

CASO ARBITRAL AD HOC: CONTINUUM S.A.C. - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - UNIDAD EJECUTORA 108: PROGRAMA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA

LAUDO ARBITRAL

Lima, 15 de junio de 2010.

DEMANDANTE:

Continuum S.A.C. (en adelante "el Demandante")

DEMANDADO:

Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108: Programa Nacional de Infraestructura Educativa (en adelante "el Demandado")

REFERENCIA:

Liquidación de Contrato N° 149-2006/ME/ SG-OGA-UP-APP.

TRIBUNAL ARBITRAL:

Dr. Marco Antonio Paz Ancajima	(Presidente del Tribunal)
Dr. Patrick Hurtado Tueros	(Árbitro)
Dra. Claudia Tatiana Sotomayor Torres	(Árbitro)

SECRETARIO AD HOC:

Sr. Luis Puglianini Guerra



VISTOS:

PRIMERO.- Que, por Acta de Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, llevada a cabo el 1 de abril de 2009, se fijaron las reglas por las que se iría a regir el presente proceso arbitral.

SEGUNDO.- Que, con fecha 23 de noviembre de 2009 se fijaron los puntos controvertidos del proceso, respecto de los cuales se emitiría el laudo respectivo.

TERCERO.- Que, de acuerdo a lo pactado en el convenio arbitral suscrito por las partes que motiva el presente proceso, y lo previsto en las normas especiales sobre la materia aplicables al presente caso, el presente arbitraje es Nacional y de Derecho.

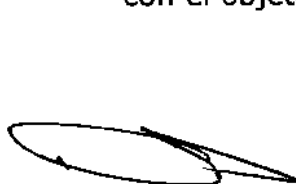
LAUDO ARBITRAL

CASO ARBITRAL AD HOC

Luego de llevadas a cabo las Audiencias de Instalación del Tribunal Arbitral y de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, el Tribunal Arbitral ha resuelto emitir el siguiente laudo:

ANTECEDENTES

1. El Ministerio de Educación a través de la Unidad Ejecutora N° 08 - Programa Nacional de Infraestructura Educativa convocó a la Licitación Pública por Proceso de Selección Abreviado N° 012-2006-EDUE 108, con el objeto de contratar la Ejecución de las siguientes obras:



2



- a) C.E. N° 88002 Josué Roca de los Santos - Moro - Santa - Ancash;
- b) C.E. N° 88152 San Marcos - Llapo - Pallasca - Ancash
- c) C.E. N° 88019 San Martín de Porres - Chimbote - Santa - Ancash;
- d) C.E.A. Cumbico - Magdalena - Cajamarca - Cajamarca;
- e) C.E. Ambulco Grande - Ambulco Grande - Cutervo - Cajamarca; y
- f) C.E. N° 17051 - La Penca - Cutervo - Cajamarca;

2. El demandante señala que obtuvo la buena pro de la referida licitación, por lo que, el 27 de diciembre de 2006, firmó con el demandado el Contrato de Obra N° 149-2006-ME/SG-OGA-UA-APP (en adelante, el Contrato) cuyo objeto consistía en ejecutar las obras antes señaladas; sin embargo, sostiene el demandante, durante la ejecución de las mismas surgieron diversas controversias, entre ellas, la controversia referida al plazo de inicio de la obra y la controversia referida al resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por el demandado debido a la demora en el nombramiento de los supervisores de obra, las cuales fueron materia de revisión dentro de distintos procesos arbitrales.

3. No obstante lo anterior, el demandante señala que debido a las tensas relaciones existentes con el demandado hasta ese momento, durante el periodo en que se revisaban las referidas controversias, al no obtener respuesta a su Carta Notarial, de fecha 4 de Julio de 2007, por la que requería el pago del resarcimiento por los daños sufridos por la demora en la designación del supervisor de obra y el pago de los respectivos intereses, comunicó al demandado, mediante Carta Notarial de fecha 23 de julio de 2007, que suspendería la ejecución del contrato de obra y paralizaría las obras, bajo apercibimiento de

resolver el contrato de pleno derecho si se continuaba con el incumplimiento.

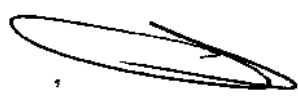



4. El demandante señala que haciendo efectivo su apercibimiento, mediante Carta Notarial, recepcionada por el demandado el 22 de agosto de 2007, dio por resuelto el referido contrato y lo convocó para que asista a las diligencias de constatación física e inventario de las obras; sin embargo, no obtuvo respuesta.
5. Asimismo, el demandante indica que continuó enviando sendas Cartas Notariales al demandado, tales como la Carta Notarial de fecha 17 de setiembre de 2007, Carta Notarial de fecha 2 de octubre de 2007 y Carta Notarial de fecha 5 de octubre de 2007, para que éste asistiera a cada una de las obras a fin de que se efectuaran las diligencias respectivas, no obstante, el demandado nunca asistió.
6. El demandante señala que desde la fecha en que comunicó la resolución del contrato, 22 de agosto de 2007, el término que tuvo el demandado para someter su decisión de resolver el contrato mediante arbitraje, venció el 4 de setiembre de 2007, por lo que a partir del 5 de setiembre de dicho año, la resolución del contrato habría quedado consentida conforme el artículo 227° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado entonces vigente.
7. Asimismo, el demandante manifiesta que con fecha 10 de octubre de 2007, cuando ya se encontraba consentida la resolución del contrato, el demandado le notificó las Resoluciones Jefaturales N° 2466-2007-ED y N° 2467-2007-ED, de fecha 4 de octubre de 2007, mediante las cuales resuelve el mismo contrato que ya se había resuelto con fecha

anterior, siendo que el demandante mediante Carta Notarial, de fecha 15 de octubre de 2007, rechaza en todos sus extremos el Oficio N° 2820-2007-ME/VMGI-OINFE y la Resolución Jefatural N° 2467-2007-ED.

8. Por su parte, el demandante señala que estando la resolución contractual consentida por el demandado y culminadas las diligencias de constatación física e inventario de obras, presentó la Liquidación Final del contrato, de fecha 26 de octubre de 2007, la cual arroja como saldo a su favor S/.780,378.65 Nuevos Soles, más intereses.
9. Del mismo modo, el demandante indica que el demandado mediante Oficio N° 3203-2007-ME/VMGI-OINFE, de fecha 23 de noviembre de 2007, le devolvió la Liquidación Final practicada por su parte, sosteniendo que ésta no procedería mientras existieran entre ellos controversias pendientes de resolver.
10. El demandante sostiene que estando en ese estado las cosas y no existiendo controversias pendientes entre las partes, presentó la correspondiente Liquidación Final de obra con fecha 2 de diciembre de 2008, la cual arrojaba a su favor un saldo de S/.516,885.06 Nuevos Soles, más intereses.
11. De otro lado, el demandado aprobó su propia Liquidación Final de obra, mediante Resolución Jefatural N°081-2009-ED, de fecha 21 de enero de 2009, y su enmienda contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, de fecha 28 de enero de 2009.

