

## **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

**DICTADO EN EL ARBITRAJE AD HOC N° 1854-2017, SEGUIDO POR UNIDAD EJECUTORA DE PROGRAMAS REGIONALES, EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA Y EL CONSORCIO SAN CARLOS, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL ABOGADO RAÚL ERNESTO ARROYO MESTANZA, ABOGADO VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS Y ABOGADO MARCO ANTONIO MERCADO PORTAL.**

### **LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN**

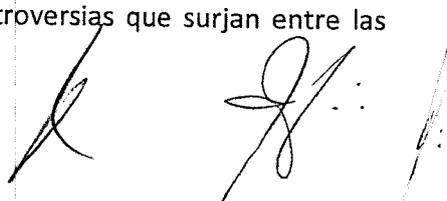
Dado en la ciudad de Cajamarca, a los veintisiete días del mes de diciembre de dos mil dieciocho.

**DEMANDANTE:** Unidad Ejecutora de Programas Regionales (en adelante denominada PROREGION) y Gobierno Regional de Cajamarca (en adelante GORE CAJAMARCA)

**DEMANDADO:** Consorcio San Carlos (en adelante denominado EL CONSORCIO).

### **I. CLÁUSULA ARBITRAL**

1. La Cláusula Décimo Octava del Contrato, Adjudicación Simplificada N° 04-2016-GR.CAJ/PROREGION, "Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo", 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", de fecha 12 de mayo de 2016, (en adelante denominado EL CONTRATO) estableció que todas las controversias que surjan entre las



partes durante la ejecución de EL CONTRATO, serán resueltas mediante conciliación o arbitraje.

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

***“CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS***

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

*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los Artículos 122º, 146º, 152º, 168º, 170º, 177º, 178º, 179º y 180º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su defecto, en el inciso 45.2º del artículo 45º de la Ley de Contrataciones del Estado. **El arbitraje será de tipo AD HOC.***

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

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

(Énfasis agregado)

## **II. COMPOSICIÓN DEL ARBITRAJE**

3. Mediante Oficio N° 5444-2017-GR.CAJ/PRO.P.R., de fecha 18 de octubre de 2017, el Procurador Público Regional del GORE CAJAMARCA, realiza la propuesta para actuar como árbitro en el presente proceso al abogado Marco Antonio Mercado Portal, quien acepta la designación mediante Carta de fecha 24 de octubre de 2017.

Por Carta N° 49-2017-JALDG-SAN CARLOS, de fecha 06 de noviembre de 2017, EL CONSORCIO propone como árbitro de parte al abogado Víctor



Alberto Huamán Rojas, quien acepta la designación mediante comunicación de fecha 14 de noviembre de 2017.

Considerando que tanto el árbitro propuesto por el GORE CAJAMARCA, así como el árbitro propuesto por EL CONSORCIO, de manera consensuada propusieron al Abog. Raúl Ernesto Arroyo Mestanza para que se desempeñara como Presidente del Tribunal Arbitral, el citado árbitro, acepta formalmente el encargo conferido.

### **III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

4. El 09 de enero de 2018, a las 15:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, con la presencia del Procurador Público Adjunto del Gobierno Regional de Cajamarca, abogado Robert Henry Arroyo Castañeda y la concurrencia del representante legal de la demandada, señor José Luis Amado Díaz García.

En esta Audiencia, considerando que nos encontramos ante un arbitraje *ad hoc*, se dictaron las reglas procesales que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los honorarios del Tribunal Arbitral y los honorarios de la Secretaria Arbitral, designándose como tal a la abogada Daniela Shokú Ortiz Mercado, declarándose abierto el proceso arbitral, confiriéndose el plazo respectivo para la presentación de la demanda.

### **IV. DEMANDA PRESENTADA POR PROREGION Y EL GORE CAJAMARCA**

5. Mediante escritos N° 01, de fecha 18 y 19 de enero de 2018, PROREGION y el GORE CAJAMARCA, respectivamente, interpusieron demanda arbitral contra EL CONSORCIO.

- **PRETENSIONES**

6. PROREGION y el GORE CAJAMARCA plantearon idénticamente las siguientes pretensiones:

- A. **Primera pretensión principal:**

Que el tribunal arbitral deje sin efecto legal, las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas de diligenciamiento 18 y 29 de agosto del 2017, mediante las cuales EL CONSORCIO, exige a la Entidad el cumplimiento de las obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolverse el



contrato; asimismo deje sin efecto legal la Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a la Entidad con fecha 14 de setiembre del 2017, mediante la cual EL CONSORCIO, comunica su decisión de Resolver el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION para la Ejecución de la Obra: "Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo en aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato de obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A 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 cuanto, el incumplimiento de las supuestas obligaciones contractuales contenidas en dicha carta, no constituyen Obligaciones Esenciales, incumplidas por parte de la Entidad.

**B. Primera pretensión accesoria a la pretensión principal:**

Que el tribunal arbitral ordene a EL CONSORCIO en la liquidación del contrato cancele a PROREGION el monto de S/. 122,817.19 (Ciento Veintidós Mil Ochocientos Diecisiete y 19/100 Soles) por concepto de máxima penalidad.

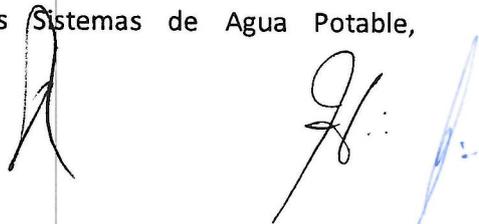
**C. Segunda pretensión principal:**

Que el tribunal arbitral ordene a EL CONSORCIO, asumir íntegramente los costos del arbitraje incurridos en la defensa del presente proceso arbitral, a los que deberán adicionarse los intereses generados y los que se generaran hasta la fecha de su cancelación y pago.

**• PROREGION Y EL GORE CAJAMARCA FUNDAMENTAN SUS PRETENSIONES EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

**El origen de la controversia: suscripción de EL CONTRATO y discrepancias durante la etapa de recepción de obra, que motivaron la ulterior resolución del contrato realizada por ambas partes contractuales.**

7. Con fecha 12 de mayo de 2016, se suscribió el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION, Adjudicación Simplificada N° 04-2016-GR.CAJ/PROREGION, "Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo", 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/ 1'067,989.05 (Un Millón Sesenta y Siete Mil Novecientos Ochenta y Nueve y 05/100 Soles) incluido IGV, por un plazo de noventa (90) días calendario, en adelante denominado EL CONTRATO.

Con Carta N° 078-2016.CAJ/CONSORCIO SAN CARLOS de fecha 20 de octubre del 2016, EL CONSORCIO se dirige al Supervisor de Obra, para informar que se ha culminado con la totalidad de las partidas y metas de obra de la parte contractual y con la finalidad de cumplir con los trámites administrativos solicita la designación del Comité de Recepción de la obra antes indicada, por lo que con Carta N° 014-2016-JAF/SO de fecha 24 de octubre del 2016, el Supervisor de Obra señala que la culminación de obra consta en el **Asiento N° 190 del cuaderno de obra**, el mismo que **otorga su conformidad en el Asiento N° 191** la culminación de actividades consideradas en el expediente del adicional de obra N° 01.

Mediante Resolución Directoral Ejecutiva N° 252-2016-GR.CAJ/PROREGION/DE, de fecha 27 de octubre de 2017, se conforma el Comité de Recepción de la obra: "*Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo en aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato de obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A 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 se conformó por el Ing° Víctor Ulises Cruzado Banda (Presidente), el Ing° Helard Chávez Juanito (Miembro) y el Ing° Jhonson Arrascue Farro (Asesor).

Con fecha 14 de noviembre del 2016, el Comité de Recepción de Obra se constituye a la obra y realiza la inspección ocular y verificación de los trabajos concluidos por EL CONSORCIO, concluyendo y dejando constancia en acta, que la Obra no se ha recepcionado elaborando el pliego de observaciones que el Contratista tiene que levantar dentro del plazo señalado en el numeral 2) del artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Mediante Carta N° 016-2016-JAF/SO de fecha 05 de diciembre del 2016, el Supervisor de Obra, solicita a la Unidad de Ingeniería realizar la verificación por parte del Comité de Recepción de Obra, señalando que EL CONSORCIO comenzó a levantar las observaciones el 21 de



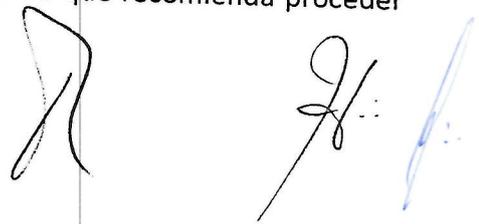
noviembre del 2016 y concluyó el 29 de noviembre del 2016, siendo que mediante Asiento N° 206 de fecha 29 de noviembre del 2016, el Residente de Obra solicita la verificación y recepción de obra, que es corroborado por el Supervisor de Obra mediante Asiento N° 207, de fecha 30 de noviembre del 2016.

