprueba.
- LA ENTIDAD aclara también que los supuestos sobre deficiencias del Eje Geométrico, exceso de movimiento de tierras, taludes, sub drenes y otros serían revisados, ya que muchas deficiencias, según lo informado por la supervisión de obra con Carta N° 194-2017/CSV/RC e Informe N° 115-2017-SUP/CSV-GR.CAJ, en el ítem 3.2) responsabiliza al CONTRATISTA, quien ha modificado en reiteradas ocasiones el eje de

la Carretera, debido a que cuando iniciaron los trabajos de movimientos de tierras no realizaron el replanteo de forma correcta, lo cual les ocasionó "modificar el eje de la carretera", para adecuarlo al corte que habían realizado con anterioridad, siendo de su exclusiva responsabilidad los cambios y modificaciones que han venido realizando. En tal sentido, EL CONTRATISTA planteó un apercibimiento referente a deficiencias del Expediente Técnico contractual en base a un supuesto que a la fecha no se ha comprobado en grado o magnitud.

- Es falso que LA ENTIDAD no cumplió con la disponibilidad del terreno, puesto que en su oportunidad se hizo entrega del terreno, con lo cual pudo darse inicio al plazo de ejecución contractual; sin embargo, atendiendo al diseño del proyecto (Estudio de Factibilidad) y dado que la obra se emplaza a una longitud de 62km, abarcando múltiples caseríos, se contempló que en un número reducido de pases o servidumbres, estarían a cargo de la Municipalidad Provincial de Santa Cruz y las Municipalidades Distritales de Tongod y Catilluc, y demás beneficiarios del corredor vial, quienes asumirían el compromiso de GESTIONAR dichos PASES y SERVIDUMBRES. Lo que posteriormente fue exigido con cartas notariales N° 12, 13 y 14-2017-GR.CAJ/GGR, dirigidas a las Entidades Gubernamentales exigiendo cumplan con sus compromisos.
- En respuesta al accionar de la Entidad, la Municipalidad de Santa Cruz emite el Oficio N° 094-2017-MPSC/A del 08 de marzo de 2017, solicitando se precise las progresivas y los propietarios que se oponen a dar pase y otros datos que permitan conocer la relación de terrenos que invaden el derecho de vía para que tomen acciones que correspondan a su entidad; dicho documento fue trasladado al CONTRATISTA mediante Carta N° 006-2017-GR.CAJ/GRI, sin ninguna acción a la fecha. Lo que demuestra la falta de veracidad de las afirmaciones planteadas por el Contratista. No obstante lo anterior, la Entidad contrató al Ingeniero Civil

Luis Portilla para que a tiempo completo apoye y coordine en obra esos temas referidos a pases y servidumbre según corresponda, labor que desarrolló de manera eficiente.

- Respecto al Saneamiento Físico Legal de 39 casas afectadas, se emitió la Resolución Gerencial Regional de Infraestructura N° 029-2017-GR.CAJ/GRi, de fecha 16 de marzo de 2017, denominado Expediente de Viviendas Afectadas en la ejecución del Proyecto "Mejoramiento Carretera CA -103:Em. PE -06B (Santa Cruz de Succhabamba) - Romero Circa - La Laguna - Tongod - Catilluc. Emp. PE-06 (El Empalme) - Cajamarca", por el monto de S/. 1'281,151.05, el mismo que estuvo siendo efectivizado a través de la labor de campo del Ing. Luis Portilla contratado además para estos fines.
- En el mismo orden de ideas, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en su Opinión N° 045-2015/DTN, ha establecido lo siguiente: "CONCLUSION. Por tanto, resulta necesario que la entidad gestione el cumplimiento de la entrega de la totalidad del terreno como uno de los requisitos, para iniciar el plazo de ejecución de la obra, sin perjuicio de lo cual y en forma excepcional, podría entregar el terreno parcialmente o con áreas no disponibles, siempre y cuando dicha decisión de gestión se adopte en el marco de sus fines institucionales y competencias funcionales. Asimismo, dicha entrega parcial debe contar con el sustento técnico correspondiente, respecto a que las condiciones particulares de la obra así lo requieran, y siempre que con ello se garantice la oportuna ejecución de la obra y que las áreas de terreno pendientes de entrega o no disponibles al momento de iniciar la ejecución de la obra estén a disposición del contratista en el momento que lo requiera, según lo establecido en el calendario de avance de obra."



- Igualmente, la Opinión 027-2014-DTN establece: "2.1.2 (...) Como se aprecia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato. En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado. 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 (...)"
- En consecuencia, durante la ejecución de la obra LA ENTIDAD ha dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales, como documentalmente

se ha detallado, gestionando oportunamente diversas acciones que permitieron la viabilidad del proyecto. Por lo que queda evidenciado que la Carta Notarial de fecha 25 de Setiembre remitida por EL CONTRATISTA, es una estrategia legal ante la Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GRR emitida el 22 de setiembre del 2017, la cual resuelve el Contrato N° 002-2016-GR.CAJ – Primera Convocatoria, Obra: "Mejoramiento Carretera CA -103:Em. PE -06B (Santa Cruz de Suchabamba) - Romero Circa - La Laguna - Tongod - Catilluc. Emp. PE-06 (El Empalme) – Cajamarca", por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. Al analizarse el primer punto controvertido, se ha establecido que EL CONTRATISTA no consintió la resolución del CONTRATO efectuada por LA ENTIDAD mediante Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GRR, sino que la sometió a arbitraje dentro del plazo reglamentario. En virtud de dicha controversia, es claro que la resolución del CONTRATO efectuada por LA ENTIDAD no podía surtir plenamente sus efectos, sino hasta que el tribunal arbitral competente declarase infundada la pretensión nulificante.
2. En ese contexto, resulta también claro que existiendo la posibilidad de que se declarase nula la resolución del CONTRATO efectuada por LA ENTIDAD mediante Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GRR, EL CONTRATISTA tenía habilitado su derecho de resolver el mismo CONTRATO; en cuyo caso LA ENTIDAD también quedaría habilitada para controvertir tal resolución y someterla a conciliación y/o arbitraje.

3. También al emitirse pronunciamiento sobre la primera pretensión principal de la demanda, que ha dado origen al primer punto controvertido de este arbitraje, se ha declarado que es nula la resolución del CONTRATO efectuada por LA ENTIDAD mediante Resolución de Gerencia General Regional N° 235-2017-GR.CAJ/GGR, por cuanto contraviene las normas mencionadas, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por tanto, el referido CONTRATO continuó vigente y surtiendo todos sus efectos, vinculando a las partes en lo que se obligaron una frente a la otra.
4. En tal sentido, no se comparte la tesis de LA ENTIDAD de que resuelto el CONTRATO por ella, resultaba física y jurídicamente imposible que el CONTRATISTA la resolviera. En cualquier caso, resuelto el contrato por una de las partes, la otra parte contractual puede también resolverla quedando esta última condicionada en su validez a la declaración de nulidad, invalidez o ineficacia de la primera.
5. Ahora bien, con la copia de la carta notarial de fecha 25 de setiembre del 2017, remitida por EL CONTRATISTA a LA ENTIDAD (Anexo 1-I de la demanda arbitral), se establece que EL CONTRATISTA resolvió EL CONTRATO, alegando incumplimiento de obligaciones esenciales de LA ENTIDAD consistentes en la falta de entrega de un Expediente Técnico completo sin errores ni defectos que hagan posible la ejecución de la obra, y en la falta de saneamiento físico y legal de los terrenos donde se ejecutaría la obra.
6. LA ENTIDAD tenía pleno derecho a controvertir dicho acto resolutorio, en el plazo de quince (15) días hábiles de notificado con la carta notarial mencionada, conforme lo prescribe el artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente arbitraje, "En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución de

contrato cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el reglamento o el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, VENCIDO EL CUAL LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO HABRÁ QUEDADO CONSENTIDA".



7. De acuerdo con dicha norma, y habiendo sido notificada LA ENTIDAD con la carta notarial el 25 de setiembre del 2017 según constan en el sello de recepción que aparece en la primera página de dicha carta, así como en la certificación notarial de la última página, LA ENTIDAD tenía hasta el 16 de octubre del 2017 para controvertir el acto resolutorio, y recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y EL CONTRATO, es decir: conciliación y/o arbitraje.
8. En el presente arbitraje, LA ENTIDAD no ha presentado medio probatorio alguno de que haya controvertido la decisión del CONTRATISTA de resolver EL CONTRATO, y de que lo haya sometido a conciliación y/o arbitraje.
9. Siendo así, se cumple la previsión contenida en la parte final del penúltimo párrafo del artículo 209° del Reglamento, en el sentido que vencido el plazo de quince días hábiles sin que LA ENTIDAD haya controvertido la resolución del CONTRATO efectuado por el CONTRATISTA mediante conciliación y/o arbitraje, dicha resolución de contrato ha quedado consentida.
10. En consecuencia, se encuentra fundada la segunda pretensión principal de la demanda, en el sentido que corresponde declarar consentida la resolución del CONTRATO efectuada por EL CONTRATISTA mediante carta notarial del 25 de setiembre del 2017.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, reconozca al CONTRATISTA la suma de s/. 5'000,000.00 (CINCO MILLONES Y 00/100 SOLES), que es el 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha de su cancelación, y se ordene la COMPENSACION de esta suma los adelantos directos o adelantos de materiales no amortizados, ordenado EL Tribunal la amortización de la suma actualizada de las CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DIRECTO Y CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DE MATERIALES.

POSICION DEL CONTRATISTA

Al fundamentar su segunda pretensión principal, EL CONTRATISTA ha manifestado que en caso el tribunal arbitral declare fundada dicha pretensión, la consecuencia será que las pretensiones accesorias también deben de ser amparadas de acuerdo a la ley de la materia.

POSICION DE LA ENTIDAD

- 
- Respecto de la primera y la segunda pretensión accesorias de la segunda pretensión principal, consistentes en que se ordene a LA ENTIDAD reconozca a favor del Consorcio Catilluc la suma de S/. 5'000,000.00 y de S/. 360, 000.00, equivalentes al 50% de la utilidad prevista calculada sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar actualizado mediante las fórmulas de reajuste hasta la fecha en que se efectuó la cancelación, y a los gastos incurridos por el Consorcio Catilluc en la resolución de Contrato, respectivamente; al demandante no le asiste el derecho de reclamar tales montos pecuniarios.
 - El Tribunal Arbitral deberá valorar en primer término que la resolución de contrato, realizada mediante Resolución de Gerencia General Regional
- 



N° 235-2017-GR.CAJ/GGR el 22 de setiembre del 2017, por el Gobierno Regional Cajamarca, es eficaz en todos sus extremos; y, por lo tanto, las causales que originaron la extinción del Contrato N° 002-2016-GR.CAJ/GGR, son atribuibles únicamente al contratista, dado que éste incumplió sus obligaciones contractuales, legales o reglamentadas conforme al Contrato.

- ~~Bajo tal línea argumentativa, es evidente que las consecuencias económicas sufridas por el demandante en relación con sus propios actos, son su exclusiva responsabilidad; y, de ninguna manera puede ser trasladada al Gobierno Regional Cajamarca.~~
- Contrariamente a lo afirmado por el demandante, las controversias que se discuten en el presente arbitraje y por ello la necesidad de su realización, obedece únicamente al reiterado proceder del CONTRATISTA, proceder que fue negligente y contrario a las normas aplicables, a pesar de haber sido requeridas para su cumplimiento; siendo que, los actos descritos han generado que LA ENTIDAD incurra en gastos notariales, de Jueces de Paz, traslado de personal, recursos humanos y económicos que asumimos como consecuencia del incumplimiento contractual del demandante; sin embargo, EL CONTRATISTA manipulando la situación realiza una resolución de contrato, sin mayor sustento.
- No existe utilidad a favor del CONTRATISTA, al contrario, con sus acciones ha causado grave perjuicio a la Entidad, debiendo a la fecha los adelantos directos entregados que no han sido amortizados en su totalidad, y que enmarañando la verdad quieren hacerlos pasar como pagos compensados.
- LA ENTIDAD manifiesta la absoluta negativa de reconocer los montos reclamados, y más todavía de compensar el pago de dichas sumas

dinerarias de los adelantos directos o adelantos de materiales recibidos por el Consorcio Catilluc, dejándose constancia que el ahora demandante está usufructuando con los recursos entregados por la Entidad y que no han sido utilizados en la obra, siendo que ahora pretende que los adelantos entregados por la Entidad para dotarle de liquidez al Consorcio con el único fin de que sean utilizados en obra sean compensados de un pago que LA ENTIDAD no adeuda.

