

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Lima, 12 de abril de 2013

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO ENTRE ALE CONTRATISTAS S.R.L. Y EL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

DEMANDANTE:

ALE CONTRATISTAS S.R.L.

(en adelante **EI DEMANDANTE, EL CONTRATISTA o ALE CONTRATISTAS**)

DEMANDADO:

GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

(en adelante **LA DEMANDADA, LA ENTIDAD o GOBIERNO REGIONAL**)

TIPO DE ARBITRAJE:

NACIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL:

DR. ALFREDO LEÓN SEGURA (Presidente)

DR. ERNESTO VALVERDE VILELA (Árbitro)

DR. CRISTIAN ARAUJO MORALES (Árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL:

DRA. CARLA DE LOS SANTOS LÓPEZ

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 01 de marzo de 2006, la Empresa ALE Contratistas S.R.L. y el Gobierno Regional de Cajamarca suscriben el Contrato de Ejecución de la Obra "Pequeño Sistema Eléctrico de Chilote - III Etapa" N° 03-2006 GR. CAJ con un valor de la obra de S/. 3.612,908.38 (Tres Millones Seiscientos Doce Mil Novecientos Ocho con 38/100 Nuevos Soles), al mes de setiembre de 2005, y un plazo de ejecución de 210 días naturales.

Adicionalmente a ello, la cláusula Vigésimo Séptima del Contrato de Obra establece lo siguiente:

"Por la presente Cláusula, las partes acuerdan que en caso de surgir cualquier controversia técnico, legal o reclamo relacionada con la ejecución o interpretación del presente contrato, recurrirán a un arbitraje de derecho a fin de resolver de manera definitiva la controversia o reclamo presentado, conforme a las disposiciones establecidas en el Capítulo IV - Solución de Controversias del REGLAMENTO del TUO de la LEY y la Ley General de Arbitraje."

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Como consecuencia de las controversias relacionadas con el presente Contrato respecto a las controversias realizadas por ambas partes, el Contratista procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 3) del Acta de Instalación de Árbitro Único, se dispuso que en virtud a lo establecido en el Artículo 53º del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, el presente arbitraje será, Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

II. DESARROLLO DEL PROCESO:

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 16 de octubre de 2009, a las 15:30 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Cajamarca, donde se reunieron el Dr. Alfredo León Segura, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Guillermo Aliaga Rodríguez, en su calidad de Árbitro, el Ingeniero Cristian Araujo Morales, en su calidad de Árbitro; conjuntamente con el representante de la empresa Ale Contratistas S.R.L., señor Omar Alberto Figueroa Camacho conjuntamente con el representante del Gobierno Regional de Cajamarca, señor Luis Enrique Álvarez Sáenz, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Mediante Resolución N° 07 de fecha 27 de enero de 2010, este Colegiado otorgó a la empresa Ale Contratistas S.R.L. un plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir de notificada la presente resolución, para que presente su escrito de demanda.
3. Con fecha 09 de febrero de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. comunica la renuncia del Ingeniero Guillermo Aliaga Rodríguez como árbitro de parte designado y expresa la sustitución del mismo señalando como nuevo árbitro de parte al doctor Ernesto Armando Valverde Vilela.
4. Mediante Resolución N° 08 de fecha 11 de febrero del 2010, el Tribunal Arbitral suspende las actuaciones arbitrales y otorga a la empresa Ale Contratistas S.R.L. un plazo de cinco (05) días hábiles con la finalidad de que cumpla con remitir copia de la carta de designación dirigida al árbitro sustituto y la respectiva carta de aceptación y precisa que una vez levantada la suspensión de las actuaciones arbitrales, la empresa Ale Contratistas S.R.L. contará con once (11) días hábiles para que cumpla con presentar su demanda. Dicho requerimiento fue cumplido por la empresa demandante con fecha 17 de febrero de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

5. Mediante Resolución N° 09 de fecha 24 de febrero de 2010, el Tribunal Arbitral tiene por cumplido el requerimiento a la empresa demandante y levanta la suspensión de las actuaciones arbitrales precisando que la empresa Ale Contratistas S.R.L. cuenta con un plazo de once (11) días hábiles para la presentación de la demanda.
6. Con fecha 08 de marzo de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. solicita la acumulación de nuevas pretensiones al presente proceso. Dicha solicitud fue remitida al Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución N° 09 de fecha 15 de marzo de 2010, en el que se otorga el plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
7. Con fecha 16 de marzo de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. presenta su escrito demanda, la misma que mediante resolución N° 11 de fecha 31 de marzo del 2010 fue admitida, corriéndose a su vez, traslado de dicho escrito al Gobierno Regional de Cajamarca, para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de quince (15) días hábiles, conforme a su derecho.
8. Con fecha 25 de marzo del 2010, el Gobierno Regional de Junín, absolvió el traslado conferido mediante resolución N° 09, la misma que fue resuelta por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 12 de fecha 31 de marzo de 2010, admitiendo las nuevas pretensiones del demandante y otorgando a la empresa Ale Contratistas S.R.L. un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que sustente sus pretensiones y ofrezca los medios probatorios que estime pertinentes.
9. Con fecha 13 de abril de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca formula reconsideración contra la Resolución N° 12, la misma que fue declarada infundada por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 13 de fecha 21 de abril de 2010.
10. Con fecha 30 de abril de 2010, el Gobierno Regional de Junín contestó la demanda y formuló reconvencción. Mediante resolución N° 14 de fecha 03 de mayo de 2010, se otorga al Gobierno Regional de Cajamarca un plazo de cinco (05) días hábiles con la finalidad que cumpla con anexar los dos (02) anillados ofrecidos como medios probatorios.
11. Con fecha 30 de abril de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. presenta su escrito de demanda referida a la acumulación admitida mediante Resolución N° 12. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 15 de fecha 03 de mayo de 2010 se tiene por admitida la demanda y se corre traslado del mismo al Gobierno Regional de Cajamarca para que en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla, y de ser el caso, formule reconvencción.
12. Con fecha 04 de mayo de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca presenta su escrito de complementación de contestación de demanda y reconvencción, el mismo que, mediante Resolución N° 17 de fecha 11 de mayo de 2010, se tuvo por contestada la demanda por parte del Gobierno Regional de Cajamarca, por ofrecidos los medios probatorios, se admitió a trámite la reconvencción formulada, corriéndose traslado de la misma a la empresa Ale Contratistas S.R.L. para que en un plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestarla

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

y otorga al Gobierno Regional de Cajamarca un plazo de cinco (05) días hábiles para que cumpla con adjuntar la Carta RCH-005-009 de fecha 01 de abril de 2009.

13. Con fecha 11 de mayo de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca deduce excepción de caducidad a las nuevas pretensiones planteadas por la empresa Ale Contratistas. Dicho escrito fue atendido mediante Resolución N° 19 de fecha 12 de mayo de 2010, en el que se corre traslado de la excepción de caducidad a la empresa Ale Contratistas S.R.L. por el plazo de cinco (05) días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho.
14. Con fecha 20 de mayo de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca cumple el mandato contenido en la Resolución N° 17, la misma que fue atendida mediante Resolución N° 20 de fecha 31 de mayo de 2010 en el que se tuvo por ofrecido y presentado la Carta RCH-005-009 de fecha 01 de abril de 2009.
15. Con fecha 20 de mayo de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. cumple con absolver el traslado de la excepción de caducidad ordenado mediante Resolución N° 19, la misma que fue atendida mediante Resolución N° 21 en la que se tuvo presente lo expuesto por la empresa demandante y se indica que el Tribunal Arbitral se reserva su pronunciamiento para un momento posterior respecto a la excepción formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca.
16. Con fecha 24 de mayo de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca cumple con presentar su escrito de contestación de demanda y formula reconvencción respecto a la acumulación admitida mediante en la Resolución N° 15. En respuesta a ello, mediante Resolución N° 22 de fecha 01 de junio de 2010 se tuvo por contestada la demanda producto de las nuevas pretensiones, se admite la reconvencción formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca y se corre traslado de la reconvencción formulada a la empresa demandante para que, en un plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestarla.
17. Con fecha 25 de mayo de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. solicita una segunda acumulación de pretensiones al presente proceso. Dicha solicitud fue remitida al Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución N° 23 de fecha 01 de junio de 2010, en el que se otorga el plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.
18. Con fecha 03 de junio de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. absuelve el traslado de la reconvencción formulada por el demandado mediante resolución N° 17, la misma que se tiene por contestada por este Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 24 de fecha 09 de junio de 2010.
19. Mediante Resolución N° 25 de fecha 21 de junio de 2010, este Tribunal Arbitral dejó constancia que los escritos de fechas 20 y 25 de mayo de 2010 presentados por la empresa Ale Contratistas S.R.L. fueron debidamente puestos en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca por lo que se faculta a la secretaría arbitral a fin de que vuelva a remitir los referidos escritos a la demandada y otorga un plazo de cinco (05) días hábiles al Gobierno

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Regional de Cajamarca para que exprese lo conveniente a su derecho en relación al escrito de fecha 25 de mayo de 2010.

20. Con fecha 01 de julio de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. absuelve el traslado conferido de la reconvención planteada por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución N° 22, la misma que se tuvo por contestada mediante Resolución N° 28 de fecha 05 de julio de 2010.
21. Mediante Resolución N° 29 de fecha 05 de julio de 2010, este Colegiado tuvo presente que venció el plazo otorgado en la Resolución N° 25 sin que el Gobierno Regional de Cajamarca ejerza su derecho de pronunciarse en relación al escrito presentado por la empresa Ale Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, admite la nueva pretensión formulada por la empresa demandante, tiene por presentada la demanda, producto de la nueva acumulación y corre traslado de la demanda, producto de la nueva pretensión al Gobierno Regional de Cajamarca para que, dentro del plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla, y de ser el caso formule reconvención.
22. Con fecha 14 de julio de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca formula reconsideración contra la Resolución N° 29. Dicho pedido fue atendido por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 32 de fecha 03 de agosto de 2010, en el que se declara infundado el recurso de reconsideración.
23. Con fecha 14 de julio de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca deduce excepción de caducidad contra las pretensiones acumuladas mediante la Resolución N° 29. Al respecto, mediante Resolución N° 33 de fecha 03 de agosto de 2010, este Colegiado corrió traslado de la excepción de caducidad a la empresa Ale Contratistas S.R.L. para que, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.
24. Con fecha 02 de agosto de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca cumple con contestar la demanda y formula reconvención, producto de la segunda acumulación, ordenada mediante Resolución N° 29. Atendiendo a ello, este Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 35 de fecha 03 de agosto de 2010, tuvo por contestada la demanda, teniéndose por ofrecido los medios probatorios y a los anexos los autos que se acompañan, admite la reconvención formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca y corre traslado de la reconvención a la empresa Ale Contratistas S.R.L. para que, en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla.
25. Con fecha 23 de agosto de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. absolvió la excepción de caducidad conferida mediante Resolución N° 33. Al respecto, mediante Resolución N° 40 de fecha 31 de agosto de 2010, este Colegiado tuvo presente lo expuesto por la empresa demandante e indicó a las partes que, este Tribunal Arbitral se reserva para un momento posterior el pronunciamiento respecto a la excepción formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

26. Con fecha 07 de setiembre de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. contesta la reconvencción trasladada mediante Resolución N° 35. En ese sentido, mediante Resolución N° 43 de fecha 15 de setiembre de 2010, se tuvo por contestada la reconvencción señalada.
27. Con fecha 08 de setiembre de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. solicita una tercera acumulación de nuevas pretensiones al presente proceso. Respecto a ello, mediante Resolución N° 44 de fecha 15 de setiembre de 2010, se corre traslado de la solicitud al Gobierno Regional de Cajamarca para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.
28. Mediante Resolución N° 49 de fecha 18 de octubre de 2010, este Colegiado tiene presente que ha vencido el plazo otorgado al Gobierno Regional de Cajamarca señalado en la Resolución N° 44, admite las nuevas pretensiones correspondiente a la tercera acumulación formulada por la empresa Ale Contratistas S.R.L. y tiene por presentada la demanda mediante escrito de fecha 08 de setiembre de 2010 y corre traslado de la misma al Gobierno Regional de Cajamarca para que, en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla, y de ser el caso formule reconvencción.
29. Mediante Resolución N° 56 de fecha 22 de noviembre de 2010, este Colegiado resuelve respecto a la recusación formulada ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado contra todos los miembros del Tribunal Arbitral suspendiendo el arbitraje precisando que una vez levantada la referida suspensión el Gobierno Regional de Cajamarca contará con un plazo de trece (13) días hábiles para que cumpla con contestar la demanda incoada producto de la tercera acumulación y, de ser el caso, formulen reconvencción.
30. Mediante Resolución N° 57 de fecha 03 de febrero del 2011, este Colegiado levanta la suspensión de las actuaciones arbitrales y señala la continuación de las actuaciones arbitrales precisando que el Gobierno Regional de Cajamarca cuenta con un plazo de trece (13) días hábiles para que cumpla con contestar la demanda interpuesta por la empresa demandante producto de la tercera acumulación y, de ser el caso, formule reconvencción.
31. Con fecha 21 de febrero de 2011, el Gobierno Regional de Cajamarca cumple con contestar la demanda y formula reconvencción, producto de la tercera acumulación. Atendiendo a ello, este Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 59 de fecha 23 de febrero de 2011, tuvo por contestada la demanda, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios y a los autos los anexos que se acompañan, admite la reconvencción formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca y corre traslado de la reconvencción a la empresa Ale Contratistas S.R.L. para que, en un plazo de quince (15) días hábiles, cumpla con contestarla.
32. Mediante Resolución N° 62 de fecha 12 de abril de 2011, este Colegiado deja constancia que la empresa Ale Contratistas S.R.L. no ejerció su derecho a contestar la reconvencción formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca el 21 de febrero de 2011.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

33. Mediante Resolución N° 68 de fecha 23 de mayo de 2011, este Colegiado suspendió el arbitraje por un plazo de veinte (20) días hábiles con la finalidad de que se efectúe el pago de los gastos arbitrales adeudados.
34. Mediante Resolución N° 73 de fecha 11 de julio del año 2011, este Colegiado tiene por efectuado por parte de la empresa Ale Contratistas S.R.L., el pago de los gastos arbitrales a cargo del Gobierno Regional de Cajamarca por incumplimiento de este último y levanta la suspensión del arbitraje señalando la continuación de las actuaciones arbitrales.
35. Mediante Resolución N° 76 de fecha 01 de setiembre de 2011, se resuelve citar a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 07 de octubre del 2011 a las 10:30 horas, la misma que fue reprogramada para el día 22 de octubre de 2011 a las 09:00 horas mediante Resolución N° 77 de fecha 27 de setiembre del 2011.
36. Mediante Resolución N° 78 de fecha 19 de octubre de 2011, este Colegiado resuelve respecto a la recusación, de fecha 09 de agosto de 2011, formulada ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado contra todos los miembros del Tribunal Arbitral suspendiendo el arbitraje.
37. Mediante Resolución N° 79 de fecha 29 de marzo de 2012, este Colegiado levanta la suspensión del arbitraje señalando la continuación de las actuaciones arbitrales y cita a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día viernes 13 de abril del 2012 a las 10:30 horas. Dicha Resolución fue corregida por la Resolución N° 80 de fecha 02 de abril de 2012, señalando que la fecha para la referida Audiencia sería el viernes 13 de abril de 2012 a las 16:30 horas.
38. Mediante Resolución N° 81 de fecha 12 de abril de 2012, se suspende la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios programada para el día 13 de abril del 2012 a las 16:30 horas. Respecto a ello, mediante Resolución N° 84 de fecha 26 de abril de 2012, este Tribunal Arbitral cita a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día viernes 18 de mayo del 2012 a las 15:30 horas
39. Con fecha 18 de mayo del 2012, a las 15:30 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre las mismas, por lo que se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas, frente a los cuales las partes manifestaron su asentimiento. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

De la demanda:

1. *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL.*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

2. *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez del Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC.*

3. *Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009.
Como consecuencia de lo anterior:*

3.1 *Determinar si corresponde o no que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 290,355.58 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista.*

4. *Determinar si corresponde o no declarar que el pago del resarcimiento de daños y perjuicios, más los respectivos intereses hasta la fecha real de pago, no es por gastos generales generados por la demora en la entrega del adelanto directo, sino que se debe a una penalización que se aplica por esta demora.*

5. *Determinar si corresponde o no reconocer los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.*

Como consecuencia de lo anterior:

5.1 *Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio el 23 de enero de 2009.*

6. *En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca reconozca los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2.*

Como consecuencia de lo anterior:

6.1 *Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/.*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, estos es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2.

