

**LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DEL PROCESO LLEVADO POR LA EMPRESA
WERNHER VON BRAUN INSTITUCIÓN EDUCATIVA PARTICULAR SA CONTRA EL
GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO**

Contrato N° 003-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, que deviene de la

DEMANDANTE : WERNHER VON BRAUN INSTITUCIÓN EDUCATIVA
PARTICULAR SA
DEMANDADO : GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO
TIPO DE ARBITRAJE : NACIONAL Y DE DERECHO
TRIBUNAL ARBITRAL: DR. DANIEL MARTÍN LINARES PRADO (PRESIDENTE)
DR. VICENTE FERNANDO TINCOPA TORRES
DR. JOSE LUIS CASTRO DÍAZ
SECRETARIA : LOU-ANN FLORES SÁNCHEZ

Resolución N° 09

Lima, 23 de abril de 2012.

ANTECEDENTES

I. RELACIÓN CONTRACTUAL

De forma posterior, con fecha 19 de marzo del 2010, las partes suscribieron el Contrato N° 003-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, por el monto de S/. 491,810.00 (cuatrocientos noventa y un mil ochocientos diez con 00/100 Nuevos Soles), el objeto del contrato era brindar el servicio de Capacitación para la actividad: "Desarrollo e implementación de una plataforma tecnológica de capacitación de docentes a través de

Cursos Virtuales de Desarrollo Tecnológico articulado a las áreas de educación básica regular de las Instituciones Educativas Públicas de la provincia Constitucional del Callao.

En el Contrato se estipularon entre otros lo siguiente:

Monto Contractual	S/. 491,810.00 Nuevos Soles
Plazo del contrato	210 días calendarios
Normativa	Ley 26850: Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Decreto N° 013-2001-PCM: Reglamento de la Ley
Liquidación de Obra	Presenta el Contratista, en 60 días posteriores a la recepción de la obra
Responsabilidad por la Obra (del Contratista)	7 años desde consentida la Liquidación de Obra

Con fecha 19 de Marzo del 2010, la INSTITUCION EDUCATIVA PARTICULAR S.A. WERNHER VON BRAUN y el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO suscribieron el Contrato N° 003-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO para el Servicio de Capacitación para la actividad: "Desarrollo e Implementación de una Plataforma Tecnológica de Capacitación de Docentes a través de Cursos Virtuales del Desarrollo Tecnológico Articulado a las Áreas de Educación Básica Regular de las Instituciones Educativas Publicas de la Provincia Constitucional del Callao". (en adelante el CONTRATO).

De acuerdo con la Cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"Las controversias derivadas de la ejecución o interpretación del contrato que derive del procedimiento de contratación directa, se resolverán inicialmente mediante Conciliación y de no mediar acuerdo total, mediante Arbitraje administrativo. La

Conciliación y el Arbitraje Administrativo se regirán según las estipulaciones de los artículos del capítulo VIII del Reglamento.

En concordancia con ello, el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto legislativo 1017 establece que:

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente ese orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Los árbitros que incumplan con esta obligación serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o tribunal arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, dentro del plazo establecido en el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.”

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en el CONTRATO.

PROCESO ARBITRAL

Habiéndose suscitado un conflicto entre las partes referido a la resolución del contrato, la empresa WERNHER VON BRAUN INSTITUCIÓN EDUCATIVA PARTICULAR S.A., mediante carta N° 159-2011-WVB de fecha 10 de agosto del 2011, solicitó el inicio del

procedimiento arbitral, designando como árbitro al doctor Vicente Fernando Tincopa Torres.

Ante ello, el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, mediante carta N° 20-2011-GRC-PPR/RMA de fecha 16 de agosto del 2011 da respuesta a la solicitud de procedimiento arbitral, designando como árbitro al doctor José Luis Castro Díaz

Posteriormente, los árbitros previamente designados, acordaron designar como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Daniel Martín Linares Prado, quien aceptó dicha designación a través de la carta de fecha 19 de agosto de 2011.

Finalmente, al no haberse objetado la designación de ninguno de los árbitros, el Tribunal Arbitral quedó constituido.

A) INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Habiéndose constituido el Tribunal Arbitral, el Contratista solicitó ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE la instalación del mismo; y cumpliéndose con los requisitos se llamó a Audiencia tanto a las partes como a los árbitros.

En tal sentido al no haber presentado recusación ninguna de las partes, con fecha 08 de setiembre de 2011 en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, contando con la participación de ambas partes, dejando constancia en el Acta lo siguiente:

- 1) Se designó como secretaria arbitral a la señorita Lou-Ann Itharina Flores Sánchez.
- 2) El arbitraje sería Nacional y de Derecho conforme a lo contenido en la cláusula décimo cuarta del Contrato.
- 3) Que se aplicarían al presente arbitraje: i) las reglas establecidas en la referida Acta; ii) lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de

Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 013-2001-PCM; iii) el Decreto Legislativo N°1071, que norma el arbitraje. Sin perjuicio de ello el Tribunal Arbitral quedó facultado para resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado la presente controversia al amparo de lo establecido en los artículos 34° y 40° de la Ley de Arbitraje.

- 4) Se estableció como sede del Arbitraje en la ciudad de Lima, en el distrito de Lince la misma que fue modificada y por tanto se estableció como nueva sede el local sito Av. Paz Soldán N° 170 Oficina 201 en el distrito de San Isidro.
- 5) El idioma del arbitraje sería el español.
- 6) Se determinó el domicilio procesal de las partes, así como la forma de cómputo de los plazos.
- 7) Se detalló la forma de pago de los honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral y la oportunidad de dicho pago.
- 8) El Tribunal Arbitral determinó como plazo para la presentación tanto de la demanda como de la contestación, diez (10) días hábiles debiendo cumplir con las especificaciones dadas en el Acta de Instalación.

B) DESARROLLO

Mediante escrito de fecha 22 de septiembre de 2011, el Contratista presentó su escrito de demanda y solicitó:

- i) Que se declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao – GGR, mediante la cual se resuelve el contrato, por ser ilegal al infringir lo dispuesto por los artículos 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
- ii) Declarar la nulidad e ineficacia de los actos administrativos mediante los cuales se aplicaron las penalidades, a haberse impuesto sin que exista retraso alguno o en el peor de los supuestos, con un retraso justificado, infringiendo el artículo 165 del Reglamento.

- iii) Como pretensión Accesorio a la segunda pretensión principal, se ordene la inaplicación de la penalidad impuesta y por la cual se resuelve el contrato mediante Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao- GGR.
- iv) Que se ordene el pago del 25% del monto contractual más los intereses legales correspondientes por haber cumplido con las obligaciones dentro del plazo de la Capacitación *On-line* de Inicial y Secundaria de acuerdo a los Término de Referencia y haber cumplido con las condiciones requeridas para el pago.
- v) Que se ordene el pago del 15% del monto contractual más los intereses legales correspondientes por haber cumplido con las obligaciones contractuales dentro del plazo de la Capacitación *On-Line* del nivel primaria por haber cumplido con la Capacitación de los Tutores, el cumplimiento de la Asesoría y Monitoreo a los Tutores y monitores inscritos y por el cumplimiento de las condiciones requeridas para dicho pago.
- vi) Ordenar a la Entidad l pago de S/. 33,000.00 (Treinta y tres Mil y 00/100 Nuevos Soles) por mayores trabajos producto de la formación de 20 tutores y monitores adicionales a los establecidos en los Términos de Referencia.
- vii) Como pretensión subordinada a la quinta pretensión, que en caso se declare no ~~ha lugar~~ el pago por mayores trabajos por la formación de 20 tutores y monitores adicionales a los establecidos en los términos de referencia, se solicita Ordenar el pago de S/. 33, 000.00 (Treinta y Tres Mil y 00/100 Nuevos Soles) por enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad.
- viii) Ordenar a la Entidad la devolución al Contratista de la Carta Fianza N° 414551310, que corresponde a la garantía de fiel cumplimiento emitida por el Banco Financiero.
- ix) Como consecuencia de estimar fundada la sexta pretensión principal, ordenar el pago de los mayores costos en los que incurrió el Contratista por la renovación de

la Carta Fianza fuera del periodo en que la entidad debió otorgar la conformidad de la prestación, más los intereses legales correspondientes.