En fecha 20 de diciembre del 2016, el Comité de Recepción de Obra se constituye al lugar donde se realiza la obra, elaborando el Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, concluyendo y dejando constancia que luego de la inspección ocular realizada, no se logró ingresar al túnel de manera directa, dificultando el ingreso de los miembros de dicho comité y del personal de apoyo, no realizando la revisión de levantamiento de observaciones, mencionando que se deberá realizar la reprogramación una vez que el túnel no cuente con escorrentía y permita el normal desarrollo para la verificación.

Luego de la reprogramación realizada para la verificación del levantamiento de observaciones, el Comité de Recepción de Obra se constituye el 24 de enero del 2017, elaborando la segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, concluyendo que luego de realizada la inspección ocular, los asistentes dejan constancia que se mantienen las observaciones planteadas en el Pliego de Observaciones de fecha 14 de noviembre del 2016, planteadas por el Comité de Recepción de Obra, en ese sentido no se recepciona la obra.

Con Informe N° 003-2017-GR.CAJ/PROREGION/COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA, de fecha 25 de enero del 2017, hacen de conocimiento a la Dirección Ejecutiva, la no recepción de obra, a la vez traslada la Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, de conformidad al numeral 3) del Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

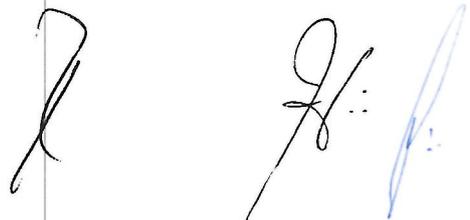
Mediante Informe N° 004-2017-GR.CAJ/PROREGION/COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA, de fecha 02 de febrero del 2017, el Comité de Recepción de Obra complementa el Informe N° 003-2017-GR.CAJ/PROREGION/COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA, emitiendo conclusiones y recomendaciones, la misma que recomienda proceder



conforme el numeral 5) del Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asimismo notifica a EL CONSORCIO para que subsane el pliego de observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, de manera inmediata, *bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento*, para tal fin se deberá presentar un plan de trabajo a la Entidad, del mismo modo dispone notificar al Supervisor de Obra, Ingº Jhonson Arrascue Farro, el cumplimiento del Plan de Trabajo para subsanar el pliego de observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, asimismo de acuerdo a la Carta 016-2016-JAF/SO de fecha 05 de diciembre del 2016, alcanzado a la Entidad indica en calidad de Supervisor de Obra, se ha recorrido la instalación del túnel y que ha verificado los trabajos ejecutados por el Contratista en la etapa de levantamiento de observaciones según versa el Asiento de cuaderno de obra Nº 207 del Supervisor, el mismo que corrobora el Asiento de cuaderno de obra Nº 206 del Residente de Obra, en consecuencia la Entidad se reserva el derecho de tomar las acciones legales que correspondan por el incumplimiento de sus funciones.

Con Carta Notarial Nº 009-2017-GR-CAJ/PROREGION/DE, diligenciada con fecha 17 de febrero del 2017, el Director Ejecutivo emite pronunciamiento respecto de la comunicación del Comité de Recepción de Obra, notificando al Contratista para que dentro del plazo de 15 días calendario cumpla con subsanar el pliego de observaciones planteadas por el Comité de conformidad con la Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones suscrita el 24 de enero del 2017, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento, señalando que el Contratista deberá proyectar un plan de trabajo a la Entidad.

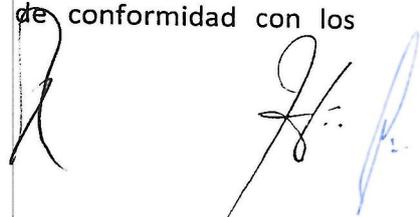
Con Oficio Nº 570-2017-GR-CAJ/PROREGION/OAL de fecha 25 de julio del 2017, la Oficina de Asesoría Legal comunica a la Unidad de Ingeniería que a la fecha se ha excedido en demasía el plazo del 50% para la subsanación de las observaciones por lo que la Unidad de Ingeniería cautelando los intereses de la Entidad, deberá proceder conforme al numeral 4) del artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de aplicarse el numeral 5) del citado Artículo.



Mediante Carta Notarial N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS, diligenciada con fecha 18 de agosto del 2017 y Carta Notarial N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, diligenciada con fecha 29 de agosto del 2017, EL CONSORCIO solicita a la Entidad que cumpla con su obligación contractual concerniente a): Recepción de la obra, bajo apercibimiento de resolver el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION, desconociendo que la Entidad con Carta Notarial N° 009-2017-GR-CAJ/PROREGION/DE, diligenciada con fecha 17 de febrero del 2017, el Director Ejecutivo emite pronunciamiento respecto de la comunicación del Comité de Recepción de Obra, notificando al Contratista para que dentro del plazo de 15 días calendario cumpla con subsanar el pliego de observaciones planteadas por el Comité de conformidad con la Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, suscrita el 24 de enero del 2017, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento, señalando que el Contratista deberá proyectar un plan de trabajo a la Entidad, plan de trabajo que el Contratista no presentó ni al Supervisor ni a la Entidad.

Con Informe N° 020-2017-GR.CAJ/ PROREGION/UI/CIAY de fecha 31 de agosto del 2017, el Coordinador de Obra, concluye que el Consorcio San Carlos ha acumulado la penalidad máxima, equivalente a la suma de S/. 122,817.19 (Ciento Veintidós Mil Ochocientos Diecisiete y 19/100 Soles), asimismo recomienda que la Entidad debe proceder según el Artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION.

Por Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/SAN CARLOS, diligenciada con fecha 14 de setiembre del 2017, EL CONSORCIO resuelve de manera total el Contrato N° 167-2016- GR.CAJ/PROREGION, para la contratación de la ejecución de la obra: *"Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo en aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato de obra N° 047-20W-GG/EPS SEDACAJ 5.A 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 incumplimiento de las obligaciones contractuales y reglamentarias por parte de la Entidad, de conformidad con los



Artículos 32º y 36º de la Ley de Contrataciones del Estado y Artículos 135º y 136º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como la Cláusula Décimo Quinta y Décimo Sexta del Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION.

Mediante Carta Notarial N° 050-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, con fecha de diligenciamiento 18 de setiembre del 2017, se notifica a EL CONSORCIO la Resolución Directoral Ejecutiva N° 232-2017-GR.CAJ/ PROREGION/DE, resolviendo en forma total EL CONTRATO de conformidad con el numeral 5) del Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por incumplimiento y por acumulación máxima de penalidad por mora.

**Argumentos de la demanda en relación a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por EL CONSORCIO**

8. PROREGION y el GORE CAJAMARCA indican que de conformidad con el segundo párrafo del Artículo 135º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece que *"El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/o otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el Artículo 136º.*

Sostienen que un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el **incumplimiento injustificado del pago y/o otras obligaciones esenciales de la Entidad**. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la **inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales**, las mismas que deben estar contenidas en las **Bases o en EL CONTRATO**; sin embargo, arguyen, que 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.

Indican además que como se aprecia con la Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/ SAN CARLOS, EL CONSORCIO ha señalado que la Entidad no ha cumplido con sus obligaciones contractuales y reglamentarias; sin embargo, es muy importante precisar atendiendo a la normativa citada previamente, que la obligación (recepción de la obra) señalada por el contratista no es considerada como obligación esencial; por cuanto, no está considerada como tal ni en las Bases Integradas del Procedimiento de Selección Adjudicación Simplificada N° 004-2016-GR.CAJ/PROREGION, ni en el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION, obrantes en autos.

