

Cajamarca, enero 29 de 2020

Señor

Dr. HOMERO ABSALÓN SALAZAR CHÁVEZ

Secretario General

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca

Jirón Juan Villanueva N° 571

Cajamarca

Asunto : PRESENTA LAUDO DE DERECHO

Referencia : PROCESO ARBITRAL INSTITUCIONAL 008-2018-CA.CCPC

De mi especial consideración

Mediante el presente, en mi condición de Presidente del Tribunal Arbitral, alcanzo para su notificación a las partes procesales, el Laudo en Derecho (dictado en mayoría) que pone fin a la controversia suscitada entre el Consorcio Saneamiento Cutervo y el Gobierno Regional de Cajamarca; el mismo que consta de un original y siete juegos de cuarenta y cinco (45) folios cada uno.

En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 50° del Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, en adelante EL CENTRO, habiéndose presentado el Laudo dentro del plazo para laudar, debe ser notificado a las partes dentro de los cinco (05) días de entrega por la Presidente.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,


VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS
ABOGADO - ÁRBITRO

29/01/2020

12:10 pm

El laudo se
concluye

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

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

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

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

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

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

I. CLÁUSULA ARBITRAL

1. Por Contrato N° 106-2016-GR-CAJ/PROREGION, AMC N° 030-2015-GR.CAJ/PROREGION, de fecha 18 de marzo de 2016, celebrado entre EL CONSORCIO y PROREGION, se pactó el servicio de "Ejecución de metas

reducidas en redes de agua y alcantarillado y aplicación de la sub cláusula 11.4 de las condiciones generales del Contrato”, como meta integrante del proyecto de inversión pública “Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Cutervo”, por un monto de S/. 4’939,331.88 (Cuatro Millones Novecientos Treinta y Nueve Mil Trescientos Treinta y Uno y 88/100 Soles), en adelante denominado EL CONTRATO; habiéndose establecido en la cláusula Décimo Novena el rubro referido a la solución de controversias.

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

“CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

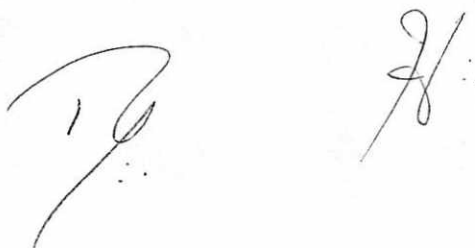
Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

(Énfasis agregado)

II. COMPOSICIÓN DEL ARBITRAJE

3. Mediante petición de arbitraje, de fecha 27 de abril de 2018, EL CONSORCIO inicia el arbitraje, petición que es admitida a trámite mediante Resolución N° 01, de fecha 30 de abril de 2018, expedida por Secretaría General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, en adelante denominada EL CENTRO. EL CONSORCIO designa como árbitro de parte al abogado Raúl Ernesto Arroyo Mestanza, quien acepta por Carta de fecha 21 de mayo de 2018.



Por escrito de fecha 03 de mayo de 2018, PROREGION, se somete al arbitraje institucional, indicando que la propuesta del árbitro de parte estaría sujeta a una atribución del Gobernado Regional del GORE CAJAMARCA. Es por ello que, por escrito del 09 de mayo de 2018, el Procurador Público del GORE CAJAMARCA, se apersona al proceso, se somete al arbitraje institucional y designa como árbitro de parte al abogado Jashim Valdivieso Cerna, el mismo que acepta la encomienda el 22 de mayo de 2018.

Mediante Carta de fecha 13 de junio de 2018, tanto el árbitro propuesto por EL CONSORCIO como por el GORE CAJAMARCA, de manera conjunta y consensuada propusieron al abogado Víctor Alberto Huamán Rojas para que se desempeñara como Presidente del Tribunal Arbitral; en razón de lo cual, el citado árbitro, acepta formalmente el encargo conferido por Carta de fecha 19 de junio de 2018.

III. REGLAS DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

4. Por Resolución N° 01, de fecha 10 de julio de 2018 se fijaron las reglas de instalación que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral, los honorarios profesionales de la Secretaría Arbitral, y gastos administrativos a favor de EL CENTRO, así como las demás disposiciones básicas para llevar adelante el procedimiento arbitral; designándose como Secretario Arbitral, al Dr. Homero Absalón Salazar Chávez, declarándose abierto el proceso, confiriéndose el plazo respectivo para la presentación de la demanda.

IV. DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO

5. Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2018, EL CONSORCIO interpuso demanda arbitral contra el GORE CAJAMARCA y PROREGION.

- **PRETENSIONES**

6. EL CONSORCIO planteó las siguientes pretensiones:

- A. **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Se deje sin efecto la Resolución de Contrato notificada mediante Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION de fecha 21 de marzo de 2018.

B. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se deje sin efecto la Carta N° 003-2018 de fecha 13 de febrero de 2018, mediante la cual se requiere notarialmente, bajo apercibimiento de resolución de contrato.

C. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se declare y confirme que la resolución de contrato efectuado por parte de EL CONSORCIO es válida y por causa imputable a la Entidad, producto de no cumplir con absolver el requerimiento notarial dentro del plazo de 15 días concedido.

D. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se reconozcan y se paguen los mayores gastos generales.

E. PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA

Se ordene el pago de los gastos financieros que ha asumido EL CONSORCIO por la renovación de las Cartas Fianza.

F. SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA

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

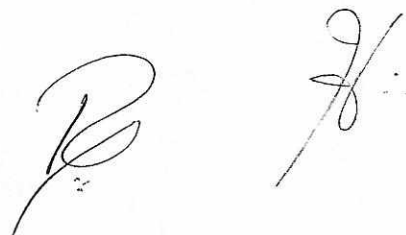
G. TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA

Se ordene la devolución de las Cartas Fianza.

Posteriormente mediante escrito de fecha 25 de septiembre de 2018, EL CONSORCIO adjuntó medios probatorios documentales sobre liquidación de gastos generales, siendo el monto reclamado por esta pretensión la suma de S/. 1'101,742.61 (Un Millón Ciento Un Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 61/100 Soles).

• EL CONSORCIO FUNDAMENTA SUS PRETENSIONES EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:

El origen de la controversia: suscripción del Contrato de Ejecución de Obra mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable,



alcantarillado y tratamiento de aguas residuales en la ciudad de Cutervo.

7. Con fecha 31 de diciembre de 2015, PROREGION, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 030-2015-GR.CAJ/PROREGION, derivada de la Licitación Pública N° 001-2015 para la contratación en la "Ejecución de metas reducidas en redes de agua y alcantarillado y aplicación de la sub cláusula 11.4 de las condiciones generales del Contrato", como meta integrante del proyecto de inversión pública "Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Cutervo".

Refiere EL CONSORCIO que como consecuencia de su participación, les fue adjudicada la Buena Pro, habiéndose suscrito EL CONTRATO con fecha 18 de marzo de 2016. En virtud de la ejecución de EL CONTRATO, se procedió a la entrega de obra, la misma que estuvo afecta a un Pliego de Observaciones por parte de PROREGION, las mismas que fueron levantadas mediante documento de fecha 09 de octubre de 2017.

Con fecha 16 de octubre de 2017 el Supervisor de Obra procede a inspeccionar las subsanaciones y como consecuencia emite el Informe N° 048-2017. Posteriormente, mediante Carta N° 066-2017 de fecha 25 de octubre de 2017, PROREGION exhorta a cumplir las obligaciones, pero de manera genérica, sin presentar en forma objetiva y detallada cuáles son las supuestas observaciones que no se habrían levantado.

Mediante Carta N° 037-2017 de fecha 31 de octubre de 2017, EL CONSORCIO reitera a PROREGION que las observaciones ya habían sido levantadas con fecha 09 de octubre de 2017. El 28 de diciembre de 2017 se procede a la verificación de la obra, participando todas las partes y se levanta el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones.

Con Carta Notarial N° 003-2018 de fecha 13 de febrero de 2018, PROREGION requiere a EL CONSORCIO, bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO.

EL CONSORCIO responde a PROREGION por Carta Notarial de fecha 28 de febrero de 2018, manifestando que el requerimiento es extemporáneo y que no habrían cumplido con las observaciones anotadas en el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones del 28 de diciembre de 2017, habiendo vencido el plazo el 08 de enero de 2018.



EL CONSORCIO mediante Carta Notarial de fecha 28 de febrero de 2018, requiere a su vez a PROREGION para que cumpla con sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO, hecho que así ocurrió mediante Carta Notarial N° 0004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018.

PROREGION, con fecha 21 de marzo de 2018 (dos días después en que EL CONSORCIO había dejado sin efecto EL CONTRATO por la resolución contractual) notifica la Carta Notarial N° 011-2018, donde por su parte resuelve EL CONTRATO.

Argumentos de la demanda en relación a que se deje sin efecto la Resolución de EL CONTRATO, notificada por Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018

8. Sostiene EL CONSORCIO que PROREGION resolvió EL CONTRATO, notificada por Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018, a pesar que por su parte habían ya notificado la resolución contractual por Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC de fecha 19 de marzo de 2018, en cuyo caso, EL CONTRATO ya no tenía vigencia, debido a que ya se había notificado con antelación la resolución contractual; en cuyo caso, resultaba siendo un imposible jurídico que PROREGION "pretenda resolver lo que ya no tenía eficacia legal".

Indica EL CONSORCIO que al momento en que se realiza el Acta de Verificación de Subsanción de Observaciones de fecha 28 de diciembre de 2017, se hicieron dos observaciones por parte suya (i) Las partidas puestas en marcha tanto del sistema de agua potable, como del alcantarillado habrían sido reducidos por PROREGION y por lo tanto, las observaciones hechas con respecto a la puesta en marcha, no se puede ejecutar hasta que PROREGION complete la ejecución de la obra; (ii) Se solicitó se otorgue la libre disponibilidad de pases, servidumbres y licencias sociales a fin de proceder a la reparación del pavimento de la Avenida San Juan o en su defecto se proceda a un deductivo de la partida de concreto.

Ninguna de las dos observaciones advertidas por EL CONSORCIO fue objeto de pronunciamiento por parte de PROREGION, dentro del plazo de



05 (cinco) días, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 210º, numeral 3) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Arguye EL CONSORCIO que frente a este incumplimiento por parte de PROREGION, se notificó la Carta Notarial N° 003-2018-JHMA/GG-CSC de fecha 28 de febrero de 2018, por la cual se requiere el cumplimiento de ambas observaciones, concediéndose el plazo perentorio de 15 (quince) días hábiles, bajo apercibimiento de resolución de contrato, conforme así lo prescribe el Artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Es así que mediante Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018, frente a la omisión en el cumplimiento del requerimiento, EL CONSORCIO resuelve en forma total EL CONTRATO; en consecuencia, arguye la parte demandante, que al haberse resuelto previamente EL CONTRATO, el acto de resolución posterior, realizado por PROREGION es ineficaz y no puede ser oponible, ya que no puede resolverse lo que ya no existe y ya no existían obligaciones entre las partes.

Argumentos de la demanda en relación a que se deje sin efecto la Carta N° 003-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 13 de febrero de 2018, mediante la cual se procede al requerimiento notarial, bajo apercibimiento de resolución contractual

9. Sostiene EL CONSORCIO que el acto de requerimiento notarial por parte de PROREGION, y que sirve luego de sustento para la resolución contractual efectuada por la Entidad, resulta siendo ineficaz, debido a que no cumplió con un acto previo y obligatorio, como era absolver las observaciones consignadas en el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones de fecha 28 de diciembre de 2017.