- x) Se ordene el pago de S/. 100,000.00 (Cien Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño a la imagen y a la reputación comercial del Contratista, por concepto de lucro cesante ante la imposibilidad de movilizar los fondos por la Carta Fianza y por la imposibilidad de invertir el pago adeudado.
- xi) Se ordene a la Entidad el pago del 100% de las costas y costos del presente proceso arbitral, incluido los honorarios de nuestros abogados, más los intereses legales correspondientes.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

La empresa WERNHER VON BRAUN INSTITUCION EDUCATIVA PARTICULAR S.A. sustentó sus pretensiones en los siguientes fundamentos:

- a. Con fecha 19 de Marzo del 2010, la Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato, por el monto de S/. 491,810.00 (cuatrocientos noventa y un mil ochocientos diez con 00/100 Nuevos Soles), por un periodo de 210 días, cuyo objeto era brindar el servicio de Capacitación para la actividad: "Desarrollo e implementación de una plataforma tecnológica de capacitación de docentes a través de Cursos Virtuales de Desarrollo Tecnológico articulado a las áreas de educación básica regular de las Instituciones Educativas Publicas de la Provincia Constitucional del Callao.
- b. Que, mediante Carta N° 167-2010-WVB, del 16 de junio del 2010, el contratista manifestó haber realizado las acciones correspondientes para la compatibilización de la plataforma EDU CALLAO y solicita a la Entidad, a través de su Oficina de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (en adelante OTIC), que realice sus tareas pendientes para concluir con el servicio de compatibilización.

- c. Que, mediante reunión de fecha 12 de julio de 2010, convocada por el coordinador del proyecto se reunieron los representantes del contratista y de la entidad, acordando el inicio de la capacitación para el día 19 de julio, que la OTIC de la entidad remitiría ese mismo día un correo a los Tutores/monitores con la lista final de los profesores inscritos con los usuarios y contraseñas, en vista de que los directores de las instituciones educativas solicitaron al coordinador el cambio de la lista inicial de profesores con usuarios y *password* remitidas mediante Carta N° 005-2010-GRC/GGR/OTIC.
- d. Que, mediante Oficio Múltiple N° 021-2010-GRC/GRDS, de fecha 16 de julio del 2010, la entidad informa a las Instituciones Educativas que el lunes 19 de julio de 2010 se dará inicio a la capacitación virtual a los docentes designados.
- e. Que, los docentes entraron de vacaciones de medio año del viernes 23 de julio al viernes 6 de agosto de 2010, pudiéndose iniciar la capacitación virtual y las visitas a partir del lunes 9 de agosto de 2010.
- f. Que, mediante Carta N° 201-2010-WVB, del 18 de agosto de 2010, el contratista presento su informe de Capacitación *On line* del nivel inicial y secundaria a la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional del Callao. Con dicho informe se adjuntaron las actas suscritas entre el 10 y 16 de agosto a través de las cuales se hizo entrega de *password* y usuarios a los tutores de cada institución educativa de nivel inicial y secundaria con los cambios requeridos por los directores y efectuados por la entidad a la lista inicial de profesores, así como correos electrónicos remitiendo el contenido de la capacitación virtual al correo electrónico de los profesores inscritos en la capacitación.
- g. Que, mediante Oficio N° 541-2010-GRC/GRDS, del 8 de setiembre de 2010, la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional del Callao "observo" el informe de capacitación *On Line* de Inicial y Secundaria presentado por el contratista mediante Carta N° 201-2010-WVB.

Las observaciones consistieron en:

- El contratista no está realizando las 5 visitas mensuales de asesoría a los tutores según señala los Términos de Referencia (en adelante TDR).
- Los tutores no monitorean adecuadamente a sus docentes.
- El contratista no remite la información sobre: el número de profesores que ingresan a capacitarse; el rendimiento de evaluaciones, el reporte de avance por colegio y cumplimiento de las metas según los términos de referencia.

h. Que, mediante Carta N° 213-2010-WVB, del 14 de setiembre de 2010, el contratista "subsanó" las observaciones a su Informe de capacitación de Inicial y Secundaria, adjuntando 5 actas de visita correspondientes al mes de setiembre y el reporte de visitas al Aula Virtual de los profesores de inicial y secundaria, dejando constancia de haber remitido los contenidos de los cursos de capacitación a los profesores a través de correo electrónico, evidenciando así que no existió incumplimiento.

i. Que, mediante Informe N° 001-2010-WVB/AJS, del 14 de octubre de 2010, el contratista remite el estado de aprobados y desaprobados en la capacitación virtual, asimismo se expresan las razones por las cuales no se ha llegado a la meta prevista (causas exógenas como vacaciones, fiestas patrias).

j. Que, mediante Carta N° 229-2010-WVB, del 14 de octubre de 2010, el contratista remitió a la Gerencia Regional de Desarrollo Social su Informe de capacitación *On line* del nivel primaria, adjuntando 7 actas de conformidad de los tutores respecto a la asesoría y monitoreo y el cuadro de evaluación de los docentes de los 14 colegios de nivel primaria.

k. Que, mediante Carta N° 430-2010-GRC/GRDS, del 14 de octubre de 2010, la Gerencia de Desarrollo Social del Gobierno Regional del Callao reitera sus

observaciones sobre el informe de Capacitación *On line* del nivel inicial y secundaria presentado mediante Carta 201-2010-WVB.

La entidad reconoce que, mediante Informe N° 069-2010-GRC/GRDS/WCC, por causas exógenas (fiestas patrias y vacaciones) se ha producido un atraso en la capacitación.

- l. Que, mediante Carta s/n del 29 de Octubre de 2010, el contratista respondió las observaciones presentadas por la entidad mediante carta 430-2010-GRC/GRDS, expresando que mediante Carta 213-2010-WVB se dio cuenta de las 12 I.IEE comprometidas, adjuntándose las 5 Actas de visita correspondientes al mes de setiembre; asimismo, el 14 de octubre se remitió la totalidad de las actas de conformidad de las 12 I.IEE de inicial comprometidas en el contrato; con respecto a la I.IEE Antonio Raymondi se indica que mediante documento detallado en el punto 1 se adjunto el acta de conformidad respectiva; el curso para educación inicial solo requiere una evaluación, la misma que fue efectuada; se expresa que se ha cumplido con lo establecido en los términos de referencia, realizándose incluso actividades adicionales que se encontraban fuera de los Términos de Referencia como son la capacitación de 40 tutores - monitores (20 más de lo establecido en los TDR) y la remisión de la totalidad de los cursos virtuales vía correo electrónico, evidenciándose un actuar diligente y buena fe de nuestra parte.
- m. Que, mediante Carta N° 002-2010-GRC/GRDS, recibida por el contratista el 9 de noviembre de 2010, la entidad remitió la opinión jurídica, sustentada en el Informe N° 968-2010-GRC/GAJ, a través de la cual se recomendaba la aplicación de penalidades al contratista debido a que se encontraba inmerso en mora en vista del retraso en el cumplimiento de sus prestaciones, obviando los documentos presentados por el contratista.
- n. Que, mediante Carta N° 009-2010-GRC/GRDS, de fecha 18 de noviembre del 2010, la Entidad expreso su desacuerdo con los informes presentados por el contratista

mediante cartas N° 229-2010-WVB y 235-2010-WVB, debido a que no habían terminado con la capacitación y que el segundo informe fue presentado fuera de fecha.

ñ. Que, mediante carta N° 246-2010-WVB, de fecha 24 de noviembre de 2010, el contratista absuelve las observaciones presentadas por la entidad mediante carta N° 011-2010-GRC/GRDS. Asimismo, adjunta las actas de conformidad de los tutores de nivel inicial (9 actas de conformidad) y secundaria (5 actas de conformidad) respecto a haber recibido la asesoría y monitoreo de manera satisfactoria.

o. Que, mediante Carta N° 019-2010-GRC/GRDS, de fecha 3 de diciembre del 2010, la Entidad da respuesta a la Carta N° 241-2010-WVB y reconoció que con fecha 14 de julio de 2010 se produjo una reunión entre el contratista, los representantes de la entidad (miembros de la OTIC y la GRDS) y se llegó a los siguientes acuerdos:

- A la lista de profesores con usuarios y contraseñas se realizarían algunos cambios solicitados por los directores al Coordinador.
- La OTIC remitirá a los correos de los tutores – monitores de cada institución educativa la lista de sus profesores inscritos con usuarios y claves.
- Se definió el inicio de la capacitación para los profesores para el 19 de julio.
- Los técnicos del contratista visitaran los colegios a partir del 19 de julio de 2010 asesorando a los tutores y monitores. La fecha de inicio de la capacitación fue comunicada a los Directores de cada Institución Educativa a través del Oficio Múltiple N° 029 del 16 de julio de 2010.

p. Que, mediante Carta N° 1917-2011-GRC/GGR/OTDyA, de fecha 6 de julio de 2011, la entidad remite la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao – GRC, mediante la cual la entidad decide resolver el contrato por acumulación máxima de penalidad por mora.

II. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN

El GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO contestó la demanda interpuesta por la WERNHER VON BRAUN INSTITUCION EDUCATIVA PARTICULAR S.A en los siguientes términos:

- a. Hace referencia al PRINCIPIO DE INTEGRIDAD E INTANGIBILIDAD CONTRACTUAL regulado con nivel constitucional en el Artículo 62 de la Carta Magna, pues, siendo el contrato resultado de la negociación, acuerdo y suscripción de tales documentos, deben ejecutarse en sus propios términos y ninguna autoridad ni Ley puede modificar los términos contractuales.
- b. Como se puede apreciar de una lectura del contrato N° 003-2010-Gobierno Regional del Callao de fecha 19 de marzo del 2010 para el desarrollo e implementación de "Una plataforma tecnológica de capacitación de docentes a través de Cursos Virtuales de Desarrollo Tecnológico articulado a las áreas de educación básica regular de las Instituciones Educativas del Callao", éste contiene todos los pactos negociados y celebrados por las partes, previstos literal y expresamente los mecanismos de solución de las controversias; siendo así, en estricta aplicación de lo normado en el Artículo 1361° del Código Civil "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla", debiendo resaltar que conforme al principio del *onus probandi*, es la parte actora quien debe probar las preces de pretensión, deviniendo por ello INFUNDADA la demanda, al no haber acreditado los extremos que alega.
- c. Debemos hacer notar al Tribunal Arbitral, que las partes convinieron en un período de ejecución del contrato, vale decir, el plazo del contrato fue PACTADO EN 210 DIAS CALENDARIOS (véase la tercera cláusula del contrato antes

referido), el cual consta en la Cláusula tercera del Contrato de Servicio, por ello en armonía con la Cláusula Décima del Contrato antes referido, el contratista debía adoptar todas las medidas necesarias que garanticen el cumplimiento del servicio en la fecha programada, NOTESE EN ESTE EXTREMO, que estamos frente a empresas dedicadas a la participación en licitaciones públicas, no frente a inexpertos contratistas, QUIENES TIENEN EL DEBER Y LA OBLIGACION DE REVISAR LOS EXPEDIENTES DE LA CONVOCATORIA, siendo esto así, por el riesgo que se asume los contratos pueden ser COMMUTATIVOS O ALEATORIOS, en el presente caso estamos frente a un contrato conmutativo, pues, desde el momento de su suscripción se sabían cuales eran las ventajas y desventajas del contrato, lo que no se puede alegar ahora es el desconocimiento de esa característica.

- d. Por otro lado, conforme a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los adicionales de obra pueden ordenarse y pagarse directamente hasta por el 25% de su monto, con la sola condición que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato, y para las obras adicionales en el supuesto de errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores al porcentaje señalado, la Entidad puede autorizarlas, siguiéndose el procedimiento especial señalado por Ley, vale decir, debió petitionar la aprobación del adicional de obra y la ampliación de plazo (respetándose las disposiciones de la Ley y su Reglamento además de las Bases y el contrato mismo), efectuando un debido examen del tipo de adicional que requiere, y de ser el caso si impedía la realización de los demás trabajos u obligaciones, lo que no se evidencia en autos.
- e. El Instituto, alega que como la Carta N° 1917-2011-GRC/GGR/OTDyA se le notificó en forma directa y personal (LO QUE PRUEBA SU RECEPCION, así como su PLENO Y TOTAL CONOCIMIENTO), incumplió el procedimiento del artículo 40 de la Ley y 169 de de su Reglamento, OLVIDANDOSE QUE DICHAS NORMAS NO SANCIONAN CON NULIDAD SU INOBSERVANCIA, al tratarse de una "FORMALIDAD AD PROBATIONEM", máxime, si dicha carta ha cumplido su

finalidad, como es notificarlo y comunicarle la resolución del contrato, ahora bien, debemos referirnos al PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO, previsto en el Artículo 14.2.4 de la Ley 27444, conforme al cual no existirá nulidad del acto administrativo, más aún, si también advertimos la existencia del PRINCIPIO DE EFICACIA, el cual nos enseña que debemos estar al logro de la finalidad más que a los formalismos, así como, a la distinción que existe entre el vicio en el acto administrativo y la que se produce en su ejecución o notificación, lo que el Tribunal arbitral sabrá considerar al momento de resolver.

f. El demandante nunca llegó a solicitar, menos a sustentar un adicional del contrato; conforme al Artículo 174º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la entidad previa emisión de resolución (que atienda obviamente la solicitud del contratista) podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales, que en el presente caso, no se podía solicitar la aprobación de un presupuesto adicional, porque no se habían generado los requisitos (como es la solicitud del contratista) para la emisión de la resolución sobre el adicional, consecuentemente no se podía solicitar la ampliación de plazo respectivo, máxime si este hecho es atribuible exclusivamente al demandante-contratista.

g. El demandante busca justificar el incontrovertible retraso e incumplimiento del servicio contratado, toda vez que, como aparece de los documentos obrantes en autos, la causal de resolución del contrato fue precisamente por haber acumulado el máximo de penalidad por atraso; en tal sentido, deben considerarse los hechos siguientes:

- El contrato culminaba el 18 de Octubre del 2010, no obstante, el demandante no cumplió su prestación dentro de los plazos señalados.
- Los primeros 150 días calendarios, se vencieron el 16 de agosto del 2010 y la demandante presentó su informe extemporáneamente, vale decir, dos días después, el 18 de agosto, desprendiéndose una penalidad de 02 días por atraso.

- Mediante Oficio N° 541-2010-GRC/GRDS de fecha 08 de setiembre del 2010 recibido por la demandante el 10 del mismo mes y año, se le comunicaron las observaciones al tercer informe, lo que debió contestar al décimo día a más tardar, según dispone el Artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, dándose cumplimiento recién el día 27 de setiembre de 2010, generando un atraso de 07 días y por ende una penalidad persistiendo el incumplimiento del contrato.
- En consecuencia, al no cumplirse con todas las prestaciones y requisitos exigidos en la cláusula décimo primera del contrato, LA PENALIDAD se cuenta desde el vencimiento de los primeros ciento cincuenta días hasta la fecha de culminación del plazo, esto es, desde el 16 de agosto hasta el 18 de octubre de 2010, lo que dan sesenta y dos días de atraso, sancionados con penalidad.
- La resolución del contrato, se dio por el atraso en la realización de los servicios señalados en el contrato.

h. Corroboran lo expuesto por nuestra parte los propios términos de la demanda incoada, donde aparecen que las absoluciones de la demandante fueron presentadas fuera de los plazos, EVIDENCIÁNDOSE EL INCUMPLIMIENTO del contrato de servicio. NÓTESE TAMBIÉN que hasta el 16 de octubre del 2010 sólo se tenía un avance del 86% del contrato, lo cual se considera en cualquier parte UNA DEMORA CONSIDERABLE en la ejecución de la obra, correspondiendo que asuma las consecuencias por tal retraso (resolución del contrato y aplicación de penalidades), cuyos detalles se precisan en la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-GRC/GGR, LA CUAL SE EMITIO DENTRO DE UN DEBIDO PROCEDIMIENTO Y RESPETÁNDOSE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS.

i. Por estas razones que sostenemos que no es posible ampararse las dos primeras pretensiones, como tampoco la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal, tanto más, si la demandante fue notificada para que corrija dicha situación; sin embargo, la mantuvo y no pudo corregirla, acarreando la resolución

por acumulación del máximo monto de penalidad por mora en la ejecución del contrato.

- j. En cuanto a la nulidad y/o inejecución de los documentos que resuelven el contrato, en primer lugar debe atenderse que se ha seguido el mecanismo de solución expresamente previsto en el contrato y en la Ley y reúnen todos los requisitos legales para su validez y plena eficacia, en este sentido, la demora injustificada en la realización de las prestaciones de parte del demandante-contratista, corresponden atribuirse única y exclusivamente a su parte, vale decir, son producto de actos propios del contratista; debemos insistir que fue el propio demandante quien incumplió injustificadamente las obligaciones contractuales asumidas en el contrato, máxime, si se le requirió para que corrija dichas deficiencias sin lograrse la subsanación de los mismos en el plazo legal concedido (VEASE las comunicaciones enviadas a la demandante), lo que trajo ulteriormente la resolución del contrato, debiendo concluir que la resolución del contrato se produjo en estricta observancia del contrato y la Ley, siguiéndose el procedimiento previamente establecido.
- k. En cuanto a la tercera y cuarta pretensión demandada, referida al pago de la tercera y última cuota del monto del servicio, como ha quedado explicitado, devienen improcedentes, toda vez que no se han cumplido los términos del contrato, máxime, si como reiteramos nos encontramos frente a empresas que se presentan a varias licitaciones, es decir, que tienen experiencia en éstos menesteres, por ello debieron estudiar los expedientes que sustentaban las licitaciones, efectuar las observaciones o consultas correspondientes. LAS CUALES NO EXISTEN en el procedimiento de otorgamiento de la buena pro, tanto más, si no cumplieron con las disposiciones precisas y expresas de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento referidas a los términos de referencia, más aún, si no se petitionó la ampliación o modificación del plazo, así como del contrato pertinente, dado que la modificación de un contrato sólo puede realizarse por otro contrato y entre las mismas partes que lo celebraron (PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD CONTRACTUAL).