- 7. En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.*
- 8. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. los gastos financieros y mantenimiento de las cartas fianzas.*
- 9. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010.*
- 10. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 270,968.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrega del Adelanto Directo.*
- 11. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 69,441.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 02 por 53 días calendario.*
- 12. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 03 por 43 días calendario.*
- 13. Determinar si corresponde o no declarar la validez y el consentimiento de la resolución del Contrato efectuada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010.*

De la reconvencción

- 1. Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que fuera solicitada mediante Carta N° 034-ADM/OB.*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

2. *Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Liquidación del Contrato presentada por la Supervisión de Obra mediante Carta RCH-007-09.*
3. *Determinar si corresponde o no declarar consentida y/o válida y eficaz la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 9 de marzo de 2010 mediante la cual se resolvió el Contrato.*

Como consecuencia de lo anterior:

- 3.1 *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405,034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de fiel cumplimiento.*
- 3.2 *Determinar si corresponde o no declarar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 361,291.00, como parte de pago del fiel cumplimiento.*
- 3.3 *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 14,330.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de gastos notariales de constatación física de inventario.*
- 3.4 *Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la resolución del Contrato practicada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010.*
4. *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405, 034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010- por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación.*
5. *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 234,741.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato y/o daño emergente.*
6. *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,385.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra.

- 7. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 35, 639.94, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007, que corresponde al atraso en la finalización de la obra.*
- 8. Determina si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. ejecutó la obra con la existencia de vicios ocultos.*
- 9. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 25,000.00, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención -30 de abril de 2010-, por concepto de asesoría jurídica para el proceso arbitral y/o daño y perjuicio.*
- 10. Determinar si corresponde o no declara que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,181.74, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención -30 de abril de 2010-, por concepto de vicios ocultos en el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca y la reposición del mismo y/o daño y perjuicio.*
- 11. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno regional de Cajamarca la suma de S/. 27, 364.75, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de daños y perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones del Contratista en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial.*
- 12. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 1'281,051.29, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de saldo de la Liquidación del Contrato de ejecución de obra.*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.


Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

13. *Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 020/2009 mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones.*
14. *Determinar si corresponde o no declara nulas y/o ineficaces las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, mediante las cuales se solicita el pago de gastos por demora en la recepción de obra.*
15. *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 25,000.00, incluido IGV, más los respectivos intereses, por concepto de defensa legal en el arbitraje correspondiente a las nuevas pretensiones y/o daño y perjuicio.*
16. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que los gastos arbitrales sean asumidos mediante liquidaciones separadas.*
17. *Determinar si corresponde o no declarar improcedentes la primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal del demandante, por estar incluidas en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada, correspondiente a la primera acumulación.*
18. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la recepción de la obra comprende la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y recepción definitiva.*
19. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el trámite de constitución de derecho de servidumbre es una obligación contractual esencial de ALE Contratistas S.R.L., la cual debió ejecutarse dentro del plazo contractual de ejecución.*

Como consecuencia de lo anterior:

- 19.1 *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca el 10% del monto del Contrato, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvencción – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre.*

- 
20. *Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de abril de 2010, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones.*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

21. *Determinar si corresponde o no declarar nulo y/o ineficaz el escrito N° 8 presentado por ALE Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, mediante el cual solicita la acumulación de una nueva pretensión – referida a la resolución del Contrato-.*
22. *Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 38, 700.00, incluido IGV, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvencción – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de asesoramiento técnico para el arbitraje correspondiente a las nuevas pretensiones y/o daño y perjuicio.*
23. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral rechace de plano las pretensiones de la demanda arbitral inicial y las pretensiones de la primera y tercera demanda de acumulación de pretensiones presentada por ALE Contratistas S.R.L.*
24. *Determinar si corresponde o no; que en caso de declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvencción a la tercera acumulación del demandante, que el Tribunal Arbitral rechace de plano la primera, segunda y tercera pretensión de la presente demanda de acumulación de pretensiones.*
25. *Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare nula de pleno derecho la Carta N° 067/2010, la Carta N° 094/2010, la Carta N° 0104/2010 y la Carta N° 0106/2010 dirigidas al Gobierno Regional de Cajamarca al haberse presentado en un domicilio legal distinto al señalado en el Contrato.*

Pretensión Común

26. *Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.*
40. En la mencionada Audiencia, se admitieron los siguientes documentos ofrecidos como medios probatorios por la empresa ALE Contratistas mediante los siguientes escritos:
- a) Escrito presentado el 16 de marzo de 2010, detallados en el acápite "VI) MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS".
 - b) Escrito presentado el 30 de abril de 2010, detallados en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS".
 - c) Escrito presentado el 20 de mayo de 2010, detallados en el acápite "OTROS DECIMOS".
 - d) Escrito presentado el 25 de mayo de 2010, detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS". A su vez, se admiten las exhibiciones ofrecidas por ALE Contratistas S.R.L. en el presente escrito, para lo cual se otorgó al Gobierno

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Regional de Cajamarca un plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con exhibir la siguiente documentación:

- El Informe N° 001-2010-GR.CAJ-GRI-SGSL/MGD de fecha 11 de enero de 2010.
 - El Informe N° 002-2010-GR.CAJ-GRI/ELAQ.
 - El Informe N° 02-2010-GR.CAJ/CDA.
 - El Oficio N° 224-2010-GR.CAJ/PRO.P.R.
- e) Escrito presentado el 7 de setiembre de 2010, detallados en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS".

41. Asimismo, se admitieron los siguientes documentos ofrecidos como medios probatorios por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante los siguientes escritos:

- a) Escrito presentado el 30 de abril de 2010, detallado en los acápites "E. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" y "III.- MEDIOS PROBATORIOS DE LA RECONVENCIÓN".
- b) Escrito presentado el 4 de mayo de 2010, detallados en los acápites "E. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" y "III.- MEDIOS PROBATORIOS DE LA RECONVENCIÓN".
- c) Escrito presentado el 11 de mayo de 2010, detallados en el acápite "IV.- MEDIOS PROBATORIOS".
- d) Escrito presentado el 24 de mayo de 2010, detallados en los acápites "F. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" y "III.- MEDIOS PROBATORIOS DE LA RECONVENCIÓN".
- e) Escrito presentado el 2 de agosto de 2010, detallados en los acápites "F. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS" y "III.- MEDIOS PROBATORIOS DE LA RECONVENCIÓN".
- f) Escrito presentado el 21 de febrero de 2011, detallados en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS".

42. Al concluir esta audiencia, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.

43. Mediante Resolución N° 91 de fecha 12 de junio de 2012, se corrió traslado a la empresa ALE Contratistas S.R.L. del escrito presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca el 11 de junio de 2012 para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.

44. Mediante Resolución N° 93 de fecha 28 de junio de 2012, se puso en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca lo manifestado por ALE Contratistas S.R.L. mediante escrito presentado el 22 de junio de 2012 para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

45. Mediante Resolución N° 96 de fecha 28 de junio de 2012, este Colegiado tiene presente que el Gobierno Regional de Cajamarca no cumplió con las exhibiciones requeridas mediante el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
46. Mediante Resolución N° 98 de fecha 23 de julio del 2012, se tiene por absuelto el traslado conferido al Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución N° 93, tiene presente lo expuesto por las partes mediante escritos de fecha 22 de junio de 2012 y 13 de julio de 2012 y admite los medios probatorios ofrecidos por el Gobierno Regional de Cajamarca precisando a las partes que la evaluación de los referidos medios probatorios se efectuarán al momento de laudar.
47. Mediante Resolución N° 102 de fecha 23 de julio de 2012, se puso en conocimiento de la empresa ALE Contratistas S.R.L. el escrito presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca el 24 de julio de 2012 mediante el cual solicita se valore la Opinión N° 027-2012/DTN al momento de resolver.
48. Con fecha 07 de agosto de 2012, la empresa ALE Contratista absuelve el traslado conferido manifestando lo conveniente a su derecho. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 106 de fecha 20 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral tuvo por absuelto el traslado conferido a ALE Contratistas S.R.L., tiene presente el escrito presentado por la empresa demandante y precisa a las parte que la aplicabilidad o no de la Opinión N° 027-2012/DTN será evaluada al momento de laudar.
49. Mediante Resolución N° 107 de fecha 20 de agosto de 2012, el Tribunal Arbitral suspende el arbitraje por un plazo de veinte (20) días hábiles con la finalidad que se efectúe el pago total de los gastos arbitrales adeudados producto de la reconvención, bajo apercibimiento que, en caso de incumplimiento, se disponga el archivo de ésta.
50. Con fecha 21 de setiembre de 2012, el Gobierno Regional de Cajamarca se desiste de las siguientes pretensiones:
- a) **Cuarta Pretensión accesoria de la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención:** la misma que establece: *"Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la resolución del contrato practicada por ALE Contratistas S.R.L., mediante Carta N° 050/2010";* la cual se encuentra recogida en el punto controvertido señalado en el inciso 3.4) de la reconvención, numeral 3, del Acta de fijación de Puntos Controvertidos.
 - b) **Octava Pretensión Principal de la Reconvención:** la misma que establece: *"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L., pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 25,000.00 incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención (30 de abril de 2010), por concepto de gastos de asesoría jurídica para el proceso arbitral y/o daño y perjuicio";* la cual se encuentra recogida en el punto controvertido

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

señalado en el numeral 13, de la reconvención, del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.

- c) **Primera Pretensión Principal del escrito de Reconvención:** a través del cual el GORECAJ, contestó la Acumulación de Nuevas Pretensiones Planteadas por ALE Contratistas S.R.L. en su escrito de fecha 10 de abril de 2010, la misma que establece: *"Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 020/2009, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones"*; la cual se encuentra recogida en el punto controvertido señalado en el numeral 15, de la reconvención, del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.
- d) **Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención:** de fecha 24 de mayo de 2010, a través del cual GORECAJ, contestó la Acumulación de Nuevas Pretensiones presentadas por ALE Contratistas S.R.L., en su escrito de fecha 10 de abril de 2010, la misma que establece: *"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 25,000.00, incluido IGV, más los respectivos intereses, por concepto de defensa legal en el arbitraje correspondiente a las nuevas pretensiones y/o daño y perjuicio"*; la cual se encuentra recogida en el punto controvertido señalado en el numeral 15, de la reconvención, del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.
- e) **Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención:** de fecha 02 de agosto de 2012, la cual establece: *"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L., pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 38,700.00, incluido IGV, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvención (02 de agosto de 2010), hasta la fecha efectiva de pago por concepto de asesoramiento técnico para el arbitraje correspondiente a las nuevas pretensiones y/o daño y perjuicio"*; la cual se encuentre recogida en el punto controvertido señalado en el numeral 22, de la reconvención, del Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.

- 51. Mediante Resolución N° 109 de fecha 24 de setiembre de 2012, se levantó la suspensión del arbitraje, se tiene por desistido al Gobierno Regional de Cajamarca, de las pretensiones a las que hace referencia en el escrito de fecha 21 de setiembre de 2012, se dispuso el fraccionamiento de los gastos arbitrales producto de la reconvención y se precisó que en caso el Gobierno Regional de Cajamarca no cumpla con el pago de algunas de las armadas referidas, se procederá al archivo de la reconvención.
- 52. El Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 111 de fecha 27 de setiembre de 2012, otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.
- 53. Mediante resolución N° 117 de fecha 25 de mayo del 2012, este Colegiado dejó constancia de los alegatos escritos presentados por las partes y precisa que citará a las partes a la respectiva Audiencia de Informes Orales en su oportunidad.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

54. Mediante Resolución N° 119 de fecha 19 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral programó la Audiencia de Informes Orales para el día viernes 07 de diciembre de 2012 en los horarios de 10:30 a 12:30 horas y de 15:30 a 17:30 horas.
55. Mediante Resolución N° 121 de fecha 23 de noviembre de 2012, se declara fundado el recurso de reconsideración presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca el 22 de noviembre de 2012 y se indica que la Audiencia de Informes Orales se realizará el viernes 07 de diciembre de 2012 de 08:00 a 12:00 horas, señalando que la fecha y hora es improrrogable.
56. Con fecha 07 de diciembre de 2012, se realizó la Audiencia de Informes Orales, contando con la presencia de ambas partes.
57. Con fecha 12 de diciembre de 2012, el Gobierno Regional de Cajamarca presenta sus conclusiones finales del informe oral. Atendiendo a ello, mediante Resolución N° 126 de fecha 17 de diciembre de 2012, se tiene presente lo expuesto por el Gobierno Regional de Cajamarca y, en relación al Informe N° 01-2007-R.CAJ/SGC-DJM de fecha 24 de enero de 2007, se corre traslado a la empresa ALE Contratistas S.R.L. para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.
58. Mediante Resolución N° 127 de fecha 03 de diciembre de 2012, este Tribunal Arbitral corre traslado del escrito de fecha 30 de noviembre de 2012, complementado por el escrito de fecha 21 de diciembre de 2012 presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca respecto a nuevos medios probatorios del presente arbitraje a la empresa ALE Contratistas S.R.L. para que, dentro de plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.
59. Con fecha 28 de diciembre de 2012, la empresa ALE Contratistas S.R.L. absuelve traslado del Informe N° 01-2007-R.CAJ/SGC-DJM referente a observaciones a la servidumbre contenido en la Resolución N° 126. Asimismo, con fecha 28 de diciembre de 2012, la empresa ALE Contratistas S.R.L. presenta las conclusiones al informe oral. Al respecto, mediante Resolución N° 128 de fecha 08 de enero de 2013, se tiene presente lo expuesto por la empresa demandante, en relación al Informe N° 01-2007-R.CAJ/SGC-DJM de fecha 24 de enero de 2007, incorpora al presente arbitraje el Informe N° 01-2007-R.CAJ/SGC-DJM presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca y corre traslado de la Carta N° 0154/2007 de fecha 24 de mayo de 2007, a la entidad demandada para que, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.
60. Con fecha 16 de enero de 2013, la empresa ALE Contratista S.R.L. absuelve el traslado conferido en la Resolución N° 127.
61. Mediante Resolución N° 129 de fecha 21 de enero de 2013, se tiene presente lo expuesto por la empresa demandante, pone en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca la oposición formulada por ALE Contratistas S.R.L. para que, en un plazo de cinco (05) días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho, tiene presente que el Gobierno Regional de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Cajamarca no ha cumplido con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 128, incorpora al presente arbitraje la Carta N° 0154/2007 de fecha 24 de mayo de 2007 presentada por la empresa demandante, declara el cierre de la etapa de instrucción precisando que el único escrito autorizado a presentarse es la posible absolución de la entidad demandada frente a la oposición formulada y fija el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles.

62. Con fecha 28 de enero de 2013, el Gobierno Regional de Cajamarca manifiesta lo conveniente a su derecho en relación a la Ampliación de Plazo N° 2; asimismo, mediante escrito presentado el 5 de febrero de 2013, el Gobierno Regional de Cajamarca absuelve el traslado respecto a la oposición formulada por la empresa ALE Contratistas.
63. Mediante Resolución N° 130, se declaró inadmisibile el escrito presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca el 28 de enero de 2013, pues ya se habría dispuesto el cierre de instrucción, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución N° 129 y se incorporó al arbitraje los documentos presentados por el Gobierno Regional de Cajamarca el 30 de noviembre de 2012, complementado el 21 de diciembre de 2012.
64. Mediante Resolución N° 131, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.
65. Con fecha 5 de marzo de 2013, el Gobierno Regional de Cajamarca formuló reconsideración contra la Resolución N° 130 en el extremo en que declara la inadmisibilidad del escrito presentado por dicha Entidad el 28 de enero de 2013.
66. Sobre el particular, mediante Resolución N° 132 se declaró fundada la reconsideración formulada y se admitió el escrito presentado por el Gobierno Regional de Cajamarca el 28 de enero de 2013.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y la Ley de Arbitraje, al que las partes se sometieron de manera incondicional;
- (ii) En momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) El Contratista presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso;

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- (iv) La demandada fue debidamente emplazado, presentando su escrito de contestación a la demanda, dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho de defensa;
- (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral;
- (vi) Que de conformidad con el numeral 28) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme al numeral 12) del Acta de Instalación.
- (vii) El Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes, los cuales han sido establecidos en las reglas del proceso.