Por otro lado, es necesario señalar que según las Bases Integradas del Procedimiento de Selección Adjudicación Simplificada N° 004 -2016-GR.CAJ/ PROREGION - Capítulo 111 - Requerimiento, literal VI Condiciones Generales de Ejecución de Obra numeral 4.1 - Obligaciones Generales del Contratista , señala: " *El contratista deberá proyectar y terminar las Obras, así como subsanar cualquier defecto aparecido(...)*", en ese contexto la Entidad mediante Carta Notarial N° 009-2017-GR-CAJ/PROREGION/DE, le notifica al Contratista para que dentro del plazo de 15 días calendario cumpla con subsanar el pliego de observaciones planteadas por el Comité de Recepción de Obra, de conformidad con la Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones suscrita el 24 de enero del 2017, bajo apercibimiento de resolver el contrato por incumplimiento, señalando además que deberá proyectar un plan de trabajo a la Entidad.

Pese a que lo requerido por el Contratista mediante Carta Notarial N° 014-2017-JLADG/ SAN CARLOS no constituye obligación esencial que debería cumplir la Entidad; sin embargo; EL CONSORCIO le otorga un plazo de 15 días a la Entidad para que supuestamente cumpla con la obligación contractual (recepción de la obra), en consecuencia con Carta Notarial N° 006- 2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a la Entidad por conducto notarial con fecha 14 de setiembre del 2017, resuelve EL CONTRATO, *sin considerar que 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

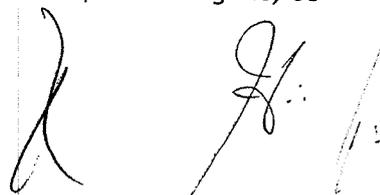
contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad, por lo tanto; dicha resolución es ilegal y contraria a la Ley de Contrataciones del Estado, tratándose más bien del incumplimiento de su obligación contractual (Levantamiento del Pliego de Observaciones).

Por otro lado, como es de verse del contenido de la Carta Notarial N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS está hace alusión a un requerimiento para que se recepcione la obra, y otorga a la Entidad un plazo de 05 días hábiles bajo apercibimiento de resolver el contrato, lo cual a todas luces contraviene la norma de contratación pública, por cuanto según el segundo párrafo del Artículo 136º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que en caso de ejecución de obras se otorga un plazo de 15 días como mínimo para poder resolver el contrato.

Que la Entidad ha seguido el procedimiento para efectos de recepcionar la obra de conformidad con el Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, como se ha señalado en los antecedentes de la presente demanda y es el Contratista que ha incumplido injustificadamente en el levantamiento del pliego de observaciones planteadas por el Comité de conformidad con la Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, es por ello que se ha procedido a emitir la Resolución Directoral Ejecutiva N° 232-2017 - GR.CAJ/ PROREGION/DE, resolviendo de forma total el Contrato de conformidad con el numeral 5) del Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por incumplimiento y por acumulación máxima de penalidad por mora.

**Argumentos de la demanda en relación a la orden de pago en la liquidación de EL CONTRATO para que EL CONSORCIO cancele a PROREGION el monto de S/. 122,817.19**

9. PROREGION y el GORE CAJAMARCA sustentan esta pretensión en lo prescrito en el numeral 5) del Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece: *"Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se*



*considera como demora para efectos de las penalidades que correspondan y puede dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo pueden ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el presente Reglamento o el contrato según corresponda".*

En el caso específico de los contratos de obra, el cuarto párrafo del artículo 177º del Reglamento precisa que "En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignan y se hacen efectivas las penalidades que correspondan". Cabe precisar que, entre otras cuestiones, las penalidades tienen por finalidad resarcir a la Entidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contratista.

De esta manera, considerando que la resolución de un contrato de obra por incumplimiento origina el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, la normativa de contrataciones del Estado establece que en la liquidación de obra derivada de la resolución del contrato deben incluirse los conceptos resarcitorios.

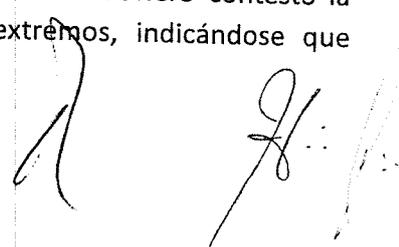
#### **Argumentos de la demanda en relación al reconocimiento de los costos del arbitraje**

10. Con relación a este extremo de la demanda, se indica que los costos del arbitraje deberán ser asumidos por la parte vencida a favor de la parte vencedora, lo que implica devolverle a esta todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral.

Mediante Resolución Nº 01, de fecha 13 de febrero de 2018, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado de ésta a EL CONSORCIO a efectos de que, en el plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla; del mismo modo, por Resolución Nº 03, de fecha 07 de marzo de 2018 se subsana la omisión advertida (referida a la ausencia de notificación de los recaudos de la demanda) y se dispuso una nueva notificación de la demanda y sus anexos.

#### **V. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO**

11. Por escrito de fecha 21 de marzo de 2018, EL CONSORCIO contestó la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos, indicándose que



PROREGION desconoció la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, habiendo incurrido en incumplimiento de EL CONTRATO conforme a las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas 18 y 29 de agosto de 2017, respectivamente.

Sostienen que conforme a la ley vigente de contrataciones, solicitaron la recepción de las obras contratadas por la Ejecución de la Obra: "Mejoramiento y Ampliación de los Sistemas de Agua Potable, Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de la ciudad de Cutervo", teniendo en cuenta que dentro del plazo establecido según EL CONTRATO, su representada culminó el 100% (cien por ciento) de las partidas contratadas y solicitó dentro del plazo establecido en EL CONTRATO, la ulterior recepción de obra.

Indican que dentro del plazo contractual, procedieron a la subsanación de las observaciones advertidas en obra, comunicando dentro del plazo de ley a PROREGION, quienes nunca verificaron tales cumplimientos, motivo por el cual EL CONSORCIO advirtió tal incumplimiento.

Por último, rechazan la aplicación de penalidad alguna, por no existir causal; pues, en su criterio, están bajo causal de incumplimiento de PROREGION.

Por Resolución N° 04, de fecha 11 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral, dispuso en el Artículo Primero de la parte resolutive, tener por contestada la demanda dentro del término hábil. Se dispuso en el Artículo Segundo requerir a la demandada el cumplimiento de los pagos correspondientes al 50% (cincuenta por ciento) de la liquidación de honorarios arbitrales que fueran fijados en el Acta de Instalación; del mismo modo, en el Artículo Tercero de la parte resolutive, se facultó a la parte demandante para que se subrogue en la obligación de pago de su contraparte.

Mediante Resolución N° 05, de fecha 16 de mayo de 2018, se dispuso en el Artículo Cuarto de su parte resolutive, señalar fecha para la Audiencia de Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el 04 de junio de 2018 a horas 10:00 a.m; audiencia que fuera posteriormente reprogramada para el 11 de junio de 2018 a horas



11:00 am, conforme se aprecia con el texto de la Resolución N° 06, de fecha 04 de junio de 2018.

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

12. El lunes 11 de junio de 2018, a horas 11:00 de la mañana, en la sede del Tribunal Arbitral *ad hoc*, ubicada en el Jirón Clodomiro Cerna N° 166, distrito, provincia y departamento de Cajamarca, con la asistencia de la Procuradora Pública Adjunta del GORE CAJAMARCA, Abogada Georgette del Alva Sáenz Cieza; el abogado de PROREGION Nilton Fernando Izquierdo Marín; y el representante legal de EL CONSORCIO, señor José Luis Amado Díaz, se llevó a cabo la Audiencia previamente programada sobre Saneamiento, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Audiencia en la cual, conforme se desprende del acta correspondiente, se da por fracasada la etapa conciliatoria.

A continuación el Tribunal Arbitral, procedió a fijar los puntos controvertidos que serán materia de prueba y de pronunciamiento en el laudo arbitral, en función a las pretensiones propuestas por PROREGION, el GORE CAJAMARCA y por EL CONSORCIO, habiendo las partes prestado su conformidad.

**PUNTOS CONTROVERTIDOS**

- i) Determinar si es procedente dejar sin efecto legal, las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas de diligenciamiento 18 y 29 de agosto del 2017, respectivamente, mediante las cuales EL CONSORCIO, exige a la Entidad el cumplimiento de las obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolverse el contrato; asimismo deje sin efecto legal la Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a la Entidad con fecha 14 de setiembre del 2017, mediante la cual EL CONSORCIO, comunica su decisión de Resolver el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION para la Ejecución de la Obra: "Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo en aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato de obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A 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 cuanto, el incumplimiento de las supuestas obligaciones contractuales contenidas en dicha carta, no constituyen Obligaciones Esenciales, incumplidas por parte de la Entidad.