- Sobre este punto, el Tribunal Arbitral deberá valorar que conforme a la normativa de contrataciones del Estado, la oportunidad para determinar el costo de la obra y los posibles saldos a favor o en contra de cada una de las partes corresponde a la Liquidación de la Obra. En tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral advertirá que no resultan compensables (fuera de la liquidación) los montos otorgados por adelantos directo y de materiales, y menos por conceptos que no forman parte de la ejecución de la obra.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

- 
1. El segundo párrafo del artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, prescribe que "cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados".
 2. Por su parte el quinto párrafo del artículo 209° del Reglamento, establece que "En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato".
- 

3. Conforme a las normas antes citadas, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la Entidad al Contratista en caso de resolverse el contrato por causas imputables a la Entidad, se materializa en el reconocimiento del cincuenta por ciento de la utilidad prevista, que se calcula sobre el saldo de la obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajuste; y la oportunidad para reconocer y calcular dicho resarcimiento es en la etapa de liquidación de cuentas, lo cual resulta coherente y lógico por cuanto es necesario en primer lugar calcular el saldo de obra que se deja de ejecutar, lo cual es imposible de realizar en el presente arbitraje.
4. Por ello, no resulta amparable que en el presente Laudo se fije en S/. 5 000,000.00 (cinco millones y 00/100 Soles) el importe de dicho resarcimiento, debiendo en el presente caso disponerse lo que las normas legales y reglamentarias antes citadas prescriben, esto es: que LA ENTIDAD reconozca al CONTRATISTA, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del CONTRATO.
5. En cuanto a la compensación de la suma que resulte de calcular el resarcimiento antes mencionado (en la liquidación que se practique), con los adelantos directos y adelantos de materiales no amortizados, no existe pacto al respecto en el CONTRATO, ni en las Bases Administrativas, ni en la Ley de Contrataciones y su Reglamento. Sin embargo, está prevista en los artículos 1288° al 1294° del Código Civil, normas de derecho privado que es posible aplicar para resolver la controversia, por cuanto así lo permite el numeral 52.3 del artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso:

El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

6. Ahora bien, el artículo 1288º del Código Civil prescribe que por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. Tales requisitos son copulativos, de modo que deben cumplirse todos ellos para que proceda la compensación.
7. En el presente caso se verifica que la obligación de resarcir al CONTRATISTA como consecuencia de la resolución del CONTRATO por causas imputables a LA ENTIDAD, aún no ha sido liquidada; lo que significa que no estamos frente a una obligación líquida.
8. Siendo ese el estado de cosas, resulta improcedente el extremo sobre compensación contenido en la primera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal.
9. En cuanto al extremo sobre que se ordene la amortización de la suma actualizada de las cartas fianza de adelanto directo y cartas fianza de adelanto de materiales, la demanda arbitral no contiene fundamentación ni explicación clara del contenido y alcances de dicho extremo; por lo que en este estado de cosas deviene en improcedente, sin perjuicio de hacer valer sus derechos en su oportunidad.
10. En atención a lo antes analizado, se considera fundada en parte la primera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal, en

cuanto ordenar a LA ENTIDAD reconozca al CONTRATISTA , en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del CONTRATO; e improcedente la misma pretensión accesoria en los extremos de establecer dicho resarcimiento en la suma de S/. 5 000,000.00 (cinco millones y 00/100 Soles), de ordenar la compensación de esta suma los adelantos directos o adelantos de materiales no amortizados, y de ordenar la amortización de la suma actualizada de las cartas fianza de adelanto directo y cartas fianza de adelanto de materiales.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, reconozca al CONTRATISTA la suma de S/. 360,000.00 (TRESCIENTOS SESENTA MIL Y 00/100 SOLES), que corresponden a los gastos incurridos por CONTRATISTA en la RESOLUCION DE CONTRATO, Tales como como los gastos notariales, Jueces de Paz, inventario, gastos en asesoría legal y asesoría técnica, traslados personal y otros gastos asumidos directamente en la resolución de Contrato, actualizado mediante las fórmulas de reajuste, que de acuerdo a Ley deben de ser asumidos por el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA hasta la fecha de su cancelación; y se ordene la COMPENSACION de esta suma con los adelantos directos o adelantos de materiales no amortizados ordenado EL Tribunal la amortización de la suma actualizada de las CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DIRECTO Y CARTAS FIANZAS DE ADELANTO DE MATERIALES.

POSICION DEL CONTRATISTA

- Al fundamentar su segunda pretensión principal, EL CONTRATISTA ha manifestado que en caso el tribunal arbitral declare fundada dicha

pretensión, la consecuencia será que las pretensiones accesorias también deben de ser amparadas de acuerdo a la ley de la materia.

POSICION DE LA ENTIDAD

- Al demandante no le asiste el derecho de reclamar tales montos pecuniarios, por las razones que expone al contestar la primera y segunda pretensiones principales.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. El sexto párrafo del artículo 209° del Reglamento, establece que los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.
2. Dicha disposición sin embargo no contiene una fórmula de aplicación automática, ni una cuantía pre-establecida; sino que requiere de la acreditación de los gastos incurridos a que se hace mención.
3. En el presente caso, EL CONTRATISTA no ha acreditado documentalmente los gastos notariales, Jueces de Paz, inventario, gastos en asesoría legal y asesoría técnica, traslados de personal y otros gastos asumidos directamente en la resolución de Contrato; por lo que dicha pretensión accesorio deviene en infundada.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral: **DECLARE CONSENTIDO** el cambio de personal efectuado por el CONTRATISTA mediante solicitudes de cambio toda vez que entidad GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA no se pronunció dentro del plazo establecido en el CONTRATO N° 002-2016-GRCAJ-GGR.

LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) –CAJAMARCA".

POSICION DEL CONTRATISTA.

Los fundamentos de la tercera pretensión principal de la demanda arbitral se encuentran en los fundamentos de la primera pretensión principal, los cuales han sido resumidos en la parte pertinente.

POSICION DE LA ENTIDAD.

- Reitera su posición respecto de la inexistencia de aprobaciones fictas en torno a solicitudes de cambio de profesionales, bajo los argumentos establecidos en líneas precedentes; pues, justamente una de las obligaciones contractuales que el Consorcio Catilluc incumplió consiste en no tener en obra al personal profesional ofertado; e incluso no tener en obra a los profesionales cuyo cambio se aceptó (ingeniero residente de obra e ingeniero en explicaciones).
- En tal sentido, si bien el demandante no desarrolla expresamente los fundamentos de esta pretensión, se advierte de los argumentos que presenta en torno a su primera pretensión principal, que falta a la verdad e intenta confundir al Tribunal Arbitral, el demandante postula la existencia de aprobaciones fictas de cambios de profesionales.
- LA ENTIDAD en todos los casos se pronunció oportunamente respecto de las solicitudes de cambios de profesionales; y en consecuencia, se tiene que el cambio de profesionales no fue consentida por la Entidad como el Consorcio demandante pretende hacer creer.
- Finalmente sobre este extremo manifiesta que si el CONTRATISTA no estuvo CONFORME CON la RESOLUCIÓN que declara improcedente el cambio de profesionales, tenía expedito su derecho para iniciar un método

de solución de controversias; pero, al no haberlo hecho, dejó consentir tal acto administrativo.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. Al analizarse el primer punto controvertido, se ha establecido que con la copia de la Carta 095-2016/CC de fecha 30 de noviembre de 2016 presentado por LA ENTIDAD como medio probatorio 2-LL de su escrito de contestación de demanda, se determina que mediante carta N° 083-2016/CC, de fecha 11 de noviembre del 2016, EL CONTRATISTA solicitó a LA ENTIDAD el cambio del personal propuesto por otro que a su entender cumplía los mismos requisitos y condiciones que el personal mencionado en la oferta presentada en el proceso de selección.
2. De acuerdo a lo pactado por las partes en el antepenúltimo párrafo de la Cláusula Vigésimo Séptima del CONTRATO, LA ENTIDAD tenía diez (10) días calendario para dar respuesta a dicha solicitud, caso contrario se consideraría aprobado el cambio propuesto. En el presente caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente de presentada la solicitud, es decir desde el 12 de noviembre del año 2016, por lo que el último día que tenía LA ENTIDAD para dar respuesta fue el 21 de noviembre del año 2016.
3. Sin embargo, LA ENTIDAD dio respuesta denegatoria a la solicitud mencionada recién el 22 de noviembre del año 2016, mediante Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.II/GRI, cuya copia ha sido presentada por LA ENTIDAD como medio probatorio de su posición en este punto (Anexo 2-HH de su escrito de contestación de demanda); es decir, cuando el plazo previsto en el CONTRATO ya había vencido; y por tanto se determina por imperio del pacto contractual antes mencionado, que la solicitud de cambio de personal propuesto se considera aceptada por LA ENTIDAD al no haber

dado respuesta dentro del plazo previsto. Debido a esto último, resulta ineficaz la declaración de improcedencia de solicitud, contenida en la mencionada Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.I/GRI.

4. Se observa que en la mencionada Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.I/GRI, no se indica o menciona que la solicitud de cambio de profesionales ofertados haya sido presentada al Supervisor de Obra y que sea esa la causa de su improcedencia. Adicionalmente, en autos no se encuentra medio probatorio que permita establecer que dicha solicitud de cambio de profesionales haya sido presentada al Supervisor de Obra y no a LA ENTIDAD como refiere la contestación de la demanda.
5. De otro lado, se verifica en los escritos postulatorios de ambas partes que no hay controversia en relación a la aceptación del cambio del Residente de Obra, y del especialista en explicaciones.
6. En tal sentido, se considera fundada la tercera pretensión principal de la demanda, correspondiendo declarar consentido el cambio de personal efectuado por EL CONTRATISTA mediante carta N° 083-2016/CC, de fecha 11 de noviembre del 2016, toda vez que LA ENTIDAD no se pronunció dentro del plazo establecido en EL CONTRATO.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral DECLARE que el CONTRATISTA no ha incurrido en penalidades por falta de personal propuesto, y cualquier otra penalidad aplicada en forma arbitraria en obra, por lo que SE ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la inmediata devolución de los montos descontados de las penalidades cobradas en todas y cada una de las valorizaciones del contrato principal y de las valorizaciones del adicional de obra, más el pago de los interés legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado, desde el pago de la primera valorización hasta el último pago de la valorización en

el mes de setiembre del 2017, fecha en la que la entidad resuelve el contrato y descontó el pago de penalidades. De ser el caso, el Tribunal arbitral determinara el monto de la devolución de los descuentos de las penalidades una vez que la entidad cumpla con exhibir las valorizaciones completas del contractual y del adicional de obra.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral **DECLARE** que el **CONTRATISTA** no ha incurrido en penalidad alguna **POR NO CONTAR CON LOS RECURSOS** (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra debido, **ASI COMO TAMBIEN SE DECLARE** que el **CONTRATISTA** no ha incurrido en penalidad por ejecutar la obra con personal profesional distinta a su oferta técnica sin autorización de la Entidad debido a que el personal ofertado fue cambiado oportunamente y quedando consentido la solicitud de cambio por falta de pronunciamiento dentro del plazo que tenía para hacerlo; y por su consecuencia jurídica se **ORDENE** al **GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA** la **INMEDIATA DEVOLUCION DE S/. 578,454.13 (QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON 13/100 SOLES)** más interés legal devengado y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado, según el siguiente detalle de valorizaciones:

- EN LA VALORIZACION N° 06 correspondiente al mes de OCTUBRE DEL 2016 en la suma de S/. 47,996.06 (CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS con 06/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con los (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra y la suma de S/. 91,871.77 (NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UNO con 77/100 SOLES) por estar ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.
- EN LA VALORIZACION N° 07 correspondiente al mes de NOVIEMBRE DEL 2016 en las sumas de S/. 44,877.55 (CUARENTA

Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE CON 55/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con los (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra y la suma de S/. 58,962.51 (CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y DOS CON 51/100 SOLES) penalidad por verificar estar á ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.