Asimismo, corresponde precisar que 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. Los medios probatorios deben ser valorados por el Tribunal Arbitral de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.

De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

2. MATERIA CONTROVERTIDA:

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 18 de mayo de 2012, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje, teniendo en cuenta el desistimiento de las pretensiones señaladas por la entidad demandada en su escrito de fecha 21 de setiembre de 2012.

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

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*¹

Que según lo señalado por el Tribunal Arbitral en el ítem "IV. REGLAS BÁSICAS PARA EL PRONUCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS" del Acta de Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, este Colegiado considera que el primer y segundo punto controvertido deben ser resueltos de manera conjunta y los demás de manera independiente, de acuerdo a esta última forma:

DE LAS CUESTIONES PREVIAS

PRIMERA EXCEPCIÓN DEDUCIDA EN EL PROCESO

"Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de caducidad deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2010."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Con fecha 11 de mayo de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca deduce excepción de caducidad señalando lo siguiente:

1. Según el Acta de Recepción con observaciones del 27 de abril de 2007, Carta CJ-EO-IP-032-07 del 13 de noviembre de 2007, Carta CJ-EO-IP-002-08 del 21 de febrero de 2008, Carta CJ-EO-SER-IP-001-08 del 24 de junio de 2008; se determina que el Contratista incurrió en retraso en la subsanación de observaciones habiendo excedido el plazo en veintisiete (27) días calendario que disponía el contratista para subsanar las observaciones; por lo que, en conformidad con el numeral 4) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM,

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

corresponde al Gobierno Regional de Cajamarca aplique la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por el tiempo de demora que asciende a doscientos cincuenta y nueve (259) días calendario, conforme a lo señalado en el Artículo 222° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM.

2. El plazo para la subsanación de observaciones venció el 28 de abril de 2007, conforme a lo señalado en el numeral 2) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM y tomando en consideración que el plazo vigente del contrato es de doscientos sesenta y tres (263) días calendario.
3. Las observaciones a la ejecución física de la obra, al Expediente Conforme a Obra y Expediente de Gestión de Servidumbre; son de naturaleza contractual por encontrarse previsto en los documentos que conforman el contrato de obra y por estar previstos en las normas sectoriales, como son la R.D. N° 018-2002-EM/DGE, R.D. N° 016-2003-EM/DGE y demás complementarias; por lo que, las demoras acontecidas son de responsabilidad exclusiva del contratista.
4. Se deja constancia que la intervención de HIDRANDINA S.A. en la etapa de recepción de la obra es en la condición de asesor técnico del Comité de Recepción de Obra, en mérito del Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre el Gobierno Regional de Cajamarca y la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad – HIDRANDINA S.A. y con el objeto de facilitar la transferencia de la obra ejecutada a dicha Empresa para su operación y mantenimiento.

De la Liquidación del Contrato de Obra

5. El contratista presentó la Liquidación del Contrato de Supervisión de Obra con fecha 13 de marzo de 2009, según Carta N° 030/2009, con Carta RCH-005-09 del 01 de abril de 2009 la Supervisión de Obra devolvió el Expediente de Liquidación con las observaciones al contratistas; con Carta N° 046/2009 del 15 de abril de 2009 el contratista dio a conocer a la Supervisión de Obra la subsanación de observaciones; con Carta RCH-007-09 del 21 de abril de 2009 la Supervisión de Obra presentó el Expediente de Liquidación en la Oficina de Coordinación ubicada en la Provincia de Lima; con Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL del 12 de mayo de 2009 el Gobierno Regional de Cajamarca declaró improcedente la Liquidación del Contrato; por lo que, queda claramente establecido que el contratista ha incumplido el procedimiento señalado en el Artículo 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; contraviniendo las normas de contratación pública y resultando nula de pleno derecho al haberse presentado a la Supervisión de Obra, en un lugar distinto al domicilio legal y al haber omitido la participación del Gobierno Regional de Cajamarca.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Asimismo el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración lo que se indica:

6. La presentación de la liquidación del contrato de obra deberá ser posterior a la Recepción Definitiva de la Obra, tomando en consideración que conforme al contrato suscrito la recepción de obra comprende las etapas que se indica:
 - a) **Recepción Provisional:** Una vez culminada la ejecución de obra.
 - b) **Periodo de Operación Experimental:** Durante 30 días naturales contados a partir de la Recepción Provisional.
 - c) **Periodo de Garantía Inicial:** Durante 12 meses contados a partir de la fecha en que se suscribe el Acta de Conformidad de Operación Experimental.
 - d) **Recepción Definitiva:** Dentro de los 30 días naturales de finalizado el periodo de Garantía Inicial.Por lo que queda claramente establecido que la presentación de la Liquidación del Contrato por parte del contratista ejecutor de obra y la Supervisión es prematura y contraviene lo establecido en el Contrato.
7. El numeral 16.1.15) del contrato suscrito establece como obligación del contratista el trámite de constitución de derecho de servidumbre, la misma que debió ser cumplida en el mismo plazo de ejecución de obra conforme a lo señalado en el Calendario de Avance de Obra propuesto por el propio contratista, según el cual se ha previsto para la ejecución de la gestión de servidumbre un plazo de ciento sesenta y cuatro (164) días calendario; sin embargo, a la fecha el contratista, conforme a lo señalado en el artículo 43° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM
8. El Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que el contratista en forma posterior a la presentación de la Liquidación a la Supervisión de Obra ha cursado la Carta N° 089/2009 de fecha 26 de junio de 2009, Carta N° 119/2009 de fecha 08 de agosto de 2009 y Carta N° 0139/2009 de fecha 23 de setiembre de 2009; según las cuales ha dado a conocer al Gobierno Regional de Cajamarca los avances relacionados con la Gestión de Servidumbre y ha solicitado el reembolso por concepto de pagos de servidumbre; lo cual demuestra que la liquidación presentada por el contratista es prematura e improcedente debido a que en forma posterior se ha requerido pagos y que en el supuesto de haberse aprobado la liquidación no hubiese sido posible cumplir con las solicitudes de reembolso del contratista por pagos de servidumbre.

No obstante lo señalado precedentemente, se emite pronunciamiento respecto a la liquidación del contrato de ejecución de obra, sin que ello implique convalidación a la Liquidación presentada, dejando constancia de lo que se indica:

9. La valorización recalculada del contrato original es conforme con los metrados realmente ejecutados; por lo que, se expresa conformidad a lo señalado por el contratista y se establece un saldo a favor del Gobierno Regional de Cajamarca de S/. 162, 153.24 (Ciento Sesenta y Dos Mil Cincuenta y Tres con 24/100 Nuevos Soles), sin IGV.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

10. La valorización recalculada de Adicionales no es conforme con los metrados realmente ejecutados; debiendo considerar como valorización recalculada la suma de S/. 470, 607.82 (Cuatrocientos Setenta Mil Seiscientos Siete con 82/100 Nuevos Soles) sin IGV; por lo que, se establece un saldo a favor del contratista de S/. 74,469.20 (Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Sesenta y Nueve con 20/100 Nuevos Soles), sin IGV.
11. La liquidación deberá incluir reembolsos por concepto de pagos de servidumbre que ascienden a la suma de S/. 82,199.08 (Ochenta y Dos Mil Ciento Noventa y Nueve con 08/100 Nuevos Soles), sin IGV, con un saldo de S/ 0.00 (Cero con 00/100 Nuevos Soles).
12. Los reajustes calculados ascienden a la suma de S/. 159,095.48 (Ciento Cincuenta y Nueve Mil Noventa y Cinco y 48/100 Nuevos Soles), sin IGV; resultando mayor al señalado por el contratista y estableciendo un saldo a favor de éste de S/. 13,698.63 (Trece Mil Seiscientos Noventa y Ocho con 63/100 Nuevos Soles), sin IGV.
13. Las deducciones por adelantos recalculadas son conformes y quedan establecidas en la suma de S/. 22,065.30 (Veintidós Mil Sesenta y Cinco con 30/100 Nuevos Soles), sin IGV.
14. Los montos de adelantos y amortizaciones son conformes.
15. No corresponde el pago de daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo debido a que ésta fue motivada porque el contratista no presentó factura de pago de adelanto en forma oportuna y al no haberse acreditado los daños en que supuestamente haya sido objeto, conforme a lo señalado en el Artículo 1331° del Código Civil; así como también, se deja constancia que el monto señalado contempla IGV, lo cual duplica el impuesto y ha sido calculado para un plazo de quince (15) días, que resulta mayor el plazo real de tres (03) días.
16. No corresponde el pago por mayores gastos generales por la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, debido a que dicha solicitud es nula de pleno derecho al haber sido presentada por el Residente de Obra, contraviniendo el Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; y tomando en consideración que el Residente sólo representa al contratista para efectos ordinarios de la obra, no estando facultado para pactar modificaciones al contrato, conforme lo establece el tercer párrafo del Artículo 242° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM.
17. La demora en el levantamiento de las observaciones durante la etapa de recepción provisional de obra por parte del contratista, la demora en la gestión de servidumbre y la evidencia de vicios ocultos en los transformadores; han ocasionado mayores gastos de supervisión, comisiones y otros, durante el periodo de Febrero de 2007 a Marzo de 2010; así como también ha generado un mayor costo por reposición del transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca, como ya se indico en la demanda.
18. La caducidad que establece el Artículo 269° hay que concatenarlo con el Artículo 273° del D.S. N° 084-2004-PCM, que establece que: "Cualquiera de las partes tiene el derecho de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202°, 227°, 232°, 257°, 259°, 265°, 267°, 268° y 269° de este Reglamento". Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento, en el caso de arbitraje ad hoc. Agregando, que "Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje", pero, lo mas importante, es la parte in fine, que prescribe: "El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones de Estado".

19. La contratista sabe que jamás se realizó la recepción de Obra el 24 de enero de 2007, tanto así que después de dos años presenta la liquidación; consecuentemente ya ha caducado el derecho de la contratista para solicitar el Arbitraje con respecto a dicha pretensión, habiendo planteado sus nuevas pretensiones fuera del plazo legal establecido en el Artículo 269° de la Ley de Contrataciones; además, debió tener en consideración el Artículo 2003° del Código Civil que establece: "La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente"; así como el Artículo 2004°.- Principio de legalidad en el plazo de caducidad. Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario; Artículo 2005°: Continuidad de la caducidad. La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994. Inciso 8; además, la caducidad puede ser resuelta de Oficio de conformidad con el Artículo 2006° del Código Civil.
20. En relación a ello, complementando los argumentos señalados en el escrito precedente, mediante escrito de fecha 24 de mayo de 2010, la Entidad refuerza su posición señalando lo siguiente:

La acumulación de pretensiones del contratista del 08 de marzo de 2010 es extemporánea debido a que la supuesta controversia se ha suscitado con fecha 23 de noviembre de 2009, fecha en la que se notificó la Carta Notarial N° 066-2009-GR.CAJ/GGR que dio respuesta a la Carta N° 0152/2009 que solicitaba el pago de la valorización de mayores gastos generales por la supuesta demora en la recepción de obra; quedando claramente establecido que el contratista presentó su solicitud de acumulación fuera del plazo de caducidad establecido para llevar a conciliación y/o arbitraje las nuevas controversias relacionadas con las valorizaciones por supuestos mayores gastos generales, que es de quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia, conforme a lo señalado en el segundo párrafo del Artículo 257° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; que resulta aplicable a las valorizaciones de obra, valorizaciones adicionales de obra, valorizaciones de mayores gastos generales y valorizaciones de interés; por lo que, teniendo en consideración que el contratista fue notificado de la improcedencia de la solicitud de pago de la valorización de los supuestos mayores gastos generales con fecha 23 de noviembre de 2009, el plazo de caducidad venció el día 14 de diciembre de 2010 y como tal la solicitud de acumulación de nuevas pretensiones del contratista presentada el 08 de marzo de 2010 es extemporánea y deberá ser rechazada de plano por el Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que la solicitud de acumulación de nuevas pretensiones del 18 de febrero de 2010, con Carta N° 020/2009, es nula por contravenir lo señalado en el Artículo 287° Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM y el numeral 16) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; según los cuales las solicitudes de acumulación deberán ser dirigidas al Tribunal Arbitral y no al Gobierno Regional de Cajamarca; por lo que, la Carta N° 020/2009 deberá ser excluida para realizar el cómputo para determinar la caducidad para interponer la solicitud de arbitraje o acumulación de pretensiones.

21. El arbitraje iniciado entre las partes tiene como única controversia lo relacionado con el pago de la Liquidación del contrato de ejecución de obra, por lo que, tomando en consideración que el contrato culmina con la Liquidación, conforme a lo señalado en el Artículo 43° del TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; se determina que no es posible plantear controversias en las que se pretenda pagos en forma posterior a la Liquidación del Contrato de Obra o que no se encuentran incluidos en la misma; de lo que se determina que lo que se pretende es formular una nueva liquidación de obra, desvirtuando el origen de la controversia que dio inicio al arbitraje y más aun cuando a la fecha el contratista no ha comunicado ningún desistimiento respecto a las pretensiones contempladas en su primera demanda.
22. Las nuevas pretensiones no obedece a nuevos hechos sino a hechos que acontecieron en forma anterior a la presentación de la liquidación del contrato de ejecución de obra y al inicio del arbitraje en curso; por lo que, está claramente demostrado que las supuestas nuevas controversias no son tales; sino que corresponden a hechos suscitados con bastante anterioridad, que se encuentran consentidos y que por falta de sustento no fueron incluidos en la liquidación del contrato de ejecución de obra que formulará el contratista.
23. La acumulación de nuevas pretensiones ocasiona perjuicio a los intereses del Gobierno Regional de Cajamarca, debido a que ampara una variación total de las condiciones iniciales que dieron origen al arbitraje y desaparece las controversias relacionadas con la liquidación del contrato de ejecución de obra; puesto que el contratista ha variado su postura inicial de que la obra se encuentra recepcionada y era procedente su liquidación y ahora sostiene que la obra no se encuentra recepcionada y como tal corresponde el pago de mayores gastos generales y consecuentemente resultaría improcedente la liquidación presentada por el contratista y no tendría ninguna importancia analizar las pretensiones del contratista señaladas en la primera demanda; lo cual no resulta razonable tomando en consideración que el contratista no se ha desistido de sus pretensiones señaladas en la demanda arbitral inicial y que resulta contradictorio solicitar en la demanda inicial el pago de la liquidación y sostener que la obra está recepcionada y en las nuevas pretensiones señala que la obra no está recepcionada; lo cual deja claramente establecido que no es posible analizar en un mismo arbitraje pretensiones que consideran que la obra no está recepcionada; es decir, el mismo contratista sostiene a la vez que la obra esta recepcionada, como son las pretensiones de la demanda inicial y las nuevas pretensiones que consideran que la obra no está recepcionada; es decir, el mismo contratista sostiene a

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

la vez que la obra esta recepcionada y luego sostiene que no está recepcionada; correspondiendo que el Tribunal Arbitral encamine el arbitraje y rechace de plano las nuevas pretensiones del contratista y determine que sólo sean objeto de arbitraje las controversias relacionadas con la postura inicial del contratista que sostiene que la obra esta recepcionada y que resulta procedente la liquidación.

24. El Tribunal Arbitral, también deberá tomar en consideración que la postura de la defensa legal del Gobierno Regional de Cajamarca es que la liquidación del contrato de ejecución es improcedente por la existencia de prestaciones pendientes, como es la relacionada con la gestión de servidumbre y no como pretende manifestar el contratista que las controversias versan respecto a la recepción de la obra, respecto de lo cual el contrato de ejecución de obra es lo suficientemente explícito, habiendo previsto que la recepción que la recepción de obra comprende lo que se indica:

1. **Recepción Provisional:** Una vez culminada la ejecución de la obra.
2. **Periodo de Operación Experimental:** Durante 30 días naturales contados a partir de la Recepción Provisional.
3. **Periodo de Garantía Inicial:** Durante 12 meses contados a partir de la fecha en que se suscribe el Acta de Conformidad de Operación Experimental.
4. **Recepción Definitiva:** Dentro de los 30 días naturales de finalizado el periodo de Garantía Inicial.