- ii) Determinar si es procedente que EL CONSORCIO en la liquidación de EL CONTRATO cancele a PROREGION el monto de S/. 122,817.19 (Ciento Veintidós Mil Ochocientos Diecisiete y 19/100 Soles) por concepto de máxima penalidad.
- iii) Determinar si es procedente o no disponer que EL CONSORCIO asuma el pago correspondiente al íntegro de los costos arbitrales.

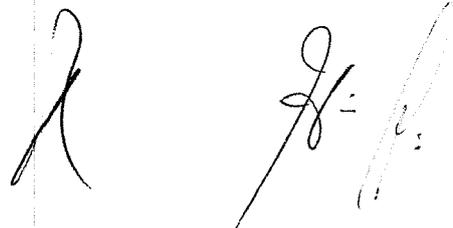
El Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que se señalan en el Acta. Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos eran meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal Arbitral podía omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral decidió admitir los medios probatorios siguientes:

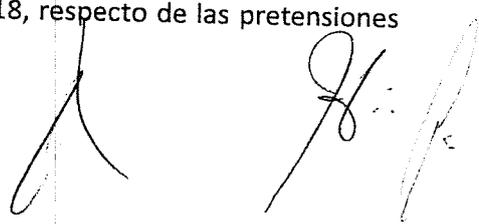
De PROREGION y el GORE CAJAMARCA

Se admitieron las documentales descritas en el punto IV MEDIOS PROBATORIOS del escrito de demanda de PROREGION; y, del mismo modo, en el ítem IV del escrito de demanda del GORE CAJAMARCA, siendo los siguientes:

- Pliego de observaciones del Comité de Recepción de Obra de fecha 14 de noviembre del 2016, en el consta las observaciones que el Contratista tiene que levantar dentro del plazo señalado en el numeral 2) del artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



- Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones del Comité de Recepción de Obra de fecha 20 de diciembre del 2016, en el que se reprograma la inspección ocular, siendo que el Túnel cuenta con escorrentía no permitiendo el normal desarrollo para la verificación.
- Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones del Comité de Recepción de Obra de fecha 24 de enero del 2017, donde se deja constancia que se mantienen las observaciones planteadas en el Pliego de Observaciones de fecha 14 de noviembre del 2016, por lo que no se recepciona la obra.
- Informe N° 003-2017-GR.CAJ/PROREGION/COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA, de fecha 25 de enero del 2017, en el que hacen de conocimiento a la Dirección Ejecutiva, la no recepción de obra, y a la vez trasladan la Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, de conformidad al numeral 3) del artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Informe N° 004-2017-GR.CAJ/PROREGION/COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA, de fecha 02 de febrero del 2017, en el que el Comité de Recepción de Obra complementa el Informe N° 003-2017-GR.CAJ/PROREGION/COMITÉ DE RECEPCIÓN DE OBRA, emitiendo conclusiones y recomendaciones, la misma que recomienda proceder conforme el numeral 5) del artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Carta Notarial N° 009-2017-GR-CAJ/PROREGION/DE, diligenciada con fecha 17 de febrero del 2017, al Contratista.
- Cartas Notariales N° 013 y 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, diligenciadas a la Entidad con fechas 18 y 29 de agosto del 2017.
- Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/SAN CARLOS, diligenciada a la Entidad con fecha 14 de setiembre del 2017.
- Carta Notarial N° 050-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, con fecha de diligenciamiento 18 de setiembre del 2017, en donde se notifica la Resolución Directoral Ejecutiva N°232-2017-GR.CAJ/PROREGION/DE, al Contratista resolviendo de forma total el Contrato de conformidad con el numeral 5) del artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por incumplimiento y por acumulación máxima de penalidad por mora.
- Informe N° 001-2018-GR.CAJ/PROREGION/UI/CIAY del Coordinador de Obra, de fecha 16 de enero del 2018, respecto de las pretensiones de la presente demanda.



- Bases Integradas del Procedimiento de Selección Adjudicación Simplificada N° 004-2016- GR.CAJ/PROREGION.

De EL CONSORCIO

No se admitió prueba alguna en razón de que en la contestación de demanda no fueron ofrecidas.

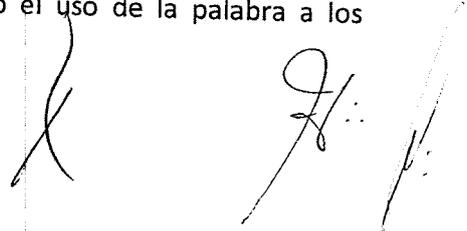
Admitidos los medios probatorios presentados por PROREGIÓN y el GORE CAJAMARCA, actuando de conformidad con lo dispuesto por el numeral 32º del Acta de Instalación, mediante Resolución N° 07, de fecha 11 de septiembre de 2018, el Tribunal Arbitral prescindió de la Audiencia de Pruebas y dispuso en el Artículo Segundo de su parte resolutive el otorgamiento de cinco (05) días hábiles para la presentación de los alegatos escritos, señalando fecha para la Audiencia de Alegatos Orales Finales, para el 28 de septiembre de 2018 a horas 6:00 p.m., a llevarse a cabo en la sede del Tribunal Arbitral *ad hoc*, ubicada en el Jirón Clodomiro Cerna N° 166, del distrito, provincia y departamento de Cajamarca.

## **VII. ALEGATOS E INFORME ORAL**

13. Con fecha 17 de septiembre de 2018, PROREGION presentó sus Alegatos Escritos; del mismo modo, por escrito de fecha 19 de septiembre de 2018, EL CONSORCIO hizo lo propio.

El viernes 28 de septiembre de 2018, a horas 6:00 p.m., en la sede del Tribunal Arbitral *ad hoc*, con la participación de la Procuradora Pública Adjunta del GORE CAJAMARCA, abogada Georgette del Alva Sáenz Cieza; el abogado de PROREGION Nilton Fernando Izquierdo Marín; y el representante legal de EL CONSORCIO, señor José Luis Amado Díaz, debidamente asesorado por su abogado Pepe Purisaca Vigil, se llevó a cabo la Audiencia de Alegatos Orales.

En este acto, el Tribunal Arbitral dio inicio a la Audiencia, cediendo el uso de la palabra a la representante legal del GORE CAJAMARCA y el abogado de PROREGION; del mismo modo, se cedió el uso de la palabra a los



representantes de EL CONSORCIO, a través de su abogado cumplieron con presentar sus alegatos orales correspondientes, réplicas y dúplicas.

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

#### **VIII. PLAZO PARA LAUDAR**

14. En la parte *in fine* del Acta de Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral dispuso que el plazo para laudar empezará a computarse desde el día siguiente de la celebración de la presente Audiencia, el mismo que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 45º del Acta de Instalación, no podrá exceder de treinta (30) días hábiles posteriores, pudiendo ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales.

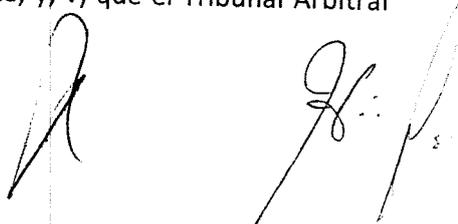
Por Resolución Nº 08, de fecha 12 de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral, amplía por única vez el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, cuyo plazo vence de modo indefectible el 27 de diciembre de 2018.

En consecuencia, estando cancelados los honorarios del Tribunal Arbitral y el honorario de la Secretaria Arbitral, 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**

15. 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 PROREGION y el GORE CAJAMARCA presentaron su demanda dentro de los plazos dispuestos; iii) que EL CONSORCIO fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como, 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.