12. Que, habiéndose generado controversia respecto a la Liquidación Final del contrato de obra, el demandante somete la controversia a proceso de arbitraje, y presenta el escrito de demanda, de fecha 25 de mayo de 2009, mediante el cual CONTINUUM S.A.C. (el demandante), pretende lo siguiente:

- a) Se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución Jefatural N° 081-2009-ED y su enmienda contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, por las que el demandado pretende aprobar la Liquidación Final de obra efectuada por su parte, siendo que dichas resoluciones no están debidamente motivadas debido a que se sustentan en hechos incongruentes y falsos.
- b) Se declare aprobada la Liquidación Final de obra presentada por su parte mediante carta de 2 de diciembre de 2008, considerando el resarcimiento de los daños y perjuicios que originó la resolución del contrato y el 50% de la utilidad prevista sobre el saldo que se dejó de ejecutar, tal como lo sustenta en su Liquidación Final.
- c) Se ordene al demandado el pago de los montos que mantiene pendientes a favor del demandante, con sus respectivos intereses.
- d) Se ordene al demandado el pago de las costas y costos del proceso arbitral.
- e) El demandante sustenta su pretensión a través de los medios probatorios presentados en su escrito de demanda, especificados en el rubro "V. Medios Probatorios".





  6  

13. Por su parte, por escrito de contestación de demanda y reconvencción, de fecha 19 de junio de 2009, el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108 (el demandado), al contestar la demanda señala lo siguiente:

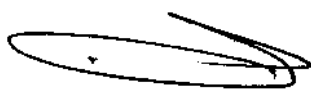
a) Las Resoluciones Jefaturales N° 2466-2007-ED y 2467-2007-ED han sido validamente expedidas, puesto que la resolución de contrato efectuada por el demandante es nula por vulnerar normas de orden público, lo cual genera a su vez que la Liquidación Final, presentada por CONTINUUM el 2 de diciembre de 2008, sea irregular e inválida.

b) Que, mediante Carta Notarial de fecha 23 de julio de 2007, el demandante le comunicó que debido al incumplimiento requerido en razón de su Carta Notarial de fecha 4 de Julio de 2007 (pago del resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados por haberse incumplido con la designación del supervisor de obra y pago de los intereses respectivos), se suspendía la ejecución del contrato, de conformidad con el artículo 1426° del Código Civil, asimismo, le señaló que concedía el plazo de 16 días para que se le paguen los conceptos que reclamaba, caso contrario, el contrato sería resuelto de pleno derecho.

c) Que, mediante Carta Notarial, recibida por el demandado el 22 de agosto de 2007, el demandante le comunicó que el contrato había sido resuelto de pleno derecho, de conformidad con el artículo 1429° del Código Civil.

  7  

- d) El demandante ha aplicado la legislación común tanto para la suspensión de la ejecución de la obra como para efectuar el apercibimiento y la posterior resolución del contrato, lo cual resultaría erróneo, por cuanto lo correcto era aplicar la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siendo las normas del Código Civil de aplicación supletoria; en ese sentido, el demandante habría utilizado un procedimiento no contemplado en el Reglamento en la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado para resolver el contrato.
- e) La Liquidación Final de obra presentada por el demandante deviene en improcedente por cuanto la resolución de contrato es nula por ser contraria a las normas de orden público.
- f) La resolución del contrato realizada por su parte, se produjo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales del demandante debido a que éste había suspendido la ejecución del contrato y había paralizado las obras.
- g) Que, en muchas oportunidades se requirió al demandante para que cumpliera sus obligaciones; sin embargo, éste no lo hizo, razón por la cual se le notificó, mediante los Oficios N°s 2819 y 2820-2007-ME/VMGI-OINFE, las Resoluciones Jefaturales N°s 2466 y 2467-2007-ED, de fecha 4 de octubre de 2007, que declaraban resuelto el contrato.
- h) La resolución del contrato efectuada por su parte es válida, por haberse cumplido con las normas establecidas en el Reglamento de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.



14. Asimismo, por escrito de contestación de demanda y reconvencción, de fecha 19 de junio de 2009, el demandado, procede a reconvenir, señalando lo siguiente:

- a) Primera pretensión principal: Se declare nula y/o ineficaz la pretendida resolución de contrato que se le comunicó por conducto notarial el 22 de agosto de 2007, por vulnerar normas de orden público, de acuerdo a lo señalado por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.
- b) Pretensión accesoria a la primera pretensión principal: Declarada la nulidad y/o ineficacia de la resolución contractual invocada por el demandante, se declare la nulidad y/o ineficacia de todos los actos generados a partir de dicho acto, incluyendo la Liquidación Final de Obra que presentó la demandante el día 2 de diciembre del 2008.
- c) Segunda pretensión principal: Se declare válida la resolución del contrato invocada por su parte, debido a causas imputables al demandante, acto que se materializó con las Resoluciones Jefaturales N°s 2466-2007-ED y 2467-2007-ED.
- d) Primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Declarada la validez de la resolución del contrato invocada por su parte, se declaren válidos todos y cada uno de los actos generados como consecuencia de la misma, inclusive la Liquidación Final del contrato formulada por su parte, contenida en las Resoluciones Jefaturales N°s 2466 y 2467-2007-ED.



e) Segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: El Tribunal Arbitral ordene al demandante pagar a su favor el importe de S/. 2'943,260.98 (Dos millones novecientos cuarenta y tres mil doscientos sesenta con 98/100 Nuevos Soles), más S/.338,725.29 (Trescientos treinta y ocho mil setecientos veinticinco con 29/100 Nuevos Soles), por concepto de IGV.

f) El demandado sustenta sus pretensiones a través de los mismos medios probatorios ofrecidos por el demandante en su escrito de demanda.

15. El demandante, mediante escrito presentado el 9 de julio de 2009, objeta el arbitraje en cuanto a la reconvencción se refiere y deduce excepción de caducidad, sosteniendo lo siguiente:

a) Que, el demandado, tanto ante la resolución de contrato formulada por su parte, de conformidad con el artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como ante el rechazo que formuló a la resolución contractual efectuada por el demandado, no recurrió a ningún mecanismo legal de solución dentro de los plazos establecidos - 10 días hábiles de recepcionadas las comunicaciones - por lo que, al haber vencido los plazos en ambos supuestos, éstos habrían quedado consentidos. En razón a ello, señala que no se deberían controvertir mediante arbitraje hechos que se encuentran plenamente consentidos y por tanto firmes e inamovibles.

b) Igualmente, señala que el derecho del demandado a controvertir la resolución del contrato formulada por el demandante, habría

caducado a los 10 días hábiles de notificada la referida resolución, debido a que el demandado no recurrió a ningún mecanismo legal de solución de controversias; por tanto, la excepción de caducidad propuesta por su parte resultaría fundada.