Quedando claramente establecido también que la liquidación del contrato de ejecución de obra resulta procedente luego de la recepción definitiva de la obra.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2010, ALE Contratistas S.R.L. absuelve la excepción deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca señalando lo siguiente:

1. La demandada le da una lectura antojadiza al artículo 269° del Reglamento para plantear su excepción, pues sostiene que han pasado dos años desde enero de 2007 para la presentación de la misma.
2. Este argumento es inconsistente y no tiene correlato a lo establecido en el artículo 269° del reglamento, pues este artículo lo que establece es plazos para iniciar el arbitraje a partir de las controversias que surjan sobre la presentación de la liquidación, no respecto a la recepción de la obra.
3. Por otro lado, debe tenerse presente que nuestra representada presentó su liquidación y esta fue observada por la Supervisión, quien es el representante de la Entidad en la ejecución de la obra
4. Asimismo, la Entidad declaró improcedente la Liquidación, esto es, no la desconoció ni la devolvió, sino que analizó la misma y se pronunció sobre su contenido.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

5. En tal sentido, lo que se debe tener en cuenta son los plazos que se han dado entre la presentación de la liquidación por el contratista y la respuesta de la Entidad, además del plazo transcurrido para la presentación de la solicitud de arbitraje.
6. Para ello debe tenerse presente que, con fecha 13 de marzo de 2009 presentamos liquidación de la obra y con fecha 15 de abril se reingresa la misma.
7. Asimismo, con fecha 12 de mayo de 2009, la Entidad la declara improcedente.
8. Con fecha 01 de junio de 2009, esto es, dentro de los 15 días hábiles que establece el artículo 269° del Reglamento, presentamos nuestra solicitud de arbitraje mediante Carta N° 066/2009 para que, entre otras pretensiones el Tribunal Arbitral declare que nuestra liquidación ha quedado consentida, en tanto que la respuesta de la Entidad era extemporánea.
9. De este modo, se puede apreciar que nuestra solicitud de arbitraje ha sido presentada dentro del plazo fijado en el Reglamento (15 días hábiles), **por lo que no ha caducado nuestro derecho a iniciar arbitraje conforme señala temerariamente la Entidad demandada.**
10. En concreto, el artículo 269° del Reglamento establece que:

“En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. **En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.** Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.” (Resaltado agregado)
11. Este plazo de quince (15) días para presentar la solicitud de arbitraje es el que debe verificarse, habiendo demostrado nuestra representada que iniciamos el proceso arbitral dentro de dicho plazo, por lo que, no ha caducado nuestro derecho para accionar como erróneamente señala la demandada.
12. En tal sentido, siendo esta la única aplicación posible del artículo 269°, debe declararse improcedente la excepción de caducidad.
13. Cabe añadir que no resulta aplicable al presente caso, las disposiciones del Código Civil sobre caducidad, pues no estamos frente a un vacío normativo en la normativa de contrataciones, en tanto, que el artículo 269° establece claramente cual es plazo para inicial arbitraje, indicando que este se computa desde que una de las partes comunica que no acepta (rechaza u observa) la liquidación presentada por la otra parte, siendo irrefutable que nuestra representada presentó su solicitud de arbitraje dentro de los 15 días de que nos fue notificada la respuesta del Gobierno Regional de Cajamarca (12 de mayo de 2009).

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme a lo expresado por las partes, corresponde resolver respecto a la excepción de caducidad señalada por la entidad demandada, en ese caso, es necesario e importante determinar si la excepción de caducidad formulada por el demandado es procedente o no.

El Gobierno Regional de Cajamarca, mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2010; deduce excepción de caducidad respecto al consentimiento de la liquidación señalada en la demanda presentada por la empresa ALE Contratistas S.R.L., observando que el plazo para solicitar el inicio de una conciliación o arbitraje originado por una controversia respecto a la presentación de una liquidación, ha caducado, conforme a lo expresado en el artículo 269° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM - Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que es de aplicación al presente proceso arbitral, establece en su último párrafo, lo siguiente:

"En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida"².

La caducidad es una sanción que se impone por los efectos del paso del tiempo dentro de las relaciones jurídicas, en este caso, dentro de la emisión de actos administrativos. En este caso en particular, el objetivo de la caducidad es garantizar la validez y ejecutoriedad de la cosa decidida. Se tiene entonces, que la razón de ser de esta institución debe buscarse en exigencias de orden social. En efecto, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido, pues en caso contrario, debe considerarse como renunciado por el titular³.

En tal sentido, para poder determinar la procedencia o no de la excepción planteada, es preciso analizar la naturaleza de la caducidad, a fin de verificar si efectivamente los efectos de la misma se han activado o no.

Al respecto, Juan Monroy Gálvez define a la caducidad como *"aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en*

² Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM

³ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario "Todo Prescribe o Caduca, a menos, que la Ley Señale lo Contrario" en *Arbitraje y Debido Proceso*, Editorial Palestra, Lima, 2007, pág. 137.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial".⁴

Sobre dicha figura además, debemos recodar que la misma es una institución jurídica que se encuentra regulada en los Artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación expresa sobre ella ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni en su Reglamento. Así tenemos entonces, que conforme al Código Sustantivo, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.

De esta manera, tenemos que la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y porque el interés individual no perjudiquen a los colectivos. Es por esa razón, que el Artículo 2004° del Código Civil, ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad; con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma.

Dicho artículo establece:

"Artículo 2004.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario".

Así, de lo expuesto, se puede apreciar que la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

Siguiendo con el razonamiento anterior, resulta importante mencionar lo establecido por el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que establece:

"Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

De lo antes mencionado, queda claramente establecido que el Código Civil determina y fija que los plazos de caducidad se establecen por ley y que sus disposiciones resultan de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

En base a ello, el Tribunal Arbitral es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, razón por la cual es necesario ahora precisar lo que establece el numeral 53.2 del artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

⁴ **MONROY GÁLVEZ, Juan.** El proceso civil en un libro sobre prescripción y caducidad. En: Themis N° 10. Lima. Pp.24 - 28.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad".⁵

En observancia de esta disposición de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tenemos que de forma expresa, se hace referencia a un plazo de caducidad para iniciar un proceso arbitral, siendo este, cualquier momento anterior a la culminación del contrato.

¿Cuándo se tiene entonces por culminado el presente contrato?, la mencionada Ley, también indica cuando un contrato de ejecución de obra, como el que nos ocupa, concluye. El segundo párrafo del Artículo 43° del mencionado cuerpo normativo, establece:

"Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

La conformidad de recepción de la última prestación o la liquidación debidamente aprobada según corresponda, cerrará el expediente de la adquisición o contratación".⁶

Como puede apreciarse, el contrato de obra culmina con la aprobación de la Liquidación Final de Obra. En el presente caso, tenemos que la controversia versa sobre:

1. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL.
2. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez del Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC.
3. Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009.

Como consecuencia de lo anterior:

- 3.1 Determinar si corresponde o no que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 290,355.58 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista.
4. Determinar si corresponde o no declarar que el pago del resarcimiento de daños y perjuicios, más los respectivos intereses hasta la fecha real de

⁵ El resaltado es nuestro.

⁶ El resaltado es nuestro.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

pago, no es por gastos generales generados por la demora en la entrega del adelanto directo, sino que se debe a una penalización que se aplica por esta demora.

5. Determinar si corresponde o no reconocer los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.

Como consecuencia de lo anterior:

- 5.1 Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio el 23 de enero de 2009.
6. En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca reconozca los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2.

Como consecuencia de lo anterior:

- 6.1 Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, estos es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2.
7. En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.
8. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. los gastos financieros y mantenimiento de las cartas fianzas.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

9. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010.
10. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 270,968.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrega del Adelanto Directo.
11. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 69,441.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 02 por 53 días calendario.
12. Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 03 por 43 días calendario.
13. Determinar si corresponde o no declarar la validez y el consentimiento de la resolución del Contrato efectuada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010.

De la reconvencción

1. Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que fuera solicitada mediante Carta N° 034-ADM/OB.
2. Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Liquidación del Contrato presentada por la Supervisión de Obra mediante Carta RCH-007-09.
3. Determinar si corresponde o no declarar consentida y/o válida y eficaz la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 9 de marzo de 2010 mediante la cual se resolvió el Contrato.

Como consecuencia de lo anterior:

- 3.1 Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405,034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de fiel cumplimiento.
- 3.2 Determinar si corresponde o no declarar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 361,291.00, como parte de pago del fiel cumplimiento.
- 3.3 Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 14,330.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de gastos notariales de constatación física de inventario.
4. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405, 034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010- por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación.
5. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 234,741.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato y/o daño emergente.
6. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,385.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra.
7. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 35, 639.94, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007, que corresponde al atraso en la finalización de la obra.
8. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. ejecutó la obra con la existencia de vicios ocultos.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

9. Determinar si corresponde o no declara que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,181.74, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención -30 de abril de 2010-, por concepto de vicios ocultos en el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca y la reposición del mismo y/o daño y perjuicio.
10. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno regional de Cajamarca la suma de S/. 27, 364.75, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de daños y perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones del Contratista en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial.
11. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 1'281,051.29, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de saldo de la Liquidación del Contrato de ejecución de obra.
12. Determinar si corresponde o no declara nulas y/o ineficaces las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, mediante las cuales se solicita el pago de gastos por demora en la recepción de obra.
13. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que los gastos arbitrales sean asumidos mediante liquidaciones separadas.
14. Determinar si corresponde o no declarar improcedentes la primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal del demandante, por estar incluidas en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada, correspondiente a la primera acumulación.
15. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la recepción de la obra comprende la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y recepción definitiva.
16. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el trámite de constitución de derecho de servidumbre es una obligación contractual esencial de ALE Contratistas S.R.L., la cual debió ejecutarse dentro del plazo contractual de ejecución.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Como consecuencia de lo anterior:

- 16.1 Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca el 10% del monto del Contrato, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvención – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre.
17. Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de abril de 2010, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones.
18. Determinar si corresponde o no declarar nulo y/o ineficaz el escrito N° 8 presentado por ALE Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, mediante el cual solicita la acumulación de una nueva pretensión – referida a la resolución del Contrato-.
19. Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 38, 700.00, incluido IGV, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvención – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de asesoramiento técnico para el arbitraje correspondiente a las nuevas pretensiones y/o daño y perjuicio.
20. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral rechace de plano las pretensiones de la demanda arbitral inicial y las pretensiones de la primera y tercera demanda de acumulación de pretensiones presentada por ALE Contratistas S.R.L.
21. Determinar si corresponde o no; que en caso de declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvención a la tercera acumulación del demandante, que el Tribunal Arbitral rechace de plano la primera, segunda y tercera pretensión de la presente demanda de acumulación de pretensiones.
22. Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare nula de pleno derecho la Carta N° 067/2010, la Carta N° 094/2010, la Carta N° 0104/2010 y la Carta N° 0106/2010 dirigidas al Gobierno Regional de Cajamarca al haberse presentado en un domicilio legal distinto al señalado en el Contrato.

Pretensión Común

1. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En este sentido, observamos que la materia de la controversia generada por la relación contractual entre el Gobierno Regional de Cajamarca y la empresa ALE Contratistas S.R.L. versa respecto a liquidación, resolución, pago de mayores gastos generales, entre otros sobre el contrato de ejecución de obra. Siendo que la demanda inicial del contratista versaba generalmente respecto a la liquidación del contrato de obra.

La empresa ALE Contratistas S.R.L. refiere en su escrito de demanda inicial que las controversias generadas es respecto a los alcances de la liquidación, por ello recurre a instancias arbitrales.

En este sentido, siendo que aún no se ha aprobado la liquidación de obra del contrato, este Tribunal Arbitral considera que el Contrato de Obra suscrito entre las partes no ha culminado aún.

En vista de que el contrato de obra no ha culminado a la fecha, el Tribunal Arbitral concluye que el plazo de caducidad establecido en la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no ha vencido; razón por la cual, la empresa ALE Contratistas S.R.L. gozaba de plena capacidad para solicitar dentro del plazo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el inicio de un proceso arbitral producto de las controversias inicialmente derivadas de la presentación de la Liquidación de Obra por parte del Contratista.

Por tanto y en razón a lo expuesto, habiéndose señalado que los plazos de caducidad deben ser fijados por Ley, el Tribunal Arbitral, en aplicación y respeto de los elementos establecidos en el ordenamiento jurídico general, determina que la excepción planteada no sea amparada, por lo que declara infundada la misma.

SEGUNDA EXCEPCIÓN DEDUCIDA EN EL PROCESO

“Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de caducidad deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante escrito de fecha 14 de julio de 2010.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Con fecha 14 de julio de 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca deduce excepción de Caducidad señalando lo siguiente:

1. Como conocemos, las excepciones son defensas de forma, mediante las cuales se permite al Tribunal pronunciarse por una ausencia de requisitos de forma, que impiden el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.
2. Precisamente por esa razón es que el Tribunal de manera obligatoria deberá pronunciarse primero en cuanto a la excepción de Caducidad, pues en el caso de declararse fundado nuestro pedido, se evitará tomar más compleja la controversia.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

3. Ahora bien, en cuanto a la excepción misma, debemos precisar, tal como lo hemos venido realizando desde el momento en que nos hemos opuesto a la acumulación de las pretensiones, que el Tribunal Arbitral Ad Hoc tiene la obligación de abstenerse de tomar conocimiento de la supuesta controversia relacionada con la Resolución del Contrato practicada por el Gobierno Regional de Cajamarca, según Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P notificada el 11 de marzo de 2010 con Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG, por las consideraciones siguientes:
- a) En efecto, conforme a lo que se dispone en el último párrafo del Artículo 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; el contratista debió someter a conciliación o arbitraje cualquier controversia relacionada con la Resolución del Contrato dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución del Contrato; por lo que, la solicitud de acumulación debió ser presentada ante el Tribunal Arbitral Ad Hoc en fecha no posterior al 25 de marzo de 2010 y como tal, al haberse presentado dicha solicitud con fecha 25 de mayo de 2010 se determina que la misma es extemporánea y ha excedido el plazo de caducidad en cuarenta y tres (43) días hábiles y conforme a lo señalado en el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 084-2004-PCM; corresponde que el Tribunal Arbitral Ad Hoc rechace de plano la solicitud del contratista, debido a que no existe convenio arbitral que ampare el arbitraje luego de haber transcurrido el plazo de caducidad.
 - b) Este mismo argumento fáctico y legal fue debidamente fundamentado al momento de oponernos a la acumulación de las pretensiones, no obstante ello, el Tribunal Arbitral señala en la parte considerativa de la Resolución N° 29, que el Gobierno Regional no ha cumplido con absolver el traslado, desconociendo el hecho de que si bien se nos notificó con la Resolución N° 25 en el mes de Junio de 2010, en aquella oportunidad no se nos notificó con los anexos completos, por lo que al ser notificados nuevamente con los actuados procesales, hemos cumplido con absolver el traslado de manera oportuna con fecha 02 de julio de 2010.
 - c) Por lo tanto, el sólo hecho de que el Tribunal Arbitral haya aceptado la acumulación de pretensiones, no sólo pone en tela de juicio la imparcialidad del Tribunal, sino que además atenta contra el Debido Proceso y el derecho de los intereses del Gobierno Regional de Cajamarca.
 - d) Asimismo, el propio Tribunal debe evaluar el hecho de que en la Resolución mediante la cual concedió la medida cautelar de no innovar a la demandante ALE Contratistas, ha adelantado opinión indebidamente, sobre el fondo de la controversia relacionada con la Resolución de Contrato y ello también pone en tela de juicio la imparcialidad del Tribunal.
 - e) En efecto, según lo señalado en el considerando 16) de la Resolución N° 01 del 30 de abril de 2010, que concede la Medida Cautelar de No Innovar al contratista; al haber señalado que: "... la resolución del contrato no ha quedado consentida"; por lo que, el

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Tribunal Arbitral deberá abstenerse de conocer la controversia por carecer de credibilidad y con el objeto de no viciar el arbitraje que se encuentra en curso.