- EN LA VALORIZACION N° 08 correspondiente al mes de DICIEMBRE DEL 2016 en la suma de S/. 63,400.99 (SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CON 99/100 SOLES) por no contar con los (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra y la suma de S/.35,232.10 (TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y DOS CON 10/100 SOLES) penalidad aplicada por estar ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.
- VALORIZACION N° 09 correspondiente al mes de ENERO DEL 2017 en la suma de S/. 64,379.57 (SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON 57/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra, y la suma de S/. 34,851.00 (TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UNO CON 00/10 SOLES) penalidad aplica por verificar que el contratista está ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica y la suma de S/. 33,062.60 (TREINTA Y TRES MIL SESENTA Y DOS CON 60 /100 SOLES) Por el cambio del Ingeniero residente que no se justificó como caso fortuito o fuerza mayor.
- VALORIZACION N° 10 correspondiente al mes de FEBRERO DEL 2017 en la suma de S/. 29,347.79 (VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 79/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con los personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra, y la suma de S/. 34,470.43 (TREINTA Y

CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA CON 43/100 SOLES) penalidad aplica por estar á ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.

- VALORIZACION N° 11 correspondiente al mes de MARZO DEL 2017 en la suma de S/. 40,001.85 (CUARENTA MIL UNO con 85/100 SOLES) penalidad aplicada por no contar con personal y equipo ofertados para la ejecución de la obra y por estar ejecutando la obra con personal distinto al ofertado en su oferta técnica.

Se considera necesario analizar en forma conjunta los puntos controvertidos sexto y décimo (provenientes de la cuarta y la octava pretensiones principales, respectivamente) por tener conexión y unidad de fundamentos de hecho y de derecho, tal es así que tanto EL CONTRATISTA como LA ENTIDAD han expuesto en un solo bloque los fundamentos de sus respectivas posiciones sobre las penalidades por falta de personal y equipamiento ofertados.

POSICION DEL CONTRATISTA

- 
- 
- LA ENTIDAD aplicó la penalidad contemplada en el punto número 2 de la CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA del contrato, las cuales establece: *En caso el CONTRATISTA no contara con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra, se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.*
 - Las bases del contrato no establecen el procedimiento para aplicar las penalidades, por lo que las supuestas penalidades aplicadas por la entidad han sido a criterio propio y al libre albedrío. Asimismo debe de existir una comunicación previa a la aplicación de la penalidad para que el contratista justifique o sustente la ausencia del profesional o de su equipo.

- Sobre el personal, las bases integradas fijan una participación en obra, mas no de presencia en obra de los profesionales, esto es en concordancia con el cronograma de ejecución estipulado en las bases, es decir, que la participación no consiste en la presencia física de todo el personal de obra durante el plazo contractual que dure la ejecución de la obra, por el contrario se requiere la presencia del personal de obra durante los periodos programados y su participación con el porcentaje requerido para dicho periodo. Los profesionales propuestos deben estar cuando la partida se esté ejecutando, por cuanto el costo unitario de la partida está relacionado también con el costo del profesional ofertado; es el caso por ejemplo si yo tengo todas las bases de la segmentación ejecutada ya no requiero del especialista de suelos, sino hasta que se comience la partida de acceso a la obra. El mantenerlo en obra significaría un presupuesto adicional que tendría que asumir la entidad, lo cual generalmente no ocurre.
- Sobre el Equipo, en la CLÁUSULA TRIGÉSIMO TERCERA del contrato de obra, establece lo siguiente: EL CONTRATISTA, deberá contar con un equipo de laboratorio, y equipos para medición de deflexiones y rugosidad, operado por personal idóneo, no pudiendo pasar de una etapa a otra del Proyecto, mientras no cuente con la conformidad de EL GOBIERNO REGIONAL. Las bases estipulan una relación de equipo mínimo que debe contener la obra, no obstante no establece que dichos equipos deben estar de forma permanente en la obra, es así que la penalidad por no contar con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra se desvirtúa en relación que en la obra solo se debe contar con los equipos necesarios para la ejecución de cada partida, toda vez que el costo de los equipos es por horas cuando se tratan de trabajos directamente relacionados a la obra.



- En ese sentido es de mencionar que la obra, en todo momento ha contado con el personal y equipo idóneo para su ejecución, siendo que El supervisor, en el asiento N° 274 al 295 del cuaderno de obra indica: "Se dejó constancia que los profesionales de la propuesta técnica deben estar en forma permanente para cada especialidad, con lo cual manifiesta que el personal sí está en obra pero debe estar más permanente", con lo cual manifiesta que el personal sí se encuentra en obra; asimismo, dichas anotaciones fueron respondidas con la Carta N° 114-2016/CC de fecha 21 de diciembre de 2016 dirigida al representante Legal de la Supervisión, en donde se manifestó que la obra se encontraba con el personal profesional idóneo para su ejecución, por lo cual EL CONTRATISTA no ha incumplido con su contrato.
- Sobre la penalidad por la ejecución de la obra con personal profesional distinto al de su oferta técnica, la CLÁUSULA VIGÉSIMO SÉPTIMA del Contrato de Obra, establece lo siguiente: Para la ejecución de LA OBRA, EL CONTRATISTA utilizará el personal profesional calificado especificado en su Propuesta Técnica, no estando permitido cambios, salvo por circunstancias caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas. Para este efecto, EL CONTRATISTA deberá proponer a EL GOBIERNO REGIONAL con diez (10) días hábiles de anticipación, el cambio de personal a fin de obtener la aprobación correspondiente. Cualquier solicitud en este sentido será debidamente justificada y los cambios que resultaren no irrogarán gastos adicionales a EL GOBIERNO REGIONAL. En el caso de personal profesional, inmediatamente EL CONTRATISTA propondrá a EL GOBIERNO REGIONAL el cambio de personal, a fin de obtener la aprobación del mencionado cambio. Transcurrido diez (10) días calendario y en caso que EL GOBIERNO REGIONAL no dé ninguna respuesta, se considerará por aprobado el cambio propuesto.

114

4

- Con Carta N° 083-2016/CC del 11 de noviembre de 2016 dirigida al Gobierno Regional de Cajamarca, en donde se informa sobre el cambio de profesional correspondiente al cargo de Ingeniero de Medio Ambiente y Seguridad, Ingeniero de Pavimentos y Topógrafo 01, el mismo que fue respondido mediante Oficio N° 1731-2016 de fecha 22 de noviembre del 2016 que contiene la Resolución N° 081-2016-GR.CAJ/GRI del Gobierno Regional de Cajamarca, donde declara improcedente la solicitud de cambio de profesionales presentada por EL CONTRATISTA, haciendo algunas observaciones respecto a dicha solicitud.
- Es así que con Carta N° 095-2016/CC del 30 de noviembre de 2016 dirigida al Gobierno Regional, se reitera el Trámite de Cambio de Profesionales, absolviendo las observaciones deducidas por la Entidad; en ese sentido, luego de haber transcurrido más de 10 días hábiles para que el Gobierno Regional de Cajamarca se pronuncie, es que se envía la Carta N° 107-2016/CC del 13 de diciembre de 2016, en donde se fundamenta que al margen de la aplicación de la Cláusula Vigésima Séptima del contrato de obra, se tiene por aprobada la solicitud de cambio de personal, por lo cual se da por aceptado dicho cambio.
- Siguiendo con el apartado, con fecha 15 de diciembre de 2016 se le notifica a EL CONTRATISTA la Carta N° 259-2016-GR.CAJ-GRI/SGSL que contiene el Informe N° 040-2016-SUP/Consortio Supervisor Vial Cajamarca-G.R.-CAJ de la Supervisión, en donde manifiestan que la solicitud de cambio de personal es improcedente, en base a que los profesionales propuestos para el cambio no cumplen con la experiencia necesaria.
- Respecto a ello es de manifestar que si bien la Cláusula Vigésima Séptima contempla dos plazos (el primero indicado en el primer párrafo y el segundo en el penúltimo párrafo) resulta fácil advertir que el primer párrafo exige 10 días hábiles para que el contratista presente su escrito

de solicitud de cambio y proposición de nuevos profesionales, mientras que el penúltimo párrafo de la misma cláusula establece que luego de presentado el escrito por parte del contratista solicitando el cambio de profesionales y proponiendo a los nuevos, el Gobierno Regional contará con 10 días calendario para responder, siendo que luego de transcurrido dicho plazo, en caso el Gobierno Regional no hubiese respondido, se considerará aprobado el cambio propuesto, tal cual ha sucedido .

- Si la propia Cláusula Vigésimo Séptima del contrato establece que para el caso del cambio del Ingeniero Residente resulta aplicable lo establecido en el artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, esto es, la Entidad tiene un plazo de 8 días hábiles para aceptar o no el cambio, en caso contrario se tendrá por aceptado el cambio (siendo el Ingeniero Residente el profesional con más responsabilidades e importancia de un contratista en una obra), carecería de lógica, congruencia y razonabilidad que para aceptar o no el cambio de otros profesionales con menos responsabilidades e importancia que el Ingeniero Residente, la Entidad (el Gobierno Regional) cuente con 10 días hábiles, lo cual resulta por demás excesivo y contradictorio con el espíritu de la ley.
- En dicho orden de ideas, el establecer que el Gobierno Regional cuenta con 10 días calendario para aprobar o no la solicitud de cambio y propuesta de nuevos profesionales resulta ser por demás razonable ya que dicho plazo de 10 días calendario equivalen a 8 días hábiles, plazo éste último para el caso del Ingeniero Residente.
- Finalmente, el Informe N° 040-2016-SUP/ Consorcio Supervisor Vial Cajamarca-G.R.-CAJ, carece de validez, toda vez que a la fecha de la emisión de dicho Informe, el plazo para que la Entidad se pronuncie respecto a los cambios de los profesionales, ya se habrían vencido, teniendo así por aceptado dichos cambios.

POSICION DE LA ENTIDAD.

- Sobre el incumplimiento de obligaciones por parte del Contratista, referentes a no contar con los recursos ofertados para la ejecución de la obra; y, por ejecutar la obra con personal profesional distinto al de su oferta técnica, cabe indicar que conforme se refleja en los informes generados como antecedentes al pago de cada una de las valorizaciones cuestionadas, los hechos acreditados que ocasionaron la imposición de penalidades por los citados conceptos, se encuentran directamente vinculados a la posterior resolución de contrato (citada en el rubro antecedentes de la presente contestación). Ante ello, es pertinente indicar que tales hechos han sido desarroliados en el análisis correspondiente a las anteriores pretensiones del demandante.

- La aplicación de las penalidades fue consecuencia de la verificación de la inexistencia en obra del personal ofertado (como es el caso del Ing. Residente de Obra, del Ing. Asistente de Residente de Obra, del Ing. Explanaciones, del Ing. De Medio Ambiente y Seguridad, de los Topógrafos, Técnicos y Administrativos, entre otros), quienes obviamente tenían participación en las partidas que se ejecutaban o cuya ejecución se encontraba programada; evidenciándose que la obra se desarrolló sin la dirección técnica debida, por causas absolutamente injustificadas e imputables al contratista.