Indica EL CONSORCIO que PROREGION ha infringido una norma imperativa y de obligatorio cumplimiento, como es el numeral 3) del Artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuyo caso, la Entidad tenía hasta el 08 de enero de 2018 para absolver las observaciones consignadas en el Acta, lo cual nunca ocurrió; no obstante ello, dos meses después, les es notificada la resolución contractual.

Argumentos de la demanda en relación a que se declare y confirme que la resolución de contrato efectuada por EL CONSORCIO es válida y por



causa imputable a la Entidad, producto del incumplimiento de absolver el requerimiento dentro del plazo de 15 (quince) días de concedido

Indica EL CONSORCIO que esta pretensión es de pleno derecho; pues, al haberse resuelto el contrato con antelación a la resolución contractual que efectuara la Entidad; en cuyo caso, al declararse fundada la primera pretensión, la consecuencia jurídica de la misma es que la resolución de EL CONTRATO realizada por la demandante debe ser considerada válida.

Argumentos de la demanda respecto al pago de costas y costos del proceso, y gastos financieros

Indica EL CONSORCIO que una de las consecuencias al momento de la expedición del Laudo es ordenar la imposición de las costas y costos a la parte vencida.

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

10. Por escrito de fecha 09 de octubre de 2018, PROREGION contestó la demanda, ofreciendo los medios probatorios de su parte; del mismo modo, dedujo las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de litispendencia.

Mediante escrito de fecha 17 de octubre de 2018, el GORE CAJAMARCA contesta la demanda arbitral, y cumple con el ofrecimiento de sus medios de prueba en aplicación del principio de comunidad de la prueba.

Por Resolución Nº 06, de fecha 08 de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral, dispuso en el Artículo Primero, tener por contestada la demanda formulada por PROREGION y el GORE CAJAMARCA, teniéndose por ofrecidos los medios de prueba; y, en el Artículo Segundo de su parte resolutive, se dispuso tener por formuladas las excepciones de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y la excepción de litispendencia deducidas por PROREGION, disponiéndose correr traslado a la parte contraria por el plazo de 20 (veinte) días hábiles para la absolución correspondiente.

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



Primero: Con referencia a la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, el GORE CAJAMARCA fundamenta el pedido en atención al Código Procesal Civil (Artículo 446º, numeral 4), indicando seguidamente que no se habría precisado el monto a cancelar por los mayores gastos generales peticionados en la cuarta pretensión de la demanda.

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

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

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



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

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

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

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

¹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz En COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 392.

² SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. ARBITRAJE Y PROCESO CIVIL, ¿VECINOS DISTANTES?: EL DEBIDO PROCESO EN SEDE ARBITRAL. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12215/12780> consulta realizada el 03 de julio de 2019.



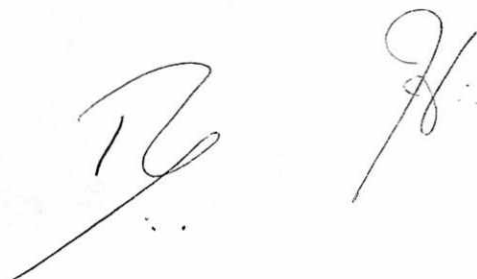
(principios procesales) pueden utilizarse dentro de un arbitraje, cuando se trate de un desarrollo necesario, apropiado y pertinente al proceso.

Noveno: Hechas estas precisiones, conviene indicar que la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, se fundamenta en que la parte actora no habría fijado el monto de la cuarta pretensión relacionada con el pago de mayores gastos generales. Sin embargo, tamaña aseveración no encuentra correlato con el escrito con sumilla "LIQUIDACIÓN DE GASTOS GENERALES" presentado por EL CONSORCIO con fecha 25 de septiembre de 2018, por el cual, se indica que esta pretensión alcanza la suma de S/. 1'101,742.61 (Un Millón Ciento Un Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 61/100 Soles), escrito que a su vez mereció la expedición de la Resolución N° 05, de fecha 07 de noviembre de 2018, en la cual, en el Artículo Segundo de su parte resolutive se dispuso requerir a Secretaría General de EL CENTRO se sirva realizar la Liquidación Adicional de Honorarios por la ampliación del monto de la controversias y tener por ofrecidos los medios probatorios del citado escrito, corriéndose traslado a la entidad demandada.

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

Décimo: En relación a la excepción de litispendencia, sostiene el GORE CAJAMARCA que mediante Proceso Arbitral N° 005-2018-CA.CCPC, la Entidad habría interpuesto demanda arbitral cuya pretensión es dejar sin efecto legal la Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, mediante la cual, EL CONSORCIO comunica su decisión de resolver en forma total EL CONTRATO, en cuyo caso, existiría otro proceso pendiente entre las mismas partes, por el mismo objeto y por la misma causa.

Décimo primero: Al respecto conviene indicar que el proceso que nos ocupa tiene como primera pretensión principal de la demanda que se deje sin efecto la Resolución de EL CONTRATO, notificada por Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018, resolución contractual notificada por PROREGION. En cambio, en el proceso arbitral N° 005-2018-CA.CCPC, la pretensión de la demanda formulada por el GORE CAJAMARCA es dejar sin efecto legal la Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, mediante la cual, EL CONSORCIO comunica su decisión de resolver en forma total EL CONTRATO.



Décimo segundo: Dentro de este contexto, debemos indicar que la excepción de litispendencia en el ámbito procesal, se puede formular cuando existe otro proceso idéntico y pendiente entre las mismas partes, en virtud de la misma causa y por el mismo objeto, es decir, frente a la coexistencia de dos pretensiones cuyos elementos son idénticos. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia en Casación N° 878-2004, expedida el 06 de julio de 2005, indica que “los petitorios y los intereses para obrar de cada una de las partes en los procesos referidos y en el presente son distintos, por lo que no se configuraba la triple identidad para amparar la excepción de litispendencia”, triple identidad que no se presenta en el caso de autos, debiéndose desestimar la excepción formulada.

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

11. El viernes 07 de diciembre de 2018, a horas 9:30 de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral, con la concurrencia de la parte demandante EL CONSORCIO, debidamente representado por Jorge Hernando Mendoza Aguilar, con la participación de la parte demandada a través de la Procuradora Adjunta del GORE CAJAMARCA, abogada Georgette del Alva Sáenz Cieza de Coronel y por PROREGION, debidamente representado por el Jefe de Asesoría Legal abogado Nilton Fernando Izquierdo Marín, acompañado de la abogada Esther Palacios Huamán, se llevó a cabo la Audiencia previamente programada sobre Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Audiencia en la cual, conforme se desprende del acta correspondiente, se dio por fracasada la etapa conciliatoria.

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

PUNTOS CONTROVERTIDOS:

A continuación el Tribunal Arbitral, procedió a fijar los puntos controvertidos, en función a las pretensiones propuestas por EL



CONSORCIO y por el GORE CAJAMARCA y PROREGION, habiendo las partes asistentes prestado su conformidad.

En relación a la demanda y contestación:

- A) Determinar si es procedente o no dejar sin efecto la Carta N° 003-2018 de fecha 13.02.2018, mediante la cual se requiere notarialmente al demandante bajo apercibimiento de resolver el contrato.
- B) Determinar si es procedente o no dejar sin efecto la Resolución de Contrato notificada mediante Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION de fecha 21.03.2018.
- C) Determinar si es procedente o no declarar y confirmar que la resolución de contrato efectuada por la parte demandante es válida y por causa imputable a la Entidad, producto de no cumplir con absolver el requerimiento notarial dentro del plazo de 15 días de concedido.
- D) Determinar si es procedente o no que se reconozcan y se paguen los mayores "GASTOS GENERALES" en favor de la parte demandante.
- E) Determinar si es procedente o no ordenar el pago de los gastos financieros que está asumiendo la parte demandante por la renovación de las Cartas Fianza.
- F) Determinar si es procedente o no ordenar el pago de las costa y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.
- G) Determinar si es procedente o no ordenar la devolución de las Cartas Fianza en favor de la parte demandante.

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

DE LA PARTE DEMANDANTE, se admitieron los documentos ofrecidos en la demanda que obran en el acápite IV MEDIOS PROBATORIOS y ANEXOS, enumerados del anexo 2-A al anexo 2-H.

DE LA PARTE DEMANDADA, Por PROREGION se admiten los documentos ofrecidos en la contestación de demanda de fecha 09 de octubre de 2018, en el acápite VI MEDIOS PROBATORIOS, anexos 1-A al 1-Q. Por el GORE CAJAMARCA, los medios probatorios ofrecidos en el escrito de



contestación de demanda de fecha 17 de octubre de 2018, en el acápite D MEDIOS PROBATORIOS, D1 Pericia de especialista acreditado.

VII. ALEGATOS E INFORME ORAL

12. Por Resolución N° 12, de fecha 08 de agosto de 2019, al haber transcurrido el plazo otorgado al GORE CAJAMARCA para la presentación de su pericia de parte, en efectividad del apercibimiento decretado, se dispuso en el Artículo Primero de la parte resolutive, PRESCINDIR de la pericia de parte ofrecida por el GORE CAJAMARCA, por no haber sido presentada dentro del plazo perentorio otorgado por el Tribunal. Se dispuso el cierre de la etapa probatoria, por encontrarnos ante medios de prueba de actuación inmediata, se concedió a las partes el plazo para la formulación de alegatos escritos y se fijó día y hora para la realización de la audiencia de INFORMES ORALES para el lunes 26 de agosto de 2019 a horas 10:00 am, realización de la audiencia que posteriormente fuera suspendida por Resolución N° 13, de fecha 23 de agosto de 2019.

Mediante escrito de fecha 15 de agosto de 2019, el GORE CAJAMARCA presenta alegatos escritos; del mismo modo, por escrito de fecha 16 de agosto de 2019 EL CONSORCIO hace lo propio.

Por Resolución N° 15, de fecha 15 de noviembre de 2019, el **Tribunal Arbitral en mayoría**, declaró fundado en parte el recurso de reconsideración formulado por PROREGION y se citó a las partes a la audiencia de INFORMES ORALES para el lunes 02 de diciembre de 2019 a horas 11:00 am, en las instalaciones del Centro de Arbitraje, ubicadas en el Jirón Juan Villanueva N° 571, segundo piso.

13. Mediante Resolución N° 16, de fecha 29 de noviembre de 2019, el **Tribunal Arbitral en mayoría**, desestimó el pedido de reprogramación de audiencia formulado por el GORE CAJAMARCA y se tuvo por presentados los alegatos escritos por parte de PROREGION.

Sostuvo el Tribunal Arbitral en la Resolución N° 16:

Primero: Mediante Resolución N° 15, de fecha 15 de noviembre de 2019, el Tribunal Arbitral dispuso, en el Artículo Primero de su parte resolutive, otorgar a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos, dejándose constancia que tanto el GORE

CAJAMARCA como EL CONSORCIO han cumplido ya con la presentación de los alegatos escritos, situación que no es óbice, para que, si así lo estimasen, presenten alegatos nuevos o complementarios. Por escrito del visto (i) PROREGIÓN, cumple con presentar alegatos escritos, los cuales, deben agregarse a los autos y notificarse a las partes.

Segundo: Mediante el escrito del visto (ii), el GORE CAJAMARCA solicita reprogramación de la Audiencia de Informes Orales, la cual, por Resolución N° 15 fue fijada para el **lunes 02 de diciembre de 2019 a horas 11:00 a.m.**, señala la peticionante que el 02 de diciembre de 2019, se habrían notificado la realización de dos audiencias arbitrales para las 9:00 a.m. y 4:00 p.m.