4. Respecto de la nueva pretensión de: "Que se declare la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010 y notificada el 10 de marzo de 2010"; se sugiere se deje constancia de lo que se indica:
- a) El literal l) del numeral 4.2.2), el numeral 16.1.15) y el numeral 16.2.1 del contrato suscrito establecen que es obligación contractual del contratista el trámite de constitución de derecho de servidumbre; por lo que, dicha obligación es de naturaleza esencial y como tal su incumplimiento constituye causal de resolución del contrato conforme a lo previsto en el numeral 1) del Artículo 225° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM y el último párrafo del mismo artículo.
 - b) El Contratista no cumplió con tramitar el íntegro de la constitución de derecho de servidumbre, por razones de su exclusiva responsabilidad, puesto que dicha actividad debió ejecutarse de manera paralela a la ejecución de la obra conforme a lo previsto en el numeral 1.15) de la Parte II de las Bases Administrativas Integradas y como tal, el contratista ha dispuesto de aproximadamente cuatro (04) años contados desde el 25 de marzo de 2006 hasta el 11 de marzo de 2010; correspondientes a la fecha de inicio del plazo contractual y resolución del contrato, respectivamente; lo cual evidencia que la demora en la tramitación de la gestión de servidumbre es de exclusiva responsabilidad del contratista.
 - c) El Contratista no ha dado a conocer las supuestas dificultades respecto a la gestión del derecho de servidumbre, ni a solicitado ninguna ampliación de plazo; por lo que, el Gobierno Regional de Cajamarca desconoce la existencia de dificultades para el trámite de gestión de servidumbre y como tal, no tiene ninguna responsabilidad respecto a la demora en que incurrió el contratista.
 - d) La Carta Notarial N° 41-2009-GR.CAJ/GRI notificada el 12 de julio de 2009 de apercibimiento para el cumplimiento de las obligaciones respecto a la gestión del derecho de servidumbre, la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/GRI que determinó Resolver el Contrato de Ejecución de Obra y el Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG del 11 de marzo de 2010 con el que se notificó la Resolución precedente; son conformes con lo señalado en el artículo 41° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM y el Artículo 226° y 267° de su Reglamento; por lo que, el contrato se encuentra válidamente resuelto al ser conforme con las normas de contratación pública.
 - e) La Resolución del Contrato practicada por el Gobierno Regional de Cajamarca se encuentra consentida, puesto que el contratista debió someter a conciliación o arbitraje cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato en fecha no posterior al 25 de marzo de 2010; por lo que, al haber presentado el contratista la solicitud de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

acumulación de pretensiones con fecha 25 de mayo de 2010 y conforme a lo señalado en el último párrafo del Artículo 267° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM; se determina que la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P que determinó Resolver el Contrato de Ejecución de Obra se encuentra consentida y cualquier controversia al respecto no podrá ser resuelto por ningún Tribunal Arbitral por no existir convenio arbitral que lo ampare; puesto que el arbitraje sólo procede cuando no han transcurrido los plazos de caducidad previstos en las normas de contratación pública o en el contrato suscrito que es ley entre las partes e incorpora los alcances de dichas normas.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Con fecha 23 de agosto de 2010, la empresa Ale Contratistas S.R.L. absuelve el traslado de la excepción de caducidad señalando lo siguiente:

1. La excepción planteada por la demandada es extemporánea, pues está dirigida contra nuestra acumulación de pretensión presentada el 25 de mayo de 2010, la cual fue puesta en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca (GRC) mediante Resolución N° 23 para que exprese lo conveniente a su derecho en el plazo de cinco (05) días de notificada.
2. Que, asimismo, mediante Resolución N° 25 se volvió a notificar al GRC con nuestro escrito el 25 de mayo de 2010. Asimismo, se indicó que dicho escrito fue debidamente notificado a la demandada, pero sin embargo se le concedió a dicha parte un nuevo plazo adicional de cinco (05) días para que se pronuncie al respecto. Esta resolución fue notificada al GRC el 23 de junio de 2010.
3. Que, mediante Resolución N° 29 se dejó constancia que el GRC no cumplió con absolver el traslado en el plazo antes mencionado y se admitió la pretensión planteada por nuestra parte y asimismo, se concedió a la demandada el plazo de quince (15) días para que la conteste o presente reconvencción.
4. Que, la regla N° 18 establece que las partes podrá formular excepciones dentro del plazo de cinco (05) días desde que son notificadas con la demanda.
5. En el presente caso, el Tribunal Arbitral notificó en dos oportunidades al GRC con nuestro pedido de acumulación sin que dicha parte haya formulado excepción en el plazo antes establecido por lo que, el mecanismo de defensa presentado por la demandada el pasado 14 de julio de 2010 es extemporáneo.
6. Sin perjuicio de la extemporaneidad de la Excepción deducida por la demandada; y analizando el sustento de la misma se aprecia que este considera que en aplicación del Artículo N° 267 del Reglamento, debimos presentar nuestra solicitud de acumulación dentro de los diez (10) días de notificados con la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P, esto es, hasta el 25 de marzo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

7. Al respecto, se debe tener presente que con fecha 10 de marzo de 2010, fuimos notificados con el Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG en el que la Entidad puso en nuestro conocimiento la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010 por la cual resolvió el contrato por supuesto incumplimiento contractual: Gestión de Servidumbre.
8. Con fecha 24 de marzo remitimos la Carta N° 052/2010 por la cual, en aplicación de la cláusula vigésimo sétima del Contrato, iniciamos el proceso arbitral respecto de la resolución del contrato efectuada por la Entidad.
9. Asimismo, en la misma fecha, remitimos la Carta N° 054/2010 por la cual, dimos respuesta a la resolución del contrato, deduciendo nulidad.
10. Conforme se puede apreciar, conforme al pacto arbitral contenido en el contrato y dentro del plazo establecido en el artículo 267° del Reglamento, presentamos nuestra solicitud de arbitraje contra la arbitraria resolución del contrato efectuada por la Entidad.
11. Téngase presente que la propia demandada sostiene que nuestro plazo para cuestionar la resolución de contrato vencía el 25 de marzo, por lo que nuestra solicitud de arbitraje presentada el 24 de dicho mes, estaba dentro de dicho plazo.
12. Ahora bien, es claro que la demandada pretende confundir al Tribunal Arbitral al sostener que lo que debimos hacer dentro de dicho plazo es presentar nuestra solicitud de acumulación y no nuestra solicitud de arbitraje, para lo cual, cita al artículo 287° del Reglamento.
13. Dicha interpretación del artículo 287° del Reglamento efectuada por el GRC es arbitraria pues lo único que sostiene esta norma es que, procede la acumulación de pretensiones dentro del plazo de caducidad contenido en el artículo 53° de la Ley, el cual no ha corrido hasta la fecha, pues el contrato no se encuentra culminado hasta que la liquidación del mismo sea declarada consentida conforme lo establece el artículo 43° de la Ley.
14. Por otro lado, el artículo 287° lo que establece es la facultad para acumular la pretensión, no establece que obligatoriamente esta debe efectuarse, por lo que es claro, que una vez presentada nuestra solicitud de arbitraje el 24 de marzo de 2010, nuestra representada tenía la opción de conformar un Tribunal Arbitral distinto al presente o acumular la pretensión que es lo que finalmente efectuamos.
15. En tal sentido, queda claro que la excepción deducida por la demandada es improcedente, pues cumplimos con presentar nuestra solicitud de arbitraje contra la resolución de contrato del plazo contractual y legal.
16. Asimismo, el artículo 287° se refiere a la facultad de las partes de acumular pretensiones a un proceso arbitral en curso, habiendo nuestra parte procedido conforme a dicha facultad a solicitar la acumulación luego de haber presentado nuestra solicitud de arbitraje.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

17. Es nuestra obligación rechazar rotundamente el cuestionamiento efectuado por la demandada a la imparcialidad e integridad de los integrantes del Tribunal Arbitral, siendo evidente su intención de enturbiar el presente proceso arbitral ante su falta de argumentos legales, razón por la cual, en forma temeraria y si sustento alguno señala que el presente Tribunal Arbitral con cuya conformación estuvo de acuerdo, no sería imparcial por el solo hecho de haber expedido resoluciones conforme a derecho pero no a sus intereses.
18. Cabe señalar que si la demandada tuvo alguna objeción legal a la decisión contenida en la Resolución N° 29 por la cual el Tribunal Arbitral admitió nuestra pretensión, pudo haber presentado recurso de reconsideración contra dicha resolución, pero en vez de utilizar este mecanismo legal prefiere efectuar imputaciones sin sustento contra el Tribunal Arbitral, lo cual rechazamos.
19. Asimismo, en cuanto a los argumentos presentados por la demandada en su escrito de Excepción de caducidad respecto a la validez de Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P, debemos señalar que dichas consideraciones de fondo son inoportunas e irrelevantes para la resolución de la presente excepción, pues la determinación sobre el cumplimiento de nuestras obligaciones contractuales en relación a la gestión de servidumbre es parte del fondo de la controversia y no corresponde ser meritado al momento de resolver la presente excepción, por lo que, no deberán ser tomadas en cuenta por el Tribunal Arbitral al momento de resolver este mecanismo de defensa.
20. En suma, queda demostrada la improcedencia de la excepción deducida por la demandada, así como la antojadiza e inconsistente interpretación que efectúa de los artículos 267° y 287° del Reglamento, al igual que la falta de argumentos legales de GRC por lo que prefiere enturbiar el presente proceso efectuando imputaciones contra la imparcialidad del Tribunal Arbitral, lo cual rechazamos y condenamos tajantemente.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Conforme a lo expresado por las partes, corresponde emitir pronunciamiento respecto a la excepción de caducidad deducida. De acuerdo a lo ya expresado en nuestro pronunciamiento previo respecto a la excepción de caducidad deducida con fecha 11 de mayo de 2010, es importante observar si la excepción de caducidad es procedente o no.

En este sentido, teniendo en cuenta el análisis previo realizado en la primera excepción deducida, ha quedado claramente establecido que la naturaleza de la caducidad los plazos de caducidad son fijados por ley⁷.

Pues bien, el inicio del arbitraje respecto a la resolución del contrato debe observarse de acuerdo los plazos señalados en el Artículo 53.2 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

⁷ Artículo 2004° Código Civil

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad".⁸

En vista que la excepción deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca es referente a la resolución del contrato señalada en la acumulación solicitada por la empresa demandante, y conforme al análisis realizado en la primera excepción deducida por la entidad demandada, siendo que las partes pueden iniciar arbitraje un momento anterior a la culminación del contrato, la pretensión respectiva tiene a bien admitida por este Tribunal Arbitral puesto que el contrato no se haya culminado.

En este sentido, siendo que el presente contrato de obra no ha sido culminado aún y en vista de que el contrato de obra está generando efectos jurídico, el Tribunal Arbitral concluye que el plazo de caducidad establecido en la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no ha vencido; razón por la cual, habiéndose señalado que los plazos de caducidad deben ser fijados por Ley, el Tribunal Arbitral, en aplicación y respeto de los elementos establecidos en el ordenamiento jurídico general, determina que la excepción planteada no sea amparada, por lo que declara infundada la misma.

DEL PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL"

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez del Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC"

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El contratista demandante señala que, del análisis de los antecedentes puede observarse que a solicitud de la Supervisión, el Gobierno Regional de Cajamarca, una vez verificada la culminación de la obra procede, de conformidad con el Art. 268° del RELCAE y la cláusula DECIMO NOVENA del Contrato, a designar el COMITÉ de RECEPCIÓN, quien procederá a verificar el FIEL CUMPLIMIENTO de los planos y especificaciones Técnicas.

Asimismo señala que, con fecha 24 de marzo de 2006, la Entidad demandada hace entrega del ADELANTO DIRECTO siendo que, la ENTIDAD, disponía de 7 días a partir del 02 de marzo de 2006 para entregar el ADELANTO DIRECTO, es decir hasta el 09 de marzo de 2006, y habiéndolo hecho recién el 24 de marzo de 2006, acumula un atraso de 15 días, que de conformidad con los Artículos 240° y 244° del REGLAMENTO aprobado por el D.S. 084-2004-PCM conlleva a la aplicación máxima del pago de resarcimiento de Daños y Perjuicios por el atraso de 15 días cuyo calculo es el siguiente:

⁸ El resaltado es nuestro.

- MONTO CONTRACTUAL= S/. 3'612,908.38
- PENALIDAD= $5/1000 \times 15 = 75/1000$ (máximo)
- $75/1000 \times \text{S/. } 3'612,908.38 = \text{S/. } 270,968.13$

INTERESES A LA FECHA

Tiempo de aplicación de intereses desde el 25 de marzo de 2006 hasta el 15 de febrero de 2010.

- Tiempo (t) = 1,407 días
- Monto (M) = S/. 270,968.13
- % Aproximado= 1.39% anual

$$I = \frac{\text{S/. } 270,968.13 \times 1407 (0.0139)}{360} = \text{S/. } 14,720.57$$

TOTAL INTERESES = S/. 14,720.57

TOTAL PENALIDAD + INTERESES= S/. 270,968.13 + S/. 14,720.57

TOTAL PENALIDAD + INTERESES= S/. 285,688.70

Además, señala que, con fecha 23 de enero de 2009, se lleva a cabo la recepción de obra.

No obstante, con fecha 13 de marzo de 2009, presentamos la Liquidación de la Obra y con fecha 15 de abril de 2009 se reingresa la Liquidación de Obra debidamente SUBSANADA.

A su vez, señala que, con fecha 12 de mayo de 2009, mediante Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL, la Entidad declara IMPROCEDENTE la Liquidación de Obra.

Atendiendo a lo expresado, el demandante señala que la obra se encuentra desde el 23 de enero de 2009 con ACTA DE RECEPCIÓN, al haber sido designado el Comité de Recepción en concordancia al Art. 268° del Reglamento, norma que indica que para este nombramiento se requiere que la obra se encuentre concluida, acto que debe ser verificado por el Supervisor para proceder con la designación del COMITÉ DE RECEPCIÓN.

De esta manera, el demandante indica que, el solo nombramiento del COMITÉ DE RECEPCIÓN, demuestra que la obra está concluida y no se necesita de ninguna argucia para poder demostrar que la obra está concluida.

Por último, la empresa demandante Deja constancia que la localidad del Guayabo no se puede energizar, debido a que el punto de Diseño (Alimentación) no existe y esta omisión es de responsabilidad de LA ENTIDAD.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra y la subsanación de observaciones a dicha Liquidación se ha realizado con intervención del contratista y la Supervisión de Obra, conforme se demuestra con la Carta N° 030/2009 del

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

contratista con fecha 13 de marzo de 2009, la Carta RCH-005-2009 de la Supervisión de Obra de fecha 15 de abril de 2009 y la Carta N° 46/2009 del contratista de fecha 14 de abril de 2009; habiéndose omitido la intervención del Gobierno Regional de Cajamarca; por lo que, la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra es nula de pleno derecho por contravenir lo señalado en el Artículo 269° del reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.

Adicionalmente, el demandando señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra ha sido presentada por la Supervisión de Obra en la Oficina de Coordinación del Gobierno Regional de Cajamarca ubicada en la Provincia de Lima, según Carta RCH-007-09; es decir, el contratista no ha cumplido con presentar la liquidación conforme lo establecen las normas de contratación pública; así como también, la presentación se ha realizado en un domicilio legal que no se encuentra consignado en el contrato suscrito; por lo que, queda claramente establecido que el contratista no ha cumplido con el procedimiento señalado en las normas de contratación pública y el contrato suscrito y como tal, la liquidación presentada no surte ningún efecto legal.

Igualmente, el demandado señala que el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que el contrato suscrito con el ejecutor de obra no ha establecido ninguna precisión respecto a que la liquidación podría ser presentada a la Supervisión de Obra; por lo que, la decisión errónea y unilateral del contratista de presentar la Liquidación a la Supervisión de Obra es de exclusiva responsabilidad y no concede ningún derecho a favor del contratista.