- Así también, el demandante acredita desconocimiento de sus obligaciones contractuales, reconociendo que no contó con todo el personal ofertado en obra, bajo el argumento de que no era necesario, sin valorar que las Bases Integradas establecen una participación al 100% justamente de los profesionales que no se encontraban en obra y por causa de los cuales se impuso las penalidades ahora cuestionadas; es decir, el personal debió estar a tiempo completo, como así se

encuentra previsto en las Bases Integradas y en la oferta del Consorcio Catilluc (véase la oferta técnica del postor incluidos los Anexos 09 y 13)

- Del mismo modo, el demandante argumenta que no tenía la obligación de contar en obra con la totalidad del equipamiento ofertado (incumpliendo sus obligaciones contractuales); sin embargo, tal razonamiento se contradice con las bases integradas y con su propia oferta, pues en tales documentos se establece claramente la obligación de contar (como requisito técnico mínimo) con personal profesional y equipamiento mínimo necesario para la ejecución de la prestación, precisando la cantidad de personal y la cantidad y calidad del equipamiento con el que debe contar el contratista; siendo indispensable el cumplimiento de dichos requisitos, toda vez que fueron objeto de evaluación y calificación a fin de obtener la buena pro; proceder en forma contraria implica una contravención a la base principista de la normativa de contrataciones del Estado; pues el contratista, pese a ofertar y declarar bajo juramento el cumplimiento de los requisitos establecidos en las bases, durante la ejecución y de forma injustificada se daría la licencia de incumplir lo ofertado, conducta que resulta absolutamente ilegal.

- Otro aspecto desarrollado por el Contratista respecto del cambio de personal profesional ofertado y que fue evaluado y calificado por la Entidad en la etapa de proceso de selección, son las supuestas solicitudes de cambio aceptadas por la Entidad, dicho que como se ha manifestado, no corresponden en su totalidad a la realidad, pues los únicos cambios aceptados corresponden a los cargos de ingeniero residente de obra e ingeniero de explanaciones.

- Conviene precisar además que *-tergiversando la realidad-* el demandante señala haber solicitado a la Entidad cambios de profesionales y que éstos fueron objeto de aprobación ficta; sin

embargo, en el caso la Carta 095-2016/CC de fecha 30 de noviembre de 2016 que supuestamente fue aprobada por silencio administrativo; de su revisión se evidencia que no se trata de una solicitud de cambio de profesionales a ser atendida por la Entidad, sino que corresponde a una suerte de reiterativo de su solicitud de cambio de profesionales iniciada con la Carta N° 83-2016/CC; es más, de su texto se desprende que el ahora demandante, con el citado documento, pretendía que la Entidad cambiase su posición respecto de la declaratoria de improcedencia de su solicitud de cambio de profesionales (contenida en la Resolución de Gerencia Regional de Infraestructura N° 081-2016-GR.CAJ/GRI)

- Al respecto recuérdese que, de conformidad con lo previsto por la norma aplicable y el contrato, ante su discrepancia respecto de lo decidido por la Entidad no cabía presentar una "reconsideración" ni cualquier otro recurso o alegación, ni mucho menos correspondía presentar un "levantamiento de observaciones" (porque no fueron solicitadas y porque tal acto no forma parte del procedimiento establecido por la cláusula vigésimo séptima del Contrato), sino que de no estar conforme con las decisión de improcedencia del cambio de profesionales notificada por la Entidad, el contratista tenía derecho a iniciar una conciliación o un arbitraje; y al no haberlo hecho, dejó consentir tal acto; por lo que, no existe la aludida aprobación ficta.

- Otro aspecto que deberá tenerse en cuenta es que, conforme está previsto en la citada cláusula vigésimo séptima del Contrato, la solicitud de cambio de profesionales debería presentarse directamente a la Entidad; es decir, al Gobierno Regional Cajamarca, y jamás a personas distintas como el Supervisor de Obra, que no tenía las facultades y prerrogativas legales para reemplazar a la Entidad; en tal sentido, LA ENTIDAD no puede aceptar o reconocer las comunicaciones que el demandante haya cursado a personas distintas, por no corresponder ello

al procedimiento regulado, verificándose además que el contratista no ha acreditado que el Gobierno Regional Cajamarca haya tenido conocimiento de tal hecho; al respecto, se deja constancia que aun así y no obstante no ameritar un pronunciamiento por parte de LA ENTIDAD, el Supervisor de Obra rechazó el cambio de profesionales y ante ello el contratista no procedió conforme estaba previsto en la normativa aplicable.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. Al analizarse el primer punto controvertido, se ha establecido que con la copia de la Carta 095-2016/CC de fecha 30 de noviembre de 2016 presentado por LA ENTIDAD como medio probatorio 2-LL de su escrito de contestación de demanda, se determina que mediante carta N° 083-2016/CC, de fecha 11 de noviembre del 2016, EL CONTRATISTA solicitó a LA ENTIDAD el cambio del personal propuesto por otro que a su entender cumplía los mismos requisitos y condiciones que el personal mencionado en la oferta presentada en el proceso de selección.
2. De acuerdo a lo pactado por las partes en el antepenúltimo párrafo de la Cláusula Vigésimo Séptima del CONTRATO, LA ENTIDAD tenía diez (10) días calendario para dar respuesta a dicha solicitud, caso contrario se consideraría aprobado el cambio propuesto. En el presente caso, el plazo se cuenta desde el día siguiente de presentada la solicitud, es decir desde el 12 de noviembre del año 2016, por lo que el último día que tenía LA ENTIDAD para dar respuesta fue el 21 de noviembre del año 2016.
3. Sin embargo, LA ENTIDAD dio respuesta denegatoria a la solicitud mencionada recién el 22 de noviembre del año 2016, mediante Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA.I/GR.I, cuya copia ha sido presentada por LA ENTIDAD como medio





probatorio de su posición en este punto (Anexo 2-HH de su escrito de contestación de demanda); es decir, cuando el plazo previsto en el CONTRATO ya había vencido; y por tanto, se determina por imperio del pacto contractual antes mencionado, que la solicitud de cambio de personal propuesto se considera aceptado por LA ENTIDAD al no haber dado respuesta dentro del plazo previsto. Debido a esto último, resulta ineficaz la declaración de improcedencia de solicitud, contenida en la mencionada Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA./GRI.

4. Se observa que en la mencionada Resolución de Gerencial Regional de Infraestructura N° 021-2016-GR-CA./GRI, no se indica o menciona que la solicitud de cambio de profesionales ofertados haya sido presentada al Supervisor de Obra y que sea esa la causa de su improcedencia. Adicionalmente, en autos no se encuentra medio probatorio que permita establecer que dicha solicitud de cambio de profesionales haya sido presentada al Supervisor de Obra y no a LA ENTIDAD como refiere la contestación de la demanda.
5. De otro lado, se verifica en los escritos postulatorios de ambas partes que no hay controversia en relación a la aceptación del cambio del Residente de Obra, y del especialista en explanaciones.
6. Sin embargo, de los escritos postulatorios y de los medios probatorios de ambas partes, se establece que LA ENTIDAD a través de la Supervisión y los informes de sus coordinadores de obra, detectaron que en el mes de octubre del 2016 EL CONTRATISTA no contaba con personal profesional ofertado (S/. 91,871.77), y que en otros casos ejecutaba la obra con personal distinto al ofertado (S/. 47,996.06). Ello quiere decir que estos hechos ocurrieron antes que EL CONTRATISTA presentara su solicitud de cambio de personal ofertado y antes de que dicha solicitud quedara consentida.

7. Siendo así, la penalidad aplicada en la Valorización N° 6 por ejecutar la obra con personal distinto al ofertado, correspondiente al mes de octubre del año 2016, tiene fundamento en los numerales 2 y 3 de la Cláusula Vigésimo Segunda del CONTRATO, así como en los hechos constatados por el Supervisor de Obra y los Coordinadores de obra, descritos y referidos en sus respectivos informes. Mientras que la penalidad aplicada en la misma Valorización N° 6 por no contar con personal profesional ofertado, no tiene sustento en el Contrato, toda vez que en el CONTRATO ni en las bases administrativas se considera la obligación de que todo el personal profesional ofertado se encuentre siempre presente en obra. Las reglas de experiencia informan que el personal profesional ofertado se hace presente en obra obligatoriamente de acuerdo al avance de obra y al cronograma o calendario de avance de obra.
8. En cuanto a las penalidades aplicadas en las Valorizaciones N° 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 por no contar con personal profesional ofertado y ejecutar obra con personal distinto al ofertado, no tienen sustento en lo previsto en EL CONTRATO y en los hechos, toda vez que:
- a. En el CONTRATO ni en las bases administrativas se considera la obligación de que todo el personal profesional ofertado se encuentre siempre presente en obra. Las reglas de experiencia informan que el personal profesional ofertado se hace presente en obra obligatoriamente de acuerdo al avance de obra y al cronograma o calendario de avance de obra.
 - b. El cambio del personal ofertado quedó consentido a partir del 22 de noviembre del año 2016, como se ha establecido.
9. En tal sentido, se considera fundada en parte la cuarta pretensión principal de la demanda, en lo que se refiere a las penalidades aplicadas

por LA ENTIDAD en las Valorizaciones N° 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 por no contar con personal profesional ofertado; así como fundada en cuanto se refiere a las penalidades aplicadas en las Valorizaciones N° 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 por ejecutar obra con personal distinto al ofertado; mientras que la misma pretensión es infundada en relación a la penalidad aplicada en la Valorización N° 6 por ejecutar la obra con personal distinto al ofertado.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral **DECLARE** que el **CONTRATISTA** no ha incurrido en penalidad alguna por no presentar el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado y su programación PERT -CPM, correspondiente dentro del plazo establecido, y por su consecuencia jurídica se ordene al **GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA** la inmediata devolución de S/. 120,506.87 (CIENTO VEITE MIL QUINIENTOS SEIS Y 87/100) que hizo la entidad **GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA EN LA VALORIZACION** del mes de Julio del 2017. Más el pago de los intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado.



OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral **DECLARE** que el **CONTRATISTA** no ha incurrido en penalidad alguna por valorizar trabajos sin ceñirse a las bases del pago de las especificaciones técnicas y/o valorizar trabajos no ejecutados que ocasionen pagos indebidos no encuadrados en las disposiciones vigentes, descuentos efectuados por el **GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA** en la **VALORIZACION N° 03** correspondiente al mes de Julio del 2016, y por su consecuencia jurídica se **ORDENE** al **GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA** la inmediata devolución de S/. 120,506.87 (CIENTO VEITE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES) más los intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral **DECLARE** que el **CONTRATISTA** no ha incurrido en penalidad alguna por haber presentado valorizaciones fuera de plazo, toda vez que este hecho no está considerado como otras penalidades ni en el contrato de obra ni en la Ley de Contrataciones del Estado y por su consecuencia jurídica se **ORDENE** al **GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA** la inmediata devolución de S/. 602,534.35 (SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 35/100 SOLES) más intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto ilegalmente descontado, descuento que hizo la entidad en las valorizaciones según el siguiente detalle:

- VALORIZACION N° 06 correspondiente al mes de OCTUBRE DEL 2016 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)
- VALORIZACION N° 07 correspondiente al mes de NOVIEMBRE DEL 2016 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)
- VALORIZACION N° 09 correspondiente al mes de ENERO DEL 2017 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES).
- VALORIZACION N° 10 correspondiente al mes de FEBRERO DEL 2017 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)
- VALORIZACION N° 11 correspondiente al mes de marzo del 2017 en la suma de S/. 120.506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS con 87/100 SOLES)



Se considera necesario analizar en forma conjunta los puntos controvertidos séptimo, octavo y noveno, por tener conexión y similitud de fundamentos de hecho y de derecho, tal es así que tanto EL CONTRATISTA como LA

ENTIDAD han expuesto los fundamentos de sus respectivas posiciones considerando en bloque estas penalidades.

POSICION DEL CONTRATISTA.