16. Asimismo, mediante escrito de fecha 14 de julio de 2009, el demandante contesta la reconvencción señalando lo siguiente:

- a) La primera pretensión principal de la reconvencción debe ser declarada infundada, por cuanto CONTINUUM S.A.C., al dar por resuelto de pleno derecho el contrato, no ha vulnerado ninguna norma de orden público, siendo que la carta de resolución se enmarca plenamente en lo previsto por el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado entonces vigente.
- b) La segunda pretensión principal de la reconvencción debe ser declarada infundada, por cuanto pretender que se declare resuelto un contrato cuya resolución ya ha sido efectuada por su parte, constituye un imposible jurídico.
- c) Así también, siguiendo la suerte de lo principal, tanto la primera pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la reconvencción, como la primera y segunda pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la reconvencción, deben ser declaradas infundadas.

17. El demandado, absolviendo el traslado conferido por Resolución N° 7 del 14 de julio de 2009, mediante escrito de fecha 22 de julio de 2009, señala lo siguiente:

a) La objeción y la excepción de caducidad al arbitraje, interpuestas por el demandante, tienen como finalidad cuestionar las pretensiones propuestas en la reconvención que plantea la nulidad e ineficacia de la resolución del contrato efectuada por el demandante al amparo del Artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debido a que según el demandante, no se impugnó tal resolución dentro del plazo de ley, por lo que habría quedado consentida.

b) Que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2004° del Código Civil, los plazos de caducidad los fija la Ley; por ende, al no tener rango de Ley el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no puede fijar plazos de caducidad. En ese sentido, debe declararse improcedente tanto la objeción al arbitraje como la excepción de caducidad planteada por el demandante, por cuanto la norma que éste cita no es aplicable al caso, pudiendo los hechos ser sometidos a controversia en cualquier momento.

18. Mediante Acta de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 23 de noviembre de 2009, se dispuso que las cuestiones previas y la excepción de caducidad, deducidas por la parte demandante, contra la reconvención planteada por el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108, serían resueltas al momento de expedirse el laudo arbitral.

19. Asimismo, en dicha audiencia, se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios ofrecidos por ambas partes mediante escritos presentados con fechas 29 de mayo de 2009, 16 de julio de 2009 y 22 de junio de 2009.

20. Posteriormente, ambas partes presentaron sus alegatos escritos respectivos, e hicieron uso de la palabra en la Audiencia de Informe Oral llevada a cabo el 23 de marzo de 2010, ratificando sus pretensiones y argumentos planteados a lo largo del proceso.

CONSIDERANDO

I. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

1. Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. Ni el demandante ni la demandada recusaron a ningún miembro del Tribunal Arbitral, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.

4. El demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma y planteando una reconvención, la cual fue respondida también por el demandante.
5. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegaciones y conclusiones finales por escrito, y ejercido ambas el derecho a realizar sus respectivos informes orales.
6. En tal sentido, este colegiado dentro del plazo establecido de común acuerdo por ambas partes, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

Conforme a las cuestiones previas y a los puntos controvertidos señalados en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha de 23 de noviembre de 2009, corresponde:

II.1 Cuestiones Previas:

1. Determinar si corresponde declarar fundada o no la objeción al arbitraje formulada por CONTINUUM el 9 de julio de 2009, contra la reconvención planteada por el ministerio el 22 de junio de 2009.

2. En caso se declare infundado el punto 1) precedente, determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de caducidad deducida por CONTINUUM el 9 de julio de 2009, contra la reconvencción planteada por el Ministerio el 22 de junio de 2009.

II.2 Puntos controvertidos de la demanda presentada por CONTINUUM:

1. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad e ineficacia de la Resolución Jefatural N° 081-2009-ED y su enmienda contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, mediante las cuales el Ministerio pretendería aprobar la liquidación final de obras materia de litis.
2. Determinar si corresponde declarar aprobada o no la liquidación final de obra presentada por CONTINUUM al MINISTERIO mediante carta del 2 de diciembre de 2008, conforme ha sido sustentada.
3. Determinar si corresponde ordenar o no que el MINISTERIO pague a favor de CONTINUUM los montos a su favor que mantendría pendientes.
4. En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si procede o no ordenar que el MINISTERIO pague a favor de CONTINUUM los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

II.3 Puntos controvertidos de la reconvención presentada por el MINISTERIO:

5. Determinar si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de la resolución del contrato materia de litis comunicada por CONTINUUM al Ministerio mediante Carta Notarial del 22 de agosto de 2007, por la vulneración a las normas de orden público, de acuerdo con lo establecido en el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.
6. En caso se declare fundado el punto 5) precedente, determinar si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de todos los actos generados a partir de la resolución contractual de CONTINUUM, incluyendo su liquidación final del contrato materia de litis.
7. Determinar si corresponde declarar o no la validez de la resolución del contrato materia de litis invocada por el Ministerio mediante Resoluciones Jefaturales N° 2466-2007-ED y N° 2467-2007-ED, por causas imputables a CONTINUUM.
8. En caso se declare fundado el punto 7) precedente, determinar si corresponde declarar o no la validez de todos los actos generados como consecuencia de la resolución contractual del MINISTERIO, incluyendo su liquidación final del contrato materia de litis realizada por dicha entidad.
9. En caso se declare fundado el punto 7) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que CONTINUUM pague a favor del Ministerio la suma ascendente a S/.2'943,260.98 que incluyen los

conceptos de liquidación final del Ministerio, más S/.338,725.29 por concepto de Impuesto General a las Ventas correspondiente.

III. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

III.1 ANÁLISIS DE CUESTIÓN PREVIA

CONTINUUM ha objetado el arbitraje de la reconvencción formulada por el MINISTERIO, por lo que dicha cuestión previa debe ser resuelta en el presente extremo antes de proceder a efectuar el análisis de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de fecha 23 de noviembre de 2009.

CONTINUUM solicita que se declare la improcedencia del arbitraje respecto a la reconvencción formulada por el MINISTERIO el 22 de junio de 2009, por cuanto los plazos establecidos para que ésta recurriera a un mecanismo legal de solución a fin de controvertir la resolución del contrato formulado por CONTINUUM y/o el rechazo a la resolución contractual que planteó el MINISTERIO - 10 días hábiles desde la recepción de las comunicaciones - habrían vencido; por ende, tanto la resolución del contrato como el rechazo a la resolución que formuló al MINISTERIO, habrían quedado plenamente consentidos no pudiendo ser materia de controversia.

Por su parte, el MINISTERIO ha señalado que al no tener rango de Ley el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma citada por CONTINUUM, no puede fijar plazos de caducidad. En ese sentido, debe declararse improcedente la objeción

  17  

al arbitraje presentada por CONTINUUM, debido a que las pretensiones planteadas en la reconvención pueden controvertirse en cualquier momento.