Respecto a ello, el demandado señala que las normas de contratación pública no han realizado ninguna precisión respecto a las formalidad de actos administrativos relacionados con la aprobación de la liquidación, la elaboración u observación; tal como lo señala el numeral 3.1) de la Opinión N° 104-2009/DTN; por lo que, argumentado por el contratista carece de sustento legal y deberá ser desestimado por el Tribunal Arbitral.

Asimismo, la entidad señala que los contratos públicos se regulan por lo establecido en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobados por DS. N° 083-2004-PCM y DS N° 084-2004-PCM, respectivamente y supletoriamente por el Código Civil y normas sectoriales aplicables, sin resultar aplicable la Ley General del Procedimiento Administrativo, Ley N° 27444; y como tal no resulta amparable su pretensión.

Atendiendo a ello, el Gobierno Regional de Cajamarca señala que la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL suscrita por el Gerente Regional de Infraestructura notificada el 12 de mayo de 2009; dejó constancia expresa que la liquidación presentada es improcedente y dio a conocer el Informe N° 05-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL/JCBC con las observaciones que sustentan la improcedencia; por lo que, el Gobierno Regional de Cajamarca expresó su disconformidad clara y oportuna, conforme a las normas de contratación pública y lo señalado en la Cláusula Vigésimo Octava del contrato suscrito y demás alcances.

Finalmente, el demandado deja constancia que la pretensión del contratista carece de sustento legal y contraviene lo señalado en las normas de contratación pública y como tal deberá ser desestimada por el Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Para llevar a cabo un análisis de este punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato para la Ejecución de la Obra y a las Resoluciones de Contrato llevadas a cabo, por cada una de las partes.

Esta controversia deriva del Contrato de Ejecución de Obra derivada de la Licitación Pública Nacional N° LPN-002-2005-CE/GR.CAJ, para la ejecución de la obra denominada: "Pequeño Sistema Eléctrico de Chilete – III Etapa", celebrado entre la empresa ALE Contratistas S.R.L. y el Gobierno Regional de Cajamarca.

De lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, se puede apreciar que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Ley N° 26850, aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM; iii) Así, como el Código Civil.

En razón a lo expuesto, tenemos que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente Contrato de Ejecución de Obra celebrado, deberán solucionarse mediante arbitraje de derecho, en virtud de lo dispuesto en la Clausula Vigésimo Séptima del Contrato.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes, razón por la cual se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el Contrato.

Con relación al punto controvertido bajo análisis, es necesario realizar un recuento de los hechos.

Con fecha 15 de marzo de 2006⁹, El Gobierno Regional de Cajamarca lleva a cabo el acto de entrega del terreno a la empresa ALE Contratistas S.R.L. para la ejecución de la obra.

Con fecha 24 de enero de 2007, La empresa ALE contratistas S.R.L., mediante anotación en el cuaderno de obra, solicita la recepción de la obra precisando como fecha de término de la obra el 24 de enero de 2007.

⁹ Ver medio probatorio 1.6 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 29 de enero de 2007¹⁰, la Supervisión de Obra, mediante Carta N° 016-SUP.CH/JLC, recomienda al Gobierno Regional de Cajamarca proceder a designar el Comité de Recepción de Obra.

Con fecha 12 de marzo de 2007, El Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Resolución N° 019-2007-GR-CAJ/GRI¹¹, designa al Comité de Recepción de Obra.

Con fecha 27 de marzo de 2007, se suscribe el Acta de Instalación para Inspección de Obra¹², según la cual se acordó que la inspección de los trabajos ejecutados se realizará entre el 27 de marzo de 2007 al 02 de abril de 2007, con la participación de tres (03) Grupos de Trabajo, tomando en consideración que el proyecto comprende la ejecución de trabajos en cincuenta y seis (56) localidades.

Con fecha 27 de abril de 2007, la empresa ALE Contratistas S.R.L. y el Gobierno Regional de Cajamarca, por medio del Comité de Recepción de Obra, suscribe el Acta de Recepción de Obra¹³ señalando observaciones en la obra a fin de que la empresa demandante cumpla con levantar dichas observaciones.

Con fecha 02 de mayo de 2007, el Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Carta N° 240-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL¹⁴, solicita a la empresa ALE Contratistas S.R.L. el levantamiento de las observaciones señaladas en el Acta de Recepción de Obra con Observaciones de fecha 27 de abril de 2007.

Con fecha 23 de mayo de 2007, la empresa ALE Contratistas S.R.L. informa al Supervisor de la Obra¹⁵ y al Gobierno Regional de Cajamarca¹⁶ la culminación del levantamiento de las observaciones señaladas por el Comité de Recepción de Obra y solicita la recepción de la misma.

¹⁰ Referencia de dicha carta en el medio probatorio 1.20 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹¹ Ver medio probatorio 1.22 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹² Ver medio probatorio 1.23 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹³ Ver medio probatorio 1.24 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹⁴ Ver medio probatorio 1.25 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹⁵ Ver medio probatorio 5) del escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2010

¹⁶ Ver medio probatorio 1.26 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 01 de junio de 2007, el Supervisor de Obra, mediante Carta N° 70/2007-SUP.CH/JLC¹⁷, da a conocer al Presidente del Comité de Recepción de Obra, Ing. Oscar Alcantara Mendoza, que la Supervisión ha verificado el levantamiento de las observaciones contractuales.

Con fecha 09 de julio de 2007, la empresa ALE Contratistas, mediante Carta N° 0192/2007¹⁸, expresa disculpas por no haberse presentado a la inspección de obra programada para el día 09 de julio de 2007 y comunica que se apersonará a la obra el día 16 de julio de 2007.

Con fecha 06 de agosto de 2007, la empresa ALE Contratistas S.R.L., mediante Carta N° 0272/2007¹⁹, solicita el reembolso de pago de servidumbre por un monto de S/. 17, 460.90 Nuevos Soles.

Con fecha 18 de setiembre de 2007²⁰, el Supervisor de Obra, Ing. Manuel A. Veliz Flores, da a conocer diversas observaciones al Expediente de Gestión de Servidumbre.

Mediante Acta de Inspección y Pruebas, CJ-EO-IP032-07²¹, llevada a cabo los días 13, 14, 15 y 16 de noviembre de 2007 se deja constancia de la persistencia de las observaciones realizadas en el acta suscrita del 27 de abril de 2007.

Con fecha 10 de diciembre de 2007, mediante Informe N° 141-2007-GR.CAJ-GRI-SGSL/NOQ del Ing. Nelson Francisco Oblitas Quispe, miembro del Comité de Recepción de Obra, deja constancia que durante la comisión de servicios del 06 y 07 de diciembre de 2007 se ha constatado que aún la empresa ALE Contratistas S.R.L. no ha cumplido con levantar las observaciones y que estas se han levantado de manera parcial.

Con fecha 11 de diciembre de 2007, mediante Informe N° 107-2007-GR.CAJ/SGS-GCC²², el Coordinador de Obra, Ing. Guillermo Cruz Canahuiri da a conocer que a la fecha las observaciones han sido levantadas de manera parcial y sugiere que se convoque de manera urgente a los representantes del ejecutor de obra y de la supervisión, a fin de elaborar un acta para garantizar el levantamiento de observaciones.

¹⁷ Ver medio probatorio 1.29 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹⁸ Ver medio probatorio 1.30 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹⁹ Ver medio probatorio 1.31 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²⁰ Ver medio probatorio 1.33 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²¹ Ver medio probatorio 1.34 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²² Ver medio probatorio 1.36 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 08 de enero de 2008, mediante Carta N° 018-2008 GR-CAJ-JSG/CGG²³, el Ing. Julio Salas Gallegos da a conocer que las observaciones no han sido levantadas y sugirió notificar mediante Carta Notarial a la empresa demandante ejecutora de la obra y la Supervisión invocando el cumplimiento de las obligaciones.

Con fecha 11 de enero de 2008, mediante Carta CJ-0085-2008²⁴, el Concesionario Eléctrico HIDRANDINA S.A. da cuenta al Gobierno Regional de Cajamarca que las demoras en la puesta en servicio del PSE Chilete III Etapa se debe a que aún no se han subsanado las observaciones y advierte que cualquier problema social por la puesta en servicio de la obra no será responsabilidad de HIDRANDINA S.A.

Con fecha 23 de enero de 2008, mediante Oficio N° 001-2008-GR.CAJ-GRI-SGO/GRO²⁵, de manera conjunta los ingenieros Oscar Alcántara Mendoza y Nelson Oblitas Quispe, miembros del Comité de Recepción de Obra, dan a conocer que hasta la fecha la empresa demandante no ha cumplido con levantar las observaciones señaladas en el Acta de Recepción de Obra con observaciones de fecha 27 de abril de 2007 y solicita que se adopten las medidas necesarias conforme a la normatividad vigente.

Con fecha 30 de enero de 2008, el Supervisor de la Obra, mediante Carta RCH 003-08²⁶, en el que da cuenta de las acciones que está tomando la empresa ALE Contratistas respecto al levantamiento de la subsanación de las observaciones.

Con fecha 08 de febrero de 2008, mediante Carta Notarial N° 002-2008-GR.CAJ/GGR²⁷, El Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante el cumplimiento del contrato en relación a la subsanación de las observaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Mediante Carta CJ-0471-2008²⁸, el concesionario HIDRANDINA S.A. comunica al Gobierno Regional de Cajamarca y a la empresa demandante que el día 19 de febrero de 2008 es la fecha para realizar la inspección del levantamiento de observaciones para energizar los puntos correspondientes a la obra PSE Chilete III Etapa.

²³ Ver medio probatorio 1.37 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²⁴ Ver medio probatorio 1.38 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²⁵ Ver medio probatorio 1.40 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²⁶ Ver medio probatorio del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²⁷ Ver medio probatorio 1.42 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

²⁸ Ver medio probatorio 1.43 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 21 de febrero de 2008, mediante Acta de Inspección CJ-EO-IP-002-08²⁹, la empresa HIDRANDINA S.A. deja constancia de la persistencia de diversas observaciones.

Con fecha 07 de abril de 2008, la empresa ALE Contratistas S.R.L., mediante Carta N° 048/2008³⁰ presentó el Expediente conforme a Obra al Gobierno Regional de Cajamarca.

Con fecha 22 de abril de 2008, mediante Carta N° 273-2008-GR.CAJ-GRI/SGSL³¹, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa ALE Contratistas el levantamiento de las observaciones para el reembolso por pago de servidumbre.

Con fecha 27 de mayo de 2008, mediante Carta N° 363-2008-GR.CAJ-GRI/SGSL³², el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante el levantamiento de las observaciones para el reembolso por pago de servidumbre.

Con fecha 30 de junio de 2008, mediante Carta N° 072/2008³³, la empresa ALE Contratistas S.R.L. solicitó el reembolso de pago por servidumbre por un monto que asciende a la suma de S/. 18, 687.00 (Dieciocho Mil Seiscientos Ochenta y Siete con 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 18 de julio de 2008, mediante Carta Obra N° 097/2008³⁴, la empresa demandante señala la programación del levantamiento de las observaciones.

Mediante Acta de Inspección y Pruebas CJ-EO-SER-IP-001-08³⁵, correspondiente al 24, 25 y 26 de junio y 02, 03, 24 y 25 de julio de 2008, la empresa HIDRANDINA S.A. deja constancia de la persistencia del levantamiento de observaciones.

Con fecha 16 de octubre de 2008, mediante Carta N° 0132/2008³⁶, la empresa ALE Contratistas S.R.L. presentó el Expediente de Gestión de Servidumbre.

²⁹ Ver medio probatorio 1.44 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³⁰ Ver medio probatorio 1.47 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³¹ Ver medio probatorio 1.48 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³² Ver medio probatorio 1.50 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³³ Ver medio probatorio 1.51 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³⁴ Ver medio probatorio 1.52 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³⁵ Ver medio probatorio 1.53 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³⁶ Ver medio probatorio 1.55 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 18 de noviembre de 2008, mediante Carta N° 258-2008-GR-CAJ/GRI³⁷, el Gobierno Regional de Cajamarca devuelve a la empresa ALE Contratistas S.R.L. el Expediente de Gestión de Servidumbre para la subsanación de observaciones.

Con fecha 15 de diciembre de 2008, mediante Oficio N° 655-GR.CAJ/GRI³⁸, el Gobierno Regional de Cajamarca comunica a la empresa ALE Contratistas S.R.L. la existencia de observaciones que debieron ser subsanadas en la operación experimental.

Con fecha 31 de diciembre de 2008, mediante Carta N° 335-2008-GR-CAJ/GRI³⁹, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante un informe detallado respecto a las acciones que van a realizarse para la subsanación de observaciones y se invoca a continuar con la Gestión del Derecho de Servidumbre.

Con fecha 12 de enero de 2009, mediante Carta N° 004/2009⁴⁰, la empresa demandante comunica que ha cumplido con levantar las observaciones y solicita la participación del Comité de Recepción de Obra para su verificación y Recepción de Obra.

Con fecha 23 de enero de 2009, mediante Acta de Recepción de Obra Provisional⁴¹, el Gobierno Regional de Cajamarca da conformidad de la Ejecución de la Obra y recepciona la misma.

Con fecha 13 de marzo de 2009, mediante Carta N° 030/2009⁴², la empresa ALE Contratistas S.R.L. entrega el expediente de Liquidación de Obra al Ing. Manuel Veliz Flores, Supervisor de la Obra.

Con fecha 01 de abril de 2009, mediante Carta N° RCH-005-09⁴³, la Supervisión de Obra entrega las observaciones a la empresa ALE Contratistas S.R.L. respecto a la Liquidación de la Obra.

³⁷ Ver medio probatorio 1.56 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³⁸ Ver medio probatorio 1.57 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

³⁹ Ver medio probatorio 1.58 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁴⁰ Ver medio probatorio 1.59 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁴¹ Ver medio probatorio 1.60 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁴² Ver medio probatorio 8 del escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2010.

⁴³ Observar la referencia de dicha Carta en el medio probatorio 9 del escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 15 de abril de 2009, mediante Carta N° 046/2009⁴⁴, la empresa ALE Contratistas S.R.L. levanta las observaciones al expediente de Liquidación de Obra señaladas en la Carta RCH-005-09 del Supervisor de Obra.

Con fecha 21 de abril de 2009, mediante Carta N° RCH-007-09⁴⁵, el Supervisor de Obra, Ing. Manuel Veliz Flores, da a conocer al Gobierno Regional de Cajamarca el Informe del Expediente de Liquidación de Obra.

Con fecha 12 de mayo de 2009, mediante Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL⁴⁶, el Gobierno Regional de Cajamarca señala a la empresa ALE Contratistas S.R.L. que la Liquidación de la Obra presentada por el Ing. Manuel Veliz Flores, Supervisor de la Obra, mediante Carta N° RCH-007-09, es declarada improcedente.

Con fecha 28 de mayo de 2009, mediante Carta N° 063/2009⁴⁷, la empresa ALE Contratistas S.R.L. absuelve lo señalado por el Gobierno Regional de Cajamarca respecto a la declaración de improcedencia en la presentación de la Liquidación de Obra y solicita se declare consentida la Liquidación de Obra presentada el 13 de marzo de 2009.

Con fecha 12 de junio de 2009, mediante Carta N° 41-2009-GR-CAJ/GRI⁴⁸, el Gobierno Regional de Cajamarca ratifica la NO ACEPTACIÓN de la Liquidación del Contrato de Obra y se dejó constancia que la Gestión del Derecho de Servidumbre es una obligación contractual de la empresa demandante, por lo que se concedió un plazo de quince (15) días calendario para cumplir con dicha obligación bajo apercibimiento de resolver el contrato de obra.

Con fecha 18 de junio de 2009, mediante Carta N° 081/2009⁴⁹, la empresa ALE Contratistas S.R.L. solicita al Gobierno Regional de Cajamarca el cumplimiento de las obligaciones esenciales y solicita se entregue el punto de alimentación debidamente autorizado por la Municipalidad Distrital de Magdalena, que permita hacer la conexión respectiva y así de esta manera dar servicio eléctrico a la Localidad de El Guayabo.