- Estando en ejecución la obra, la ENTIDAD hace un descuento AL CONTRATISTA por un total de S/. 1'520,580.88 (UN MILLON QUINIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS OCHENTA CON 88/100 SOLES), aduciendo que son bajo el concepto de penalidades aplicadas, las mismas que fueron descontadas de las siguientes valorizaciones:

Valorización N° 03	Julio 2016	Penalidad	S/.120,506.87
Valorización N° 06	Octubre 2016	Penalidad	S/.260,374.70
Valorización N° 07	Noviem 2016	Penalidad	S/.224,346.93
Valorización N° 08	Diciembre 2016	Penalidad	S/. 98,633.10
Valorización N° 09	Enero 2017	Penalidad	S/.252,800.04
Valorización N° 10	Febrero 2017	Penalidad	S/.184,325.59
Valorización N° 11	Marzo 2017	Penalidad	S/.160,508.72
Valorización N° 14	Junio 2017	Penalidad	S/. 47,055.93
Valorización N° 15	Julio 2017	Penalidad	S/.172,035.29

- 
- Es así que, que mediante Carta N° 077-2017/CC de fecha 30 de Marzo del 2017 se solicita a LA ENTIDAD el detalle de las penalidades interpuestas en las valorizaciones, la misma que fue respondida mediante Carta N° 074-2017-GR-CAJ-GRL/SGSL de fecha 04 de mayo del 2017 que contiene el informe del jefe de supervisión Informe N° 063-2017-SUP/JMSP/CSVC-GR-CAJ de fecha 25 de abril del 2017.
 - Respecto a la Valorización N° 03, el artículo 197º de EL REGLAMENTO nos dice lo siguiente: (...) Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para
- 

la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización (...)

- En concordancia con la cláusula SÉPTIMA del contrato de obra, nos dice: Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas de conformidad con lo establecido en el artículo 197° de EL REGLAMENTO, siendo aplicable en forma supletoria el Código Civil. Asimismo, los metrados se registrarán por lo establecido en el citado artículo 197°, cualquier discrepancia se resolverá de conformidad con lo estipulado en el artículo 199° de EL REGLAMENTO.
- En ese sentido, con fecha 30 de julio del 2016 el supervisor de obra anota en el cuaderno de obra los metrados que se han ejecutado correspondientes a la valorización del mes de julio (Valorización N° 03), es así que mediante Carta N° 037-2016/CC de fecha 01 de agosto del 2016 (Anexo 04) EL CONTRATISTA presenta el informe de valorización N° 03 por un monto a pagar de S/. 6'951,905.88 Soles.
- Con Carta N° 043-2016/CSVC/RL de fecha 22 de agosto de 2016, la Supervisión de la Obra les hace llegar la devolución de la Valorización N° 03 correspondiente al mes de Julio, que contiene la Carta N° 174-2016-GR-CAJ-GRI/SGSL, en la cual se han realizado una serie de observaciones, entre ellas la valorización de metrados no ejecutados, por lo cual les remiten dicha documentación para su subsanación respectiva.
- Es así que con fecha 23 de agosto de 2016, mediante Carta N° 048-2016/CC, EL CONTRATISTA hace llegar a la Supervisión el levantamiento de las observaciones hechas a la Valorización N° 03 del mes de julio, en la cual se comunica que el monto a pagar asciende a la suma de S/. 4'947,986.10 (CUATRO MILLONES NOVECIENTOS



CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS CON 10/100 SOLES), la misma que fue comunicada a la Entidad por la Supervisión mediante Carta N° 044-2016/CSV/RL que contiene el Informe N° 007-2016-SUP/Consortio Supervisor Vial Cajamarca-G.R.-CAJ de fecha 22 de agosto del 2016 del supervisor, presentado al representante legal de la Supervisión de Obra y al Sub Gerente de la Supervisión y Liquidación de obra del GR, en la cual no indica ninguna observación a la Valorización N° 3 presentada por EL CONTRATISTA luego haber hecho el levantamiento de las observaciones hechas por LA ENTIDAD.

- Por lo tanto, queda demostrado que la Valorización N° 03 correspondiente al mes de julio fue valorizada cumpliendo con los parámetros establecidos por la Entidad, ya que en un primer momento esta fue observada y devuelta, la cual luego de hacer el levantamiento de las observaciones se volvió a presentarla por un nuevo monto a pagar, por lo cual la penalidad aplicada a EL CONTRATISTA carece de fundamentos, dado que NO SE HA PAGADO POR METRADOS NO EJECUTADOS, por lo cual TODA OBSERVACION DE MAYORES O MENORES METRADOS QUE EL SUPERVISOR O LA COORDINADORA HAYAN OBSERVADO NO TIENEN SUSTENTO TECNICO.

- Respecto a las Valorizaciones N° 06, 07, 08, 09, 10 y 11, La Entidad penaliza a EL CONTRATISTA por supuestamente incurrir en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, aplicándole las siguientes penalidades:

└ Penalidad por presentación de documentación extemporánea

└ Penalidad por no contar con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra

7 Penalidad por ejecutar la obra con personal profesional distinto al de su oferta técnica.

- En ese sentido, EL CONTRATISTA al no encontrarse de acuerdo con las penalidades aplicadas en las Valorizaciones N° 06, 07, 08, 09, 10 y 11, refuta rotundamente el descuento aplicado bajo los fundamentos que pasa a exponer:

DE LA PENALIDAD POR PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN EXTEMPORÁNEA

- La Entidad pretende aplicar AL CONTRATISTA una penalidad por incumplimiento del contrato bajo el concepto de haber presentado la documentación respectiva de las Valorizaciones N° 06, 07, 09, 10 y 11 extemporáneamente, motivo por el cual se penaliza AL CONTRATISTA y hacen el descuento respectivo de S/. 120,506.87 (CIENTO VEINTE MIL QUINIENTOS SEIS CON 87/100) por cada valorización, haciendo un total de S/. 602,534.35 (SEISCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 35/100 SOLES).
- Según el REGLAMENTO, en su artículo 197° nos menciona lo siguiente: Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización. El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes.




- En ese sentido, la formulación y valorización de los trabajos realizados en el mes es de manera conjunta con la Supervisión, es así que al señalar la Supervisión una serie de observaciones en las valorizaciones presentada por EL CONTRATISTA, estaría dando a entender que dichas valorizaciones lo haría solamente el Contratista y por consiguiente la Supervisión estaría inmerso en penalidad.
- De la Valorización N° 06: Con Carta N° 078-2016/CC del 04 de noviembre de 2016 se entrega la Valorización N° 06 al Supervisor por un monto de S/. 863,124.94 (OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTICUATRO CON 94/100). Es así que en el Informe 021-2016-SUP/Consortio Supervisor Vial Cajamarca-G.R-CAJ de fecha 08 de noviembre de 2016 del supervisor, presentado al representante legal de la Supervisión y al Sub Gerente de la Supervisión del Gobierno Regional de Cajamarca, indica que la Valorización N° 06 debió ser por el monto de S/. 918,717.72 y no por el monto del contratista S/. 1'037,372.29.
- De la Valorización N° 07: Con fecha 30 de noviembre de 2016, el Supervisor de obra deja constancia en el asiento número 295 del cuaderno de obra los metrados consensuados de la valorización N° 07, la mismos que con Carta 0100-2016/CC del 06 de diciembre de 2016 se entrega al supervisor la Valorización N° 07 por un monto de S/. 367,470.87. Es así que mediante el Informe 039-2016-SUP/CSVC-G.R-CAJ del Supervisor, presentado al representante legal de la Supervisión y al Sub Gerente de la Supervisión del Gobierno Regional de Cajamarca, establece que el monto a pagar por la Valorización N° 07 asciende a la suma de S/. 448,775.50.
- De la Valorización N° 09: Mediante Carta N° 019-2017/CC (Anexo 10) mi representada presenta a la Supervisión la Valorización N° 09 correspondiente al mes de enero por un monto de S/. 736,973.13, es así





que luego de su revisión la Supervisión formula observaciones a dicha valorización por cual mediante Carta N° 020-2017/CC mi representada presenta la subsanación de dichas observaciones y establece que el monto a apagar por la Valorización N° 09 asciende a la suma de S/. 643,795.65.

- De la Valorización N° 10: Con Carta N° 045-2017/CC (Anexo 12) de fecha 04 de marzo de 2017, EL CONTRATISTA entrega a la supervisión la Valorización N° 10 por el monto de S/. 293,477.92., la misma que fue recepcionado el día 6 de marzo dado que la Supervisión no trabaja los días sábados ni domingos. Es así que la carta 053-2017/CSVC/RL que contiene el Informe N° 030-2017-SUP/JMSP/CSVC-G.R.-CAJ del Supervisor, es presentado al Gobierno Regional de Cajamarca; sin embargo, el Supervisor no indica el motivo de la penalidad aplicada a EL CONTRATISTA, toda vez que lo presentado por el Contratista es igual a lo indicado por la Supervisión.
- De la Valorización N° 11: Se entrega con Carta N° 078-2017/CC de fecha 04 de abril de 2017, EL CONTRATISTA entrega a la Supervisión la Valorización N° 11 por el monto de S/. 57,450.65., la misma que fue recepcionada por la Supervisión manifestando que los montos valorizados son los verdaderamente ejecutados, no haciendo observación alguna.
- Como puede evidenciarse, las valorizaciones antes mencionadas fueron presentadas en un primer momento a la Supervisión, para que esta lo derive a la Entidad, y poder hacer efectivo el pago de dicha valorización; no obstante a ello, se puede observar que las valorizaciones fueron hechas por el contratista y no en conjunto con la Supervisión, tal como lo establece la normativa.



- En ese sentido, la Supervisión luego de haber recepcionado las valorizaciones hechas por EL CONTRATISTA, hace algunas observaciones, que en diversos casos discrepan con el monto de dicha valorización, tal como es el caso de las valorizaciones 06 y 07, en donde se puede observar que la Supervisión valoriza trabajos por montos que exceden a la Valorización presentada por el Contratista; sin embargo, aplica una serie de penalidades por supuestos incumplimientos que no fueron informados, no otorgándole el derecho al Contratista de poder ejercer su defensa y manifestarse sobre las penalidades aplicadas.
- Asimismo, es de mencionar que la penalidad aplicada a EL CONTRATISTA no está estipulada en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ni en la CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA del Contrato de Obra, por lo cual dicha penalidad carece de fundamento y validez, ya que NO EXISTE una penalidad en caso de presentar documentación extemporánea de la valorización del mes de los trabajos y/o metrados ejecutados, siendo improcedente para su aplicación.

POSICION DE LA ENTIDAD.

- 
- Respecto de estas pretensiones consistentes en que el Tribunal Arbitral declare que el Consorcio Catilluc no ha incurrido en penalidades por: i) falta de personal propuesto en Obra, y cualquier otra penalidad aplicada en forma arbitraria en obra, disponiéndose la inmediata devolución de los montos descontados de las penalidades cobradas del Contrato del principal y de las valorizaciones del adicional de obra, ii) por no presentar el calendario de avance de obra valorizado y actualizado y su Programación PERT- CPM correspondiente, dentro del plazo establecido, disponiéndose la devolución de S/.120, 506.87 (valorización del mes de julio del 2017), iii) por valorizar trabajos no ejecutados (valorización N° 03 correspondiente al mes de julio del 2016), iv) por
- 

presentar valorizaciones fuera de plazo, disponiéndose la devolución de S/. 602, 534.35, más el pago del interés legal devengado (Valorizaciones N° 06, 07, 09, 10, 11); y, v) por no contar con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra, disponiéndose la inmediata devolución de S/.578, 454.13; al respecto LA ENTIDAD manifiesta que tales pretensiones deberán ser declaradas infundadas en todos sus extremos, por carecer de sustento fáctico y jurídico, al estar sustentadas en hechos falsos, tergiversando la realidad e investidos de mala fe.

- Como se ha desarrollado en los numerales precedentes, los conceptos de aplicación de penalidad por no contar con personal profesional y equipamiento ofertado han sido ampliamente probados; por lo que, la penalidad impuesta es la que corresponde; nótese que justamente la acreditación de este hecho (entre otros) han generado la configuración de la causal por la cual se resolvió el contrato. No obstante ello, a continuación LA ENTIDAD desarrollará su posición en torno a la pertinencia de la aplicación de penalidades..
- Pues bien, como se sabe, de conformidad con el numeral 53 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", la valorización *"Es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado."* Asimismo, el primer párrafo del artículo 197° del Reglamento establece que las valorizaciones tienen el carácter de *"pagos a cuenta"*.
- Adicionalmente, en los párrafos segundo y tercero del artículo 197° del Reglamento, se establece la metodología que debe emplearse para elaborar o formular las valorizaciones, dependiendo del sistema de contratación mediante el cual se ejecuta la obra, precios unitarios o suma aizada, según corresponda.