- l. Sobre la pretensión de enriquecimiento sin causa, precisamos comunicar al Tribunal Arbitral que en ella existe una incongruencia fáctica, pues, la entidad recurrente no ha tenido un mejoramiento en su patrimonio, como irrealmente sostiene la demandante, y en el supuesto negado que hubiera efectuado mayores trabajos a los expresamente pactados en el contrato, debemos referirnos a los actos de liberalidad que de manera voluntaria habría propiciado la demandante, dado que, si estamos frente a un CONTRATO CONMUTATIVO, no estoy obligado a asumir riesgos o gastos que no han sido presupuestados y de realizarlo *inaudita pars*, COMO SERIA EL CASO QUE NOS OCUPA, tanto más, si no se cumplió con los procedimientos establecidos por Ley, no es posible que se nos obligue al pago de una suma que no ha beneficiado directamente a la recurrente, deviniendo por ello improcedente este extremo de la demanda.
- m. Sobre la pretensión de devolución de la carta fianza, que garantiza el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato, debemos remitirnos a lo normado en el Artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a la cual, la garantía de fiel cumplimiento del contrato, debe mantenerse hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, presupuesto de hecho que no se ha presentado en autos, deviniendo por ello también improcedente, éste extremo de la demanda incoada.
- n. Un principio básico dentro de la responsabilidad civil, es que, quien actúa en el ejercicio regular de un derecho, no está obligado a resarcir suma alguna, dicho principio ha sido legislado en el inciso 1º del Artículo 1971 del Código Civil, como aseveramos precedentemente, la entidad recurrente, sólo ha actuado en estricto apego de los términos del contrato y de la Ley de contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, habiéndose remitido la carta para que tome conocimiento de la resolución del contrato, ante la negativa de superar los incumplimientos atribuidos, por dicha falta legalmente correspondía proceder a la resolución del contrato, como en efecto ha ocurrido. Además, debe advertirse que no se indica la manera de obtenerse el quantum del supuesto daño, lo que produce la improcedencia de la demanda también en éste extremo, más aún, SI

NO ESTA ACREDITADO EL SUPUESTO DAÑO que dice haber sufrido, NI LA CUANTIA O MONTO AL QUE ASCIENDE CADA RUBRO, resultando aplicable lo normado en el Artículo 200 del Código Procesal Civil, referido a la inprobanza de la pretensión.

- o. Íntimamente relacionado con este punto, está el rubro referido al pago de los costos y costas del proceso arbitral, dado que nos encontramos sometidos al proceso arbitral de parte de la demandante que cree tener la razón, CUANDO EN REALIDAD no podrá ocultar el incumplimiento y retraso que le es atribuible exclusivamente, por ello los honorarios arbitrales del Tribunal DEBERA ASUMIRLO EN SU INTEGRIDAD LA ACTORA, máxime, si como señalamos en forma reiterativa, los incumplimientos atribuibles única y exclusivamente a la demandante produjeron la resolución del contrato por la acumulación del monto máximo de las penalidades por retardos injustificados del contratista, por dicha razón, será el demandante quien asuma en forma íntegra el pago de los costos y costas del proceso arbitral.

III. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 2 de diciembre de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En dicha oportunidad se reunieron los miembros del Tribunal arbitral, la secretaria arbitral y los representantes de las partes.

En esa ocasión, el Tribunal Arbitral propició la posibilidad de que las partes puedan llegar a un acuerdo conciliatorio que les permita resolver su diferencias de manera directa, ante el cual, las partes manifestaron su imposibilidad de llegar a dicho acuerdo. No obstante, se dejó abierta la posibilidad que las partes lleguen a un acuerdo que les permita resolver sus diferencias, la misma que estaría a lo dispuesto por el artículo 501 del Decreto Legislativo 1071.

¹ Artículo 50.- Transacción.

El Tribunal Arbitral, procedió a fijar como puntos controvertidos del presente proceso arbitral los siguientes:

Primer Punto Controvertido: Declarar la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR, mediante el cual se resuelve el contrato.

Segundo Punto Controvertido: A consecuencia de declarar fundada la primera pretensión, determinar si corresponde o no declarar la inaplicación de las penalidades determinadas por la Entidad, que fueron el sustento para la resolución del contrato.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar el pago del 25% del monto contractual, más los intereses legales correspondientes, por haber cumplido con las obligaciones dentro del plazo de la Capacitación *On line* de Inicial y Secundaria y por haber cumplido con las condiciones requeridas para el pago.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar el pago del 15% del monto contractual, más los intereses legales correspondientes, por haber cumplido con las obligaciones contractuales dentro del plazo de la Capacitación *On line* del nivel primaria, por haber cumplido con la Capacitación de los Tutores, por el cumplimiento de la Asesoría y Monitoreo a los tutores y monitores inscritos y por el cumplimiento de las condiciones requeridas para dicho pago.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

2. Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad el pago de S/. 33,000.00 (treinta y tres mil nuevos soles) por mayores trabajos producto de la formación de 20 tutores y monitores adicionales a los establecidos en los Términos de Referencia.

Sexto Punto Controvertido: En caso se declare infundado el punto controvertido quinto, determinar si corresponde o no ordenar el pago de S/. 33,000.00 (treinta y tres mil nuevos soles) por enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad.

Sétimo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución al contratista de la Carta Fianza N° 414551310, corresponde a la garantía de fiel cumplimiento, emitida por el Banco Financiero.

Octavo Punto Controvertido: A consecuencia de declarar fundado el Punto Controvertido Sexto, determinar si corresponde o no ordenar el pago de los mayores costos en los que incurrió el contratista por la renovación de la carta fianza más los intereses legales correspondientes.

Noveno Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar el pago de S/. 100,000.00 (Cien mil con 00/100 Nuevos Soles, por concepto de daño a la imagen y a la reputación comercial del Contratista, por concepto de lucro cesante y por la imposibilidad de invertir el pago adeudado.

Décimo Punto Controvertido: Determinar en qué porcentaje asumirán cada una de las partes lo correspondiente a costas y costos del arbitraje más los intereses legales correspondientes.

IV. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LAS PARTES Y ADMITIDOS EN EL PROCESO ARBITRAL

En la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes siendo estos los siguientes:

A) DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LA DEMANDANTE

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por la INSTITUCION EDUCATIVA PARTICULAR WERNHER VON BRAUN S.A. en su escrito de demanda presentado con fecha 22 de setiembre de 2011, detallados en el acápite V denominado MEDIOS PROBATORIOS y signados con los numerales 1 al 23:

- a. El mérito de las Bases del Proceso de Contratación Directa EXO N° 0002-2010-REGION CALLAO.
- b. El mérito del Contrato N° 003-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO de fecha 19 de marzo del 2010.
- c. El mérito a la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 06 de julio del 2011.
- d. El mérito de la Carta N° 167-2010-WVB de fecha 16 de junio del 2010.
- e. El mérito de la Carta N° 005-2010-GRC/GGR/OTIC de fecha 23 de junio del 2010.
- f. El mérito del Oficio Múltiple N° 021-2010-GRC/GRDS, de fecha 16 de julio de 2010.
- g. El mérito de la Carta N° 201-2010-WVB, de fecha 18 de agosto del 2010, mediante la cual el contratista adjunto el Informe de Capacitación On line del nivel inicial y secundaria; las actas de entrega de los passwords y usuarios a los profesores de Inicial y Secundaria y; correos electrónicos remitiendo todo el contenido de los cursos de capacitación a los profesores inscritos.
- h. El mérito del Oficio N° 541-2010-GRC/GRDS, de fecha 8 de setiembre de 2010.
- i. El mérito de la Carta N° 213-2010-WVB, de fecha 14 de setiembre de 2010.
- j. El mérito del Informe N° 001-2010-WVB/AJS, del 14 de octubre de 2010.
- k. El mérito de la Carta N° 229-2010-WVB, del 14 de octubre de 2010.
- l. El mérito de la Carta N° 430-2010-GRC/GRDS, del 14 de octubre del 2010.