Tercero: Prescribe el numeral 26º del Acta de Instalación, que el Tribunal Arbitral concederá a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y en su caso soliciten la realización de una Audiencia de Informes Orales. El Tribunal Arbitral podrá igualmente disponer la realización de dicha audiencia aún en el caso que las partes no la hayan solicitado, si lo estima conveniente. Por su parte, el Artículo 39º del Reglamento Procesal de EL CENTRO, dispone que el Tribunal se encuentra facultado para citar a las partes a INFORME ORAL, en cualquier momento antes del Laudo; siempre que considere que ello contribuye a esclarecer la controversia, diferencia, desavenencia, litigio o cuestiones que se hayan sometido a arbitraje

Cuarto: En el presente caso, todas las partes procesales han cumplido ya con la presentación de sus alegatos escritos, los cuales, podrían ser objeto de su verbalización durante la denominada Audiencia de Informes Orales. En cuyo caso, el argumento de que se requeriría de un plazo mayor para la realización de esta audiencia, por encontrarnos ante un caso complejo, no resulta atendible.

En el mismo sentido, el Tribunal Arbitral hace la atinencia que las fechas previamente programadas para dos actuaciones arbitrales distintas a la que nos ocupa (9:00 a.m. y 4:00 p.m.), no se entrecruzan; en cuyo caso, considerando además que la oficina de Procuraduría Pública del GORE CAJAMARCA, tiene diversos abogados adscritos a ella, determina también que no se estime el pedido de reprogramación; pues, el Procurador

Expediente



Público puede perfectamente disponer su participación directa o a través de uno de los abogados adscritos.

Quinto: Por su parte, el Artículo 31º, literal e) del Reglamento Procesal de EL CENTRO, dispone textualmente *"Si una o ambas partes no concurren a una audiencia el Tribunal Arbitral continuará con ésta. Si concurriendo, se negaran a suscribir el acta respectiva, se dejará constancia de ese hecho en el acta"*. Por consiguiente, la incomparecencia de una o ambas partes a la audiencia de Informes Orales, no suspende su realización.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- TENER POR PRESENTADOS los alegatos escritos formulados por PROREGIÓN, debiéndose agregar a los autos, con conocimiento de las partes procesales.

SEGUNDO.- DESESTIMAR el pedido de reprogramación de la audiencia de Informes Orales solicitado por el GORE CAJAMARCA.

14. En el mismo sentido, considerando la renuencia reiterada del árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna, el Tribunal Arbitral dispuso notificar a las partes sobre la regla procesal para la adopción de decisiones al interior del Tribunal Arbitral, que fuera adoptada por unanimidad de los miembros del Tribunal el 08 de noviembre de 2018, teniendo en cuenta para ello lo prescrito en el Artículo 52.2º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 40º del mismo cuerpo normativo. Regla procesal que indica textualmente:

"REGLA: El sentido del voto se discute por el Tribunal Arbitral en un periodo máximo de 72 horas (tres días) desde su proposición a debate, si no hubiera consenso, el o los árbitros podrá emitir su voto en discordia o singular. Esto significa que el árbitro que no haga traslado de su posición, conviene expresamente en lo acordado por la mayoría, en su caso, o por la propuesta del Presidente, en caso de disidencia"

15. La Audiencia de Informes Orales se realizó el lunes 02 de diciembre de 2019 a horas 11:00 a.m., con la concurrencia de la parte demandante, representada por Jorge Hernando Mendoza Aguilar, asesorado por su abogado Christian Alberto Reátegui Orihuela y por la parte demandada el abogado Nilton Paco García Mendoza, adscrito a la Oficina de



Procuraduría Pública del GORE CAJAMARCA, sin la concurrencia de PROREGION, pese a encontrarse debidamente notificado.

En este acto, el Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia, cediendo el uso de la palabra a la parte demandante, quien por intermedio de su abogado defensor expuso sus argumentos de defensa. Del mismo modo, se cedió el uso de la palabra al abogado del GORE CAJAMARCA, quien expuso sus argumentos de contradicción.

El Tribunal Arbitral tuvo la oportunidad de formular a las partes las preguntas aclaratorias, las que fueron debidamente contestadas por los abogados de ambas partes.

Por escrito de fecha 05 de diciembre de 2019, el GORE CAJAMARCA presenta Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 16 que no aceptó el pedido de reprogramación de la audiencia de Informes Orales. En tal sentido, de conformidad con la regla procesal prevista en el Artículo 29° del Acta de Instalación, el impugnatorio será resuelto de plano, sin necesidad de ponerlo en conocimiento de la parte contraria. Debiéndose tener en cuenta lo siguiente:

Primero: Teniendo en cuenta el Recurso de Reconsideración interpuesto por el GORE CAJAMARCA, debemos indicar que siguiendo al autor Ricardo Luque Gamero³, existen criterios sustantivos para que el recurso sea admitido y finalmente encausado, a saber: i) que se presente por los sujetos que están legitimados por la norma; ii) que la reconsideración se encuentre debidamente motivada; y, iii) que la resolución en cuestión sea recurrible en reconsideración.

Segundo: Con relación al primer requisito, la norma limita su ejercicio a aquellos que son considerados “parte” dentro del proceso. En lo que se refiere al segundo requisito, motivación del recurso de reconsideración, siguiendo al autor citado previamente “(...) debemos entender que este, además debe contener nuevas razones o argumentos que hagan que el tribunal reconsidere su decisión, parte de dicha motivación debe ser la demostración o alegación de un agravio a la parte que presenta el recurso, ya que de otra forma se prestaría el uso de éste a una posible forma de perturbar el avance del proceso. Con lo cual, no sólo deberán confluir en el recurso razones de orden jurídico (alegaciones de errores)

³ LUQUE GAMERO, Ricardo. COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición, enero 2011. Pág. 574.



sino que también deberá concurrir la existencia de un agravio o perjuicio que se produciría de mantenerse la resolución tal cual fue dictada originalmente"⁴. Esto es, que pueden ser materia del recurso de reconsideración tanto los errores de forma (*in procedendo*) como de fondo (*in iudicando*).

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

TERCERO: Pasaremos ahora al análisis de cada uno de los tres requisitos sustantivos que hemos pergeñado previamente. Así tenemos que, tanto el primer como el tercer requisito se presentan; pues, el Recurso de Reconsideración ha sido interpuesto en término hábil por el GORE CAJAMARCA, parte demandada en el presente proceso arbitral, con calidad de parte procesal. Del mismo modo, es pasible de interponer el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 16, de fecha 29 de noviembre de 2019, conforme a la norma prevista en el Artículo 47.3º de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

CUARTO: Ahora bien, con referencia al segundo requisito, debemos advertir que en el caso que nos ocupa, el GORE CAJAMARCA no ha podido determinar objetivamente cuáles son las razones de orden jurídico, esto es, cuáles son las alegaciones de *errores in procedendo* o *in iudicando* de la Resolución N° 16, de fecha 29 de noviembre de 2019, que como hemos visto desestima el pedido de reprogramación de la audiencia de Informes Orales; y en qué medida tales razones le causarían *agravio*; en otras palabras, por qué razón el desestimar un pedido de reprogramación, le cause agravio alguno, si inclusive, como así aparece del Acta de Informes Orales de fecha 02 de diciembre de 2019, el GORE CAJAMARCA estuvo debidamente representado por el abogado adscrito a su Procuraduría Pública y participó activamente en los alegatos orales. Con lo cual, este

⁴ LUQUE GAMERO, Ricardo. Ob. Cit. Pág. 575.
Laudo arbitral de derecho
Página 18 de 45



supuesto normativo no se adecua a los hechos expuestos por la parte impugnante, debiéndose desestimar la misma.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

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

Solo para 2 Arbitros y para ellos se era cumplir la resolución según

Por Resolución N° 18, de fecha 15 de enero de 2020 se amplía por única vez el plazo para laudar hasta por diez (10) días hábiles, el cual se computará desde el día miércoles 15 de enero hasta el día miércoles 29 de enero de 2020, fecha en que indefectiblemente se emitirá el Laudo Arbitral.

Mediante escrito de fecha 21 de enero de 2020, el GORE CAJAMARCA, formula Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 18, de fecha 15 de enero de 2020, indicando que no está de acuerdo con la ampliación del plazo para laudar. En tal sentido, nos encontramos en la etapa procesal de resolver este recurso impugnatorio de plano, conforme lo dispone la regla procesal prevista en el Artículo 29º del Acta de Instalación, así tenemos:

Primero: Prescribe la regla procesal prevista en el Artículo 31º del Acta de Instalación que, con el cierre de la instrucción, se fijará el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el cual podrá ser ampliado discrecionalmente por decisión del Tribunal Arbitral por treinta (30) días hábiles adicionales, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 44º del Reglamento Procesal de EL CENTRO.

Segundo: En el presente caso, dentro del plazo ordinario para laudar, el Tribunal Arbitral en mayoría notificó a las partes procesales, su decisión discrecional de ampliar el plazo para laudar por diez (10) días hábiles, conforme así aparece con la Resolución N° 18, de fecha 15 de enero de 2020 y el cargo de notificación a las partes procesales.

Tercero: Por consiguiente, no existe vulneración alguna en el cumplimiento formal de una regla procesal previamente dictada en el decurso normal del presente proceso arbitral; con lo cual, tampoco existe agravio alguno en disponer el plazo ampliatorio para la emisión del

Laudo, que se constituye además en una utilizada en el común de los procesos arbitrales, debiéndose desestimar el impugnatorio.

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

IX. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- Cuestiones preliminares

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

- Marco legal aplicable para resolver la controversia

18. El marco legal para resolver la controversia estará compuesto por la aplicación de la **Constitución Política del Perú**, las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, **Decreto Legislativo N° 1017** (en adelante denominado simplemente Ley de Contrataciones) y su **Reglamento D.S. N° 184-2008-EF** (en adelante denominado simplemente Reglamento de la Ley de Contrataciones) y sus modificatorias; así como de las normas de **derecho público** y las de **derecho privado**.

19. Aquí debemos precisar que si bien EL CONTRATO fue suscrito a los 18 días del mes de marzo de 2016, fecha en la cual, ya estaba en vigencia la Ley



de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (vigentes desde el 09 de enero de 2016), no menos cierto es que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, establece que "*Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente Ley se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria.*" (El subrayado es agregado).

20. Como puede apreciarse, la Ley establece una disposición transitoria que tiene por objeto que los procedimientos de selección iniciados antes de su entrada en vigencia, continúen rigiéndose por las normas vigentes al momento de su convocatoria; permitiéndose de este modo la aplicación ultractiva de la anterior Ley, siempre que se haya convocado el respectivo procedimiento de selección bajo dicho marco normativo.
21. En dicho contexto, la referida disposición transitoria establece la aplicación ultractiva de la anterior normativa de contratación pública, lo que configuraría una excepción a la regla de aplicación inmediata de la ley desde su entrada en vigencia.
22. Por ende, si la convocatoria de un procedimiento de selección se llevó a cabo durante la vigencia de la anterior Ley y del anterior Reglamento (en nuestro caso, la convocatoria se realizó el 31 de diciembre de 2015), el desarrollo del mismo debe realizarse empleando la anterior normativa, con la finalidad de mantener inalterables las condiciones de selección, generando seguridad jurídica; en cuyo caso, como hemos visto, son de aplicación al caso que nos ocupa la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento D.S. N° 184-2008-EF y sus modificatorias.