- Así también, debe señalarse que, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo del artículo 199° del Reglamento, las discrepancias que surjan respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados, se resolverán con ocasión de la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.
- Asimismo, el segundo párrafo del referido artículo precisa que solo puede iniciarse el procedimiento de conciliación o arbitraje si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado, dentro de los quince (15) días hábiles de después de ocurrida la controversia; por lo que, aun cuando queda claro que el contratista al no estar conforme con el pago de las valorizaciones realizadas por LA ENTIDAD, debió iniciar - en su oportunidad- cualquier método de solución de controversias previsto por la normativa aplicable.
- No obstante lo indicado, y dado que se advierte de los fundamentos de la demanda que el monto pretendido por el contratista corresponde al monto impuesto por la Entidad por concepto de penalidades, conviene precisar que la normativa de contrataciones del Estado prevé dos tipos de penalidades que pueden ser aplicadas a un contratista: (i) la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, y (ii) las penalidades distintas a la penalidad por mora, de conformidad con los artículos 165° y 166° del Reglamento, respectivamente.
- En tal orden de ideas, nótese que el primer párrafo del artículo 165° del Reglamento establece que *"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso (...)"* (El subrayado es agregado). Así, la normativa de contrataciones del Estado prevé que, cuando el contratista se retrasa injustificadamente en la ejecución de la prestación o prestaciones objeto del contrato -aquellas prestaciones

cuya ejecución permitirá a la Entidad satisfacer la necesidad que origina la contratación-, la Entidad debe aplicarle una penalidad por cada día de atraso, la misma que se calcula conforme a las disposiciones del segundo y tercer párrafo del citado artículo.

- De otro lado, el artículo 166° del Reglamento establece que "En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, (...)". De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado otorga a las Entidades la potestad de prever en las Bases penalidades distintas a la penalidad por mora, las cuales se aplican cuando el contratista inobserva obligaciones vinculadas con el objeto de la contratación, distintas al cumplimiento de la prestación o prestaciones que dicho objeto comprende; pues, como se ha señalado previamente, el incumplimiento de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato determina la aplicación de la penalidad por mora prevista en el artículo 165° del Reglamento.
- Es así que, al amparo de la base normativa citada, el Gobierno Regional Cajamarca, en uso de la potestad de establecer penalidades distintas a las penalidades por mora, fijó en las Bases Integradas, las penalidades que se impondrían al contratista, advirtiéndose que éstas obedecen a los parámetros de objetividad, razonabilidad y congruencia con el objeto de la convocatoria, y a mayor abundancia se encuentran reflejadas y reguladas en la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato de Obra.
- Sobre los montos aplicados como penalidades, se deja constancia que el contratista no ha cuestionado su cálculo (no cuestiona la cuantía obtenida por la aplicación de la penalidad sino el hecho mismo de su aplicación) Asimismo, se advierte que el demandante no está cuestionando la metodología empleada para elaborar o formular las

PROCESO ARBITRAL N° 1018-2016.

Demandante : CONSORCIO CATILUUC.

Demandado : Gobierno Regional de Cajamarca.

Materia : Nulidad e Ineficacia de Resolución de Contrato y Otros.

valorizaciones, la cual corresponde al sistema de contratación; sino que, reclama la penalización realizada por la Entidad.

- Así, bajo el entendido que una valorización contempla el pago por el avance físico, el reajuste de precios, las amortizaciones y otros conceptos (como el de penalidades) se entiende que el cuestionamiento del demandante se circunscribe a cuestionar la penalidad impuesta en cada una de las valorizaciones cuestionadas (Valorización 03, 06, 07, 08, 09, 10 y 11)
- Pues bien, las penalidades impuestas por LA ENTIDAD correspondientes a las valorizaciones indicadas en los párrafos precedentes, fueron descontadas por el Gobierno Regional Cajamarca,

b

a

Val N°	Mes valorizado	Penalidad S/	Fecha	Comprobante de pago	Factura
03	Julio 2016	120 506.87	31/08/2016	2782-2-17	001-N° 000010
06	Octubre 2016	260 374.70	01/12/2016	004-2-4	001-N° 000016
07	Noviembre 2016	224 346.93	31/03/2017	033-2-3	001-N° 000023
08	Diciembre 2016	98 633.10	06/02/2017	006-2-4	001-N° 000019
09	Enero 2017	252 793.74	02/03/2017	021-2-3	001-N° 000021
10	Febrero 2017	184 325.59	30/03/2017	032-2-3	001-N° 000022
11	Marzo 2017	41 291.46	09/05/2017	1697-2-2	001-N° 000024
12	Junio 2017	44 363.63	08/08/2017	059-2-2	001-N° 000025
13	Julio 2017	127 585.50	13/09/2017	073-2-2	001-N° 000029

uiente detalle:

- Del cuadro anterior se desprende que, todas las valorizaciones pagadas han sido facturadas por el Contratista; por lo que, éste conocía de los conceptos descontados por penalidades; lo indicado además se refleja de la revisión de cada uno de los Resúmenes Generales de las Valorizaciones tramitadas ante la Entidad, los que fueron presentados por el Supervisor de Obra, y que conforme a norma se elaboraron

conjuntamente con el contratista; por lo que, para mejor comprensión se adjunta el cuadro denominado "Resumen de Valorizaciones de Obra pagadas al Contrato Principal" como anexo al presente escrito, en el que se señala claramente los monto pagados en cada una de las valorizaciones tramitadas por el contratista e invocadas en la demanda.

- Asimismo, es un hecho reconocido por el demandante que mediante Carta N° 74-2017-GR.CAJ-GRI/SGSL de fecha 04 de mayo de 2017, se cursó al Consorcio Catilluc el Informe N° 063-2017-SUP/JMSP/CSV-GR.CAJ de fecha 25 de abril de 2017 (adjunto a la Carta N° 108-2017/CSVA/RL emitido por el Consorcio Supervisor Vial Cajamarca con fecha 25 de abril de 2017), como respuesta a la Carta N° 077-2017/CC, de fecha 30 de marzo de 2017; sin embargo, ello de ninguna manera implica que la aplicación de penalidades se haya impuesto recién con tal data o que el conocimiento de tales hechos se remonte recién a tal fecha; razonar de tal modo implicaría que la aprobación y pago de las valorizaciones se realizó recién en la fecha de notificación del Informe emitido por el Supervisor; y, tal como se ha demostrado, ello no obedece a la verdad, pues los pagos de las valorizaciones se realizaron conforme a norma (en las fechas que correspondía a cada una de las valorizaciones tramitadas ante la Entidad)
- Ello sin perjuicio de recordar que el Consorcio Catilluc tuvo la obligación legal de participar en la elaboración de sus valorizaciones y conocer del monto de forma directa solicitado por tal concepto; por lo que, efectuado el pago por parte de la Entidad, tuvo pleno conocimiento de la diferencia entre lo calculado y lo realmente pagado; y, en consecuencia, la oportunidad para iniciar un arbitraje por tal controversia ocurrió durante los 15 días después de efectuados sendos pagos de las valorizaciones 03, 06, 07, 08, 09, 10 y 11.

- No obstante lo indicado en los párrafos precedentes, desarrollaremos en detalle los hechos relevantes para la aprobación y pago de cada una de las valorizaciones cuestionadas, a fin de determinar la legalidad y pertinencia del monto descontado por concepto de penalidades en sendas valorizaciones:

- Sobre la Valorización N° 03: con fecha 29 de agosto de 2016, mediante Oficio N° 556-2016-GR.CAJ-GRI/SGSL el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones solicita la cancelación de la referida Valorización N° 03 por el monto de S/ 4'947,208.10, descontando una penalidad aplicada de S/ 120, 506.87 por valorizar trabajos no ejecutados, en aplicación del literal a) numeral 1 de la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato de Obra. Dejándose constancia que tal valorización fue aprobada conforme a la Carta N° 174-2016-GR-CAJ-GRI/SGS e Informe N° 102-2016-GR-CAJ-GRI-SGSL/DJS, después de su correspondiente subsanación presentada mediante Carta 044-2016/CSVC/RL de fecha 24 de agosto de 2016.

- Sobre la Valorización N° 06: con fecha 24 de noviembre de 2016, mediante Oficio N° 779-2016-GR.CAJ-GRI/SGSL el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones solicita la cancelación de la referida Valorización N° 06 por el monto de S/ 776,308.47, descontando una penalidad aplicada de S/ 260, 374.47 por incumplimiento de obligaciones contractuales. Dejándose constancia que tal valorización fue aprobada conforme a la Carta 082-2016/CSVC/RL de fecha 08 de noviembre de 2016 e Informe N° 021-2016-SUP/Consortio Supervisor Vial Cajamarca-GR.CAJ de la misma fecha y de acuerdo al Informe N° 158-2016-GR-CAJ-GRI-SGSL/DJS-CO, de fecha 21 de noviembre de 2016.

- Sobre la Valorización N° 07: con fecha 28 de marzo del 2017, mediante Oficio N° 237-2017-GR.CAJ-GRI/SGSL el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones solicita la cancelación de la referida Valorización N° 07 por



el monto de S/ 364, 637.22, descontando una penalidad aplicada de S/ 224, 346.93 por incumplimiento de obligaciones contractuales. Dejándose constancia que tal valorización fue aprobada conforme a la Carta 077-2017/CSVC/RL del 21 de marzo del 2017 e Informe N° 042-2016-SUP/Consortio Supervisor Vial Cajamarca-G.R.-CAJ del 21 de marzo del 2017, y de acuerdo al Informe N° 078-2016-GR-CAJ-GRI-SGSL/DJS, de fecha 23 de marzo del 2017.

- Sobre la Valorización N° 08: con fecha 01 febrero del 2017, mediante Oficio N° 083-2017-GR.CAJ-GRI/SGSL el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones solicita la cancelación de la referida Valorización N° 08 por el monto de S/ 505, 539.65, descontando una penalidad aplicada de S/ 98, 633.10 por incumplimiento de obligaciones contractuales. Dejándose constancia que tal valorización fue aprobada conforme al Informe N° 013-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS del 27 de enero del 2017, a la Carta 04-2017/CSVC/RL del 06 de enero de 2017 e Informe N° 002-2017-SUP/JMSP-G.R.-CAJ del 06 de enero de 2017.
- Sobre la Valorización N° 09: con fecha 13 febrero del 2017, mediante Carta N° 029-2017/CSVC/RL, el representante legal del Consortio Supervisor Vial Cajamarca se dirige al Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones le remite informe de aprobación de valorización de obra N° 09 (mes de enero de 2017), por el monto de S/ 523, 244.11, descontando una penalidad por incumplimiento de obligaciones del contratista de S/ 270, 793.74, de acuerdo al Informe N° 018-2017-SUP/JMSP/CSVC-G.R.-CAJ del 13 de febrero de 2017.
- Sobre la Valorización N° 10: El 22 marzo de 2017, mediante Oficio N° 219-2017-GR.CAJ-GRI/SGSL, el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones de la Entidad dirigido al Gerente Regional de Infraestructura solicita cancelación de valorización de obra N° 10 (01 al 28 febrero del 2017), por el monto de S/ 234, 059.11, descontando una

penalidad por incumplimiento de obligaciones del contratista de S/ 184, 325.59 soles, de acuerdo al Informe N° 067-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS del 20 de marzo de 2017, a la Carta 53-2017/CSVC/RL del 06 de marzo de 2017 e Informe N° 030-2017-SUP/JMSP/CSVC-G.R.-CAJ del 06 de marzo de 2017.