Con fecha 26 de junio de 2009, mediante Carta N° 089/2009⁵⁰, la empresa ALE Contratistas S.R.L. da a conocer la relación de pagos de servidumbre y solicita el reembolso de pagos por

⁴⁴ Ver medio probatorio 9 del escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2010.

⁴⁵ Ver medio probatorio 1.66 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁴⁶ Ver medio probatorio 10 del escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2010

⁴⁷ Ver medio probatorio 11 del escrito de demanda de fecha 16 de marzo de 2010

⁴⁸ Ver medio probatorio 1.69 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁴⁹ Ver medio probatorio 1.70 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵⁰ Ver medio probatorio 1.71 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

derecho de servidumbre por un monto que asciende la suma de S/. 43, 949.00 (Cuarenta y Tres Mil Novecientos Cuarenta y Nueve y 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 02 de julio de 2009, mediante Carta Notarial N° 020-2009-GR-CAJ/GGR⁵¹, El Gobierno Regional de Cajamarca da a conocer a la empresa ALE Contratistas S.R.L. que la Municipalidad Distrital de Magdalena ha autorizado conectarse a las redes de su propiedad a fin de dar servicios eléctrico a la localidad de El Guayabo, según se evidencia en la Carta N° 009-2009-MDM/A y se solicitó a la empresa demandante cumplir con ejecutar la línea primaria desde Magdalena hasta El Guayabo.

Con fecha 10 de agosto de 2009, mediante Carta N° 119/2009⁵², la empresa ALE Contratistas S.R.L. da a conocer la relación de pagos de servidumbre y solicita el reembolso de esos pagos por derecho de servidumbre por un monto que asciende la suma de S/. 17,720.00 (Diecisiete Mil Setecientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 23 de setiembre de 2009, mediante Carta N° 139/2009⁵³, la empresa ALE Contratistas S.R.L. remitió Factura N° 01178 para reembolso de pagos por derecho de servidumbre por un monto que asciende a la suma de S/. 57,353.00 (Cincuenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Tres con 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 07 de enero de 2010, mediante Oficio N° 22-2010-GR-CAJ-GGR⁵⁴, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa ALE Contratistas S.R.L. la subsanación de las fallas en redes primarias y otros.

Con fecha 08 de enero de 2010, mediante Carta N° 005/2010, la empresa ALE Contratistas S.R.L. absuelve lo señalado por el Gobierno Regional de Cajamarca señalando que la obra se encontraba válidamente recepcionada y que los gastos generales devienen de una obra en proceso de ejecución y no de paralización alguna por lo que la acreditación de los gastos generales se cumple con la aplicación de los primeros párrafos de la fórmula contenida en los artículos 260° y 261° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Con fecha 01 de marzo de 2010, mediante Carta N° 038/2010⁵⁵, la empresa ALE Contratistas S.R.L. adjunta la Valorización N° 02 actualizada de gastos generales ascendentes a la suma de S/. 517, 172.00 (Quinientos Diecisiete Mil Ciento Setenta y Dos y 00/100 Nuevos Soles), el cual sumado con la Valorización N° 01 (S/. 1'074,717.50) da un gran total de S/. 1'531,889.50 (Un

⁵¹ Ver medio probatorio 1.72 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵² Ver medio probatorio 1.73 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵³ Ver medio probatorio 1.74 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵⁴ Ver medio probatorio 1.77 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵⁵ Ver medio Anexo 09 del escrito de demanda de fecha 30 de abril de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Millon Quinientos Treinta y Un Mil Ochocientos Ochenta y Nueve y 50/100 Nuevos Soles) en el que señala que el Gobierno Regional de Cajamarca debe cancelar por concepto de la demora en proceder a la Recepción de Obra.

Con fecha 09 de marzo de 2010, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P⁵⁶, el Gobierno Regional de Cajamarca determinó resolver en forma total el Contrato de Ejecución de Obra por incumplimiento en el trámite de constitución del derecho de servidumbre.

Con fecha 11 de marzo de 2010, mediante Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR.SG⁵⁷, el Gobierno Regional de Cajamarca comunica a la empresa ALE Contratistas S.R.L. la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P.

Con fecha 12 de marzo de 2010, mediante Carta Notarial N° 050/2010⁵⁸, la empresa ALE Contratistas S.R.L. determinó resolver el contrato señalando como causal el incumplimiento del Gobierno Regional de Cajamarca en la entrega del punto de alimentación debidamente autorizado por la Municipalidad Distrital de Magdalena para energizar la localidad del Guayabo.

Con fecha 16 de marzo de 2010, mediante Carta Notarial N° 23-2010-GR.CAJ/GGR⁵⁹, el Gobierno Regional de Cajamarca ratificó en todos sus extremos los alcances de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P y señala que la decisión de la empresa ALE Contratistas S.R.L. de resolver el contrato es ilegal y extemporánea.

Con fecha 23 de marzo de 2010, mediante Carta Notarial N° 030-2010-GR.CAJ/GGR⁶⁰, el Gobierno Regional de Cajamarca cita a la empresa ALE Contratistas S.R.L. para la constatación física e inventario de obra para el día 23 de marzo de 2010.

Con fecha 24 de marzo de 2010, mediante Carta N° 054/2010⁶¹, la empresa ALE Contratistas S.R.L. manifiesta al Gobierno Regional de Cajamarca que la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P que determinó resolver el contrato es nula y/o ineficaz.

Luego del recuento de los hechos y teniendo en cuenta que la pretensiones versan sobre la nulidad e ineficacia de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL así como del Informe N° 05-

⁵⁶ Ver medio probatorio 1.78 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵⁷ Ver medio probatorio 1.79 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵⁸ Ver medio probatorio 1.80 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁵⁹ Ver medio probatorio 1.81 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁶⁰ Ver medio probatorio 1.84 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁶¹ Ver medio probatorio 1.85 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC, este Tribunal Arbitral considera necesario analizar qué establece el Contrato, la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicables a la controversia, y previamente a declarar válida o no, la eficacia de los referidos documentos, se debe verificar el contenido de dichos documentos a efectos de observar la legalidad de los mismos.

Observando los puntos claves de las partes al momento de fundamentar sus posiciones, este Tribunal Arbitral, procederá a establecer su posición. Al respecto, y como punto de partida, dejaremos en claro la naturaleza del acto administrativo materia de pronunciamiento, en este sentido, debemos precisar que los documentos materia de pronunciamiento se encuentran enmarcados en lo que se configura como un acto administrativo puesto que se encuentran parametrados bajo lo establecido en el artículo 1) de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, dicha regulación señala al acto administrativo como: "(...) las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta".

De otro lado, fuera de lo expresado en el párrafo anterior, a lo largo del proceso arbitral apreciamos que las decisiones que se toman dentro de la ejecución de un contrato se realizan bajo las normas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM y difiere en gran medida de lo que supone una relación contractual entre dos privados. Prueba de ello, es que las decisiones que adopte un particular al momento de ejecutar el contrato están regidas bajo los dispositivos previstos en el Código Civil Peruano, siendo la autonomía de voluntad la piedra angular del derecho privado.

Sin embargo, como bien lo hicimos notar en los párrafos anteriores, el Estado a través de una Entidad Pública debe seguir un procedimiento y observar normas de carácter adjetivo y sustancial para determinar si las decisiones que puedan adoptarse en la ejecución de un contrato se ajustan a derecho. Es decir, en un contrato regido bajo las normas de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, la Entidad al momento de informar a los particulares una decisión, debe seguir un procedimiento especial, a efectos de que la disposición de la Entidad no incurra en causales de nulidad.

Dentro de este contexto, el acto administrativo deberá cumplir con una serie de requisitos para que éste no devenga en nulo, por lo que, el artículo 3° de la Ley N° 27444 establece taxativamente cuáles son los requisitos de los actos administrativos. De esta manera, podemos definir cada exigencia legal del acto administrativo de la siguiente manera:

- a) Competencia: este requisito se refiere a que todo acto administrativo sea producido por aquel organismo que tenga capacidad a través de una autorización legal.
- b) Objeto: el acto administrativo debe cumplir condiciones tales como legalidad, posibilidad jurídica y física, no debe ser contrarias a las decisiones del Poder Judicial.
- c) Finalidad pública: el acto administrativo cumple con una finalidad que se encuentra insertada de forma implícita y explícita en la ley, por lo que éste debe adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan facultades al órgano emisor.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- d) Motivación: además de que el acto jurídico debe ser expedido conforme a ley, éste debe ser emitido por funcionario competente y éste debe explicar lo que está resolviendo, por lo que la motivación permite conocer a profundidad qué se quiso hacer.
- e) Procedimiento regular: el acto administrativo deberá emitirse dentro de un procedimiento establecido por la ley, en el cual se encuentre previsto una etapa probatoria, se concedan garantías impugnatorias y en la que exista una debida motivación del referido acto.

Ahora bien, el artículo 10° de la Ley N° 27444 establece las causales de nulidad del acto administrativo; por lo que de una lectura de la citada norma, tenemos que el acto administrativo puede devenir en nulo por las siguientes razones:

- Cuando el acto administrativo contraviene las normas contenidas en la Constitución Política, las normas legales ó las normas reglamentarias.
- Cuando el acto administrativo contenga un defecto u omisión que afecte los requisitos de validez (competencia, objeto lícito, motivación, fin lícito y procedimiento regular). Salvo lo dispuesto en el artículo 14° de la Ley N° 27444
- Los actos administrativos expresos o los que resulten de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades o derechos cuando son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación para la expedición del acto.
- Los actos administrativos que constituyen infracción penal o que se dicten como consecuencia de la misma son nulos.

Principios del procedimiento administrativo

Los principios previstos en la Ley N° 27444 son un conjunto de valores positivizados de carácter obligatorio para los que participan en un procedimiento administrativo. Los principios del procedimiento administrativo cumplen con una triple identidad:

1. Entender el resto de la norma (carácter interpretativo).
2. Integración jurídica: en donde no existe norma, se cubre con los principios.
3. Controlar a la Administración frente a la ausencia de normas los principios ayudan a los administrados.

Entre los principios del procedimiento administrativo tenemos los siguientes: legalidad, debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, eficacia, verdad material, simplicidad, uniformidad, predictibilidad, etc.

Con la finalidad de analizar el primer y segundo punto controvertido del presente caso, el Tribunal Arbitral aprecia que el demandante considera que los referidos documentos son nulos debido a que se ha concluido con la ejecución de la obra tal y como se acredita en el Acta de Recepción Provisional de fecha 23 de enero de 2009, y según la referida Acta de Recepción Provisional, se ha señalado que las 3 secciones de la obra L.P, R.P. y R.S. se encuentran concluidas al 100 % en 56 localidades.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Adicionalmente a lo expresado en el párrafo anterior, el demandante señala que los precitados documentos se encuentran sustentados en hechos contrarios a la verdad contraviniendo a la realidad de los hechos, el Principio de la Buena Fe Procesal, por lo que debe declararse la nulidad de dichos documentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10º de la mencionada Ley, dicho acto administrativo debe ser declarado nulo.

En tal sentido, a efectos de iniciar el análisis respecto a los fundamentos del demandante a lo largo del proceso, este Tribunal Arbitral considera oportuno citar la norma pertinente señalada en la Ley del Procedimiento Administrativo General:

Ley N° 27444

Artículo IV del Título Preliminar

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Como se aprecia, la citada norma establece una conducta que debe seguir no sólo los administrados sino también la Administración dentro de un procedimiento administrativo, el cual debe estar premunido de la buena fe. El jurista Juan Carlos Morón Urbina al comentar dicha norma señala lo siguiente:

"Con la incorporación expresa de la buena fe en la Administración, el ordenamiento busca proteger la confianza fundada generada en los administrados por la propia conducta administrativa, al haber generado la confianza razonable o legítima respecto a su pretensión o situación legítima (...) ⁶²,"

Prosiguiendo con el análisis de los puntos controvertidos referente a los documentos que se pretenden declarar nula, debemos hacer notar que la buena fe no sólo está presente como principio en el Derecho Administrativo, sino que este principio se extiende a todas las relaciones como la referida a los asuntos contractuales, tanto en los contratos regidos enteramente por el Código Civil, así como aquellos contratos regidos bajo las normas de contratación estatal. Por ello, la doctrina ha establecido que la interpretación se determina el sentido de una estipulación o declaración contractual respecto de la cual las partes no tienen consenso, con el objeto que de la misma surja el real sentido de sus consecuencias jurídicas.

Diez Picazo expresa que "la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es ante todo la voluntad que presidió

⁶²MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. p. 79.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas⁶³ (El subrayado es agregado).

En igual sentido explica Emilio Betti⁶⁴, citando a Carnelutti:

"(...) la investigación interpretativa de una convención debe ser conducida por el juez no para buscar y esclarecer la intención integral de una o de ambas partes contratantes sino aquello que, tanto de la intención de una o de la otra parte, se haya fusionado para formar aquella común intención que constituye la ley del contrato" (El subrayado es agregado).

Ricardo Luis Lorenzetti⁶⁵ afirma que "La interpretación consiste en adjudicar un sentido a la regla contractual."

En el caso sub-materia es pertinente, dado los conceptos previamente anotados, entender la estipulación contractual de modo tal que tenga efectos jurídicos, esto es, descubrir la utilidad del pacto dentro del contexto de las circunstancias en las cuales aquel se produjo.

Para ello, el postulado que se debe tener en cuenta es la buena fe de los contratantes, y que la declaración contenida en el contrato, aunque imperfecta, expresa el deseo de ambos contratantes, de generar una consecuencia jurídica como corolario de lo pactado.

En torno a ello, resulta de aplicación lo normado en los artículos 168⁶⁶, 169⁶⁷ y 170⁶⁸ del Código Civil, a efectos de conjugar en la decisión que se asuma, tanto lo que se ha expresado en el contrato, como la buena fe de las partes contratantes, teniendo en consideración el conjunto de la voluntad expresada.

Asimismo, los artículos 1361⁶⁹ del Código Civil establecen una pauta sobre obligatoriedad de lo pactado, y 1362⁷⁰ sobre negociación, celebración y ejecución, según las reglas de la buena fe.

⁶³ DIEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen 1, segunda edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1983. Pág. 263

⁶⁴ BETTI, Emilio. Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos. Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. p. 348.

⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, Interpretación del contrato en el derecho argentino. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 7, Tomo 1

⁶⁶ Código Civil, art. 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

⁶⁷ Código Civil, art. 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulta el conjunto de todas.

⁶⁸ Código Civil, art. 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el mas adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

⁶⁹ Código Civil, art. 1361.- 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.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En ese sentido, la buena fe debe estar presente no sólo es una etapa del contrato, sino que en la ejecución de las obligaciones contractuales, las partes deben observar el principio de buena fe

Al respecto, BETTI nos señala que el principio de buena fe puede concebirse esencialmente como:

"(...)una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte, actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud en ayudar a la otra parte (...)”⁷¹

Por su parte, el profesor italiano Máximo Bianca⁷² señala que la buena fe interesa como una regla de conducta y *"(...) con particular referencia a la interpretación del contrato exige, básicamente, el preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo (...)”*.

En ese mismo sentido Jorge Avendaño Valdez⁷³ afirma, *"La buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles dentro de una sociedad y es un principio crucial en el desarrollo de las relaciones jurídicas de toda clase. Así, de acuerdo a este principio, los contratos deben ser interpretados considerando que las partes, al redactarlos, desearon expresarse con honestidad, sin buscar oscuridades deliberadas. Asimismo, la buena fe determina la aplicación de las ideas de confianza y autorresponsabilidad, esto es, las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más acorde con la confianza que se hubiera podido generar en la contraparte”*.

Finalmente, la buena fe implica que al interpretarse el Contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua dirigido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales lo celebraron. Por ello, ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el contrato. Es decir, llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno.

Luego del análisis efectuado respecto a la naturaleza del acto administrativo y la diferencia entre una relación jurídica entre privados reguladas por el Código Civil, corresponde proseguir con el análisis de los puntos controvertidos analizando los documentos materia de las referidas pretensiones.

Respecto a la Carta N° 74204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL

⁷⁰ Código Civil, art. 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁷¹ BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, Revista de Derecho Privado, Tomo I. pp. 78.

⁷² BIANCA, Máximo. *Diritto Civile*. T. 3. Milán. A. Giuffrè Editores, 1992. pp. 394.