- **Análisis de la materia controvertida**

- 1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si es procedente o no dejar sin efecto la Resolución de EL CONTRATO, notificada mediante Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION de fecha 21 de marzo de 2018; y, por consiguiente, si se debe dejar sin efecto la Carta N° 003-2018 de fecha 13 de febrero de 2018, mediante la cual se requiere notarialmente a EL CONSORCIO bajo apercibimiento de resolver el contrato.



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

Para tal efecto, en primer lugar, resulta relevante considerar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto del carácter de la contratación pública: *"La contratación especial tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones"*⁵ (énfasis agregado).

La misma línea es adoptada por la doctrina, así para Juan Carlos Cassagne, *"En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa"*⁶ (énfasis agregado).

Siendo ello así, podemos advertir que nos encontramos frente a una categoría típica del Derecho Administrativo, el **contrato administrativo**, sobre el cual, Manuel María Diez, señala que es *"(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa"*⁷.

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

Siendo ello así, al haberse establecido en la normativa de contratación estatal las causales para la resolución contractual y su procedimiento, no requiere de aplicación supletoria o interpretación alguna por otra rama del derecho (por ejemplo civil), siendo completo y suficiente el contenido expreso que establecen los Artículos 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que regula el procedimiento de resolución contractual.

⁵ STC N° 020-2003-AI/TC, numeral 11, expedida el 17 de mayo de 2004.

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Abeledo - Perrot, Segunda Edición. Pág. 13

⁷ MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra, 1979. Segunda Edición, Tomo III. Pág. 33

Del mismo modo, conviene tener presente que existen principios que regulan los procedimientos administrativos, los cuales se encuentran previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, norma que resulta siendo aplicable a los actos administrativos que emitan las diferentes entidades administrativas. 

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

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



administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables". (énfasis y subrayado agregados).

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

Resulta pertinente reseñar lo manifestado por el jurista peruano Juan Carlos Morón Urbina al comentar el **Principio de Legalidad** en el ámbito administrativo: *"Si en el derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho Público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado. Con acierto se señala que mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público sólo pueden hacer aquello que les sea expresamente facultado (...)" (Énfasis y subrayado es agregado)⁸.*

A fin de determinar si es procedente o no dejar sin efecto la Resolución de EL CONTRATO practicada por PROREGION, conviene tener presentes los hechos acreditados en el presente arbitraje. Así tenemos:

- a) Con fecha 31 de diciembre de 2015, PROREGION, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 030-2015-GR.CAJ/PROREGION, derivada de la Licitación Pública N° 001-2015 para la contratación en la "Ejecución de metas reducidas en redes de agua y alcantarillado y aplicación de la sub cláusula 11.4 de las condiciones generales del Contrato", como meta integrante del proyecto de inversión pública

⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, 2007. Editorial Gaceta Jurídica. 6ª Edición. Pág. 62



"Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales de la ciudad de Cutervo".

- b) Culminada al 100% (cien por ciento) la ejecución de la obra, con fecha 28 de diciembre de 2017 se procede a la recepción, participando todas las partes y se levanta el Acta de Verificación de Levantamiento de Observaciones, momento en el cual, EL CONSORCIO formuló dos observaciones, a saber:
 - (i) Las partidas puestas en marcha tanto del sistema de agua potable, como del alcantarillado habrían sido deducidos por PROREGION y por lo tanto, las observaciones hechas con respecto a la puesta en marcha, no se podían ejecutar hasta que PROREGION complete la ejecución de la obra;
 - (ii) Se solicitó se otorgue la libre disponibilidad de pases, servidumbres y licencias sociales a fin de proceder a la reparación del pavimento de la Avenida San Juan o en su defecto se proceda a un deductivo de la partida de concreto.
- c) Ninguna de las dos observaciones advertidas por EL CONSORCIO fue objeto de pronunciamiento por parte de PROREGION, dentro del plazo perentorio de 05 (cinco) días, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 210º, numeral 3) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- d) Frente a este incumplimiento normativo por parte de PROREGION, se notificó la Carta Notarial N° 003-2018-JHMA/GG-CSC de fecha 28 de febrero de 2018, por la cual se requiere el cumplimiento de ambas observaciones, concediéndose el plazo perentorio de 15 (quince) días hábiles, bajo apercibimiento de resolución de contrato, conforme así lo prescribe el Artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- e) Mediante Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018, frente a la omisión en el cumplimiento del requerimiento, EL CONSORCIO resuelve en forma total EL CONTRATO.
- f) Por Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018 (esto es, dos días después), PROREGION notifica la resolución contractual a EL CONSORCIO.



Dentro de este contexto, tenemos que cuando se expide la Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018, que resuelve en forma total EL CONTRATO por parte de PROREGION, ya se había notificado con una antelación de dos días la resolución contractual practicada por EL CONSORCIO, ello mediante Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018.

Aquí es necesario hacer referencia a la **OPINIÓN N° 086-2018/DTN**⁹, de fecha 19 de junio de 2018, expedida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, OSCE cuando indica claramente que el contrato quedará resuelto de pleno derecho, una vez que se efectúe la recepción de la referida comunicación. Se sostiene:

"OPINIÓN N° 086-2018/DTN

2.2.1

(...)

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

Como puede evidenciarse, la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir

⁹ En principio, cabe precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre contratación pública, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el inciso i) del artículo 58° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, y la Segunda Disposición Complementaria Final de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.



efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas”.

(énfasis y subrayado agregados)

Sobre este punto, es preciso citar a De La Puente y Lavalle¹⁰, quien menciona lo siguiente: “(...) la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones.” (El subrayado es agregado).

Por su parte, García de Enterría¹¹ señala que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. (El subrayado es agregado).

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

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

“(...) ”

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

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I*, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 455.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

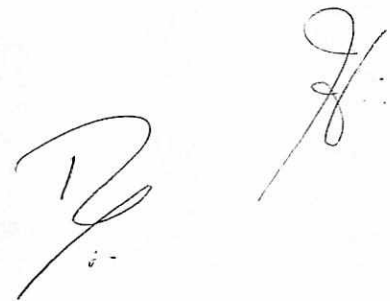
En el mismo orden de ideas, tenemos que mediante **Resolución N° 1375-2018-TEC-S4**, de fecha 23 de julio de 2018, expedida por la Sala N° 04, del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, se indica literalmente en los fundamentos 18 y 19:

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

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

En consecuencia, con la notificación de la Resolución de EL CONTRATO, realizada por Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018, frente a la omisión en el cumplimiento del requerimiento formulado a PROREGION (referido a las dos observaciones contenidas en el Acta de Verificación), formalmente ya no había vinculación contractual; y, por tanto, ya no existía una relación jurídica patrimonial entre las partes; en razón de lo cual, no era jurídicamente posible que PROREGION, dos días después de notificada la resolución contractual, proceda a su vez a resolver el contrato mediante la Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018; pues, como bien se sostiene en la OPINIÓN N° 086-2018/DTN, no cabe iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual, respecto del mismo contrato, puesto que para entonces, la relación jurídica entre la PROREGION y EL CONSORCIO se encontraba ya extinta. En razón de lo cual, la primera pretensión de la demanda debe ampararse y disponer se deje sin efecto legal la Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION/DE de fecha 21 de marzo de 2018

}??

Two handwritten signatures in black ink are located at the bottom right of the page. The signature on the left is a stylized 'P' or 'B' with a horizontal line. The signature on the right is a cursive 'J' or 'I' with a horizontal line.

Dentro de este orden de ideas, conviene indicar que se debe dejar sin efecto la Carta N° 003-2018 de fecha 13 de febrero de 2018, mediante la cual se requiere notarialmente a EL CONSORCIO bajo apercibimiento de resolver el contrato; pues, efectivamente, el citado requerimiento vulnera e inobserva una norma pública contenida en el Artículo Artículo 210º, numeral 3) de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; en razón de que PROREGIÓN jamás se pronunció sobre las dos observaciones realizadas por EL CONSORCIO, las mismas que estuvieron anotadas en el Acta de Verificación respectiva, pronunciando al que estaba obligada dentro del plazo perentorio de cinco (05) días.

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

Integre sus fundamentos, es suficiente.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no declarar y confirmar que la resolución de contrato efectuada por la parte demandante es válida y por causa imputable a la Entidad, producto de no cumplir con absolver el requerimiento notarial dentro del plazo de 15 días de concedido.

A fin de determinar la validez de la Resolución de EL CONTRATO por parte de EL CONSORCIO, debemos precisar que el Artículo 167º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, sostiene que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

En el mismo orden de ideas, el Artículo 168º del acotado, bajo la sumilla **CAUSALES DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**, preceptúa en su parte *in fine*:

"(...)

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

El Artículo 40º, literal c) de la Ley de Contrataciones indica por su parte:

"(...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. (...) Igual derecho le asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no hay subsanado su incumplimiento".

El Artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, bajo el epígrafe **PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO**, dispone en su segundo párrafo, que dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el plazo para el cumplimiento del requerimiento no podrá ser mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido este plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

De otro lado, hay que tener presente también el **Principio de Buena Fe contractual**, según el cual, toda interpretación deberá efectuarse de forma tal que la conclusión a la que se llegue refleje y respete la confianza que la voluntad declarada en el contrato generó en ambas partes. Ello teniendo en cuenta que la confianza surgida fue la que generó que se



contrataría en los términos en que se hizo y que las partes se comportaran como lo hicieron. Al respecto, EMILIO BETTI nos señala que el **Principio de Buena Fe** puede concebirse esencialmente como: “(...) una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)”.¹²

Como se aprecia, existe un vínculo estrecho entre el **Principio de Buena Fe** y el **valor de la confianza** que se generan mutuamente las partes al momento de celebrar un contrato en ver satisfechos sus propios intereses. Cabe señalar que este principio se encuentra expresamente recogido en el Artículo 168º y 1362º del Código Civil, de acuerdo al cual, los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Por otra parte, tanto en el criterio de PROREGION y el GORE CAJAMARCA, el contratista no ha podido resolver EL CONTRATO, considerando que la renuencia para el cumplimiento de las dos observaciones realizadas en el Acta de Verificación al momento de la Recepción de Obra, que son justamente las imputable a la Entidad, se constituirían en obligaciones “no esenciales”.

Tamaña aseveración no puede ser oponible; pues, el procedimiento para la Recepción de Obra se encuentra contemplado expresamente en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; siendo por tanto de obligatorio cumplimiento, en virtud de los **Principios de Legalidad** y de **Predictibilidad** o de **Confianza Legítima**, que indican claramente que la autoridad administrativa debe actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho y, además, que la autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente.

Del mismo modo, la Recepción de Obra se encuentra descrita en las **Bases Integradas**, conforme así se infiere del numeral **11, epígrafe RECEPCIÓN DE LA OBRA**, en donde se indica expresamente que la recepción de la obra se efectuará en concordancia con lo establecido en el Artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Igualmente, la Recepción de Obra, forma parte de EL CONTRATO conforme a la cláusula

¹² BETTI, Emilio. “Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos”. Traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. Pág. 348



DÉCIMA SEGUNDA (denominada DUODÉCIMA) con el epígrafe **CONFORMIDAD DE LA OBRA.**

En conclusión, tanto la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las Bases Integradas y EL CONTRATO han establecido el procedimiento para la Recepción de Obra, con lo cual, para este Tribunal, dicho cumplimiento sí se debe considerar como una **obligación esencial** del contrato.

Al respecto es muy ilustrativa la **OPINIÓN N° 027-2014/DTN** (ver numeral **2.4**), de fecha 13 de febrero de 2014, por la cual, para determinar si una obligación es esencial o no esencial, se indica claramente que no requiere estar denominada como tal en las Bases o el Contrato; pues, su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato. Se indica textualmente:

"(...)