- Sobre la Valorización N° 11: El 18 abril del 2017, mediante Oficio N° 288-2017-GR.CAJ-GRI/SGSL, el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones de la Entidad dirigido al Gerente Regional de Infraestructura solicita cancelación de valorización de obra N° 11 (01 al 31 marzo del 2017), por el monto de S/ 43, 011.94, penalidad aplicada por incumplimiento de obligaciones del contratista de S/ 160, 508.72, de acuerdo al Informe N° 090-2017-GR.CAJ-GRI-SGSL/DJS del 11 de abril de 2017, a la Carta 100-2017/CSVC/RL del 06 de abril de 2017 e Informe N° 057-2017-SUP/JMSP/CSVC-G.R.-CAJ del 07 de abril de 2017.
- En tal sentido, como se podrá advertir, la aplicación de penalidad en la Valorización 03 corresponde al concepto: valorización de trabajos no ejecutados; y, el concepto que originó la penalidad en el caso de las Valorizaciones 06, 07, 08, 09, 10 y 11 corresponde al incumplimiento de obligaciones por parte del Contratista.
- En tal orden de ideas, respecto del primer concepto penalizado: valorización de trabajos no ejecutados, de conformidad con el numeral 3.5 de la Opinión N° 089- 2012/DTN "Ni la Ley ni su Reglamento contemplaban algún artículo que le permitiera a la Entidad dejar de cumplir con el pago de una valorización, una vez aprobada la misma por el inspector o supervisor; sin embargo, la Entidad podía evaluar la procedencia del pago de una determinada valorización, en su calidad de garante del interés público que subyace a la contratación." Así, de comprobarse la existencia de un error en la valorización, que perjudique

o afecte el interés público, la Entidad podría decidir no pagar la valorización aprobada por el supervisor; sin perjuicio, del pago de la parte no controvertida.

- Ante lo expuesto, es el caso que el Contratista presentó y tramitó ante la Entidad una valorización con trabajos no ejecutados; hecho que sin mayor análisis puede subsumirse en la causal prevista en el literal a) numeral 1 de la Cláusula Vigésimo Segunda del Contrato de Obra; y, además tal hecho ha sido reconocido en el escrito de demanda, en cuyo texto -el Consorcio Catilluc- señala que presentó a la Supervisión de Obra la Carta N° 037-2016/CC, de fecha 01 de agosto de 2016, agregando que valorizó los trabajos realizados en julio por S/ 6'951,905.88; y, dado que fuera del concepto de penalidad, el contratista no ha cuestionado el monto aprobado de la Valorización N° 03, que considera los trabajos realmente ejecutados, es claro que su conducta se subsume en la citada causal de penalidad prevista en el Contrato; es más, ante las observaciones a su Valorización, el Consorcio Catilluc presentó una subsanación, que implica el reconocimiento de su errado proceder. Bajo tal línea argumentativa, el hecho de haber subsanado la valorización presentada no lo exime de asumir las consecuencias de haber presentado una valorización por trabajos no ejecutados.
- Así también, debe valorarse que el concepto que originó la penalidad en el caso de las Valorizaciones 06, 07, 08, 09, 10 y 11 corresponde al incumplimiento de obligaciones por parte del Contratista: i) presentación de documentación extemporánea, ii) por no contar con los recursos ofertados para la ejecución de la obra; y, iii) por ejecutar la obra con personal profesional distinto al de su oferta técnica; causal prevista en el los numerales 2 y 3 de la Cláusulas Vigésimo Segunda del Contrato de Obra concordante con la Cláusula Trigésimo Tercera del Contrato.




- Respecto de la causal consistente en presentación de documentación extemporánea, precisamos que el argumento del demandante sobre este punto, radica en señalar que la valorización se realizó conjuntamente con el Supervisor y por ello también correspondería que se penalice al Consorcio Supervisor Vial Cajamarca; sin embargo, olvida el contratista que las relaciones jurídicas y el tratamiento contractual, sobre aplicación de penalidades, que la Entidad realice respecto de sus ejecutores y consultores de obra, es absolutamente independiente entre sí; y, la supuesta existencia de responsabilidad conjunta del ejecutor y supervisor de obra, en nada enerva la obligación del contratista de cumplir con la presentación oportuna de sus valorizaciones; entonces, ante la presentación de documentación extemporánea, por parte del Contratista, corresponde que sea penalizado, por estar así previsto en la normativa de contrataciones.
- Sobre el argumento del Consorcio Catilluc, referente a la inexistencia de la causal aplicada en el Contrato de obra, deberá considerarse que tal y como lo hemos señalado, la penalidad por mora está prevista en la norma aplicable; por lo que, resulta innecesario que el contrato la prevea; en tal sentido, es falso que la penalidad por mora no esté regulada en cuanto a su aplicación en la normativa de contrataciones, aplicable al caso.
- Asimismo, cabe resaltar que dada la calidad de pago a cuenta de la valorización, ésta deberá ser analizada en la etapa prevista para ello en la normatividad de contrataciones, correspondiente a la liquidación de obra. En tal orden de ideas, es perfectamente posible y –de acuerdo a Ley- corresponde que se realice la liquidación del Contrato N° 002-2016-GR.CAJ/GGR aun cuando éste haya sido resuelto (como es el caso); en tal sentido, y bajo la particular circunstancia que implica la resolución del contrato, el Tribunal Arbitral deberá valorar que ocurrida la figura de la

resolución, ello determinará específicos efectos económicos; pues, no puede obviarse las causales que determinaron la aplicación de dicha figura jurídica, toda vez que en función a las circunstancias particulares que dieron origen a la resolución se determinarán sus consecuencias económicas.

- En la medida que la liquidación de un contrato de obra debe contener todos los conceptos que forman parte del costo total de la obra, tales como las valorizaciones, los reajustes, mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, e incluso penalidades y el cálculo detallado de las prestaciones ejecutadas; es claro que, la liquidación de un contrato de obra incluye dos tipos de conceptos: (i) aquellos que forman parte del costo de la obra y (ii) aquellos cuya inclusión es autorizada por la normativa de contrataciones del Estado; por lo que, considerando el primer párrafo del artículo 209 del Reglamento, el mismo que indica que "La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible." (El subrayado es agregado), es evidente que la oportunidad para determinar la procedencia de la aplicación de penalidades, así como para evaluar otros efectos económicos propios de la resolución del contrato, corresponde al acto propio de la liquidación de obra, acto en el que deberá valorarse las causales de la resolución del contrato.

- Sin embargo, adicionalmente, debe precisarse que, para iniciar la liquidación de un contrato de obra que ha sido resuelto, es necesario que dicha resolución haya quedado consentida; pues, es con el consentimiento de la resolución que podrá determinarse las causas de la misma, a qué parte es imputable y, en esa medida, qué otros conceptos autorizados por la normativa deberán incluirse.

- En consecuencia, además de los conceptos autorizados por la normativa de contrataciones del Estado –que dependen de las circunstancias específicas que motivaron la resolución–, la liquidación del contrato de obra que se elabora luego de resuelto el mismo, debe incluir, necesariamente, el cálculo detallado de las prestaciones ejecutadas, las mismas que incluyen los metrados ejecutados por partida, los montos proporcionales de gastos generales y utilidad hasta el momento en que se resolvió el contrato.

- La ausencia de justificación en el incumplimiento de las obligaciones se refiere a los casos en los que el deudor no cumple con las prestaciones a su cargo por razones imputables a él, lo que, en términos simples, significa que no existen motivos que justifique dicho incumplimiento o que lo releven de responsabilidad. Ahora bien, por su naturaleza y finalidad, la penalidad corresponde ser aplicada automáticamente, a efectos de cautelar los intereses de la Entidad, si ha acreditado de manera incontrovertible o con suficiente evidencia, que el retraso o incumplimiento de obligaciones obedeció a razones no justificadas, siendo ese el caso materia del presente proceso, pues de forma indubitable se acredita el incumplimiento de obligaciones por parte del contratista.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. En la Cláusula Vigésimo sSgunda del CONTRATO las partes establecieron otras penalidades, en los términos siguientes:

PROCESO ARBITRAL N° 1018-2018.

Demandante : CONSORCIO CATH.U.C.

Demandado : Gobierno Regional de Cajamarca

Materia : Nulidad e Ineficacia de Resolución de Contrato y Otros.

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: OTRAS PENALIDADES

En aplicación del Artículo 166º. Otras penalidades del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establecen las siguientes:

1. Se aplicará una penalidad del 0-15% del Contrato original, por los siguientes conceptos:
 - a. Por valorizar trabajos sin ceñirse a las bases de pago de las especificaciones técnicas y/o valorizar trabajos no ejecutados (sobre - valorizaciones, valorizaciones adelantadas etc.), que ocasionen pagos indebidos o no encuadrados en las disposiciones vigentes, en perjuicio de las acciones legales que pudieran corresponder.
 - b. Por presentar y valorizar trabajos de obras adicionales dentro de la planilla de la obra principal contratada.
 - c. Por no presentar el Calendario de avance de obra valorizado actualizado a la fecha de inicio de obra y su Programación PERT-CPM correspondiente a la Supervisión, dentro del plazo de SIETE (07) días calendario de fijada la fecha de inicio de obra.
 - d. Por no presentar el Calendario de avance de obra valorizado actualizado y su Programación PERT-CPM correspondiente, dentro del plazo establecido por el Artículo 201.-Procedimiento de Ampliación de Plazo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - e. Por atrasos y/o paralizaciones de los trabajos o actos programados, consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones laborales con su personal de obra (pago de remuneraciones oportunas).
 2. En caso el CONTRATISTA no contare con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra, se le aplicará una Penalidad equivalente al 10 % de la Valorización del mes en el que se detecta la falta.
 3. De verificarse que durante la ejecución de la obra, el Contratista ha contratado con personal profesional distinto al de su oferta técnica, sin que este hecho haya sido previamente autorizado por la ENTIDAD se le aplicará una penalidad equivalente al 10% del saldo a pagar a dicho personal.
 4. Los cambios de personal profesional de EL CONTRATISTA por pedido expreso de LA ENTIDAD que tengan origen en un desempeño deficiente, negligente o insuficiente en el cumplimiento de sus obligaciones, tendrá una penalidad equivalente al 20% del saldo a pagar a dicho personal. Esta penalidad se aplicará luego de que la Entidad a pedido de la Supervisión, ordene el retiro y cambio del profesional.
- La aplicación de las penalidades serán efectivizadas por la Supervisión en la valorización del mes de la falta o siguiente al hecho acaecido.

2. De acuerdo a lo establecido en el artículo 166º del Reglamento aplicable al presente caso, el contrato debe establecer las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las cuales deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación.

3. De ello se advierte que las penalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado son: la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", y "otras penalidades", las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 165º y 166º del Reglamento, respectivamente. La finalidad de establecer dichas penalidades no es otra que desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo.

4. De ello se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, para lo cual la Entidad debe prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación, además de definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora. Además, las otras penalidades son calculadas de forma independiente a la penalidad por mora; y tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 165° del Reglamento.
5. En el presente caso, el CONTRATISTA cuestiona la validez de las penalidades aplicadas afirmando que no se ha establecido en el CONTRATO el procedimiento para la aplicación de las mismas. Al respecto, se advierte que en el último párrafo de la Cláusula Vigésimo Segunda del CONTRATO, las partes pactaron que las penalidades serán aplicadas por el Supervisor de Obra en la valorización del mes de la falta o en el siguiente del hecho advertido. Ello implica que para la aplicación de las penalidades se sigue el mismo procedimiento de elaboración y aprobación de las valorizaciones.
6. Ahora bien, en sus escritos postulatorios, y en los documentos presentados por ambas partes como medios probatorios (cartas, informes, expedientes de valorización, etc), se verifica que las penalidades que son objeto de las pretensiones de la demanda, fueron aplicadas por el Supervisor de Obra en las Valorizaciones N° 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13. De acuerdo con ese hecho no controvertido, se establece en principio que las penalidades fueron aplicadas por el órgano competente (Supervisor de Obra, competencia otorgada por las partes al suscribir el CONTRATO), y dentro de cada procedimiento de elaboración, aprobación y pago de cada valorización de obra.