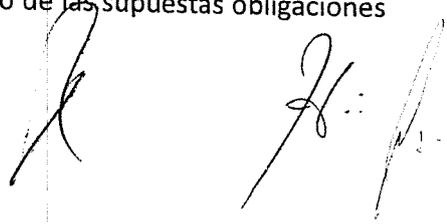
- **Marco legal aplicable para resolver la controversia**

16. En el Acta de Instalación, considerando que nos encontramos ante un arbitraje *ad hoc*, se establecieron las reglas procesales aplicables. Del mismo modo, el marco legal para resolver la controversia estará compuesto por la aplicación de la **Constitución Política del Perú**, las disposiciones de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante denominado simplemente **Ley de Contrataciones**) y su Reglamento D.S. N° 350-2015-EF (en adelante denominado simplemente **Reglamento de la Ley de Contrataciones**) y sus modificatorias; así como de las normas de derecho público y las de derecho privado.

- **Materia controvertida**

17. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a las pretensiones promovidas por PROREGION y el GORE CAJAMARCA y el derecho de contradicción ejercido por EL CONSORCIO:

A) Determinar si es procedente dejar sin efecto legal, las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas de diligenciamiento 18 y 29 de agosto del 2017, mediante las cuales EL CONSORCIO, exige a la Entidad el cumplimiento de las obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolverse el contrato; asimismo deje sin efecto legal la Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a la Entidad con fecha 14 de setiembre del 2017, mediante la cual EL CONSORCIO, comunica su decisión de Resolver el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION para la Ejecución de la Obra: "Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo en aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato de obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A 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 cuanto, el incumplimiento de las supuestas obligaciones



contractuales contenidas en dicha carta, no constituyen Obligaciones Esenciales, incumplidas por parte de la Entidad.

- B) Determinar si es procedente que EL CONSORCIO en la liquidación de EL CONTRATO cancele a PROREGION el monto de S/. 122,817.19 (Ciento Veintidós Mil Ochocientos Diecisiete y 19/100 Soles) por concepto de máxima penalidad.
- C) Determinar si es procedente o no disponer que EL CONSORCIO asuma el pago correspondiente al íntegro de los costos arbitrales.

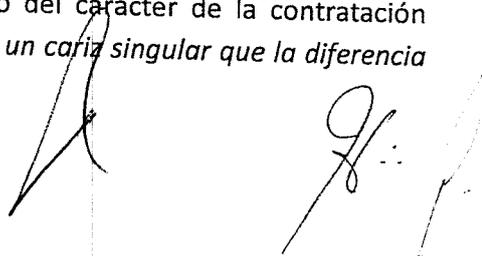
#### **X. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA**

##### **A) PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar si es procedente dejar sin efecto legal, las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas de diligenciamiento 18 y 29 de agosto del 2017, mediante las cuales EL CONSORCIO, exige a la Entidad el cumplimiento de las obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolverse el contrato; asimismo deje sin efecto legal la Carta Notarial N° 006-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a la Entidad con fecha 14 de setiembre del 2017, mediante la cual EL CONSORCIO, comunica su decisión de Resolver el Contrato N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION para la Ejecución de la Obra: "Levantamiento de Observaciones del Túnel de Cutervo en aplicación de la sub clausula 11.4 de las condiciones generales del contrato de obra N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A 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 cuanto, el incumplimiento de las supuestas obligaciones contractuales contenidas en dicha carta, no constituyen Obligaciones Esenciales, incumplidas por parte de la Entidad.

En torno a esta primera pretensión principal de la demanda, el Tribunal Arbitral estima oportuno advertir la Naturaleza del Contrato de Ejecución de Obra N° 167-2016-GR.CAJ/PROREGION, 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”<sup>1</sup> (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”<sup>2</sup> (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”<sup>3</sup>.

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

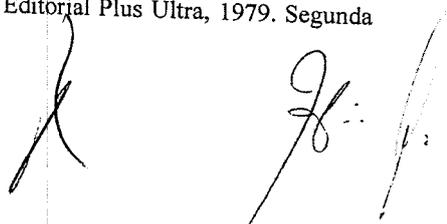
Siendo ello así, al haberse establecido en la normativa de contratación estatal las causales para la resolución contractual y su procedimiento, no requiere de aplicación supletoria o interpretación alguna por otra rama del derecho (por ejemplo civil), siendo completo y suficiente el contenido expreso que establecen los Artículos 136º y 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que regula a la resolución contractual.

Del mismo modo, conviene tener presente que existen principios que regulan los procedimientos administrativos, los cuales se encuentran regulados 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.

<sup>1</sup> STC N° 020-2003-AI/TC, numeral 11, expedida el 17 de mayo de 2004.

<sup>2</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Abeledo - Perrot, Segunda Edición. Pág. 13

<sup>3</sup> MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Plus Ultra, 1979. Segunda Edición, Tomo III. Pág. 33



Así, el **Principio de legalidad** contemplado en el Numeral 1.1º del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo Nº 006-2017-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** 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 agregado).

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)<sup>4</sup>.

A fin de determinar la eficacia o ineficacia del procedimiento de resolución contractual y la ulterior Resolución de EL CONTRATO practicada por EL CONSORCIO, conviene tener presentes los hechos acreditados en el presente arbitraje, los cuales inclusive han sido descritos en la demanda arbitral tanto por PROREGION y el GORE CAJAMARCA. Así tenemos:

- (i) Es un hecho aceptado por parte de PROREGIÓN y EL GORE CAJAMARCA que la obra contratada fue ejecutada al 100 % (cien por ciento) conforme al Expediente Técnico, tal y como así lo han expresado en los escritos de demanda numeral 2) ítem III epígrafe ANTECEDENTES DE LA DEMANDA y numeral 2) ítem I epígrafe ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO APLICABLE, respectivamente, en donde textualmente indican:

*“Con Carta N° 078-2016.CAJ/CONSORCIO SAN CARLOS de fecha 20 de octubre del 2016, el contratista se dirige al*

<sup>4</sup> MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, 2007. Editorial Gaceta Jurídica. 6ª Edición. Pág. 62  
Laudo arbitral de derecho  
Página 23 de 41

*Supervisor de Obra, para informar que se ha culminado con la totalidad de las partidas y metas de obra de la parte contractual y con la finalidad de cumplir con los trámites administrativos solicita la designación del comité de recepción de la obra antes indicada, por lo que con Carta N° 014-2016-JAF/SO de fecha 24 de octubre del 2016, el Supervisor de Obra señala que la culminación de obra consta en el Asiento N° 190 del cuaderno de obra, el mismo que otorga su conformidad en el Asiento N° 191 la culminación de actividades consideradas en el expediente del adicional de obra N° 01”.*

(énfasis y subrayado agregados)

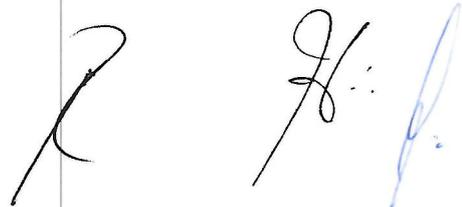
- (ii) Es un hecho aceptado e inclusive informado al Tribunal Arbitral por parte de PROREGION y el GORE CAJAMARCA que por Resolución Directoral Ejecutiva N° 252-2016-GR.CAJ de fecha 27 de octubre de 2016, se conforma el Comité de Recepción de la Obra, el mismo que el 14 de noviembre de 2016 se constituyó al lugar de ejecución de la obra para realizar la inspección ocular y verificación de los trabajos concluidos por EL CONSORCIO, elaborándose el PLIEGO DE OBSERVACIONES.

Así aparece en el numeral 4) ítem III epígrafe ANTECEDENTES DE LA DEMANDA y numeral 4) ítem I epígrafe ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO APLICABLE de la demanda presentada por PROREGION y el GORE CAJAMARCA, respectivamente.