El Tribunal Arbitral en atención a las posiciones de las partes, observa que la objeción presentada por la demandante no se sustenta en norma legal alguna, esto es, el demandante no ha fundamentado cuál es la norma legal que regula el alcance y naturaleza de la objeción interpuesta. Asimismo, aprecia que esta objeción se refiere a las pretensiones de la reconvención que requieren de un análisis y valoración de los fundamentos legales y medios probatorios que serán analizados en el desarrollo de los siguientes extremos del laudo arbitral; por lo que, el colegiado conviene en declarar la improcedencia de la objeción interpuesta.

III.2 ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR EL CONTRATISTA

CONTINUUM ha presentado de manera subordinada a la objeción de arbitraje una excepción de caducidad contra las pretensiones de la reconvención interpuesta por el MINISTERIO.

Señala CONTINUUM que siendo las pretensiones de la reconvención: a) Que se declare nula e ineficaz la resolución del contrato formulada por su parte y; b) que se declare válida la resolución del contrato formulada por la parte demandada; en aplicación del artículo 267º del RLCAE, el derecho de la demandante a controvertir la resolución del contrato ha caducado, en tanto que, el MINISTERIO no presentó

su solicitud de arbitraje dentro del plazo de diez (10) días de comunicada la resolución del contrato.

Asimismo, señala que no procede la segunda pretensión de la reconvención pues el MINISTERIO no puede resolver un contrato que ya está resuelto.

Por su parte, el MINISTERIO señala que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2004º del Código Civil, los plazos de caducidad los fija la Ley; por ende, al no tener rango de Ley el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no puede fijar plazos de caducidad. En ese sentido, debe declararse improcedente tanto la objeción al arbitraje como la excepción de caducidad planteada por el demandante, por cuanto la norma que éste cita no es aplicable al caso, pudiendo los hechos ser sometidos a controversia en cualquier momento.

Al respecto, el Tribunal Arbitral tiene presente que el artículo 267º del RLCAE establece que en caso surgiere alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la ley, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, *"vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida"*.

No obstante, se tiene presente que es materia controvertida del presente proceso la determinación de la validez de la resolución del contrato efectuada por CONTINUUM; por lo que, sólo sería posible analizar la procedencia de la presente excepción y la existencia de un



plazo de caducidad luego de establecer si la resolución del contrato efectuada por CONTINUUM es válida, análisis que no corresponde efectuar en este extremo del laudo arbitral por tratarse de un medio de defensa de forma en donde no corresponde entrar al fondo de la controversia.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral declara improcedente la presente excepción de caducidad.

III.3 ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

De manera previa al análisis de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 23 de noviembre de 2009, el Tribunal Arbitral aprecia que sólo se podrá resolver de manera lógica y coherente cada uno de ellos, en atención a las etapas de resolución de contrato y liquidación, respecto de las cuales versa el presente proceso arbitral.

Para ello, sin que eso signifique vulneración del derecho de defensa de las partes, queda establecido que se efectuará el siguiente análisis:

- a. Determinación de la validez de la resolución de contrato efectuada por CONTINUUM.
- b. Determinación de la validez de la resolución de contrato efectuada por el MINISTERIO.
- c. Determinación de la validez de la liquidación presentada por CONTINUUM.



- d. Determinación de la validez de la liquidación presentada por el MINISTERIO.





En este orden, en el análisis a efectuar se explica por qué sólo será posible proceder al análisis de las liquidaciones presentadas por las partes, luego de efectuar el análisis de la resolución del contrato.

A. Resolución del contrato efectuada por CONTINUUM

CONTINUUM mediante Carta Notarial remitida al MINISTERIO el 05 de julio de 2007, le requirió el pago de la suma de S/. 423,764.70 Nuevos Soles, más intereses, por el resarcimiento de los daños y perjuicios previstos en el artículo 240º del RLCAE en razón del retraso en la designación de los supervisores de obra.

Posteriormente, mediante carta notarial remitida el 23 de julio de 2007, ante el incumplimiento de pago del MINISTERIO, el contratista, al amparo del artículo 1426º del Código Civil, informó a dicha Entidad que el contrato quedaría suspendido a partir de dicha fecha hasta que cumplan con el pago antes señalado, dándoles un plazo de 16 días calendarios bajo apercibimiento de resolución de contrato.

Luego, CONTINUUM, mediante carta notarial cursada a la ENTIDAD el 22 de agosto de 2007, hizo efectivo el apercibimiento resolviendo el contrato por incumplimiento del pago del resarcimiento por daños y perjuicios y sus respectivos intereses.

  21  

El MINISTERIO señala que este procedimiento de resolución de contrato no está contemplado en el RLCAE, no correspondiendo aplicar una norma de derecho común.





Cabe señalar que, a la fecha, el MINISTERIO no ha cumplido con abonar a favor de CONTINUUM la suma de S/. 423,764.70 por el concepto del resarcimiento por los daños y perjuicios previstos en el artículo 240º del RLCAE correspondientes al retraso en la designación de los supervisores de obra, a pesar de haber sido exigido a ello mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de setiembre de 2008 en un proceso arbitral diferente al presente.

En tal sentido, corresponde determinar la validez o no del procedimiento de resolución de contrato efectuada por CONTINUUM.

Al respecto, el artículo 226º del RLCAE establece que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga bajo apercibimiento de resolver el contrato.

De esta manera, mediante Carta Notarial remitida con fecha 23 de julio de 2007, CONTINUUM solicitó al MINISTERIO para que cumpla con pagar la suma de S/. 423,764.70 por concepto de daños y perjuicios previstos en el artículo 240º del RLCAE por incumplimiento en la designación de supervisor de obra dentro del plazo correspondiente,.

Conforme se ha acreditado en el expediente, y atendiendo a que el MINISTERIO no cumplió con subsanar el referido requerimiento

  22  

efectuado por CONTINUUM, mediante Carta Notarial remitida el 22 de agosto de 2007, la citada parte resolvió el contrato materia de litis.

Asimismo, cabe resaltar que respecto a la referida Carta de fecha 22 de agosto de 2007, el MINISTERIO no se pronunció en sentido alguno, motivo por el cual este colegiado considera que la resolución contractual realizada por CONTINUUM es válida.

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, y a mayor abundamiento, este Tribunal Arbitral considera pertinente analizar la procedencia o no de la suspensión de la ejecución del contrato materia de litis.

Al respecto, se debe señalar que el artículo 1426º del Código Civil regula lo que en doctrina se conoce como Excepción de Incumplimiento e indica que, *"En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento."*, y se debe determinar si procede su aplicación en el presente caso.

En tal sentido, se considera oportuno plantear la siguiente interrogante: ¿Puede un CONTRATISTA suspender el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden, cuando ha celebrado un contrato bajo el marco de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento?

Se debe tener presente lo regulado por el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual concede a todo

contratista que enfrenta el incumplimiento de la Entidad, dos posibilidades para contestar dicha inercia:

- a) Solicitar la ampliación de plazos para ejecutar sus propias prestaciones.
- b) Proponer la resolución administrativa del contrato.