2.4 En este punto, es preciso reiterar que el último párrafo del artículo 168 del Reglamento señala que "El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, (...)." (El subrayado es agregado).

Al respecto, debe señalarse que, la normativa de contrataciones del Estado exige que las obligaciones esenciales estén incluidas en el contrato o en las Bases con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance pero no establece la forma en que deben denominarse.

En esa medida, una obligación esencial puede denominarse expresamente como tal o puede no incluir dicha denominación; correspondiendo, en este último caso, distinguirla por su condición de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

En consecuencia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede contener obligaciones esenciales denominadas expresamente como tal u

obligaciones esenciales sin denominación, dado que la calificación de una obligación como esencial no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

Finalmente, cabe precisar que cualquier controversia relacionada con la resolución de un contrato – incluso respecto a la naturaleza esencial o no esencial de una obligación –, podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje, de conformidad con el último párrafo del artículo 170 del Reglamento”.

En nuestro caso la denominada finalidad del contrato no se concretizó; pues, una vez realizadas las subsanaciones del Pliego de Observaciones por parte de EL CONSORCIO y al momento de faccionarse el Acta de Verificación, el contratista formuló dos observaciones formales a la Entidad, la misma que según mandato expreso del Artículo 210º, numeral 3) del Reglamento de la Ley, tenía que pronunciarse dentro del plazo perentorio de cinco (05) días, situaciones jurídicas que no se presentaron justamente por el incumplimiento de dicha obligación esencial (legal y contractual) por parte de la Entidad.

Este incumplimiento legal y contractual de la Entidad fue requerido por EL CONSORCIO mediante Carta Notarial N° 003-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 28 de febrero de 2018, que contiene el requerimiento de obligaciones, otorgándose el plazo de quince (15) días para el cumplimiento, bajo apercibimiento de resolución contractual, cumpliéndose a cabalidad lo dispuesto por el Artículo 169º, segundo párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Por ello, persistiendo el incumplimiento del requerimiento notarial, determinaron que ulteriormente EL CONSORCIO proceda a la resolución contractual por Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018. En cuyo caso, al haberse cumplido fielmente la normatividad prevista, determina efectivamente la validez de la citada resolución contractual.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no que se reconozcan y se paguen los mayores “GASTOS GENERALES” en favor de la parte demandante en el

importe de S/. 1'101.742.61 (Un Millón Ciento Un Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 61/100 Soles)

Sobre esta pretensión, tanto el GORE CAJAMARCA y PROREGION adujeron que no se habría cuantificado la misma, para lo cual inclusive se dedujo la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, la misma que ha sido desestimada, en razón de que dicha argumentación no encuentra asidero con el escrito con sumilla "LIQUIDACIÓN DE GASTOS GENERALES" presentado por EL CONSORCIO con fecha 25 de septiembre de 2018, por el cual, se indica que esta pretensión alcanza la suma de S/. 1'101,742.61 (Un Millón Ciento Un Mil Setecientos Cuarenta y Dos y 61/100 Soles), escrito que a su vez mereció la expedición de la Resolución N° 05, de fecha 07 de noviembre de 2018, en la cual, en el Artículo Segundo de su parte resolutive se dispuso requerir a Secretaría General de EL CENTRO se sirva realizar la Liquidación Adicional de Honorarios por la ampliación del monto de la controversia (monto que fuera cancelado en su integridad por parte de EL CONSORCIO) y tener por ofrecidos los medios probatorios del citado escrito, corriéndose traslado a la entidad demandada, sin que esta haya efectuado pronunciamiento alguno.

Al respecto, el Artículo 203º del Reglamento de la Ley, dispone que las ampliaciones de plazo en los contratos de obra, darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Aquí es necesario hacer referencia a la OPINIÓN N° 012-2014/DTN, de fecha 22 de enero de 2014, cuando se indica:

"2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que los párrafos primero y segundo del artículo 202 del Reglamento regulan los efectos de la ampliación del plazo de ejecución de los contratos de obra, conforme a lo siguiente:

"Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso." (El resaltado es agregado).

Como se aprecia, las disposiciones citadas establecen el pago de mayores gastos generales variables al contratista como consecuencia económica de la aprobación de la ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra, con el objeto de reconocer los mayores costos indirectos que debe asumir el contratista, derivados del incremento del plazo de obra.

2.1.2 Ahora bien, considerando que los artículos 41º de la Ley y 200º¹³ del Reglamento establecen como causales de ampliación del plazo de ejecución de un contrato de obra supuestos derivados, principalmente, del atraso o paralización de la obra, se puede inferir que la diferencia entre el primer y segundo párrafo del artículo 202º del Reglamento radica en que el primero regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo contractual es generada por atraso en la ejecución de la obra; en cambio, el segundo regula el pago de mayores gastos generales variables cuando la ampliación del plazo se genera por la paralización de la obra¹⁴.

En esa medida, la aprobación de una ampliación del plazo contractual generada por el atraso en la ejecución de una obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, determina la obligación de la Entidad de reconocer a este los mayores gastos generales variables equivalentes al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario.

No fueron contestados
las Resoluciones

¹³ Artículo 200º.- Causales de ampliación de plazo
(...)

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. (...)." (El subrayado es agregado).

¹⁴ Un criterio similar puede apreciarse en las Opiniones N° 094-2012/DTN y 074-2013/DTN.
Laudo arbitral de derecho
Página 35 de 45

Por su parte, el segundo párrafo del artículo citado regula el pago de mayores gastos generales variables, específicamente, cuando la ampliación del plazo contractual fue generada por la paralización de la obra. En este supuesto, se reconoce al contratista los mayores gastos generales variables debidamente acreditados de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según corresponda¹⁵.

Fluye del Acta de Conciliación N° 006-2016/C.C.E.LK, que EL CONSORCIO de manera expresa renunció al pago de los mayores gastos generales por la ampliación de plazo de 51 días calendarios, monto que ascendía según liquidación a la suma de S/. 225,185.91 (Doscientos Veinticinco Mil y Ciento Ochenta y Cinco y 91/100 Soles). En razón de lo cual, dicho importe no puede ser considerado para el pago correspondiente, estando a la renuncia expresa

Sin embargo, ello no se condice con las Resoluciones Directorales Ejecutivas: N° 264-16-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 03 por 20 días); N° 043-17-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 06 por 20 días); N° 049-17-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 07 por 29 días); N° 120-17-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 10 por 20 días); N° 135-17-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 11 por 13 días); N° 145-17-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 12 por 06 días); y, N° 160-16-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 13 por 30 días); de las cuales se colige que, efectivamente PROREGION amplió los plazos por atraso y paralización de la obra, inclusive se indica en la Resolución N° 043-17-GR.CAJ/PROREGION/DE (Ampliación de Plazo N° 06 por 20 días) que *"dicho plazo es el tiempo estimado para que PROREGION logre conseguir la liberación de pases, terrenos y demás licencias necesarias ante la Municipalidad de Cutervo, momento en el cual, se concluye el hecho invocado y se cuantificará y se solicitará una ampliación de plazo por los días paralizados"*.

¹⁵ El Artículo 203° del Reglamento señala que en los contratos de obra a precios unitarios se utilizan los gastos generales variables de la oferta para calcular el gasto general diario. Asimismo, en los contratos de obra a suma alzada, se utilizan los gastos generales variables del valor referencial para calcular el gasto general diario.

En consecuencia, estando a la Liquidación de Gastos Generales, que contiene el cálculo de mayores metrados, formulada por EL CONSORCIO, se debe amparar esta pretensión, descontando el monto objeto de renuncia por la conciliación extrajudicial, ordenando que el GORE CAJAMARCA cancele la suma de **S/. 836,023.14 (Ochocientos Treinta y Seis Mil Veintitrés y 14/100 Soles)**.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no ordenar el pago de los gastos financieros que está asumiendo la parte demandante por la renovación de las Cartas Fianza.

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

Esto es así, pues si bien las garantías constituidas para la ejecución de EL CONTRATO, referidas a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y por Fiel Cumplimiento de Adicional de Obra, se constituyen en obligaciones contractuales para su normal ejecución, tal como así lo disponen los Artículos 155º y 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el hecho de encontrarnos ante una Resolución de Contrato arbitraria que supone la tramitación del presente arbitraje, han determinado que EL CONSORCIO siga cancelando la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento y por Fiel Cumplimiento de Adicional de Obra, con la carga económica que ello ha involucrado durante estos meses de tramitación arbitral, teniendo en cuenta, claro está, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento y por Fiel Cumplimiento de Adicional de Obra N° 01 en la suma de **S/. 28,420.00 (Veintiocho Mil Cuatrocientos Veinte y 00/100 Soles)**, según el cálculo realizado por EL CONSORCIO, que fuera a su vez requerido mediante Resolución N° 14, de fecha 02 de septiembre de 2019.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no ordenar el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.



El Artículo 69º del Decreto Legislativo Nº 1071, norma que regula el arbitraje, dispone que las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral, dispondrá lo conveniente.

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

- a) Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral.
- b) Los honorarios y gastos del secretario.
- c) Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral.
- e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Carolina de Trazegnies Thorne, indica que *"Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje 'propriadamente dichos'. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral"*¹⁶.

En el mismo sentido, el Artículo 73º numeral 1) del mismo texto legal, dispone que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. **A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.** Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

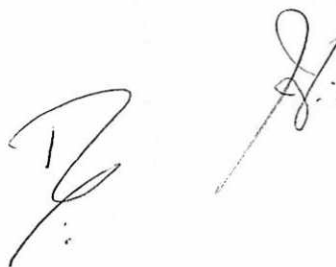
¹⁶ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 788.

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

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

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima amparar la condena de costos procesales. Para cuyo efecto, el GORE CAJAMARCA deberá cancelar a EL CONSORCIO los gastos administrativos de EL CENTRO, honorarios del Tribunal Arbitral y honorarios del Secretario Arbitral, que fueran cancelados de manera íntegra por la demandante, tanto de la liquidación ordinaria, como los contenidos en las dos liquidaciones adicionales de honorarios, en la suma de S/. 18,496.14 (Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Seis y 14/100 Soles), S/. 39,232.98 (Treinta y Nueve Mil Doscientos Treinta y Dos y 98/100 Soles) y S/. 3,269.42 (Tres Mil Doscientos Sesenta y Nueve y 42/100 Soles), respectivamente, lo que hace un total de **S/. 60,998.54** (Sesenta Mil Novecientos Noventa y Ocho y 54/100 Soles).

Del mismo modo, el GORE CAJAMARCA deberá cubrir los gastos razonables incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en el arbitraje, esto es, el honorario que corresponde al abogado patrocinante de la



parte vencedora, estableciéndose en **5% (cinco por ciento)** del monto ordenado pagar en el Laudo, que asciende a la suma de S/. 926,541.68 (Novecientos Veintiséis Mil Quinientos Cuarenta y Uno y 68/100 Soles); en cuyo caso el 5% (cinco por ciento) por concepto de costo a favor del abogado patrocinante de la parte vencedora, asciende a **S/. 46,327.08** (Cuarenta y Seis Mil Trescientos Veintisiete y 08/10 Soles).

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

6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no ordenar la devolución de las Cartas Fianza en favor de la parte demandante.

Al haberse declarado fundada la pretensión de dotar de validez jurídica la resolución contractual realizada por EL CONSORCIO, notificada por Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018, por haberse cumplido fielmente la normatividad prevista, determina efectivamente que la resolución ha dejado sin efecto la relación jurídica patrimonial, lo que la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones; en cuyo caso, es procedente ordenar la devolución de las Cartas Fianza en favor de la parte demandante.