- m. El mérito de la Carta S/N, del 29 de octubre del 2010.
- n. El mérito de la Carta N° 002-2010-GRC/GRDS, remitida por el contratista el 9 de noviembre de 2010.
- o. El mérito de la Carta N° 009-2010-GRC/GRDS, de fecha 18 de noviembre del 2010.
- p. El mérito de la Carta N° 246-2010-WVB, de fecha 24 de noviembre de 2010.
- q. El mérito de la Carta N° 011-2010-GRC/GRDS, de fecha 18 de noviembre del 2010.
- r. El mérito de la Carta N° 019-2010-GRC/GRDS, de fecha 3 de diciembre del 2010.
- s. El mérito de la Carta N° 1917-2011-GRC/GGR/OTDyA, de fecha 6 de julio del 2011.
- t. El mérito de las Actas de conformidad de asesoría y monitoreo suscritas por 21 Tutores/Monitores de inicial, primaria y secundaria, ubicados en los documentos adjuntos de las Cartas N° 229-2010-WVB y 246-2010-WVB.
- u. El mérito de los reportes de evaluaciones de los profesores de las diferentes Instituciones Educativas de Inicial, Primaria y Secundaria.
- v. El mérito de las Actas de visita de los técnicos del contratista a los tutores/monitores en las diferentes Instituciones Educativas de inicial, Primaria y Secundaria.
- w. El mérito de la Carta N° 037-2010-WVB, de fecha 8 de abril de 2010, mediante la cual el contratista adjunta el plan de trabajo.

B) DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR EL DEMANDADO

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO en su escrito de contestación de demanda y excepción presentado con fecha 2 de noviembre de 2011, detallados en el acápite IV denominado MEDIO PROBATORIOS DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA y signados con el numeral

1.

De igual manera, se admitió el medio probatorio ofrecido en el acápite denominado MEDIO PROBATORIO DE ESTA EXCEPCION del escrito de contestación de demanda de fecha 2 de noviembre de 2011.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En este acto, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 03, estima que no siendo necesario, realizar una audiencia de pruebas en tanto todos los medios probatorios son documentales, no requiriendo de actuación alguna y, no existiendo medios probatorios pendientes de actuación, consideró pertinente dar por concluida la etapa probatoria, dejando a salvo el derecho del Tribunal de solicitar, documentación adicional o complementaria.

VI. ALEGACIONES FINALES Y PLAZO PARA LAUDAR

Atendiendo a la prescindencia de la Audiencia de Pruebas, el Tribunal Arbitral otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Así, mediante escritos presentados con fecha 12 de diciembre del 2011, ambas partes presentaron sus respectivos alegatos escritos.

Mediante Resolución No 04 de fecha 13 de diciembre del 2011, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 28 de diciembre de 2011.

Con fecha 28 de diciembre de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral cedió el uso de la palabra al abogado del CONTRATISTA, a fin de que sustente la posición de su representada.

De igual manera, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra al representante de la ENTIDAD, a fin de que sustente la posición de su representada.

Que, posteriormente, luego de haber escuchado a ambas partes, el Tribunal Arbitral procedió a formular algunas preguntas relativas a la materia controvertida. las mismas que fueron absueltas por las partes, culminando de esta manera la Audiencia de Informes Orales.

Que, finalmente, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 36 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, con reserva de prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales de ser el caso.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el CONTRATO, así como lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 184-2008-EF; ii) que, la INSTITUCION EDUCATIVA PARTICULAR WERNHER VON BRAUN S.A. presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iii) que, de igual manera, el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO fue debidamente emplazado, contestando la demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de defensa, contestando la demanda y planteando excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y; iv) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, pudiendo incluso ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

De igual manera, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que fundamenta su pretensión, la

demanda deberá ser declarada infundada, tomando de igual manera los mismos criterios para resolver la excepción.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en nuestro país, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre que la valoración se realice de manera conjunta y utilice su apreciación razonada.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes (...)” (Sentencia de fecha 30/11/87) ²

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

NORMATIVA APLICABLE

En este punto, corresponde analizar al Tribunal Arbitral la normativa aplicable al caso materia de controversia.

Sobre este aspecto, siendo que el Contrato No 003-2010-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO fue suscrito el 19 de marzo del 2010, y de conformidad con lo establecido en su Cláusula Quinta, este Colegiado deja constancia que la ley aplicable al fondo de la controversia son por tanto la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No 184-2009-EF, dejando constancia que, en caso de deficiencia o vacío existente en la legislación o en el CONTRATO, se resolverá mediante la aplicación de los principios generales del derecho.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

CONSIDERANDOS

ANÁLISIS

Excepción de Oscuridad y Ambigüedad en el modo de proponer la demanda:

1. De acuerdo con lo manifestado por el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, en el escrito de contestación de demanda bajo el amparo de lo normado en el Artículo 446° del Código Procesal Civil, se plantea la Excepción de Oscuridad o Ambigüedad en el modo de proponer la demanda.
2. Esta pretensión se basa fundamentalmente en que según lo señalado por la REGION, no se ha especificado con claridad el monto de cada uno de los conceptos que integran la indemnización, limitándose el INSTITUTO a señalar que se pague un monto fijo, expresión oscura y ambigua por no tener el otro extremo de la referencia, la manera y forma de calcularse o determinarse el daño producido.
3. Al respecto debemos señalar que de la lectura del escrito de demanda planteada por el INSTITUTO, se puede indicar que en el mismo se plantean ocho pretensiones principales y algunas mas accesorias; notándose que en cada una de ellas se precisa en forma clara y precisa ya sea el monto demandado o el porcentaje que ha criterio del INSTITUTO se debería abonar por cada pretensión solicitada.
4. Es menester señalar que en cuanto a la pretensión del pago de una suma resarcitoria o indemnización, en la SETIMA PRETENSION PRINCIPAL se indica con claridad el monto de S/. 100,000.00 Nuevos Soles por concepto de daño a la imagen y a la reputación comercial del Contratista; por lo que esta claramente

especificado el monto fijo, lo que desvirtúa lo planteado por la REGION.

5. Debemos indicar, que la excepción planteada tiene por finalidad estricta la fijación correcta de los hechos expuestos en la demanda y del petitorio (esto incluye su monto) a efecto de determinar a ciencia cierta el objeto litigioso y garantizar el derecho de defensa del demandado quien no podrá contestar una demanda oscura o ambigua al desconocer o no poder precisar los hechos que se le imputan o la satisfacción (pretensión) exigida.
6. Para el presente caso, está claro que existen ocho pretensiones claramente establecidas, incluso una de ellas versa sobre el tema indemnizatorio, precisándose con claridad el monto peticionado, por lo que no existiría ambigüedad ni oscuridad, ni falta de medios que permitan una adecuada defensa por parte de la REGION.
7. Conforme lo expuesto en este punto, el Tribunal Arbitral es de la opinión que se declare IMPROCEDENTE la excepción de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda planteada por el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde declarar la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR, mediante el cual se resuelve el contrato, por ser ilegal al infringir lo dispuesto por los artículos 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones en adelante el Reglamento.

PRIMERO

Que, para efectos de resolver este punto controvertido, es necesario establecer las causales y el procedimiento establecido para la resolución de contratos de servicios.

En el presente caso, la resolución del CONTRATO se produjo, en opinión del GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO por acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución a cargo de LA INSTITUCIÓN contemplada en el inc. 2 del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEGUNDO

Que, en atención a ello, éste Colegiado estima pertinente analizar específicamente la resolución contractual por acumulación del monto de penalidad por mora, así como el procedimiento para su realización.

Sobre el particular, el artículo 168 en cuanto a las causales de resolución por incumplimiento de la referida Ley de Contrataciones del Estado establece:

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos que el contratista:

(...) 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo".

Por su parte, el artículo 169 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece, para el presente caso, lo siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de Resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerir mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

TERCERO

Que, lo anterior se encuentra consignado en la Cláusula Decimo Tercera del CONTRATO, el cual señala "La resolución del contrato se regirá por las estipulaciones de los artículos 167°, 168° y 169° del Reglamento. Los efectos de la resolución del contrato se encuentran estipulados en el artículo 170° del Reglamento".

De ahí que, para efectos de establecer si la resolución de CONTRATO realizada por el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, es válida o no, corresponde establecer si se cumplió con el procedimiento establecido para ello.