Si bien la primera posibilidad, reconoce a favor del contratista la inexigibilidad inmediata de su prestación, admitir la paralización o atraso de las obras por incumplimiento de la otra parte, conlleva a que el contratista quede sujeto a la apreciación, valoración y decisión de quien viene incumpliendo sus prestaciones; y además, le traslada la carga de la petición, sustentación y procesamiento del pedido, teniendo la Administración la potestad de aplicar las penalidades contractuales, moras, resolución de contrato y la inhabilitación de la empresa, argumentando ésta haber cumplido sus prestaciones.

Asimismo, no resultará aplicable una propuesta de resolución administrativa del contrato por el incumplimiento de la Administración, cuando el contratista desee mantener vigente el contrato a pesar del incumplimiento de la Entidad, lo cual sucedió al momento de comunicar la suspensión de la ejecución de las obligaciones del contrato materia de litis por parte de CONTINUUM, resultando ello congruente con el Principio de Conservación del Contrato, bajo el cual se mantiene la validez del contrato, no obstante los defectos que se puedan presentar en la formación o el cumplimiento del mismo.

De esta manera, asentir la excepción de incumplimiento en la contratación administrativa, implicaría que el contratista tenga a su



24



favor una justificación legal que le permita exonerarse de la responsabilidad que se derive de su incumplimiento, impidiendo a la Entidad aplicar intereses, cláusulas penales, resolver el contrato o aplicar sanciones. Es decir, dicha excepción permitiría al contratista la suspensión legítima de la ejecución de sus prestaciones, manteniendo una relación jurídica vigente, siendo que de persistir el incumplimiento por parte de la Entidad, correspondería optar por la resolución contractual.

Igualmente, si la entidad no cumple con sus prestaciones, resulta acorde a derecho, que el contratista recurra a la figura de la excepción de contrato para suspender temporalmente sus obligaciones, hasta que la Entidad cumpla con lo que le corresponde.

Por otro lado, debe tenerse presente que el artículo 4º de la LCAE establece que esta norma y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimiento administrativo y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables. Ello quiere decir que en aquellos supuestos que estén regulados por ejemplo por la LCAE y su reglamento, y a su vez por el derecho común, se deben aplicar las primeras, en atención al principio de especialidad de la norma.

Sin perjuicio de ello, el artículo 201º del RLCAE establece que en los contratos de obra (como en el presente caso) son de aplicación supletoria las normas del Código Civil.

En tal sentido, será aplicable la remisión al Código Civil cuando estemos frente a un supuesto que no está contemplado en la LCAE y su reglamento.




Sobre los alcances de la supletoriedad, Juan Francisco Rojas señala¹:

"(...) supletoriedad es un método en derecho que permite llenar los vacíos existentes en la legislación a efectos de tener a la vista un panorama completo de la regulación aplicable a una situación determinada. La supletoriedad de la Ley respecto de las normas especiales es natural en aquellos casos en los cuales la norma especial hubiera guardado silencio sobre la forma de proceder ante una situación determinada. Asimismo, en función a dicha especialidad, incluso las regulaciones manifiestamente contrarias a las disposiciones de la propia Ley general, no ven afectada su vigencia en mérito a la condición de especialidad."

En el presente caso, no está regulado dentro de la normativa sobre contrataciones con el Estado el supuesto de suspensión de prestaciones por parte del contratista ante el incumplimiento de las prestaciones a cargo de la Entidad, lo cual no significa que esté vedado en tanto que ningún artículo de este cuerpo normativo lo prohíbe.

En tal sentido, en atención al artículo 201º del RLCAE resulta factible la remisión al Código Civil ante este supuesto, por lo que, el Tribunal Arbitral encuentra que es conforme a derecho la aplicación supletoria del artículo 1426º del Código Civil para proceder a la suspensión de prestaciones ante el incumplimiento de las prestaciones de la otra parte.

¹ ROJAS LEO Juan Francisco, ¿Hemos encontrado el rumbo en el nuevo derecho administrativo en el Perú? reflexiones en torno a la próxima entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley No. 27444 -- Lima : ARA, 2005, pag. 118.



Debe tenerse presente por otro lado, que esta suspensión de las prestaciones a cargo del contratista se produjo en el marco del apercibimiento de resolución de contrato, lo cual no resulta contrario a lo establecido en el artículo 267º del RLCAE, pues lo que esta norma regula es el efecto de la resolución de contrato, y habla de paralización de labores, a consecuencia justamente de la resolución de contrato, siendo distinto a la suspensión, que resulta un mecanismo de compulsa hasta que la contraparte cumpla con realizar sus prestaciones.

En dichos términos, éste Tribunal Arbitral considera factible la aplicación de la figura de la Excepción de Incumplimiento regulada en el artículo 1426º del Código Civil, en la ejecución de un contrato de obra, para que el contratista suspenda sus prestaciones ante el incumplimiento de las prestaciones de su contraparte.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que es conforme a derecho la suspensión de prestaciones contractuales efectuada por CONTINUUM, mediante carta notarial del 23 de julio de 2007.

Habiendo quedado establecido que el apercibimiento de resolución de contrato efectuado por CONTINUUM y la suspensión de sus prestaciones son conforme a derecho, se cumple entonces con el procedimiento de resolución de contrato contemplado en el artículo 226º del RLCAE.

B. Resolución de contrato efectuada por el MINISTERIO

  27  

El MINISTERIO señala que la resolución del contrato realizada por su parte mediante Resoluciones Jefaturales N° 2466-2007-ED y N° 2467-2007-ED, se produjo como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales del demandante debido a que éste había suspendido la ejecución del contrato y había paralizado las obras.

Asimismo señala que en muchas oportunidades requirió al demandante para que cumpliera sus obligaciones; sin embargo, éste no lo hizo, razón por la cual se le notificó, mediante los Oficios N°s 2819-2007-ME/VMGI-OINFE y 2820-2007-ME/VMGI-OINFE, las Resoluciones Jefaturales N°s 2466-2007-ED y 2467-2007-ED, de fecha 4 de octubre de 2007, que declaraban resuelto el contrato.

Finalmente, indica que la resolución del contrato efectuada por su parte es válida, por haberse cumplido con las normas establecidas en el Reglamento de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Por su parte, CONTINUUM señala que es un imposible jurídico pretender que se declare resuelto un contrato que ya había sido resuelto y que la demandada consintió al no haber cuestionado en su oportunidad la resolución de contrato efectuada por ellos.

Al respecto, debemos tener presente que precedentemente el Tribunal Arbitral ha determinado la validez del procedimiento de resolución efectuado por CONTINUUM; en tal sentido, siendo que la resolución contractual del MINISTERIO es posterior en el tiempo a la resolución del Demandante, el acto realizado por la Entidad resulta improcedente, pues jurídicamente es inviable resolver un vínculo contractual que dejó de existir (pues fue resuelto previamente) con anterioridad.

  28  

Sin perjuicio de ello, y como mayor abundamiento, el Tribunal Arbitral considera que es necesario determinar si es que la resolución de contrato efectuada por CONTINUUM ha quedado consentida, pues de ser así, la resolución de contrato efectuada por el MINISTERIO sería nula.