Textualmente se indica:

*“Con fecha 14 de noviembre del 2016, el Comité de Recepción de Obra se constituye a la obra y realiza la inspección ocular y verificación de los trabajos concluidos por el Consorcio San Carlos, concluyendo y dejando constancia en acta, que la Obra no se ha recepcionado elaborando el pliego de observaciones que el Contratista tiene que levantar dentro del plazo señalado en el numeral 2) del artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

(énfasis y subrayado agregados)



- (iii) Es un hecho aceptado e informado por PROREGION y el GORE CAJAMARCA, según Carta N° 016-2016-JAF/SO, de fecha 05 de diciembre de 2016, que el Supervisor de Obra solicita a la Unidad de Ingeniería de la Entidad, realizar la verificación por parte del Comité de Recepción de Obra, manifestando que EL CONSORCIO comenzó a levantar las observaciones el 21 de noviembre de 2016 y concluyó el 29 de noviembre de 2016; siendo que el Supervisor de Obra mediante Asiento N° 207 de fecha 30 de noviembre valida la solicitud de EL CONSORCIO para la recepción de obra.
- (iv) Es un hecho aceptado e informado por PROREGION y el GORE CAJAMARCA que el 20 de diciembre de 2016, que el Comité de Recepción de Obra, se constituye al lugar donde se realizó la obra, para elaborar el Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones; sin embargo, no se realizó la revisión de levantamiento de observaciones por cuanto *"no se logró ingresar al túnel de manera directa"*, mencionando que se deberá realizar la reprogramación una vez que el túnel no cuente con *"escorrentía y permita el normal desarrollo para la verificación"*.
- (v) Es un hecho aceptado e informado por PROREGION y el GORE CAJAMARCA que la reprogramación para la verificación del levantamiento de observaciones del Comité de Recepción de Obra se realizó el **24 de enero de 2017**, elaborándose la **Segunda Acta de Verificación**, *"concluyendo que se mantienen las observaciones realizadas en el Pliego de Observaciones del 14 de noviembre de 2016, en ese sentido, no se recepciona la obra"*.

Así aparece en el numeral 7) ítem III epígrafe ANTECEDENTES DE LA DEMANDA y numeral 7) ítem I epígrafe ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO APLICABLE de la demanda presentada por PROREGION y el GORE CAJAMARCA, respectivamente.

Textualmente se indica:

*"Luego de la reprogramación realizada para la verificación del levantamiento de observaciones, el Comité de Recepción de Obra se constituye el 24 de enero del 2017, **elaborando la segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones**, concluyendo que luego de realizada la inspección ocular, los asistentes dejan constancia*

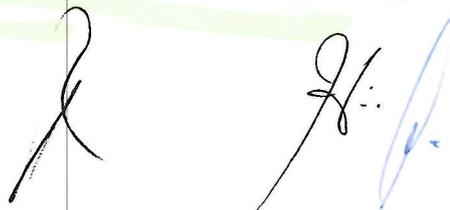
que se mantienen las observaciones planteadas en el Pliego de Observaciones de fecha 14 de noviembre del 2016, planteadas por el Comité de Recepción de Obra, en ese sentido no se recepciona la obra". (énfasis y subrayado agregados)

Conviene indicar que el **numeral 1) del Artículo 178º** del Reglamento de la Ley de Contrataciones, establece que en la fecha de la culminación de la obra el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (05) días posteriores a la anotación señalada lo informará a la Entidad, *ratificando o no* lo indicado por el residente, previa anotación en el cuaderno de obra de los alcances de su informe.

En caso que el inspector o supervisor informe a la Entidad que la obra ha culminado, la Entidad debe designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor.

El Comité está integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, siendo el inspector o supervisor solo asesor técnico de dicho Comité.

Pues bien, como hemos indicado, en la fecha de culminación de la obra, el Ingeniero Residente mediante anotación en el asiento del **Cuaderno de Obra Nº 190**, anotó tal hecho y solicitó la recepción de la misma. Posteriormente, el Supervisor de Obra otorga su conformidad en el asiento del **Cuaderno de Obra Nº 191**, indicándose que se han culminado con los trabajos descritos en el Expediente Técnico. Así se colige de modo indubitable con la Carta Nº 014-2016-JAF/SO de fecha 24 de octubre de 2016, por la cual, el "Supervisor de Obra, señala que la culminación de obra consta en el asiento 190 del cuaderno de obra, el mismo que otorga su conformidad en el Asiento Nº 191 la culminación de actividades consideradas en el expediente del adicional de obra Nº 01". Con ello, como hemos indicado, se cumple cabalmente el primer enunciado normativo previsto en el numeral 1) del Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

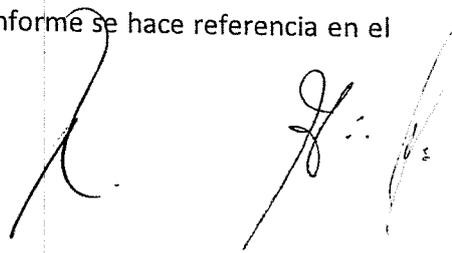


Ahora bien, el numeral 2) del glosado Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones indica expresamente que “De existir observaciones, estas se consignan en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibe la obra. El contratista dispone de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computa a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten en dicho periodo como consecuencia de observaciones no dan derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista, supervisor o inspector ni a la aplicación de penalidad alguna”. (El subrayado es agregado).

El segundo párrafo del numeral 2) del Artículo 178º del Reglamento, posteriormente prescribe que “Subsanadas las observaciones, el contratista solicita nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obra, lo cual es verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes a la anotación. El Comité de recepción junto con el contratista se constituyen en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realiza se sujeta a verificar la subsanación de observaciones formuladas en el Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones. (énfasis y subrayado agregados).

Pues bien, como hemos detallado previamente, tanto PROREGION y el GORE CAJAMARCA han indicado que el Supervisor de Obra (en su condición de funcionario de la Entidad) mediante Carta N° 016-2016-JAF/SO, de fecha 05 de diciembre de 2016, **informó** que el levantamiento de las observaciones se realizó en el periodo comprendido entre el 21 al 29 de noviembre de 2016; en razón de ello, en el **Asiento N° 206** del Cuaderno de Obra EL CONSORCIO **solicita nuevamente la recepción de la obra**, situación que es **verificada** por el Supervisor de la Obra conforme se hace referencia en el **Asiento 207**, de fecha 30 de noviembre de 2016 e informada a la Entidad mediante la citada Carta N° 016-2016-JAF/SO.

Es decir, se vuelven a cumplir las premisas normativas previamente glosadas en el numeral 2) del Artículo 178º del Reglamento; esto es, una vez subsanadas las observaciones al Acta o Pliego (actuaciones llevadas a cabo durante el 21 al 29 de noviembre de 2016), el contratista anotó tal actuación en el **Asiento N° 206** del Cuaderno de Obra, en razón de lo cual **solicitó nuevamente la recepción de la obra**, situación de hecho que fue **verificada** por el Supervisor de la Obra conforme se hace referencia en el



Asiento N° 207; tan cierta es esta afirmación que el propio Supervisor así lo *informa* a la Entidad en la Carta N° 016-2016-JAF/SO. En tal sentido, por mandato expreso del Reglamento de la Ley de Contrataciones, la Entidad se encontraba impedida legalmente para reiterar o formular nuevas observaciones.

No se puede argüir lo contrario, pues la propia norma prevé en el numeral 4) del Artículo 178° del Reglamento, que si “Vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, el inspector o supervisor verifica que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, informa de inmediato a la Entidad quien da por vencido dicho plazo y notifica ello al Contratista. A partir del día siguiente de la mencionada notificación la Entidad asume la subsanación de las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento que se establece en la Directiva que se apruebe conforme a lo que dispone el tercer párrafo del artículo 174”. (énfasis y subrayado agregados)

Del mismo modo, el numeral 8) del Artículo 178° del Reglamento indica literalmente que “Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informa a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos”. (énfasis y subrayado agregados)

Al respecto, conviene tener presente lo indicado por los autores peruanos Alejandro Álvarez Pedroza y Orlando Álvarez Medina, quienes sostienen:

“(…)

Adviértase que el comité no puede reiterar la misma observación una vez levantada esta, conforme a los extremos del cuestionamiento; sin embargo, en caso de que durante la verificación de la subsanación de las observaciones antes formuladas, está obligado a informar a la entidad”<sup>5</sup>

(énfasis y subrayado agregados)

<sup>5</sup> ÁLVARES PEDROZA, Alejandro y ÁLVAREZ MEDINA, Orlando. *Comentarios al Reglamento y Ley de Contrataciones del Estado*. Tomo II, Instituto Pacífico, Lima, noviembre de 2017. Pág. 1407. Laudo arbitral de derecho  
Página 28 de 41

Criterio que también ha sido acogido en la **OPINIÓN 014-2018/DTN<sup>6</sup>**, de fecha 31 de enero de 2018, expedido por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, OSCE, cuando se indica en el **numeral 2.3)** lo siguiente:

"(...)

2.3 Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del numeral 2) del citado artículo - se refiere al Artículo 178º del Reglamento -, una vez subsanadas las observaciones, el contratista solicita nuevamente la recepción de la obra a través del cuaderno de obra, lo cual es verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación; con posterioridad a ello, el comité de recepción junto con el contratista se constituyen en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor, a efectos de realizar la verificación correspondiente.