En tal sentido, se ordena la devolución de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento de Obra en el importe de S/. 493,933.20 (Cuatrocientos Noventa y Tres Mil Novecientos Treinta y Tres y 20/100 Soles); y, la devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por Adicional de Obra N° 01 en el importe de S/. 75,521.11 (Setenta y Cinco Mil Quinientos Veintiuno y 11/100 Soles).

X. LA PUBLICIDAD DEL PRESENTE LAUDO

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 51º del Decreto Legislativo N° 1071, en todos los arbitrajes regidos por este cuerpo normativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las

actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral.

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

XI. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y VALOR DE CONDENA DEL LAUDO

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

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

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

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



El Artículo 66º de la Ley de Arbitraje, como hemos visto, incorpora un cambio sustancial respecto de los efectos del recurso de Anulación del Laudo. A diferencia de la Ley Arbitral de 1996, el Recurso de Anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo. Sólo se produce la suspensión cuando se cumple con el requisito de la garantía acordado por las partes o, a falta de éste, cuando se constituye fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de condena del laudo.

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

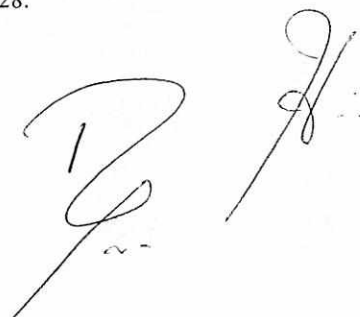
Si no se exigieran este tipo de garantías, la satisfacción del Laudo, tendría recién que pasar por la espera de agotar el control jurisdiccional ante el Poder Judicial, para luego, recién con el pronunciamiento de la Sala Civil (Artículo 64º, numeral 1º de la Ley de Arbitraje) y eventualmente con el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

Es por ello que la fianza u otra garantía bancaria que se otorga para admitir el eventual pedido de suspensión del Laudo en el Recurso de Anulación, tiene un particular objetivo: garantizar a la parte vencedora que el efecto suspensivo del recurso de anulación no perjudique los intereses de ésta, en cuanto a su real satisfacción y contrarreste los efectos frente a un **recurso dilatorio**, provocado por la parte vencida para dicho fin.¹⁷ (énfasis agregado)

La idea central de esta innovación es favorecer el cumplimiento de los Laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los Recursos de Anulación¹⁸.

¹⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición, septiembre de 2010. Pág. 206.

¹⁸ Exposición de motivos, Decreto Legislativo N° 1071. Pág. 27-28.



Comentando el inciso 2) de la norma bajo análisis, Martín Mejorada Chauca, indica que "(...) si no se convino previamente las características de la garantía, el impugnante deberá acompañar a su pedido de suspensión una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 6 meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el laudo. Si el laudo no señala monto de condena, el tribunal arbitral podría indicar la suma de la garantía que habrá de constituirse. Si el tribunal no lo hace, el recurrente tendría que pedirle que señale el monto a la Corte Superior que conoce el recurso de anulación (...)"¹⁹ (énfasis agregado).

En tal sentido el Tribunal Arbitral, en su condición de director del proceso, con las facultades que le son inherentes, previstas en el Artículo 40º de la Ley de Arbitraje, teniendo en cuenta que se están declarando fundadas las pretensiones de la demanda, establece el **VALOR DE CONDENA DEL LAUDO** en la suma ascendente a S/. 972,868.76 (Novecientos Setenta y Dos Mil Ochocientos Sesenta y Ocho y 76/100 Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de **suspensión de laudo**, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

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

LAUDA EN MAYORÍA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y de litispendencia formuladas por PROREGION.

¹⁹ MEJORADA CHAUCA, Martín. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 740.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADOS los Recursos de Reconsideración contra las Resoluciones N° 16 y N° 18, formuladas por el GORE CAJAMARCA.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda, sin efecto legal la Carta Notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PROREGION de fecha 21 de marzo de 2018, por la cual, PROREGION resuelve en forma total EL CONTRATO.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda, dejar sin efecto la Carta N° 003-2018 de fecha 13 de febrero de 2018, mediante la cual PROREGION requiere notarialmente a EL CONSORCIO, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión de la demanda, se declara la validez de la Carta Notarial N° 004-2018-JHMA/GG-CSC, de fecha 19 de marzo de 2018, por la cual, EL CONSORCIO resuelve en forma total EL CONTRATO, por incumplimiento de PROREGION y haberse cumplido fielmente la normatividad prevista para el procedimiento de resolución contractual.

SEXTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Cuarta Pretensión de la demanda, ordenando que el GORE CAJAMARCA cancele a favor de EL CONSORCIO la suma de S/. 836,023.14 (Ochocientos Treinta y Seis Mil Veintitrés y 14/100 Soles) por mayores gastos generales.

SÉPTIMO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Accesorio de la demanda, se ordena que el GORE CAJAMARCA pague a EL CONSORCIO el importe ascendente a S/. 28,420.00 (Veintiocho Mil Cuatrocientos Veinte y 00/100 Soles), por mantener vigente la Garantía de Fiel Cumplimiento y Fiel Cumplimiento del Adicional de Obra.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Accesorio de la demanda, se dispone que EL GORE CAJAMARCA deberá cancelar a EL CONSORCIO los costos del proceso arbitral, referidos a: (i) honorarios del Tribunal Arbitral, gastos administrativos y honorarios del Secretario en la suma de **S/. 60,998.54** (Sesenta Mil Novecientos Noventa y Ocho y 54/100 Soles); (ii) gastos razonables incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en el arbitraje en la suma de **S/. 46,327.08** (Cuarenta y seis Mil Trescientos Veintisiete y 08/100 Soles); y, (iii) gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales, como son los gastos de transporte, viáticos del árbitro designado por la Entidad, en la suma de **S/. 1,100.00** (Mil Cincuenta y 00/100 Soles), lo que hace un total de costos en la suma de **S/. 108,425.62** (Ciento Ocho Mil Cuatrocientos Veinticinco y 62/100 Soles).

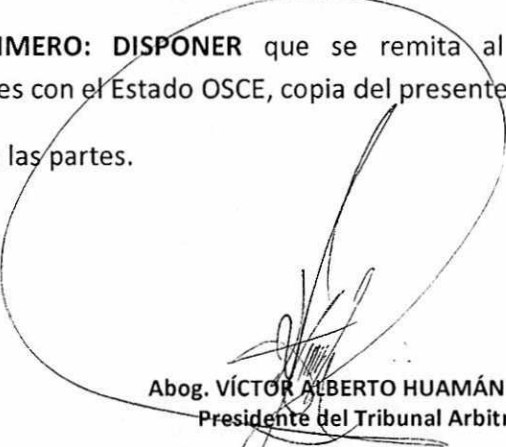
NOVENO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión Accesorio de la demanda, se dispone que EL GORE CAJAMARCA deberá devolver a EL CONSORCIO las Cartas Fianza.

DÉCIMO: ESTABLECER como el valor de condena del Laudo la suma de S/. 972,868.76 (Novecientos Setenta y Dos Mil Ochocientos Sesenta y Ocho y 76/100 Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de *suspensión de Laudo*, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

Excluido

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

Notifíquese a las partes.



Abog. VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS
Presidente del Tribunal Arbitral



Abog. RAÚL ERNESTO ARROYO MESTANZA
Árbitro

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA

En este acto, el árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna pasa a analizar y emitir pronunciamiento disidente respecto de los puntos controvertidos determinados en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos del 07 de diciembre de 2018.

Se deja constancia que hasta la fecha 13 de enero de 2020, y no habiendo tenido respuesta de parte del Presidente del Tribunal Arbitral y de mi co-árbitro respecto de sus respectivas posiciones en cuanto a las excepciones planteadas y las pretensiones puestas en nuestro conocimiento para su resolución.

Procedo a emitir mi voto singular en la medida que mis co-árbitros no han dado respuesta a tres comunicaciones que vía correo electrónico les he enviado consultándoles sus opiniones respecto de las pretensiones planteadas a nuestro tribunal, en los cuales se ha copiado al Secretario Arbitral, y fueron enviadas desde la semana pasada, por lo que encontrándome fuera de la Sede del Tribunal Arbitral, tomando en cuenta la distancia para poder hacer llegar mi voto singular a la Sede, cumplo con mi obligación de dar a conocer mi posición dentro del plazo para hacerlo.

RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES

I. En relación a la Excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda:

1. La Entidad señala que existe Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda en relación a la cuarta pretensión relativa a:
 - Determinar si es procedente o no que se reconozcan y paguen los mayores gastos generales en favor de la demandante.
2. Al respecto, se debe indicar que dicha excepción no está debidamente sustentada por cuanto mediante escrito de fecha 25 de setiembre de 2018, el Consorcio sustenta su posición señalando que ha demostrado su derecho al pago de los mayores gastos generales producto de la aprobación de las ampliaciones de plazo. En ese sentido, conforme la normativa aplicable el derecho al pago de los mayores gastos generales efectivamente se sustenta en las resoluciones de aprobación; consecuentemente no existe oscuridad o ambigüedad al momento de interponer la demanda.
3. Por lo tanto se declara INFUNDADA la excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

II. En relación a la Excepción de litispendencia:

4. La Entidad deduce excepción de litispendencia en relación a la tercera pretensión relativa a:
 - Determinar si es procedente o no declarar y confirmar que la resolución de contrato efectuada por la parte demandante es válida y por causa imputable a la Entidad producto de no cumplir con absolver el requerimiento notarial dentro del plazo de 15 de días de concedido.
5. Al respecto, se debe indicar que el objeto de dicha pretensión, que se analiza en el proceso Arbitral bajo el expediente N° 008-2018-CA.CCPC, es distinto a aquel contenido en el expediente N° 005-2018-CA.CCPC puesto que el primero busca la validez de la resolución de contrato practicada por el Consorcio y la segunda la validez de la resolución practicada por la Entidad.

		CENTRO DE ARBITRAJE	
		Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca	
Fecha:	14 01 20	Hora:	9:50 am
Folios:	13		
Firma:			

6. Por lo tanto se declara INFUNDADA la excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

PRIMER, SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

- I. Determinar si es procedente o no dejar sin efecto la Carta Nro.003-2018 de fecha 13.02.18, mediante la cual se requiere notarialmente al demandante bajo apercibimiento de resolver el contrato.**
 - II. Determinar si es procedente o no dejar sin efecto la resolución de contrato notificada mediante carta notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PRORREGION de fecha 21.03.18.**
 - III. Determinar si es procedente o no declarar y confirmar que la resolución de contrato efectuada por la parte demandante es válida y por causa imputable a la Entidad producto de no cumplir con absolver el requerimiento notarial dentro del plazo de 15 de días de concedido.**
7. Corresponde analizar las tres primeras pretensiones de manera conjunta pues guardan relación intrínseca en relación a la resolución de contrato.
 8. Como se puede apreciar Consorcio Saneamiento Cutervo y la Unidad de Programas Regionales-PROREGIÓN suscribieron, con fecha 18 de marzo de 2016, el Contrato N° 106-2016—GR.CAJ/PROREGIÓN para la ejecución de la obra: "Ejecución de metas reducidas en redes de agua y alcantarillado y aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato como meta integrante del proyecto de inversión pública "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de la ciudad de Cutervo"; el mismo que conforme su cláusula tercera tenía un monto contractual de S/. 4' 939,331.88 y conforme la cláusula quinta tenía un plazo de ejecución 120 días calendario.
 9. Las pretensiones analizadas buscan que se deje sin efecto la resolución de contrato notificada mediante carta notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PRORREGION de fecha 21 de marzo de 2018, practicada por la Entidad, así como la carta N° 003-2018-GR.CAJ/PRORREGION de fecha 13 de febrero de 2018, en la que se apercibe, y del mismo modo que se declare y/o confirme la validez de la resolución de contrato efectuada por el Contratista por causa imputable a la Entidad.
 10. A fin de resolver las controversias sometidas a arbitraje este Colegiado considera conveniente determinar el procedimiento y causal de resolución de Contrato para luego analizar el fondo de la controversia, es decir la resolución de Contrato practicada.
 11. Al respecto, el literal c) del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), en sus dos últimos párrafos señala lo siguiente:

Artículo 40°.- Resolución de los contratos:

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

57

12. En la misma línea, los artículos 167º, 169º y 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establecen el procedimiento que debe seguirse a fin de resolver el contrato:

- i. *Artículo 167º.- Resolución de Contrato:*
- ii. *Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.*
- iii. *Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto.*
- iv. *Artículo 169º.- Procedimiento de resolución de Contrato:*
Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

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

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

(Subrayado y resaltado es nuestro)

Artículo 209º.- Resolución del Contrato de Obras:

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible. La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64º del Reglamento, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44º de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211º.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos, 164º y 165º del Reglamento. 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.