En efecto, el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, regula el procedimiento en caso que la resolución de contrato se deba a causas de incumplimiento de obligaciones.

CUARTO

Que, no obstante, la norma bajo comentario, establece una excepción para el caso del requerimiento previo, es decir, que no será necesario requerir el cumplimiento de obligaciones para que se encuentre habilitada la resolución del CONTRATO.

En efecto, según lo establece el propio artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. "[...] No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato [...]".

En ese sentido, queda claro para este Colegiado que: (i) El incumplimiento contractual por una de las partes, no habilita *per se* la facultad para resolver el CONTRATO, pues será necesario el requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones y en caso de persistir dicho incumplimiento, la resolución de contrato queda habilitada; (ii) Cuando se produzca la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora o de otras penalidades consignadas en el contrato o, una situación de incumplimiento irreversible, no será necesario requerir previamente el cumplimiento de obligaciones y; (iii) Que, una vez acaecida la causal de resolución, la resolución del contrato será una facultad de la parte afectada, pudiendo incluso optar por no resolver el contrato.

QUINTO.

Que, una vez analizada las causales y establecido el procedimiento, resulta necesario verificar cual fue el procedimiento seguido por el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO para realizar la resolución del CONTRATO.

Sobre el particular, es preciso señalar que con fecha 06 de julio del 2011, mediante Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR se aprobó la Resolución del Contrato N° 003-2010-Gobierno Regional del Callao suscrito con el Instituto W. Von Braun al haberse configurado causal de resolución por acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución a su cargo contemplada en el inc. 2° del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Decimo Tercera del CONTRATO, se señala que la resolución del contrato se regirá por las estipulaciones de los artículos 167°, 168° y 169° del Reglamento.

Es decir, que de conformidad a lo señalado en la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR y a lo establecido en el Contrato N° 003-2010-Gobierno Regional del Callao, LA ENTIDAD ha cumplido con las formas legales para la aplicación de la resolución del contrato en virtud de

la acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución del mismo.

Al respecto, es menester indicar que LA INSTITUCION señala que en ningún momento LA ENTIDAD notificó al contratista la decisión de resolver el contrato a través de conducto notarial, lo que implica que el referido acto vulnera los artículos 40° de la Ley y 169° del Reglamento, debiendo declararse de esta manera la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao- GRC.

Sobre lo manifestado por LA INSTITUCION, debemos indicar que este colegiado reconoce que efectivamente la notificación de la resolución del contrato se realizó en forma directa mediante Carta N° 1917-2011-GRC/GGR/OTDyA y no por conducto notarial, sin embargo esta formalidad no implica que el contenido de dicha resolución y los efectos jurídicos de la misma no tengan validez, tal como lo establece el artículo 144° del Código Civil sobre la forma del acto jurídico.

Tal como lo ha señalado LA REGION en su escrito de contestación de demanda el incumplimiento del procedimiento de resolución del contrato que establecen los artículos 40° de la Ley y 169° de su Reglamento, no sancionan con nulidad su inobservancia pues se tratan de "formalidad ad probationem"; mas aun si la Carta N° 1917-2011-GRC/GGR/OTDyA ha cumplido su finalidad, que fue notificar al demandante la resolución del contrato. Sin embargo, también es cierto lo alegado por la demandante en el sentido que el rito establecido en la norma de Contrataciones del Estado no ha sido seguido, siendo aplicable a la ENTIDAD el principio de legalidad para efectos de manifestar sus actos, siendo por tanto imperativas las normas que los funcionarios de la entidad deben seguir, máxime cuando la ENTIDAD en la Resolución materia de pronunciamiento, señala de manera expresa los artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable.

A efectos de resolver la controversia respecto de este punto es preciso que tengamos presente que el contrato sometido a la interpretación de los árbitros,

como terceros ajenos a él para dar solución respecto de la controversias surgidas ya sea por su ejecución, inejecución o interpretación, otorga a estos la posibilidad de erigirse como intérpretes de las relaciones establecidas en él, encontrándose dotados en consecuencia de las herramientas que el derecho le otorga, por ello, es que a la luz de las diversas formas de interpretación que el derecho da y que han sido recogidas por la doctrina, este Tribunal Arbitral efectuará la interpretación de los alcances del contrato vinculado a la contingencia surgida.

En tal virtud, es preciso tener en cuenta que el contrato N° 4690029076 contempla el abastecimiento de varios tipos de productos, siendo por tanto las relaciones establecidas por las partes complejas, debiendo atenderse entendemos a interpretar el contrato a partir de esta realidad, por lo tanto este Tribunal Arbitral interpretará la controversia a la luz de las disposiciones contractuales dentro del marco de lo que la doctrina conoce como interpretación global³, esto es tomaremos en cuenta el comportamiento de las partes antes, durante y después del contrato, tomando en cuenta además su comportamiento y lo expresado en este proceso.

De lo señalado, se colige que es voluntad de ambas no continuar partes es la de no continuar con sus relaciones contractuales⁴, por lo que corresponde declarar la

³ La interpretación global supone la utilización de un criterio extratextual o no literal y esta basado en la evaluación del comportamiento de las partes, anterior y posterior a la celebración del contrato. No se trata de analizar el comportamiento unilateral de una sola de las partes sino el comportamiento de ambas partes (comportamiento bilateral). (...) La interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984. BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina Tomo III. Editorial GRILEY, Lima - Perú 2007. Pág. 1788.

⁴ "El comportamiento posterior o sucesivo del contrato puede tener valor interpretativo, aun si contrasta con el texto del contrato, puesto que ello puede significar que la comun intención de las partes divergía del significado literal. No obstante, debe tenerse en cuenta que el hecho que la parte acepte una ejecución divergente puede significar que la parte ha tolerado la inejecución exacta del contrato, sin que ello seponga que la parte tolere ulteriores ejecuciones inexactas. De repetirse las aceptaciones tolerantes (aquiescencia) puede suponer una modificación tácita del Contrato.

El comportamiento posterior de las partes puede consistir en actos de ejecución del contrato, como es lo más común, o bien en un verdadero y propio acuerdo dirigido a aclarar el contenido del contrato".

Bachi Velaochaga, Luciano. OP.CIT. Pág 1790.

Resolución del contrato sin responsabilidad para las partes conforme a lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado

SEXTO

Por las consideraciones expuestas, este colegiado es de la opinión que se declare **IMPROCEDENTE** la pretensión de que se declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General N° 816-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR, mediante el cual se resolvió el contrato; al considerarse correcto el procedimiento seguido por LA REGION de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

SÉPTIMO

Conforme a lo expresado en las líneas precedentes, es parecer de este Tribunal que siendo la Resolución del Contrato no causante de responsabilidad algunas para las partes, no corresponderá en tal sentido, la aplicación de sanciones administrativas por esta causal.

SEGUNDA PUNTO CONTROVERTIDO

Declarar la nulidad e ineficacia de los actos administrativos mediante los cuales se aplicaron las penalidades, al haberse impuesto sin que exista retraso alguno o en el peor de los supuestos, con un retraso justificado, infringiendo el artículo 165° del reglamento.

PRIMERO

Conforme se ha expresado líneas arriba, la causal invocada respecto de la nulidad o ineficacia de la Resolución del Contrato, basada en el no cumplimiento de la formalidad establecida en el artículo 169° del Reglamento, este colegiado ha establecido que no resulta procedente, en tanto que la misma ha cumplido su finalidad, no siendo por tanto sancionable con nulidad el defecto de la

notificación por la vía notarial que la INSTITUCIÓN argumenta, en tal sentido lo que corresponde es analizar si la pretensión bajo análisis resulta amparable, pues mediante ella se pretende que se declare la nulidad e ineficacia (sic) de los actos administrativos mediante el cual se imponen las penalidades establecidas en el contrato al contratista, siendo por ello necesario establecer si estas resultan aplicables.

SEGUNDO

En el orden de ideas establecidas en el párrafo anterior es preciso señalar que conforme a lo establecido en el Contrato el plazo de vigencia del contrato es de 210 días calendario, habiéndose suscrito el contrato el día 19 de marzo de 2010, el plazo de vencimiento del mismo era el 15 de octubre de 2010, en dicha fecha las prestaciones a cargo de la INSTITUCIÓN debían haberse completado plenamente, cualquier incumplimiento a dicha fecha constituiría un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato materia de este proceso arbitral.