En dicho contexto, la comprobación que el comité de recepción realiza consiste en verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones<sup>7</sup>.

Así, en caso las observaciones - formuladas en el Pliego - hayan sido subsanadas a conformidad del comité de recepción, se suscribe el Acta de Recepción de Obra<sup>8</sup> y, posteriormente, se practica la liquidación del contrato de obra conforme al procedimiento y plazos establecidos en el artículo 179 del Reglamento".

En consecuencia, considerando los dispositivos legales, opinión doctrinaria y la esbozada por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado OSCE, que hemos glosado previamente, se colige

<sup>6</sup> Conviene precisar que las consultas que absuelve el Organismo Técnico Especializado, son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y la Tercera Disposición Complementaria Final de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

<sup>7</sup> Conforme a lo establecido en el penúltimo párrafo del numeral 2) del artículo 178 del Reglamento.

<sup>8</sup> Revisar la Opinión N° 017-2015/DTN.

El Comité  
indica  
que se  
a los  
observaciones  
no hizo  
nuevas.

indubitablemente que la función del Supervisor de Obra es justamente garantizar el cumplimiento de la subsanación de las observaciones del Acta o Pliego por parte del Contratista (según Acta de fecha 14 de noviembre de 2016); ello, claro está, dentro del plazo previsto normativamente, considerando justamente su presencia en el lugar de ejecución de la obra.

Por ello, si el propio Supervisor de Obra, en el caso que nos ocupa, **verifica** la subsanación de las observaciones realizadas por el Contratista, **verifica** la anotación de dicha incidencia en el Cuaderno de Obra, e **informa** a la Entidad de tales situaciones de hecho, no quedaba otra alternativa que suscribir la correspondiente Acta de Recepción de Obra (en donde se hubiese podido dejar constancia de la existencia de defectos o vicios ocultos); y no, como ha ocurrido, levantar una Segunda Acta de Verificación de Levantamiento del Pliego de Observaciones, indicando lacónicamente que se **mantiene** las observaciones del primer Pliego, esto es, las **reitera** (Acta de fecha 24 de enero de 2017), lo que determina claramente que la Entidad ha inobservado y vulnerado el Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, en sus numerales 2), 4) y 8).

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 la suscripción del Acta de Recepción de Obra imputable a la Entidad, se constituiría en una obligación "**no esencial**"; pues, en su criterio, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, solamente podría resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento injustificado del pago y/o otras obligaciones esenciales de la Entidad.

Tamaño aseveración no puede ser oponible; pues, conforme hemos desarrollado *ut supra* 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.

Handwritten notes and signatures in blue ink at the bottom of the page, including a checkmark and several illegible signatures.

Del mismo modo, la Recepción de Obra se encuentra descrita en las **Bases Integradas**, conforme así se infiere del numeral **3.13, epígrafe RECEPCIÓN DE LA OBRA**, del Capítulo II DEL CONTRATO, en donde se indica expresamente que la recepción de la obra se sujeta a las disposiciones previstas en el Artículo 178º del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Igualmente, la Recepción de Obra, forma parte de EL CONTRATO conforme a la cláusula **DÉCIMO PRIMERA** (denominada UNDÉCIMA) con el epígrafe **CONFORMIDAD DE LA OBRA**.

En conclusión, tanto la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las Bases 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.

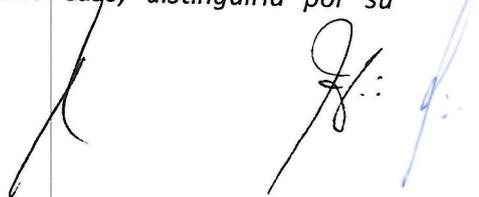
Al respecto es muy ilustrativa la **OPINIÓN Nº 027-2014/DTN** (ver numeral 2.4), de fecha 13 de febrero de 2014, por la cual, para determinar si una obligación es esencial o no esencial, se indica claramente que no requiere estar denominada como tal en las Bases o el Contrato; pues, su calificación no 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, se debió suscribir el Acta de Recepción de Obra (y no reiterar las mismas observaciones), con la consecuencia normativa de practicar la Liquidación del Contrato de Obra conforme al procedimiento y plazos establecidos en el Artículo 179º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, 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° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fecha 18 de agosto de 2017, en la cual, se otorgó el plazo de 05 (cinco) días para el cumplimiento del requerimiento; primer requerimiento subsanado y reiterado mediante Carta Notarial N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fecha 29 de agosto de 2017, otorgándose el plazo de 15 (quince) días para el cumplimiento, cumpliéndose a cabalidad lo dispuesto por la parte *in fine* del segundo párrafo del Artículo 136º 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

Le voy a  
los artículos  
Hay que  
primero  
requisitos

Carta Notarial N° 06-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a PROREGION el 14 de septiembre de 2017.

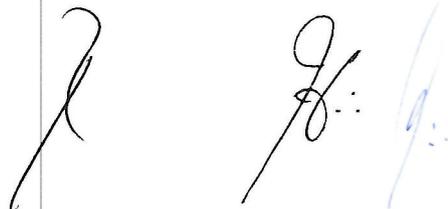
Por tanto, el Tribunal considera que esta primera pretensión principal de la demanda debe ser desestimada, debiéndose declarar **INFUNDADA** la pretensión de ineficacia del procedimiento de resolución contractual plasmado en las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas 18 y 29 de agosto de 2017, respectivamente; e **INFUNDADA** la pretensión de ineficacia de la resolución contractual realizada por EL CONSORCIO, mediante Carta Notarial N° 06-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a PROREGION el 14 de septiembre de 2017, la misma que es plenamente válida y eficaz.

**B) SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar si es procedente que EL CONSORCIO en la liquidación de EL CONTRATO cancele a PROREGION el monto de S/. 122,817.19 (Ciento Veintidós Mil Ochocientos Diecisiete y 19/100 Soles) por concepto de máxima penalidad.**

Esta pretensión al haber sido propuesta como PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRINCIPAL, en virtud al aforismo jurídico *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue a lo principal) debe ser declarada INFUNDADA.

En el mismo orden de ideas, conviene indicar que es materia pacífica aceptada por las partes, que el 14 de septiembre de 2017 EL CONSORCIO mediante Carta Notarial N° 06-2017-JLADG/SAN CARLOS, resolvió EL CONTRATO por el incumplimiento en la suscripción del acta de Recepción de obra por parte de PROREGION. Del mismo modo, debemos indicar que es también materia pacífica aceptada por las partes que, en fecha posterior, PROREGION resolvió EL CONTRATO el 18 de septiembre de 2017, por incumplimiento del Contratista (referido en estricto al no levantamiento de las observaciones plasmadas en la Segunda Acta) y por acumulación máxima de la penalidad por mora (calculadas justamente por el presunto incumplimiento en la subsanación de las citadas observaciones).



Siendo así, corresponde traer a colación lo que prescribe el Artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuando indica expresamente:

*“Artículo 177º.- Resolución del Contrato de Obras*

*La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.*

*La parte que resuelve debe indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes y el supervisor o inspector, según corresponda, se reúnen en presencia de notario o juez de paz, y se debe levantar un acta donde se detallan los avances de obra realmente ejecutados, así como realizar el inventario de los materiales, insumos, equipamientos o mobiliarios respectivos en el almacén de obra. Si alguna de las partes no se presenta, la otra lleva adelante la constatación e inventario y levanta el acta, documento que tiene pleno efecto legal.*

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

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

(énfasis y subrayado agregados)

Por tanto, no sin antes reiterar que por técnica procesal esta pretensión no puede ser amparada al haber sido formulada como accesoria a la primera pretensión principal que ha sido desestimada; para avocarnos a esta segunda pretensión, debemos advertir que nos encontramos frente a dos procedimientos de resolución contractual. El practicado por EL CONSORCIO y el notificado posteriormente por parte de PROREGIÓN. En consecuencia, habiéndose declarado INFUNDADA la pretensión de ineficacia de la resolución contractual realizada por EL CONSORCIO, la Carta Notarial N° 06-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a PROREGION



el 14 de septiembre de 2017, se mantiene incólume y con plena validez y eficacia.