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.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en 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.

- v. En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44º de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.*

13. De lo expuesto, se puede determinar que, para la procedencia de la resolución de contrato planteado por la Entidad, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley, y los artículos 167º, 169º y 209º de su Reglamento.
14. En relación a ello, de los artículos mencionados de la Ley y su Reglamento, se desprende que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.
15. Ahora bien, siendo que ambas partes han resuelto el Contrato corresponde, previo a analizar el fondo de las resoluciones practicadas, cuál de las dos resoluciones resultará válida; ya que el contratista sostiene que la resolución practicada por la Entidad resulta ser un "imposible jurídico debido a que no pueden resolver lo que no existe, ya que el contrato fue resuelto primigeniamente por dicha parte.
16. Al respecto, la opinión OSCE N° 086-2018/DTN señala:

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

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

55

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

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

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

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

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

17. La Opinión OSCE antes indicada ha sido citada por el propio contratista en su escrito de Alegatos; así se colige que para la Dirección Técnico Normativa del OSCE la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas; sin embargo, el Contratista omite el párrafo final de la citada Opinión OSCE (resaltado y subrayado en negritas) que indica que la resolución puede ser sometida a arbitraje, incluso la resolución practicada de manera posterior, cuando la primigenia no resulte válida.
18. En tal sentido, efectivamente aquella resolución de contrato que cumpla con todos los requisitos tanto de forma y fondo será válida aún exista una resolución de contrato practicada por su contraparte de manera posterior; es decir que cuando ambas partes hayan resuelto el contrato resultará ser válida aquella cumpla con lo establecido normativamente.
19. En el presente proceso arbitral tenemos las siguientes resoluciones de contrato:
 - Carta Nro. 004-2018-JHMA/GG-CSC resolución practicada por el Contratista con fecha **19 de marzo de 2018.**
 - Carta N° 011-2018-GR.CAJ/PRORREGION resolución practicada por Entidad con fecha **21 de marzo de 2018.**
20. Ahora bien, analizaremos la resolución practicada por el Contratista puesto que dicha resolución fue realizada con fecha 19 de marzo de 2019, anterior a la efectuada por la Entidad; consecuentemente, de resultar válida tanto en forma y fondo ya no corresponderá analizar la resolución de contrato posterior.
21. Mediante Carta la Nro. 003-2018-JHMA/GG-CSC la Contratista apercibió a la Entidad para que cumpla con otorgar la libre disponibilidad de la Av. San Juan con el fin de levantar la observación efectuada por el Comité de recepción por ser una obligación esencial; posteriormente con fecha 19 de marzo de 2019, el Consorcio resolvió el contrato a través de la Carta Nro. 004-2018-

JHMA/GG-CSC; consecuentemente se verifica el cumplimiento de parte del Contratista en relación a la formalidad establecida para resolver el Contrato.

22. En ese sentido, corresponde analizar el fondo de la resolución practicada por el Contratista mediante Carta Nro. 004-2018-JHMA/GG-CSC.
23. La resolución practicada por el Contratista, recogida en la carta de apercibimiento se sustenta en que la Entidad habría incumplido con los plazos establecidos en la norma para:

"(...) pronunciarse sobre las observaciones que el comité de recepción de obra hizo a las subsanaciones realizadas por el Contratista según acta de verificación de levantamiento de observaciones de fecha 28 de diciembre de 2017, y toda vez que se levantaron todas las observaciones a excepción de la partida puesta en marca que fue deducida por la Entidad y la reparación del pavimento del tramo de la Avenida San Juan que no se realizó por no contar con la liberación de la (obligación Esencial de la Entidad). (...)"

24. Las observaciones que según la Contratista no se levantaron fueron:

- La partida de puesta en marcha del Sistema de agua potable y alcantarillado fue deducida por la propia Entidad.
- En cuanto a la reposición del pavimento del tramo de la avenida San Juan se indica que sin la habilitación de la vía no resultaba posible proceder con los trabajos de reposición o refracción del pavimento de la misma por cuanto transitaban vehículos de la empresa MALAGA que ejecutaba la carretera Cochabamba-Chiple; lo que fue comunicado a la Entidad mediante Carta N° 037-2017-JHMA/GG-CSC y Carta N° 042-2017-JHMA/GG-CSC y contingencia comunicada a través del asiento del cuaderno de obra N° 381.

Asimismo, sostiene la Contratista que le correspondía a la Entidad como parte de sus obligaciones esenciales dar libre disponibilidad del terreno donde se ejecute la obra para el levantamiento de las observaciones.

25. Al respecto, efectivamente la observación referida a partida de puesta en marcha del Sistema de agua potable y alcantarillado realizada por el Comité de Recepción resulta ser no objetiva puesto que dicha partida fue deducida por la Entidad.
26. De otro lado, la observación relacionada a la reposición/ reparación del pavimento del tramo de la avenida San Juan señala la Contratista es una obligación esencial a cargo de la Entidad; mientras que por su parte la demandada sostiene que en tanto no está señalada en las bases no es una obligación esencial.
27. Sobre ello, frente a la consulta de "¿Cómo se define una obligación esencial?" la Dirección Técnico Normativa del OSCE señala en la OPINIÓN N° 027-2014/DTN lo siguiente:

"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."

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas."

1. CONCLUSIONES

3.1 Una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida,

53

satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato.

3.2 Las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.

3.3 No toda obligación establecida en las Bases o en el contrato es una obligación esencial.

3.4 Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

3.5 Las obligaciones esenciales no son de exclusividad de las Entidades públicas, sino que corresponden tanto al contratista como a la Entidad, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.

3.6 Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo.

3.7 El incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista —sea contractual, legal o reglamentaria—, solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad." (Resaltado es nuestro)

28. Asimismo, el art 153 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable establece que:

"La Entidad es responsable de la obtención las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de éstas correrá a cargo del contratista."

29. Al respecto, se advierte que la libre disponibilidad del terreno sí resulta ser una obligación esencial por cuanto permite la ejecución de los trabajos de obra; ello a pesar de que no han sido determinados en las bases o el Contrato como obligaciones esenciales. Así pues la Opinión OSCE señala:

"De conformidad con lo expuesto, la disponibilidad física del terreno constituye un requisito esencial para contratar la ejecución de una obra, pues permite la libre ejecución de la obra en el lugar donde se requirió.

2.1.3 Preciado lo anterior, es importante señalar que el literal b) del numeral 152.1 del artículo 152 del Reglamento establece como una de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de obra "Que la Entidad haya hecho entrega total o parcial del terreno o lugar donde se ejecuta la obra (...)" (El subrayado es agregado).

De esta manera, debe indicarse que la condición precitada se establece con la finalidad de que las partes -sobre todo, el contratista- verifiquen que el terreno o lugar donde se ejecutará la obra se encuentra disponible para su ejecución.

En este punto, cabe precisar que el carácter disponible del terreno o lugar implica que esté listo para usarse o utilizarse; es decir, que el contratista pueda ejecutar la obra libremente, sin que terceros ajenos a la relación contractual cuenten con la capacidad de impedir dicha ejecución.

Así, existe disponibilidad física del terreno o lugar sobre el que se ejecutará la obra, desde el momento en que la Entidad cuenta con la capacidad de ejercer los derechos reales necesarios -sobre el bien inmueble- que le permitan disponer, determinar u ordenar que se lleven a cabo los trabajos correspondientes para la ejecución de la obra.

En esa medida, para considerar cumplido el requisito señalado en el numeral anterior -y, de esta manera, garantizar la disponibilidad física del terreno-, la Entidad debe haber realizado las gestiones necesarias que le permitan contar con la capacidad de ejercer los derechos reales sobre el bien inmueble, de modo que se lleve a cabo la ejecución de la obra." (Subrayado y resaltado es nuestro)

30. Ahora bien, habiéndose determinado que la libre disponibilidad de terreno resulta ser un obligación esencial corresponde determinar si se ha acreditado el impedimento del levantamiento de las observaciones conforme señala la Contratista en relación a la Av. San Juan por el paso de los camiones de la empresa Málaga.
31. En este punto, es importante señalar que tanto la normativa como la doctrina vigente refieren que aquello que se alega debe ser debidamente acreditado toda vez que lo que se pretende es demostrar que efectivamente la ocurrencia de un hecho; en otros términos, no basta con señalar que no se levantaron las observaciones, sino que se debe acreditar la existencia de dicho incumplimiento de manera irrefutable y fehaciente.
32. Como señala el profesor Canelo, *"Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley".*
33. Esto responde al denominado por la doctrina como Onus Probandi, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del Onus Probandi, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que *"lo normal se presume, lo anormal se prueba"*.
34. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (affirmanti incumbit probatio); es por ello que a quien afirma, incumbe la prueba. Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.
35. La Corte Suprema se ha manifestado al respecto señalando que: *"El derecho a probar, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes"; en ese mismo sentido y siguiendo a nuestra Corte Suprema, también ha pronunciado lo siguiente: "El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión, o su defensa".*
36. Habiendo la Contratista demandante argumentado la imposibilidad de proceder con los trabajos de reposición o refracción del pavimento de la Av. San Juan por no contar con la habilitación de la vía (libre disponibilidad de terreno) por cuanto transitaban vehículos de la empresa MALAGA que ejecutaba la carretera Cochabambaba-Chiple, corresponde a dicha parte acreditar tal afirmación.
37. Al respecto, de un revisión de los documentos que obran en obra se advierte que:
 - En el Acta de Entrega de Terreno de fecha 28 de abril de 2016, la Contratista no señaló observaciones sobre la disponibilidad del terreno.
 - Asiento N° 49 de cuaderno de obra, en el que se advierte que el contratista realizó pruebas de compactación en la Av. San Juan y se *"comprometió a levantar todo el paño de concreto de las partes mayormente afectadas por las excavaciones de zanjas específicamente entre la Av. San Juna y Virgen de la Asunción (...).*