7. Siendo así, no se comparte la tesis del CONTRATISTA de que no se habría previsto un procedimiento y que ello habría afectado su derecho a defenderse de cada imputación de infracción penalizable.
8. En cuanto a la penalidad por no presentar el calendario valorizado de avance de obra actualizado y su programación PERT-CPM, el CONTRATISTA afirma que habría sido aplicado en la valorización del mes de julio del 2017. Sin embargo en este expediente arbitral no corre documento alguno que permita establecer que se aplicó tal penalidad con el monto que señala el Demandante.
9. El tal sentido, no se puede emitir pronunciamiento sobre la pretensión de que se declare que el CONTRATISTA no ha incurrido en penalidad alguna por ese concepto; deviniendo improcedente dicho extremo.
10. *u*
En cuanto a la causa de la penalidad aplicada en la Valorización N° 3, por valorizar trabajos no ejecutados, con el informe del Supervisor de Obra aportado como medio probatorio por la ENTIDAD se establece que el CONTRATISTA valorizó metrados proyectados, no ejecutados, incurriendo así en la infracción prevista en el inciso a) del numeral 1 de la Cláusula Vigésimo Primera antes citada; por lo que dicha penalidad por S/. 120,506.87 tiene sustento en el CONTRATO y en la realidad de los hechos.
11. *g*
En cuanto a las penalidades por presentar valorizaciones fuera de plazo aplicadas en las Valorizaciones N° 6, 7, 9, 10 y 11, se tiene que en el numeral 3.10 del Capítulo III de las Bases Integradas se estableció que "La valorización es la cuantificación económica del avance físico en la ejecución de la obra en un período determinado, tendrá el carácter de pago a cuenta y deberá ser realizada el último día de cada período de valorización previsto en la sección específica de las bases, por el inspector o supervisor, según corresponda, y por el contratista".

12. A su vez en el numeral 2.10 del capítulo II de la Sección Especifica de las Bases Integradas, se estableció que "El periodo de valorización será mensual".
13. Ello significa que el CONTRATISTA tenía la obligación de elaborar y presentar las valorizaciones mensuales, el último día de cada mes. Sin embargo, con las cartas del CONTRATISTA con las cuales presentó sus Valorizaciones N° 6, 7, 9, 10 y 11, se establece que las presentó en la primera semana del mes siguiente.
14. Sin embargo, en la Cláusula Vigésimo Segunda del CONTRATO no se ha tipificado como infracción penalizable la presentación de valorizaciones fuera de plazo. Tampoco la Ley de Contrataciones o su Reglamento, o las Bases Integradas contienen una disposición tipificando como infracción ese hecho.
15. Siendo así, se constata que las penalidades aplicadas por presentar valorizaciones fuera de plazo o con información incompleta, no tienen sustento en EL CONTRATO, ni en las Bases Integradas, ni en la normativa que regula las Contrataciones del Estado.

my
g

DÉCIMO PRIMERO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ORDENE AL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA el inmediato pago de las valorizaciones debidamente aprobadas correspondientes a la valorización 14 del mes de junio del 2017 y valorización 15 del mes de julio del 2017 y valorización 16 del mes de agosto, pagos en forma completa según los montos de las valorizaciones que fueron aprobadas sin descuentos de penalidades y ORDENE al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA la INMEDIATA DEVOLUCION DE S/. 219,091.22 (DOSCIENTOS DIECINUEVE MIL NOVENTA Y UNO CON 22/00 SOLES) más intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado por

aplicación de penalidad EN LA VALORIZACION N° 014 correspondiente al mes de JUNIO DEL 2017 en la suma de S/. 47,055.93 (CUARETA Y SIETE MIL CINCUENTA Y CINCO CON 93/100 SOLES) EN LA VALORIZACION N° 015 correspondiente al mes de JULIO DEL 2017 en la suma de S/. 172,035.29 (CIENTO SETENTA Y DOS MIL TREINTA Y CINCO CON 29/100 SOLES) declarando de ser el caso que el CONTRATISTA no incurrió en ninguna penalidad.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA.

En la demanda arbitral no se encuentran los fundamentos de la pretensión correspondiente a este punto controvertido.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD.

Sobre la novena pretensión de la demanda, consistente en que se ordene al Gobierno Regional de Cajamarca el pago inmediato de las valorizaciones debidamente aprobadas correspondientes a las Valorizaciones N° 14, 15 y 16, debemos señalar que, según lo expuesto en líneas precedentes, LA ENTIDAD ha procedido conforme a Derecho penalizando los conceptos permitidos por el Contrato ante la acreditación del incumplimiento de las obligaciones del Consorcio Catilluc.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

1. En este expediente arbitral no corre documento alguno que permita establecer que LA ENTIDAD aplicó tales penalidades en las Valorizaciones N° 14, 15 y 16, ni los conceptos que habrían sustentado dichas penalidades, ni los montos que señala el Demandante.
2. El tal sentido, el tribunal arbitral no puede emitir pronunciamiento sobre la pretensión de que el tribunal declare que el CONTRATISTA no ha incurrido en penalidad alguna por ese concepto; deviniendo improcedente dicho extremo.

PROCESO ARBITRAL N° 1018-2018.

Demandante : CONSORCIO CATILLUC

Demandado : Gobierno Regional de Cajamarca

Materia : Nulidad e Ineficacia de Resolución de Contrato y Otros.

DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral ordene al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, el pago de la suma de S/. 1'000,000.00 (UN MILLON Y 00/100 SOLES), por costas y costos, gastos arbitrales y asesorías legales en la tramitación del presente proceso arbitral.

POSICION DEL CONTRATISTA

EL CONTRATISTA no ha expuesto los fundamentos de esta pretensión.

POSICION DE LA ENTIDAD

Debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje. Esta última dispone que ante la falta de acuerdo entre las partes para asumir los costos del arbitraje, estos serán de cargo de la parte vencida; por lo que, en su oportunidad y luego de un análisis de los hechos expuestos así como de la norma aplicable, el Tribunal Arbitral determinará que el Consorcio Catilluc deberá asumir los gastos arbitrales.

PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO GREGORIO MARTÍN ORÉ GUERRERO

Al respecto, en el numeral 1.7 de la Cláusula Trigésimo Novena del CONTRATO, las partes pactaron lo siguiente:

- 1.7. El pago de los gastos arbitrales serán de cargo de la parte demandante; siendo aplicable el mismo criterio en caso se formule reconvención.
Los gastos arbitrales no podrán ser mayores a los señalados en la Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

En tal sentido, y siendo lo anterior un pacto válido, aceptado por la común intención de las partes, de buena fe y bajo la permisividad que establece 73° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, los gastos del presente arbitraje tienen que ser asumidos obligatoriamente por la parte demandante, esto es EL CONTRATISTA, quien en efecto los ha pagado totalmente, sin que

PROCESO ARBITRAL N° 1018-2018.

Demandante : CONSORCIO CATILLUC.

Demandado : Gobierno Regional de Cajamarca.

Materia : Nulidad e Ineficacia de Resolución de Contrato y Otros.

ello genere la obligación de LA ENTIDAD de restituir suma alguna por este concepto al CONTRATISTA.

Por tanto, no corresponde ordenar a la ENTIDAD el pago de las costas y costos del arbitraje.

LAUDO:

Por las razones expuestas, el Árbitro Gregorio Martín Oré Guerrero, en ejercicio de las facultades que le otorga la Constitución Política del Estado, el Decreto Legislativo N° 1071, la Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, así como el CONTRATO celebrado entre las partes, **LAUDA EN MINORÍA:**




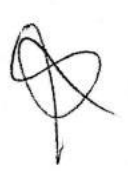
PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **NULA E INEFICAZ** la resolución del Contrato N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA COVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) –CAJAMARCA", efectuada por el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA el 22 de setiembre del 2017, y por su efecto, **NULAS** la RESOLUCION GERENCIAL GENERAL REGIONAL N° 235-2017-GR. CAJ7GGR, de fecha 22 de setiembre del 2017 y la CARTA NOTARIAL N° 063-2017-G.R.CAJ/GGR de fecha 04 de setiembre del 2017.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **CONSENTIDA** la resolución del Contrato N° 002-2016-GRCAJ-GGR. LP. N° 002-2015-GRCAJ-PRIMERA

CONVOCATORIA Para la ejecución de la Obra: "MEJORAMIENTO CARRETERA CA-103: EM. PE- 06B (SANTA CRUZ DE SUCCHUBAMBA) – ROMERO CIRCA – LA LAGUNA – TONGOD –CATILLUC – EMP. PE - 06 C (EL EMPALME) –CAJAMARCA", efectuada por el CONSORCIO CATILLUC mediante carta notarial el 25 de setiembre del 2017.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la primera pretensión *accesoria de la segunda pretensión principal*; en consecuencia: **ORDENAR** al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA que reconozca al CONTRATISTA, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del **CONTRATO**; e **IMPROCEDENTE** en los extremos de establecer dicho resarcimiento en la suma de S/. 5 000,000.00 (cinco millones y 00/100 Soles), así como en el extremo de ordenar la compensación de esta suma los adelantos directos o adelantos de materiales no amortizados, y en el extremo de ordenar la amortización de la suma actualizada de las cartas fianza de adelanto directo y cartas fianza de adelanto de materiales.

 **CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la segunda pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la demanda arbitral.

 **QUINTO: DECLARAR FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR CONSENTIDO** el cambio de personal efectuado por el CONSORCIO CATILLUC mediante solicitud de cambio de fecha 11 de noviembre del 2016, toda vez que el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA no se pronunció dentro del plazo establecido en el **CONTRATO N°002-2016-GRCAJ-GGR**.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión de la *demanda arbitral*; en consecuencia: **DECLARAR** que el CONSORCIO CATILLUC no incurrió en penalidades por falta de personal propuesto; por lo

que el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA devolverá los montos descontados por las penalidades cobradas en todas y cada una de las valorizaciones del contrato principal y de las valorizaciones del adicional de obra, más el pago de los intereses legales devengados y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado por dicho concepto; el monto de la devolución de los descuentos de las penalidades se practicará en la Liquidación de cuentas.

SÉTIMO: DECLARAR IMPROCEDENTE la quinta pretensión principal de la demanda arbitral.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la sexta pretensión principal de la demanda arbitral.

NOVENO: DECLARAR FUNDADA la séptima pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad por presentar valorizaciones fuera de plazo; por tanto: el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA deberá devolver S/. 602,534.35 (seiscientos dos mil quinientos treinta y cuatro con 35/100 SOLES) más interés legal devengado y por devengarse hasta la devolución total del monto descontado en las Valorizaciones N° 06, 07, 09, 10 y 11.

DÉCIMO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la octava pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: **DECLARAR** que el CONSORCIO CATILLUC no ha incurrido en penalidad por no contar con los recursos (personal y equipo) ofertados para la ejecución de la obra debido; **INFUNDADA** en el extremo sobre penalidad aplicada por haber ejecutado la obra con personal profesional distinta a su oferta técnica antes del 22 de noviembre del 2016; por tanto el GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA devolverá S/. 530,458.07 (QUINIENTOS TREINTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO CON 07/100 SOLES), más interés legal devengado y por devengarse hasta la devolución total del monto señalado.

PROCESO ARBITRAL N° 1018- 2018.

Demandante : CONSORCIO CATILLUC.

Demandado : Gobierno Regional de Cajamarca.

Materia : Nulidad e Ineficacia de Resolución de Contrato y Otros.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la novena pretensión principal de la demanda arbitral.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la décima pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia: los gastos del arbitraje que comprenden los honorarios de los árbitros, de la secretaria arbitral y los gastos administrativos del arbitraje, deben ser asumidos íntegramente por el CONSORCIO CATILLUC.

DÉCIMO TERCERO: DISPONER que cada parte asuma los honorarios de sus abogados, asesores y peritos de ser el caso.

DÉCIMO CUARTO: FIJAR el monto de los honorarios y gastos administrativos en los importes que el Demandante ha pagado a los Árbitros y a la Secretaría Arbitral.

DÉCIMO QUINTO: DISPONER que el presente Laudo sea registrado en el SEACE, en el plazo correspondiente; sin perjuicio de remitirse copia al OSCE.

Notifíquese dentro del plazo previsto en el Convenio Arbitral.


Gregorio Martín Oré Guerrero
Árbitro


Anselmo Sotelo Pacheco
SECRETARÍA ARBITRAL