Es así que mediante carta n° 002-2010-GRC/GRDS de fecha 28 de octubre de 2010 que corre como anexo de la demanda 1-P la ENTIDAD señala que mediante oficio 541-2010-GRC/GRDS notificada el 10 de septiembre de 2010 se le formularon a la INSTITUCIÓN una serie de observaciones, las mismas que según la ENTIDAD no fueron subsanadas en su oportunidad, las mismas que consisten en:

- "a) La asesoría por parte de W. VON BRAUN a los Tutores de las Instituciones Educativas no se está cumpliendo de acuerdo a lo que señalan en los Términos de Referencia, en las cuales indican que son cinco (5) las visitas mensuales.
- a) Los Tutores/Monitores al no estar debidamente asesorados no monitorean correctamente a sus correspondientes docentes.
- b) Sus técnicos no nos remiten la información sustentadora como:
- ✓ El número de veces que los docentes ingresan al curso virtual, por Institución Educativa.
 - ✓ Rendimiento de las evaluaciones
 - ✓ Reporte de avance por cada colegio.

- ✓ Cumplimiento de las metas como lo establecen los Términos de Referencia."

Mediante Carta n° 213-2010-WVB de fecha 14 de septiembre de 2010 la INSTITUCIÓN da respuesta al oficio anteriormente señalado, mediante la cual según ellos se levantan las observaciones formuladas por la ENTIDAD acompañando información sobre las visitas de la segunda a la quinta efectuadas a las diferentes instituciones educativas en los niveles de Inicial y Secundaria, que absuelve la primera observación efectuada en el oficio 54-2010-GRC/GDIRS, es menester también señalar que en ella no se acompañan consideraciones sobre el Rendimiento de las Evaluaciones ni el cumplimiento de las metas por cada institución educativa, lo que desprende de su propio texto y de la documentación que se acompaña.

Mediante Carta de fecha 14 de octubre de 2010 la INSTITUCIÓN adjunta el "Informe porcentaje de aprobados en el curso virtual", se señala que de las "36 Instituciones Educativas. Con 806 docentes los resultados obtenidos son (...)"(sic), señala asimismo que de la meta trazada para un total de 915 a dicha fecha se trabajaba solo con 806 docentes, haciendo un total de los tres niveles el 51.6% de la suma total de la meta, es decir que por lo menos había un desfase de 48.4% teniendo en cuenta que el vencimiento del Contrato era el 15 de octubre de 2010, resulta por lo menos un retraso cercano al 50%, con lo que podemos colegir que objetivamente había un retraso considerable en el cumplimiento de las metas establecidas en el contrato, de tal forma que la propia INSTITUCIÓN señala "vemos conveniente pedir una extensión de 15 días hábiles para cumplir con dicho objetivo y beneficiar a la totalidad de docentes."

La ampliación del plazo fue desestimada por la ENTIDAD mediante Resolución Gerencia General Regional N° 660-2010GRC-GGR, hecho que no ha sido negado por la INSTITUCIÓN, la misma que no fue materia de impugnación alguna ni se ha solicitado el reconocimiento de la misma en el presente proceso arbitral de conformidad con lo establecido en el artículo 32° de la Ley de Contrataciones del Estado.

TERCERO

Que, habiéndose señalado que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones es objetivo, lo que corresponde establecer si la causa del mismo es atribuible solo a la INSTITUCIÓN o si por el contrario, el mismo se debe a una causa justificada. Conforme a lo establecido en la cláusula tercera del contrato, el plazo de ejecución contractual es de Doscientos Diez (210) Días Calendario, habiéndose suscrito el mismo con fecha 19 de marzo de 2010, en los términos de referencia que forman parte del contrato se señala expresamente lo siguiente:

"I) PREPARACIÓN PARA LA COMPATIBILIZACIÓN DE LA PLATAFORMA EDUCATIVA EDU-CALLAO Y LA EMPRESA:

a. Compatibilización de plataforma tecnológica

La empresa se desarrollará e implementará una plataforma tecnológica educativa para el desarrollo de las capacitaciones ON-LINE que sea compatible con el Portal Educativo EDU-CALLAO, en el cual tendrá, aplicaciones como Biblioteca Virtual Científico Tecnológica, Foro Virtual y Herramienta informática para construcciones en 3D con instructivos, que consiste en lo siguiente:

- Evaluación del portal educativo EDU CALLAO a nivel informático (hardware y software).
- Administración de los contenidos educativos materia de la actividad para asegurar que la capacitación on-line de los distintos niveles internos y externos sean totalmente compatible y transparentes para los usuarios finales (participantes) con el portal de la empresa.

(...)

El plazo máximo de compatibilización de la plataforma tecnológica será de 30 días calendario contados a partir del día siguiente del contrato." (el subrayado es nuestro)

Conforme se puede apreciar de los términos de referencia antes señalados, la plataforma de la INSTITUCIÓN debía ser compatible con la plataforma EDU-CALLAO, lo que debía desarrollarse en el plazo de treinta (30) días calendario

contado a partir de la firma del contrato, esto es que la misma debía estar habilitada (la compatibilización) con fecha 19 de abril de 2010.

Es preciso señalar que esta actividad implica la colaboración de ambas partes, tal es así que el Área Técnica de EDU CALLAO con los técnicos de la INSTITUCIÓN logran poner el marcha el portal con fecha 11 de junio de 2010, esto es 23 días calendario posteriores a lo establecido en los términos de referencia del contrato, sin embargo mediante carta N° 246-2010-WvB se señala que el portal estuvo recién disponible con fecha 25 de junio de 2010 según comunicación del Ing. Christian Buleje, esto es 35 días posteriores a la fecha máxima (19 de abril de 2010) en que dicho portal debió haber quedado compatibilizado.

De lo expresado líneas arriba se desprende que la INSTITUCIÓN ha incurrido en retrasos, no habiendo formulado la misma ninguna ampliación de plazos en la oportunidad que señala el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo que conforme se desprende los actuados le correspondía, no correspondiendo a este colegiado suplir mediante el presente proceso dicha conducta, por lo que estima que la aplicación de penalidades resulta procedente, en tanto ello es así y de acuerdo a lo establecido por el artículo 163º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado corresponde que las mismas sean deducidas de los pagos pendiente, por lo que la pretensión materia del análisis debe ser declarada infundada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar el pago del 25% del monto contractual, más los intereses legales correspondientes, por haber cumplido con las obligaciones dentro del plazo de la capacitación on line de inicial y secundaria y por haber cumplido con las condiciones requeridas para el pago.

PRIMERO

Que, conforme se desprende los medios probatorios actuados en el presente proceso, las prestaciones referidas a este punto aún cuando se hubieren cumplido fuera del plazo establecido en el contrato han sido recibidas por la ENTIDAD, y en concordancia con lo establecido por este Tribunal en el punto anterior, las mismas han sido cumplidas, lo que no ha sido materia de discusión en el presente proceso por parte de la ENTIDAD, por lo que es criterio del colegiado que la misma sea reconocida debiendo el Gobierno Regional del Callao proceder al pago de la misma conforme a los términos establecidos en el contrato.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no ordenar el pago del 15% del monto contractual, más los intereses legales correspondientes, por haber cumplido con las obligaciones contractuales dentro del plazo de la capacitación on line del nivel primaria, por haber cumplido con la capacitación de los tutores, por el cumplimiento de la asesoría y monitoreo a los tutores y monitores inscritos y por el cumplimiento de las condiciones requeridas para dicho pago.

PRIMERO

Que, del mismo modo que en el punto anterior, las prestaciones referidas se desprende que la obligación referida a la capacitación de los Tutores y Monitores ha sido cumplida por parte de la INSTITUCION, conforme se desprende de las pruebas ofrecidas por la parte demandante, supuesto que no ha sido materia de cuestionamiento por parte de la ENTIDAD, no habiendo aportado prueba alguna en contrario, tratándose en todo caso de un retraso en la prestación de las obligaciones conforme a los términos establecidos en el contrato, por lo que aún en el supuesto de un cumplimiento tardío, la demandante ha cumplido con hacer entrega del servicio pactado, lo que en concordancia con lo señalado respecto de la segunda pretensión las penalidades establecidas en el contrato deberán ser

deducidas del pago, en tal sentido, corresponde amparar la presente pretensión con los alcances señalados en el presente considerando.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que se ordene a la entidad el pago de s/. 33,000.00 (treinta y tres mil nuevos soles) por mayores trabajos producto de la formación de 20 tutores y monitores adicionales a los establecidos en los términos de referencia.