- Mediante Acta de Pliego de Observaciones de obra de fecha 24 de agosto de 2017, suscrita también por el Consorcio, No se recepciona la obra por las observaciones realizadas por el Comité de Recepción de Obra.
 - Mediante Carta N° 035-2017-JHMA/GG-CSC, y asiento del cuaderno de obra Nro. 389 de fecha 07 de octubre de 2017, el Contratista sostiene que se han levantado las observaciones en la obra
 - Mediante Carta N° 037-2017-JHMA/GG-CSC de fecha 30 de octubre de 2017, recibida por la Entidad con fecha 31 de octubre de 2017, la Contratista solicita nueva recepción e indica la imposibilidad de trabajos en la AV. San Juan
 - Mediante Acta de verificación de levantamiento de Observaciones de fecha 28 de diciembre de 2017, suscrita también por el Consorcio, se indica que subsisten las observaciones.
38. De lo advertido se puede concluir que no crea certeza lo alegado por el Contratista puesto que el supuesto de imposibilidad de cumplimiento de obligaciones por un tercero recién se acredita mediante Carta N° 037-2017-JHMA/GG-CSC recibida el 31 de octubre de 2017, cuando tuvo para ejecutar las observaciones relacionadas a la Av. San Juan desde las observaciones señaladas en el Acta de Pliego de observaciones; es decir desde el 24 de agosto de 2017.
39. No obstante ello, la Contratista señala en la Carta la Nro. 003-2018-JHMA/GG-CSC que en el asiento del cuaderno de obra N° 381 de fecha 18 de setiembre de 2017, comunicó la contingencia relativa al impedimento de contar con la libre disponibilidad de la Av. San Juan por acción de la empresa Málaga. Al respecto, de una revisión de los medios probatorios que componen el expediente arbitral no se ha adjuntado el referido asiento del cuaderno de obra.
40. Sin perjuicio de lo señalado, el Consorcio no ha acreditado fehacientemente la existencia de una imposibilidad de levantar las observaciones señaladas en la Av. San Juan, puesto que el solo dicho de parte no constituye en materia probatoria un certeza absoluta; del mismo modo, la Contratista no ha podido acreditar que la Entidad no haya tenido los permisos correspondientes para la libre disponibilidad de la Av. San Juan con el fin de levantar la observación efectuada por el Comité de recepción; más aún cuando por el contrario la Entidad ha podido acreditar a través del Acta de Entrega de Terreno de fecha 28 de abril de 2016, y Asiento N° 49 de cuaderno de obra que contó con la libre disponibilidad del terreno de obra.
41. Por lo expuesto, se determina que la resolución de contrato efectuada por la Contratista mediante Carta Nro. 004-2018-JHMA/GG-CSC no resulta ser válida pues dicha parte no ha cumplido con acreditar el cabal levantamiento de las observaciones, ni la imposibilidad de la ejecución de las mismas,
42. Ahora bien, mediante carta N° 003-2018-GR.CAJ/PRORREGION de fecha 13 de febrero de 2018, requiere al contratista levante las observaciones señaladas en el pliego de observaciones bajo apercibimiento de resolución de contrato, y posteriormente con carta notarial N° 011-2018-GR.CAJ/PRORREGION de fecha 21 de marzo de 2018, resuelve el Contrato; consecuentemente se acredita el cumplimiento de apercibimiento dispuesto en el procedimiento de resolución de contrato.
43. Ahora bien, en relación al fondo de la resolución practicada por la Entidad se ha indicado en los considerandos precedentes que el Contratista no ha acreditado de manera fehaciente el cumplimiento del levantamiento o imposibilidad de las mismas, por tanto se verifica que la resolución efectuada cumple con la causal de incumplimiento de obligaciones por parte del Contratista.
44. Por lo expuesto, se dispone lo siguiente:

- Declarar INFUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.
- Declarar INFUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.
- Declarar INFUNDADO el tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

IV. Determinar si es procedente o no que se reconozcan y paguen los mayores gastos generales en favor de la demandante.

45. Al respecto, la demandante sostiene que corresponde que se paguen los mayores gastos generales por el monto de S/. 1'101,742.61 para lo cual adjunta el siguiente resumen de las valorizaciones.
46. De una revisión del escrito de demanda, el mismo que consta de ocho (8) folios, la Contratista no sustenta su posición en relación al pago de los mayores gastos generales; sin perjuicio de ello, mediante escrito de fecha 25 de setiembre de 2018, señala lo siguiente:

"Que, por omisión no adjuntamos en nuestra demanda la liquidación de los gastos generales siendo el monto reclamado para esta pretensión la suma de S/. 1'101,742.61, por lo que el presente escrito cumplimos con adjuntar la referida liquidación con sus anexos (Actas de conciliación y Resoluciones administrativas concediendo las ampliaciones de plazo)."

47. Del mismo modo, en el escrito de Alegatos la Contratista sustenta su posición señalando que ha demostrado su derecho al pago de los mayores gastos generales producto de la aprobación de las ampliaciones de plazo.
48. Ahora bien, efectivamente el artículo 201° del Reglamento señala en su último párrafo sobre el procedimiento de ampliación de plazo:

Artículo 201°.- Procedimiento de ampliación de plazo
(...)

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

49. Del mismo modo, el artículo 202° del Reglamento señala sobre los efectos de la ampliación de plazo.

Artículo 202°.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra. Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso. En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente. En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal.

50. Como se puede apreciar efectivamente el efecto de la ampliación de plazo en los contratos de obra es el pago de mayores gastos generales a favor del contratista; sin embargo, para ello debe cumplirse con el procedimiento establecido en el numeral 201º, de esta manera cualquier controversia relativa al pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.
51. En ese sentido, en la presente controversia busca que se reconozcan los mayores gastos generales, sin embargo la Contratista no ha controvertido la forma en la que dichas ampliaciones fueron otorgadas (para lo cual tenía únicamente un plazo de 15 días antes de caer en caducidad); consecuentemente, siendo que las ampliaciones de plazo fueron otorgadas sin reconocimiento de mayores gastos generales, y dichas ampliaciones no fueron sometidas a arbitraje, la decisión contenida en las resoluciones que aprueban las ampliaciones de plazo han quedado consentidas, surtiendo todos sus efectos jurídicos en todo y cuanto se ha establecido en ellas.
52. Por lo expuesto, se dispone lo siguiente:
- Declarar INFUNDADO el cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.

QUINTO, SEXTO Y SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

- V. **Determinar si es procedente o no ordenar el pago de los gastos financieros que está asumiendo la parte demandante por la renovación de la carta fianza.**
- VI. **Determinar si es procedente o no ordenar el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el arbitraje.**
- VII. **Determinar si es procedente o no ordenar la devolución de las cartas fianza en favor de la parte demandante.**

53. Ahora bien, en relación a las pretensiones accesorias, es decir, que siguen la suerte de la pretensión principal se procederá con el análisis de la subordinada, en ese sentido el artículo 87º del Código Procesal civil señala:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

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

54. En tal sentido, cabe precisar que estamos ante una pretensión accesorio, es decir que al ampararse la principal corresponde ampararse también la accesorio.
55. Conforme se ha desarrollado precedentemente habiéndose declarado infundadas las pretensiones principales no corresponde amparar las pretensiones accesorias.
56. Sin perjuicio de ello, se debe señalar que los gastos financieros por la renovación de la carta fianza corresponden al Contratista hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato, conforme señala el reglamento, siendo que no

se han cumplido las condiciones establecidas no corresponde otorgar los gastos financieros solicitados.

57. De otro lado, sobre los costos y costas del proceso cabe indicar que el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que: "El Árbitro Único fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del Árbitro Único; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Árbitro Único; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".
58. En ese sentido, se aprecia que los conceptos solicitados por el Contratista establecidos en la pretensión accesorio de la demanda, corresponden a los costos que se han incurrido por la tramitación del presente arbitraje; con lo que, se procederá a emitir un único pronunciamiento respecto a las costas y costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje únicamente.
59. Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
60. Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Colegiado se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
61. En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual desde el punto de vista de este Tribunal, puede afirmarse que existe una "parte perdedora", corresponde condenar el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral) al Consorcio; siendo de cargo de cada parte los gastos de defensa.
62. De otro lado, no corresponde ordenar la devolución de las cartas fianza en favor de la parte demandante por cuanto las garantías deben mantener su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato.
63. Por lo expuesto, se dispone lo siguiente:
 - Declarar INFUNDADO el quinto punto controvertido derivado de la primera pretensión accesorio de la demanda por los motivos expuestos.
 - Declarar INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesorio de la demanda por los motivos expuestos DISPÓNGASE que el Consorcio asuma los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral); y DISPÓNGASE que cada parte asuma los gastos en que incurrieron para la defensa y procedimiento de solicitud arbitral.
 - Declarar INFUNDADO el séptimo punto controvertido derivado de la tercera pretensión accesorio de la demanda por los motivos expuestos.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, este árbitro **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADA la excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

- Declarar INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria de la demanda por los motivos expuestos DISPÓNGASE que el Consorcio asuma los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral); y DISPÓNGASE que cada parte asuma los gastos en que incurrieron para la defensa y procedimiento de solicitud arbitral.
- Declarar INFUNDADO el sétimo punto controvertido derivado de la tercera pretensión accesoria de la demanda por los motivos expuestos.

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, este árbitro **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRASE INFUNDADA la excepción de Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

SEGUNDO.- DECLÁRASE INFUNDADA la excepción de litispendencia.

TERCERO.- DECLÁRASE INFUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.

CUARTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el segundo punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.

QUINTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el tercer punto controvertido derivado de la tercera pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos.

SEXTO.- DECLÁRASE INFUNDADO el cuarto punto controvertido derivado de la cuarta pretensión principal de la demanda por los motivos expuestos

SÉTIMO.- DECLÁRASE INFUNDADO el quinto punto controvertido derivado de la primera pretensión accesoria de la demanda por los motivos expuestos.

OCTAVO.- DECLÁRASE INFUNDADO el sexto punto controvertido derivado de la segunda pretensión accesoria de la demanda por los motivos expuestos DISPÓNGASE que el Consorcio asuma los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal y de la Secretaría Arbitral); y DISPÓNGASE que cada parte asuma los gastos en que incurrieron para la defensa y procedimiento de solicitud arbitral.

NOVENO.- DECLÁRASE INFUNDADO el sétimo punto controvertido derivado de la tercera pretensión accesoria de la demanda por los motivos expuestos.

Notifíquese a las partes.-



JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
Árbitro

60

JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA
ABOGADO

Lima, 13 de Enero de 2020

Señores
TRIBUNAL ARBITRAL
Presente.-

Atención : Dr. Homero Salazar Chavez
Secretario Arbitral

Referencia : **Proceso Arbitral No. 008-2018-CA.CCPC** seguido por Consorcio Saneamiento Cutervo y la Unidad Ejecutora de Programas Regionales del Gobierno de Cajamarca – PROREGION.
Contrato N° 106-2016-GR.CAJ/PROREGION-AMC No. 030-2015-GRCAJ/PROREGION para la "Ejecución de Metas Reducidas en Redes de Agua y Alcantarillado y Aplicación de la SubClausula 11.4 de las Condiciones Generales del Contrato" como Meta Integrante del proyecto de Inversión Pública "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de la Ciudad de Cutervo".

Asunto : **Entrega de VOTO SINGULAR DE LAUDO ARBITRAL**

De mi mayor consideración:

Por medio de la presente, venimos en hacer llegar a su despacho en 13 fojas útiles cinco (05) y un (01) cargo de mi Voto Singular de Laudo Arbitral mediante el cual resuelvo las controversias puestas a mi conocimiento en el presente proceso.

Agradeceré sea puesto en conocimiento de las partes y de mis coarbitros.

Sin otro particular, quedo de Ustedes.

Atentamente,



Juan Jashim Valdivieso Cerna
ABOGADO
Reg. CAL 33783