El artículo 267º del RLCAE establece que en caso surgiere alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la ley, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución, *"vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida"*.

Al respecto, cabe señalar que el MINISTERIO frente a la resolución de contrato comunicada por CONTINUUM el 22 de agosto de 2007, no emitió pronunciamiento alguno; más aún, no sometió dicha controversia ni a conciliación ni a arbitraje, siendo que con fecha 10 de octubre de 2007, el MINISTERIO comunicó su propia resolución del contrato a CONTINUUM mediante Resolución Jefatural N° 2466-2007-ED y N° 2467-2007-ED.

El Tribunal Arbitral considera que el MINISTERIO al no estar de acuerdo con la resolución de contrato efectuada por CONTINUUM, debió iniciar el proceso arbitral; sin embargo, en contrario, lo que hizo fue resolver el contrato por incumplimiento del contratista.

Asimismo, este Tribunal Arbitral considera que la demandada no procedió con la debida diligencia y en cumplimiento de lo establecido en la norma antes indicada, más aún, cuando es deber de la



A 29



administración pública cumplir lo establecido en las leyes conforme al principio de legalidad al que se encuentra sometida.

Se debe tener presente además que en aplicación del artículo 267º del RLCAE, si en el plazo de diez (10) días de la resolución de contrato, no se recurre al arbitraje, la resolución de contrato queda consentida.

Señala el MINISTERIO que el plazo contenido en este artículo contraviene lo establecido en el artículo 2004º del Código Civil el cual indica que la caducidad sólo la fija la Ley; por lo que, el plazo fijado en el RLCAE sería contrario a esta norma de superior jerarquía.

Al respecto, téngase presente que el artículo 201º del RLCAE establece que el Código Civil es de aplicación supletoria al contrato, esto es, se aplica ante vacío de la legislación.

Por otro lado, conforme se ha indicado anteriormente, el artículo 4º de la LCAE establece que esta norma y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimiento administrativo y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables. Ello quiere decir que respecto de aquellos supuestos que estén regulados por ejemplo por la LCAE y su reglamento y por el derecho común, se deben aplicar las primeras, en atención al principio de especialidad de la norma.

En tal sentido, la LCAE ha establecido que sus disposiciones y las de su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho común (Código Civil) que le resulten aplicables. Ante ello, debe verificarse primero la normativa sobre contrataciones con el Estado, siendo que en caso que



el supuesto referido no se encuentre regulado en las normas de contrataciones, deberá aplicarse la norma contenida en el Código Civil.

El MINISTERIO señala que la resolución del contrato efectuada por el contratista no ha quedado consentida y en aplicación del artículo 53.2 de la LCAE, el sometimiento a arbitraje de la resolución de contrato efectuada por el contratista puede efectuarse hasta antes de la culminación del contrato, lo cual no ha ocurrido pues no ha quedado consentida la liquidación de obra.

Además, se debe tener presente que el artículo 273º del RLCAE establece que las partes tienen derecho a recurrir al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 53º de la Ley (antes de la culminación del contrato) y en armonía con lo previsto en el artículo 267º del RLCAE (dentro de los diez días de resuelto el contrato).

De este modo, se aprecia que el plazo fijado en el Reglamento no es contradictorio con el artículo 2004º del Código Civil, pues, esta norma, por el principio de especialidad no resulta aplicable al presente supuesto, en tanto que la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en forma complementaria y "armónica" han fijado el plazo para recurrir al arbitraje y establecido además la consecuencia de no hacerlo (que en este caso es el consentimiento de la resolución del contrato).

En tal sentido, para el Tribunal Arbitral, la resolución de contrato efectuada por CONTINUUM ha quedado consentida, en estricta aplicación del artículo 267º del RLCAE.



Establecido el consentimiento de la resolución del contrato efectuada por CONTINUUM, el Tribunal Arbitral considera que queda claro que la resolución de contrato efectuada por el MINISTERIO es nula, toda vez que presentaron la comunicación mediante la cual resolvían el contrato materia de litis en fecha posterior a la resolución contractual presentada por CONTINUUM, así como vencido el plazo de caducidad para recurrir a la solución de las controversias pertinentes.

C. De la liquidación efectuada por CONTINUUM

El accionante demanda que se declare la validez de su liquidación de contrato presentada el 02 de diciembre de 2008 y que arroja un monto a su favor por la suma de S/. 516,885.06 Nuevos Soles.

Por su parte, el MINISTERIO sostiene que la liquidación presentada por el contratista es improcedente por ser nula la resolución de contrato efectuada por el contratista.

Además, el MINISTERIO aprobó su propia Liquidación Final de obras, mediante Resolución Jefatural N° 081-2009-ED, recibida por CONTINUUM el 23 de enero de 2009, y su enmienda contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, la cual fue recibida el 28 de enero de 2009.

Al respecto, se debe tener presente el artículo 269° del RLCAE el cual establece que:

“El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de



ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra y, notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

(...)

La liquidación quedará consentida, cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.”

Esta norma establece que dentro del plazo de 30 días de presentada la liquidación por el contratista, la Entidad deberá pronunciarse ya sea observando la liquidación o elaborando otra.

En tal sentido, en aplicación del tercer párrafo del artículo 269º del RLCAE², se aprecia que la liquidación presentada por el CONTRATISTA ha quedado consentida, en tanto que el MINISTERIO no se pronunció al respecto dentro del plazo de treinta días indicado en la norma antes citada; por lo que, el Tribunal Arbitral debe declarar válida la referida Liquidación.

D. De la liquidación efectuada por el MINISTERIO

² El tercer párrafo del artículo 269º del RLCAE establece que: “La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra parte dentro del plazo establecido.”

The bottom of the page features several handwritten marks. On the left, there is a large, somewhat circular scribble. In the center, there is a vertical mark resembling a stylized 'A' or a signature. To the right of this, the number '33' is printed. Further right, there is another stylized signature or mark. On the far right, there is a large, loopy handwritten mark.

El MINISTERIO aprobó su propia Liquidación Final de obras, mediante Resolución Jefatural N° 081-2009-ED, recibida por CONTINUUM el 23 de enero de 2009, y su enmienda contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, la cual fue recibida el 28 de enero de 2009.

Al haberse establecido que la liquidación de CONTINUUM ha quedado consentida, resulta improcedente la liquidación presentada por el MINISTERIO.