En el mismo orden de ideas, conforme al procedimiento de resolución contractual previsto en el Artículo 177º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que hemos desarrollado previamente, la Resolución del Contrato por parte de EL CONSORCIO *no es impedimento* para que se proceda a la ulterior Liquidación del Contrato; por el contrario, es un mandato imperativo de la norma de contratación pública, que corresponde obedecer a raíz de la naturaleza administrativa de EL CONTRATO y por el marco legal en el cual se basa.

Al respecto, al haberse delimitado la controversia a analizar, conviene recordar que el derecho al debido proceso garantiza que la actuación de los órganos jurisdiccionales sea correcta, de modo que ninguna de sus actuaciones dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos previamente establecidos.

Así, por el principio de congruencia procesal, el Tribunal Arbitral debe respetar el *thema decidendum* propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demandas y contestación), pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron<sup>9</sup>.

Debemos indicar que no existe medio probatorio alguno que permita colegir que EL CONSORCIO, con posterioridad a la comunicación de resolución contractual realizado por Carta Notarial Nº 06-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a PROREGION el 14 de septiembre de 2017 (en la cual se hace referencia a que la diligencia de constatación física e inventario se realizaría en la ciudad de Cutervo el jueves 21 de septiembre de 2017, a horas 11:00 am) haya efectuado posteriormente la Liquidación de Obra. Por consiguiente, al no haberse efectuado aún la Liquidación del Contrato por parte de EL CONSORCIO, paso previo necesario para que eventualmente proceda; y, al no haber sido puesta dicha Liquidación de Obra objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral, debe desestimarse esta pretensión.

<sup>9</sup> GOZAÍNI, Oswaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Primera Edición, Buenos Aires, Ediar 2005. Pág. 385.

**C) TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

**Determinar si es procedente o no disponer que EL CONSORCIO asuma el pago correspondiente al íntegro de los costos arbitrales.**

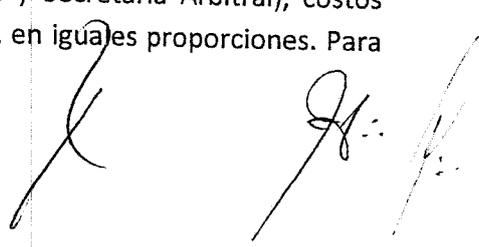
El Artículo 69º del Decreto Legislativo Nº 1071, norma que regula el arbitraje, dispone que el Laudo Arbitral debe pronunciarse sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Estos costos incluyen, pero no se limitan, a la retribución del árbitro, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, ello de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 70º del acotado cuerpo normativo.

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

En el convenio arbitral contenido en la cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO, 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.

El Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de los costos del proceso arbitral, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, además de considerar el resultado de este arbitraje, en el que en puridad no puede afirmarse que existe una "parte vencida".

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte cubra sus propios gastos (gastos para la defensa en el arbitraje) y los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaria Arbitral), costos que deben ser prorrateados por las partes, en iguales proporciones. Para



cuyo efecto, EL CONSORCIO deberá **REEMBOLSAR** a PROREGIÓN el 50% (cincuenta por ciento) de los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaria Arbitral, que fueran cancelados de manera íntegra por PROREGION, en la suma ascendente a S/. 7,107.00 (Siete Mil Ciento Siete y 00/100 Soles) y S/. 1,967.00 (Mil Novecientos Sesenta y Siete y 00/100 Soles), respectivamente; lo que hace un total para ser reembolsado en la suma de S/. 9,074 (Nueve Mil Setenta y Cuatro y 00/100 Soles).

#### **XI. LA PUBLICIDAD DEL PRESENTE LAUDO**

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 51º del Decreto Legislativo Nº 1071 que norma el arbitraje, en todos los arbitrajes regidos por este cuerpo normativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

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

#### **XII. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y VALOR DE CONDENA DEL LAUDO**

El Artículo 66º de la Ley Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, 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.

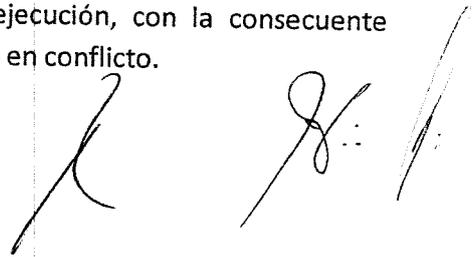
Por su parte, de acuerdo al numeral 6) del artículo objeto de glosa, si el Recurso de Anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

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 Estatal, 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 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 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.<sup>10</sup> (énfasis agregado)

La idea central de esta innovación es favorecer el cumplimiento de los Laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los Recursos de Anulación<sup>11</sup>.

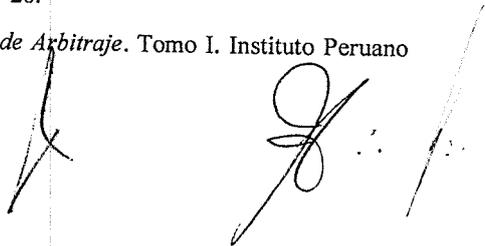
Comentando el inciso 2) de la norma bajo análisis, Martín Mejorada Chauca, indica que "(...) *si no se convino previamente las características de la garantía, el impugnante deberá acompañar a su pedido de suspensión una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de 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 (...)*"<sup>12</sup> (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, establece el **VALOR DE CONDENA DEL LAUDO** en la suma ascendente a **S/. 9,074.00** (Nueve Mil Setenta y Cuatro y 00/100 Soles), que se obtiene de la sumatoria del reembolso del 50% (cincuenta por ciento) de los costos arbitrales que deberá efectuar EL CONSORCIO a favor de PROREGION, 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

<sup>10</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición, septiembre de 2010. Pág. 206.

<sup>11</sup> Exposición de motivos, Decreto Legislativo N° 1071. Pág. 27-28.

<sup>12</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 740.



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 y la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

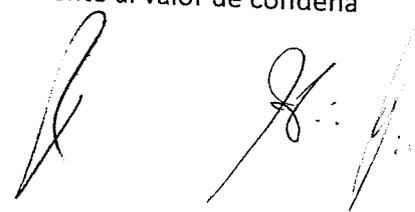
**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda, en consecuencia, **INFUNDADA** la pretensión de ineficacia del procedimiento de resolución contractual plasmado en las Cartas Notariales N° 013-2017-JLADG/SAN CARLOS y N° 014-2017-JLADG/SAN CARLOS, de fechas 18 y 29 de agosto de 2017, respectivamente; e **INFUNDADA** la pretensión de ineficacia de la resolución contractual realizada por EL CONSORCIO, mediante Carta Notarial N° 06-2017-JLADG/SAN CARLOS, notificada a PROREGION el 14 de septiembre de 2017, la misma que es plenamente válida y eficaz.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la principal, en virtud al aforismo jurídico *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue a lo principal), teniendo en cuenta además los fundamentos expuestos en el literal B), ítem X, epígrafe ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA del presente Laudo.

**TERCERO: DISPONER** que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes, para cuyo efecto, EL CONSORCIO deberá **REEMBOLSAR** a PROREGION el 50% (cincuenta por ciento) de los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaria Arbitral, que fueran cancelados de manera íntegra por PROREGION, en la suma ascendente a S/. 7,107.00 (Siete Mil Ciento Siete y 00/100 Soles) y S/. 1,967.00 (Mil Novecientos Sesenta y Siete y 00/100 Soles), respectivamente; lo que hace un total para ser reembolsado en la suma de **S/. 9,074.00** (Nueve Mil Setenta y Cuatro y 00/100 Soles).

**CUARTO: ESTABLECER** como el valor de condena del Laudo la suma de S/. 9,074 (Nueve Mil Setenta y Cuatro y 00/100 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.

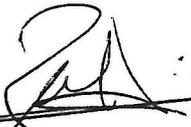


**PROCESO ARBITRAL  
PROREGION, GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA  
CONSORCIO SAN CARLOS**

**QUINTO: DISPONER** que la Secretaría Arbitral notifique el presente Laudo a las partes, dentro de los cinco (05) días hábiles de haber sido remitido, de conformidad con el numeral 46º del Acta de Instalación.

**SEXTO:** Remítase al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente Laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



Abog. RAÚL ERNESTO ARROYO MESTANZA  
Presidente del Tribunal Arbitral



Abog. VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS  
Árbitro



Abog. MARCO ANTONIO MERCADO PORTAL  
Árbitro