PRIMERO

Que, la prestación materia de la presente pretensión no forma parte de las obligaciones establecidas en el contrato; tampoco ha sido materia de una solicitud de solicitud de algún adicional el mismo que haya sido formulado por la INSTITUCIÓN dentro de los términos señalados en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, por lo que no corresponde que dicha conducta omisiva sea suplida por este colegiado, por lo que no corresponde que la misma sea amparada en los términos formulados.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se declare infundado el punto controvertido quinto, determinar si corresponde o no ordenar el pago de s/. 33,000.00 (treinta y tres mil nuevos soles) por enriquecimiento sin causa por parte de la entidad.

PRIMERO

Que, de acuerdo a lo señalado en el punto precedente no corresponde el reconocimiento de las mayores prestaciones efectuadas, procede entonces determinar si estas prestaciones adicionales existentes deben ser pagados por la

Entidad bajo el principio del Enriquecimiento sin Causa, para cuyos efectos es preciso delimitar sus alcances.

SEGUNDO

Independientemente de la posición de algún sector de la doctrina de la ubicación de esta principio en nuestro ordenamiento civil, lo cierto es que el mismo se constituye en un fuente de obligaciones que contiene un componente ético supremo, y es que nadie puede enriquecerse a expensas del otro sin que exista una causa que lo justifique, si ello sucediera el derecho le debe poner remedio, en tal sentido el artículo 1254° del Código Civil señala que quien se "enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

TERCERO

Por otro lado, el artículo 1255° del mismo cuerpo legal señala que "no es procedente (la acción por enriquecimiento indevido) cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización", esto delimita u carácter residual.

Diversa jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional ha corroborado la residualidad o subsidiariedad de esta acción, pues cualquier intento donde exista una vía idónea para reclamar un derecho anula *per se* la posibilidad de buscar un resarcimiento a través del enriquecimiento indevido, así tenemos la Casación n° 3710-2001⁵ emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de la República.

CUARTO

En el presente caso la INSTITUCION ha formulado como pretensiones de su demanda que se le abone el monto de S/. 33,000.00 (treinta y tres mil y 00/100 nuevos soles) por enriquecimiento sin causa por la formación de 20 tutores y monitores de manera subordinada, lo que ha sido desestimado en función a que

⁵ Citada por Héctor Martínez Flores. "Que, si los recurrentes consideraban que el valor del terreno objeto de la venta no era el que correspondía al momento de la compra venta estuvieron facultados para interponer la acción rescisoria por lesión de acuerdo a lo establecido por el artículo 1447° del Código Civil". www.derechoycambiosocial.com/revista/enriquecimiento%injustificado.htm

los mismos no fueron solicitados dentro de los plazos y en la forma establecida en la Ley y en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no habiendo de esta manera agotado las acciones que en este tipo de prestaciones establece la ley, las mismas que han sido desechadas por este Tribunal, por lo que no ha surgido la subsidiaridad o residualidad presupuesto procesal de la acción de enriquecimiento indebido, por ello es criterio del Tribunal Único que la acción de enriquecimiento sin causa no procede.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar a la entidad la devolución al Contratista de la Carta Fianza N° 4455310, corresponde a la garantía de fiel cumplimiento, emitida por el banco financiero.

PRIMERO

Que, la garantía de fiel cumplimiento pretende amparar a la ENTIDAD a efectos de resarcir el probable incumplimiento por parte de la INSTITUCIÓN, en el caso concreto, ello cuando las prestaciones asumidas conforme a los términos establecidos en el contrato no hayan sido cumplidos, en tal virtud, habiéndose determinado que la Resolución del Contrato no genera responsabilidad para las partes, pues de acuerdo a la interpretación efectuada por este Tribunal al momento de resolver la primera pretensión principal, corresponde que la Carta Fianza materia de este punto controvertido sea devuelta a la INSTITUCIÓN, resultando por tanto amparable esta pretensión.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

A consecuencia de declarar fundado el punto controvertido sexto, determinar si corresponde o no ordenar el pago de los mayores costos en los que incurrió el contratista por la renovación de la carta fianza más los intereses legales correspondientes.

PRIMERO

Que, conforme a lo expresado al momento de resolver el punto anterior la devolución de la carta fianza resulta procedente, en concordancia con lo establecido en el punto primero de este laudo, sin embargo el hecho que se haya establecido el sentido de la pretensión analizada precedentemente, no obliga a la que la presente pretensión sea amparada de manera automática por el Tribunal aún cuando haya sido planteada de manera accesorias, debiendo este Tribunal proceder a su análisis.

SEGUNDO

En el orden de ideas planteado, amparar o no la presente pretensión depende del contexto en el cual se ha formulado y en el cual se han resuelto las demás pretensiones, siendo ello así, aún cuando se ha establecido que la pretensión principal a este es procedente, es preciso señalar que la carta fianza debe mantenerse hasta el momento en que se liquida el contrato, situación que no puede producirse si es que el mismo es sometido a un proceso arbitral, pues la liquidación conforme a los términos establecidos en el artículo 32º de la Ley de Contrataciones del Estado no puede producirse, no pudiendo por tanto, siendo una obligación legal, pretender que los costos generados por su renovación sean cargados a la ENTIDAD en los términos referidos, en tanto ello es así, no corresponde amparar la presente pretensión.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no ordenar el pago de S/. 100,000.00 (cien mil con 00/100 nuevos soles) por concepto de daño a la imagen y a la reputación comercial del contratista, por concepto de lucro cesante y por la imposibilidad de invertir el pago adeudado.

PRIMERO

Que, de acuerdo a lo señalado en la Clausula Quinta del Contrato respecto de la legislación aplicable al mismo, se señala la aplicación supletoria del Código Civil, siendo la presente pretensión susceptible de ser analizada bajo este cuerpo legal, en tanto el supuesto materia del presente análisis no se encuentra expresamente contemplado en otra legislación aplicable.

SEGUNDO

Conforme a lo señalado en el artículo 1331 del Código Civil, el daño sufrido sea por el incumplimiento de obligaciones contractuales como aquellos que se generen por efectos de un acción u omisión que no se encuentren señaladas dentro de una relación contractual, deben ser probados, así como su cuantía.

TERCERO

Conforme a las ideas esbozadas, corresponde establecer si las pruebas aportadas a la presente pretensión han sido o no materia de probanza.

De las pruebas ofrecidas en el presente proceso no hay ninguna orientada a probar las afirmaciones efectuadas por la INSTITUCION, dirigidas a acreditar la existencia del daño supuestamente sufrido ni el monto de la indemnización que se reclama, siendo solo dichos que no están debidamente acreditados, por lo que es criterio de este Tribunal que la presente pretensión no sea amparada.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar en que porcentaje asumirá cada una de las partes lo correspondiente a costas y costos del arbitraje más los intereses legales correspondientes.

PRIMERO

Que, siendo criterio de este Tribunal que ciertas pretensiones sean declaradas fundadas e infundadas otras, es su parecer que los costos del presente proceso sean asumidos por las partes en función a los gastos ya efectuados.

DECISIÓN

PRIMERO: Declarar IMPROCEDENTE la excepción planteada por el Gobierno Regional del Callao.

SEGUNDO: Declarar IMPROCEDENTE la pretensión de que se declare la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General N° 876-2011-Gobierno Regional del Callao-GGR, mediante el cual se resolvió el contrato.

TERCERO: Declarar INFUNDADA la segunda pretensión principal relacionada a la inaplicación de las penalidades.

CUARTO: Declarar FUNDADA la tercera pretensión principal referida al pago del 25% del monto contractual.

QUINTO: Declarar FUNDADA la cuarta pretensión por la cual se solicita el pago del 15% del monto contractual.

SEXTO: Declarar INFUNDADA la quinta pretensión principal sobre el pago de la suma de S/. 33,000.00 (Treinta y Tres Mil y 00/100 Nuevos Soles) por mayores trabajos.

SÉTIMO: Declarar IMPROCEDENTE la sexta pretensión principal referida al supuesto enriquecimiento sin causa por parte de la Entidad.

OCTAVO: Declarar FUNDADA la séptima pretensión por la cual se solicitó la devolución de la Carta Fianza.

NOVENO: Declarar INFUNDADA la octava pretensión por la cual se solicitan que la Entidad se haga cargo de los costos de renovación de la Carta Fianza.

DÉCIMO: Declarar INFUNDADA la novena pretensión mediante la cual solicitan que se

pague una indemnización por daño a la imagen y reputación comercial.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar que cada una de las partes asuma sus propios costos y costas generados en el presente arbitraje.



DANIEL M. LINARES PRADO

Presidente



VICENTE FERNANDO TINCOPA TORRES
Árbitro



JOSÉ LUIS CASTRO DÍAZ
Árbitro



LOU ANN FLORES SÁNCHEZ

Secretaria Arbitral