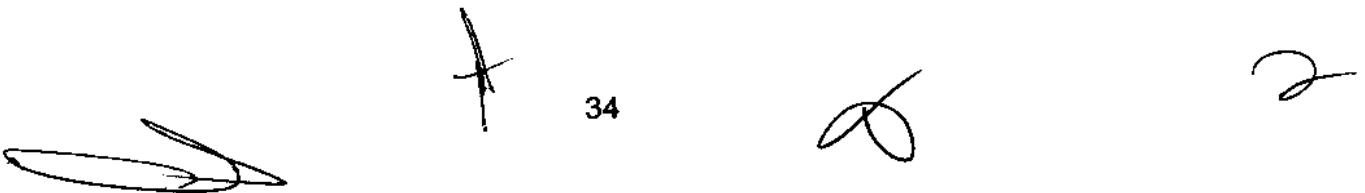
Efectuado este análisis, en base a los argumentos legales y fácticos presentados por las partes, así como teniendo en cuenta los medios probatorios actuados en el presente proceso, dejando claramente establecido que el mismo es congruente con la materia controvertida del proceso arbitral, corresponde ahora proceder a emitir pronunciamiento sobre cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia del 23 de noviembre de 2009.

III.3.1 Del primer punto controvertido

Determinar si corresponde declarar o no la nulidad e ineficacia de la Resolución Jefatural N° 081-2009-ED y su enmienda contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, mediante las cuales el MINISTERIO pretendería aprobar la liquidación final de obras materia de litis.

1. De la postura de CONTINUUM

El demandante pretende que se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución Jefatural N° 081-2009-ED y su enmienda contenida

The bottom of the page features several handwritten marks. On the left, there is a large, stylized signature. In the center, there is a smaller signature above the page number '34'. To the right of the page number is another signature. On the far right, there is a simple, curved mark.

en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, debido a que dichas resoluciones no están correctamente motivadas, toda vez que se sustentan en hechos incongruentes alejados de la realidad.

2. De la postura del MINISTERIO

Según la posición de la parte demandada, la Resolución Jefatural N° 081-2009-ED y su enmienda, contenida en la Resolución Jefatural N° 0116-2009-ED, han sido validamente emitidas, en la medida que fueron emitidas como consecuencia de la resolución del contrato formulada por ésta, la cual se fundó en el incumplimiento de las obligaciones contractuales en el que habría incurrido la parte contraria.

3. Posición del Tribunal Arbitral

Se ha determinado en el presente laudo arbitral que ha sido valido el procedimiento de resolución efectuado por CONTINUUM, así como que la resolución del contrato y la liquidación efectuadas por el CONTRATISTA han son válidas y han quedado consentidas.

En tal sentido, la referidas resoluciones jefaturales (N° 081-2009-ED y 0116-2009-ED) resultan inválidas, pues fueron emitidas cuando existían liquidaciones efectuadas por el CONTRATISTA previa y válidamente, por lo que el Tribunal Arbitral conviene en declarar fundada la presente pretensión.



III.3.2 Del segundo punto controvertido

Determinar si corresponde declarar aprobada o no la liquidación final de obra presentada por CONTINUUM al MINISTERIO mediante carta del 2 de diciembre de 2008, conforme ha sido sustentada.

1. De la postura de CONTINUUM

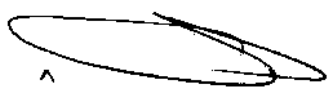
La liquidación final de obra que éste elaboró, parte de una base legal cierta, el artículo 267° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siendo que después de haber resuelto el contrato, citó en reiteradas ocasiones al MINISTERIO para que asistiera a las constataciones físicas e inventario en el lugar de las obras; sin embargo, ésta nunca asistió. En ese sentido, habiendo cumplido con la referida disposición legal debe darse por aprobada la liquidación elaborada por su parte.

2. De la postura del MINISTERIO

La liquidación final de obra presentada por el demandante deviene en improcedente, por cuanto la resolución de contrato es nula por ser contraria a las normas de orden público.

3. Posición del Tribunal Arbitral

La liquidación efectuada por CONTINUUM fue recepcionada por el MINISTERIO con fecha 29 de octubre de 2007, donde se observa



a favor de CONTINUUM un saldo ascendente a S/.780,378.65 Nuevos Soles, más intereses.

Por su parte, el MINISTERIO respondió a CONTINUUM mediante Oficio N° 3203-2007-ME/VMGI-OINFE, notificado el 23 de noviembre de 2007, en donde indicó que la liquidación era improcedente por transgredir lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 269° del RLCAE; y que habiendo entre ellos controversias pendientes de resolver, ésta remitiría la Liquidación Final del contrato, cuando la solución de las controversias obren en Laudo.

CONTINUUM, mediante carta notificada el 2 de diciembre de 2008, envió una nueva Liquidación Final del contrato, la cual arrojaba a su favor un saldo de S/.516,885.06 Nuevos Soles, más intereses.

Conforme lo regulado en el artículo 269° del RLCAE, el contratista presentará la liquidación final que practique, debidamente sustentada, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor; y que dentro del plazo de treinta (30) días de recibida la misma, la Entidad deberá pronunciarse al respecto, lo cual notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes; asimismo, si habiéndose practicado por una de las partes dicha liquidación no es observada por la otra dentro del plazo establecido, la liquidación quedará consentida. Es decir, la norma establece que dentro del plazo de treinta (30) días de presentada la liquidación por el contratista, el

MINISTERIO debe pronunciarse ya sea observando la liquidación o elaborando otra.

Se ha establecido en el presente laudo arbitral que la liquidación presentada por CONTINUUM ha quedado consentida de conformidad con el tercer párrafo del artículo 269º del RLCAE, por lo que este Tribunal Arbitral declara válida la misma y fundada la pretensión contenida en el segundo punto controvertido del presente proceso.

III.3.3 Del tercer punto controvertido

Determinar si corresponde ordenar o no que el Ministerio pague a favor de CONTINUUM los montos a su favor que mantendría pendientes.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente y las conclusiones a las que ha arribado este Tribunal Arbitral, corresponde ordenar que el Ministerio pague a CONTINUUM los montos a su favor que mantiene pendientes.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar a las partes que los montos correspondientes al resarcimiento por los daños y perjuicios previstos en el artículo 240º del RLCAE correspondientes al retraso en la designación de los supervisores de obra, han sido determinados mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de setiembre de 2008, correspondiente a un proceso arbitral diferente del presente y respecto del cual este colegiado no tiene facultades para pronunciarse, toda vez



que a la fecha dicho laudo tiene calidad de cosa juzgada y resulta exigible a ambas partes.

III.3.4 Del cuarto punto controvertido

En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si procede o no ordenar que el Ministerio pague a favor de CONTINUUM los intereses correspondientes y, de ser el caso, determinar desde qué fecha se debería pagar por tal concepto hasta la fecha efectiva de pago.

Habiéndose declarado fundado el punto 3) precedente, este Tribunal Arbitral ordena que el Ministerio pague a favor de CONTINUUM los intereses correspondientes.

Conforme lo establece el artículo 238º del RLCAE, en caso de retraso en el pago se aplicará intereses correspondientes o en su defecto el interés legal; por lo que, queda establecido que el interés a reconocer es el interés legal.

Asimismo, el cómputo de estos intereses deberá efectuarse desde la presentación de la solicitud de arbitraje, esto es, desde el 2 de febrero de 2009, hasta la fecha efectiva de pago, de conformidad con lo establecido en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, la cual establece que para efectos de lo dispuesto en el artículo 1334º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

III.3.5 Del quinto punto controvertido

Determinar si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de la resolución del contrato materia de litis comunicada por CONTINUUM al MINISTERIO mediante Carta Notarial del 22 de agosto de 2007, por la vulneración a las normas de orden público, de acuerdo con lo establecido en el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Conforme ha quedado establecido en el presente laudo arbitral, la resolución de contrato efectuada por CONTINUUM ha quedado consentida.

En tal sentido, no corresponde efectuar mayor análisis sobre la validez de la misma, razón por la cual, el Tribunal Arbitral conviene en declarar improcedente la pretensión contenida en el presente punto controvertido.

III.3.6 Del sexto punto controvertido

En caso se declare fundado el punto 5) precedente, determinar si corresponde declarar o no la nulidad y/o ineficacia de todos los actos generados a partir de la resolución contractual de CONTINUUM, incluyendo su liquidación final del contrato materia de litis.

Al respecto, al haberse declarado improcedente el punto 5) precedente, este Tribunal Arbitral considera que todos los actos generados a partir de la resolución contractual de CONTINUUM no son

nulos y/o ineficaces; en ese sentido, la Liquidación Final a cargo de CONTINUUM resulta válida en razón a los fundamentos señalados en el presente laudo arbitral.

III.3.7 Del sétimo punto controvertido

Determinar si corresponde declarar o no la validez de la resolución del contrato materia de litis invocada por el MINISTERIO mediante Resoluciones Jefaturales N° 2466-2007-ED y N° 2467-2007-ED, por causas imputables a CONTINUUM.

El Tribunal Arbitral ha declarado que la resolución de contrato efectuada por el contratista ha quedado consentida, razón por la cual, deviene en improcedente la presente pretensión.

III.3.8 Del octavo punto controvertido

En caso se declare fundado el punto 7) precedente, determinar si corresponde declarar o no la validez de todos los actos generados como consecuencia de la resolución contractual del MINISTERIO, incluyendo su Liquidación Final del contrato materia de litis realizada por dicha entidad.

Al haberse declarado improcedente el punto 7) precedente, este Tribunal Arbitral dispone igualmente que se declare la improcedente la pretensión contenida en este punto controvertido.

III.3.9 Del noveno punto controvertido



Handwritten signatures and marks at the bottom of the page, including a large signature on the left, a small mark in the center, a signature on the right, and a mark on the far right.

En caso se declare fundado el punto 7) precedente, determinar si corresponde ordenar o no que CONTINUUM pague a favor del MINISTERIO la suma ascendente a S/.2'943,260.98 que incluyen los conceptos de Liquidación Final del MINISTERIO, más S/.338,725.29 por concepto de Impuesto General a las Ventas correspondiente.

Respecto al presente punto controvertido, en atención al análisis efectuado precedentemente, el Tribunal Arbitral declara que no corresponde que CONTINUUM pague a favor del MINISTERIO la suma ascendente a S/.2'943,260.98, que incluyen los conceptos de Liquidación Final del MINISTERIO, más S/.338,725.29, por concepto de Impuesto General a las Ventas correspondiente.

III.3.10 De las costas y costos

En este punto el colegiado debe determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.

El numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo Nº 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución los costos indicados en su artículo 70º³. Asimismo, el

³ Artículo 70º.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.



numeral 1) del artículo 73º del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el convenio arbitral contenido en la cláusula décimo sexta del Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos indicados en el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071.

La Entidad ha asumido la parte de los gastos arbitrales liquidados en este arbitraje que le correspondía (los cuales fueron liquidados en el Acta de Instalación y mediante Resolución N° 5, correspondiendo estos últimos a la reliquidación por reconvencción), más la parte de los gastos arbitrales de la reconvencción que le correspondía al Contratista, siendo que CONTINUUM sólo ha cancelado la parte los gastos arbitrales liquidados en el Acta de Instalación.

Al respecto, en vista que el MINISTERIO es la parte vencida en este arbitraje, tal parte deberá asumir el íntegro de los costos señalados en los literales a) y b) del citado artículo 70º en los cuales ha incurrido CONTINUUM.

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



QUE, LUEGO DEL DESARROLLO INDEPENDIENTE DE CADA UNA DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS EN LA DEMANDA Y CORROBORADAS EN PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS, Y EN MÉRITO DE LOS MEDIOS PROBATORIOS QUE CORREN EN AUTOS QUE HAN SIDO VALORADOS EN CONJUNTO, LAUDAMOS, DECLARANDO:

PRIMERO: IMPROCEDENTE la CUESTIÓN PREVIA presentada por CONTINUUM.

SEGUNDO: IMPROCEDENTE la EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD interpuesta por CONTINUUM contra las pretensiones de la reconvención de la demanda.

TERCERO: FUNDADA la primera pretensión de la demanda contenida en el primer punto controvertido del presente laudo arbitral.

CUARTO: FUNDADA la segunda pretensión de la demanda contenida en el segundo punto controvertido del presente laudo arbitral.

QUINTO: FUNDADA la tercera pretensión de la demanda contenida en el tercer punto controvertido del presente laudo arbitral.

SEXTO: FUNDADA la tercera pretensión de la demanda contenida en el cuarto punto controvertido del presente laudo arbitral.

SÉTIMO: IMPROCEDENTE la primera pretensión principal de la reconvención contenida en el quinto punto controvertido del presente laudo arbitral.

OCTAVO: IMPROCEDENTE la pretensión accesoria de la primera pretensión principal de la reconvención contenida en el sexto punto controvertido del presente laudo arbitral.



NOVENO: IMPROCEDENTE la segunda pretensión principal de la reconvención contenida en el séptimo punto controvertido del presente laudo arbitral.

DÉCIMO: IMPROCEDENTE la primera pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la reconvención, contenida en el octavo punto controvertido del presente laudo arbitral.

DÉCIMO PRIMERO: IMPROCEDENTE la segunda pretensión accesoria de la segunda pretensión principal de la reconvención, contenida en el noveno punto controvertido del presente laudo arbitral.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que el Ministerio de Educación - Unidad Ejecutora 108 deberá asumir el íntegro de los costos señalados en los literales a) y b) del Decreto Legislativo Nº 1071 en los cuales ha incurrido su contraparte a raíz del presente proceso arbitral.

EL PRESENTE LAUDO ES INAPELABLE Y TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PARA LAS PARTES. EN CONSECUENCIA, FIRMADO, NOTIFÍQUESE PARA SU CUMPLIMIENTO, CON ARREGLO A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, NOTIFICÁNDOSE A LAS PARTES QUE SE HAN SOMETIDO AL ARBITRAJE, CON ARREGLO A LEY.



MARCO ANTONIO PAZ ANCAJIMA
Presidente del Tribunal Arbitral





CLAUDIA TATIANA SOTOMAYOR TORRES

Árbitro



PATRICK HURTADO TUEROS

Árbitro



LUIS PUGLIANINI GUERRA

Secretario Ad Hoc