⁷³ AVENDAÑO V. Jorge, *Metodología de la Interpretación de la Ley y del contrato*. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina, p. 1596, Tomo 3

⁷⁴ Primer Punto Controvertido de la demanda.

La Carta emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca da respuesta, previo INFORME N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC, de la Liquidación de la Obra del contratista presentada por el Ing. Manuel Veliz Flores – Supervisor de Obra, mediante Carta N° ECH-007-09, señalando que dicha Liquidación es declarada IMPROCEDENTE, debido a que el mencionado proyecto no se encuentra culminado y no existe Acta de Recepción alguna.

Respecto al INFORME ⁷⁵N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC

El referido Informe, señala que a la fecha de la emisión del referido documento no procede la evaluación de dicho expediente de liquidación por los siguientes motivos:

1. La obra no se encuentra recepcionada
2. No se ha realizado el pago total por derecho de servidumbre
3. La obra no se encuentra ejecutada al 100%

Como se aprecia de los párrafos precedentes, la motivación de los referidos documentos emitidos por la entidad demandada gira en torno a la ejecución total del contrato de obra y si la liquidación presentada por el demandante cumple lo establecido en el contrato y las normas establecidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Atendiendo a ello, el Tribunal Arbitral considera necesario observar lo señalado por las partes en el contrato suscrito el 01 de marzo de 2006 respecto a la recepción de la obra y la liquidación de obra.

En este sentido, la cláusula 4.2 del Contrato suscrito señala:

El contrato comprende:

- Suministro de equipos y materiales complementarios.
- Transporte de equipos y materiales principales y complementarios suministrados por la DEP/MEM y por el CONTRATISTA, respectivamente.
- Ejecución y construcción integral de la OBRA materia del presente Contrato.
- Pruebas Preliminares y Pruebas Finales de las instalaciones.
- Recepción Provisional y Definitiva de la Obra.
- Periodo de Operación Experimental.
- Liquidación del Contrato.

Al respecto, de lo señalado en los alcances del contrato refieren sobre la ejecución y construcción integral de la Obra, resaltando que dicho contrato tiene dos recepciones de Obra, una provisional y otra definitiva, señalando además un periodo de operación experimental y la etapa de la liquidación del contrato.

Entonces, de lo expresado en el presente análisis, observamos que el contrato, hasta ahora, describe dos recepciones de Obra (Uno Provisional y otra Definitiva). Pues bien, a efectos de

⁷⁵ Segundo Punto Controvertido de la demanda.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

precisar lo expresado en el contrato respecto al alcance referido a las Recepciones de Obra, procederemos a analizar el contenido de la cláusula referida a la recepción de la Obra.

Al respecto, la cláusula Décimo Novena referida a la recepción de la obra señala lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA.- DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

19.1 SOLICITUD DE RECEPCIÓN DE LA OBRA Y LA DESIGNACIÓN DEL COMITÉ DE RECEPCIÓN

De conformidad con el Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones, el CONTRATISTA por intermedio de su ingeniero Residente solicitará en el cuaderno de Obra la recepción de la misma, indicando la fecha de culminación. Ocurrido ello, el SUPERVISOR en un plazo no mayor de cinco (05) días posteriores a la anotación señalada, comunicará de este hecho al GOBIERNO REGIONAL.

Dentro de los siete (07) días siguientes de recibida la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, el GOBIERNO REGIONAL procederá a designar un Comité de Recepción, el cual estará integrado, por lo menos, por un representante del GOBIERNO REGIONAL necesariamente ingeniero y por el SUPERVISOR.

19.2 REALIZACIÓN DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

El Comité de Recepción junto con el CONTRATISTA, procederá a verificar el fiel cumplimiento a lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos en un plazo no mayor de veinte (20) días naturales de realizada la designación.

El Comité de Recepción efectuará la verificación del fiel cumplimiento del Contrato, en los planos de Replanteo de Obra aprobado por la Supervisión, con las correcciones que se hubieran efectuado durante la ejecución de las Obras.

Para cumplir su cometido, en el día en que el Comité se constituya una obra o antes, el CONTRATISTA deberá presentar el Informe de Revisión Final (verificación de la correcta terminación de la obra, incluida la ejecución de pruebas) efectuada conjuntamente con la Supervisión. De no presentarse éste, el Comité de Recepción efectuará sus labores en base al Informe de Fin de Obra de la Supervisión

Culminada la verificación se levantará un Acta que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción y el CONTRATISTA representado por el Ingeniero Residente. En el Acta se incluirán las observaciones, si las hubiera. De no existir observaciones se procederá a la recepción de la Obra, teniéndose por concluida en la fecha indicada por el CONTRATISTA, de acuerdo a lo indicado en el numeral 19.3 del presente contrato.

19.3 SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE RECEPCIÓN DE LA OBRA

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Si la OBRA, a juicio del SUPERVISOR y del Comité de Recepción se halla correctamente ejecutada conforme a los planos, especificaciones técnicas así como de las anotaciones en el Cuaderno de Obras, y después de las pruebas que sean necesarias para comprobar el correcto funcionamiento de las instalaciones y equipos se procederá a dicha Recepción de la Obra, dejándose constancia en el Acta que se levantará al efecto, la que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, el representante del CONTRATISTA y el representante del SUPERVISOR.

19.4 DEFICIENCIAS Y OBSERVACIONES

Si el Comité de Recepción encontrara que la obra no ha sido ejecutada en la forma que se señala que el numeral 19.3 del presente contrato, no se recepcionará la obra, sentándose un "Acta de observaciones" en la que se harán constar todas las observaciones (deficiencias, anomalías e imperfecciones) que se encuentren.

El CONTRATISTA dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanarlas, el cual se computará a partir del quinto día de la suscripción del Acta.

Este plazo no dará derecho al pago de ningún concepto a favor del CONTRATISTA, ni del SUPERVISOR, ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el CONTRATISTA solicitará la recepción de la obra en el Cuaderno de Obra. La comprobación que realizará el Comité de Recepción de Obra se limitará a verificar la Subsanación de las observaciones formuladas en el acta no pudiendo formular nuevas observaciones.

En caso que el CONTRATISTA o su residente no estuviera conforme con las observaciones, anotará su discrepancia en el acta. El Comité de Recepción elevará al GOBIERNO REGIONAL todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (05) días. El GOBIERNO REGIONAL deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la LEY y su REGLAMENTO.

Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, el GOBIERNO REGIONAL comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el CONTRATISTA, dará por vencido dicho plazo, tomará control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo a lo establecido en el Artículo 264° del REGLAMENTO.

En este caso, el GOBIERNO REGIONAL comunicará las circunstancias ocurridas al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, para que este proceda a aplicar la sanción que corresponda.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que el GOBIERNO REGIONAL resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente numeral podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la LEY, el REGLAMENTO o el Contrato, según corresponda.

19.5 PERIODO DE OPERACIÓN EXPERIMENTAL

Comprende un periodo de treinta (30) días naturales, cuya fecha de inicio será fijada en el Acta de Recepción de Obra.

Durante este periodo, el CONTRATISTA mantendrá personal técnico en las subestaciones para garantizar el correcto funcionamiento de los equipos y corregir los defectos y/u observaciones que se hubieran presentado en la fecha de recepción de la obra o presentado durante este periodo. El CONTRATISTA será el responsable de la totalidad de los costos que demande la operación experimental (incluido el de la energía que consume en Alumbrado Público), los mismo que deberá considerar dentro de sus gastos generales.

Al término de este periodo y de la entrega del Expediente "Conforme a Obra" y luego de su aprobación por parte del SUPERVISOR así como de la conformidad del GOBIERNO REGIONAL, se suscribirá un Acta de Conformidad de Operación Experimental y automáticamente se iniciará el Periodo de Garantía Inicial de la Obra señalado en el Numeral 19.6.

19.6 PERIODO GARANTÍA INICIAL:

Sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 26.1, después de la Recepción Provisional de la Obra y cumplido el periodo de operación experimental, la obra quedará sometida a un periodo de garantía inicial de doce (12) meses, contado a partir de la fecha en que se suscriba en el Acta de Conformidad de Operación Experimental."

Luego de observar la cláusula referida a la recepción de la obra, este Tribunal Arbitral tiene en cuenta algunos aspectos que se encuentran referidos en el contrato suscrito tales como:

1. La cláusula del contrato se encuentra efectuada bajo los lineamientos del Artículo 268° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
2. El contrato señala que el Comité de Recepción efectuará sus labores en base al Informe de Fin de Obra de la Supervisión.

Al respecto, es importante señalar que el fin de la obra mencionado se indica previamente al periodo de operación experimental. Entonces podemos verificar que la Entidad tiene como ejecutada la obra antes del periodo de operación experimental.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

3. En la cláusula referida, luego de recepcionada la obra se tiene por concluido la ejecución de la obra.

En este caso, concuerda lo señalado en el punto 2 de nuestro análisis ya que se está acreditando que la obra se ha concluido antes de la fase de operación experimental.

4. El contrato señala que el periodo de operación experimental comprende un plazo de treinta (30) días naturales, cuya fecha de inicio será fijada en el Acta de Recepción de Obra.

Sobre ello, el contrato está refiriendo que el inicio del periodo de operación experimental se fijará en el Acta de Recepción de Obra.

5. El contrato refiere en el periodo de garantía inicial sobre el Acta de Recepción de Obra Provisional.

Teniendo en cuenta estos aspectos, a decir de este Colegiado se ha generado una situación confusa entre el contenido de los alcances del contrato en el que se delimitan las etapas de la recepción de la obra señalando que en dicha etapa se encuentran las Recepciones de la Obra Provisional y Definitiva.

En efecto, de la lectura de los puntos en cuestión (alcances de contrato y cláusula de recepción de obra) se acredita que el contrato no tiene establecido que es una Recepción de Obra Provisional y una Recepción de Obra Definitiva. Esta situación ha generado problemas entre las partes que suscriben el contrato puesto que no se tiene claro las cláusulas mencionadas.

Entonces, queda claro que, del contrato suscrito por las partes, la entidad no ha cumplido con especificar las etapas ni los alcances de una Recepción Provisional y una Recepción Definitiva.

A criterio de este Tribunal Arbitral, este punto es importante, debido a que el cumplimiento de la ejecución de la obra comienza desde la entrega del terreno hasta la consignación en el cuaderno de obra, dentro del plazo establecido del contrato, de la culminación de la obra para, luego de culminada la obra, proceder a la recepción de la misma y, después de acreditarse el cumplimiento de la ejecución de la obra con los parámetros en el procedimiento de recepción de Obra, proceder con la Liquidación del contrato.

Entonces, tenemos en claro dos aspectos:

- a) La Entidad no ha cumplido con delimitar los alcances de cada etapa del contrato.
- b) El contrato suscrito no señala que es una Recepción de Obra Provisional y sus alcances (ya sea plazo, procedimiento, entre otros) ni tampoco efectúa la misma acotación para el caso de una Recepción de Obra Definitiva.

En efecto, conforme se observa de la documentación referente al proceso de selección y la posterior suscripción del contrato, la Entidad ha querido establecer que en la ejecución del contrato existirá dos Recepciones de Obra, una Provisional que se efectuará luego de ejecutada la obra y otra Definitiva que se efectuará luego de realizado el periodo de operación experimental

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

y el periodo de garantía inicial. Dejamos en claro que este Tribunal Arbitral está esclareciendo estos puntos a fin de interpretar de manera correcta los alcances del contrato.

Por otro lado, luego de la revisión del contrato, este Tribunal Arbitral observa que el mismo es ambiguo lo que genera inseguridad en el contratista puesto que se limita su derecho a exigir lo establecido en las normas de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado.

Dicho esto, siendo que la cláusula de recepción de la obra no se encuentra conforme por las confusiones que generan, y siendo que las nulidades requeridas en el primer y segundo punto controvertido se refieren a la liquidación de la obra, previamente a efectuar un pronunciamiento final, observaremos lo establecido en el Contrato respecto a la liquidación de la Obra.

Atendiendo a ello, La cláusula vigésimo primera del contrato establece lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA – DE LA LIQUIDACIÓN FINAL

21.1 PRESENTACIÓN DE LA VALORIZACIÓN DE LIQUIDACIÓN FINAL

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 contando desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Con la Liquidación se entregará al GOBIERNO REGIONAL los documentos de la Memoria Descriptiva Valorizada. Dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida, el GOBIERNO REGIONAL deberá pronunciarse, ya sea observando la Liquidación presentada por el CONTRATISTA o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al CONTRATISTA para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el CONTRATISTA no presenta la Liquidación con las observaciones absueltas en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva del GOBIERNO REGIONAL en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del CONTRATISTA. El GOBIERNO REGIONAL notificará la Liquidación al CONTRATISTA para este 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.

Cuando una de las partes observe la Liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la Liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (7) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a un arbitraje, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Vigésimo Séptima.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Una vez que la Liquidación haya quedado consentida, el Contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de contratación (...)."

Respecto a la precitada cláusula del contrato, el plazo para presentar la Liquidación de la Obra es de sesenta (60) días contados luego de recepcionada la Obra.

Teniendo en cuenta lo ya establecido en el análisis referido a la Recepción de la Obra, tenemos que:

1. Con el procedimiento para la recepción de la Obra se tiene por culminada la ejecución de la misma.
2. El contrato señala que hay dos recepciones de Obra, una Provisional y Otra Definitiva.
3. El procedimiento para la presentación de la Liquidación de la Obra señala que el plazo del mismo corre a partir de la recepción de la obra (Recepción Provisional o Recepción Definitiva?)

No habiendo claridad en lo que establece el contrato, esclareceremos nuevamente la confusión generada del contrato. Al respecto, consideramos conveniente señalar a manera de referencia, que el procedimiento que la Entidad ha querido indicar es que la recepción de la Obra y la Liquidación de la Obra ha debido tener dos matices en el que la Recepción de la Obra Provisional se iniciaba con la culminación de la ejecución de la obra y por lo mismo conveniente podría presentarse una Liquidación Parcial de la Obra y luego de culminado el periodo de garantía inicial se podía presentar la Liquidación Final de la Obra.

Siendo que lo señalado en el párrafo es referencial, tenemos que la demandada estaría actuando abusiva y arbitrariamente puesto que mal haría la Entidad en solicitar a la parte contractual encargada de cumplir con la obligación de ejecutar la obra que espere un plazo de trece (13) meses de culminada la Obra para poder solicitar la Liquidación de la Obra, plazo que nos parece excesivo sobremanera.

Dicho esto, el contrato no contiene especificaciones a partir de qué momento se tiene el Acta de Recepción Provisional y Definitiva, siendo que en el contrato se refiere sobre el Acta de Recepción de Obra y solamente se dirige en el periodo de garantía inicial sobre el Acta de Recepción de Obra Definitiva por lo que este Tribunal Arbitral considera que el contrato suscrito por las partes contiene deficiencias que genera confusión a la parte responsable del cumplimiento de referido contrato.

Ahora bien, este Tribunal Arbitral considera importante dejar en claro que nuestra intención de observar la interpretación del Contrato se debe a que siendo que este Colegiado tiene la capacidad de impartir justicia sobre las pretensiones establecidas por las partes, mal haríamos de no observar lo positivo y negativo del contrato materia de controversia.

De no efectuarse este análisis no podríamos obtener un mayor juicio respecto a las controversias generadas en el presente arbitraje lo que haría que se obtenga un pronunciamiento fuera de lo acaecido en las situaciones generadas en el Contrato y su ejecución.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Es por ello que, de acuerdo con lo señalado por el pacta sunt servanda referente a aquello a lo que las partes se obligan en una relación jurídica, no podemos obviar la situación que se genera cuando no se ha establecido correctamente las condiciones del contrato, llegando a la contradicción por ambas partes.

En el caso particular ha sucedido lo señalado puesto que tanto el Contratista observa el procedimiento de una manera y la Entidad la observa de otra manera. En ese punto es donde el Tribunal Arbitral genera un pronunciamiento conforme a los puntos controvertidos señalados en el proceso.

Y sobre ello, señalamos que Código Civil⁷⁶ presume que lo expresado en el contrato responde a la voluntad común de ambas partes, dicha situación varía si interpretativamente se observa que lo indicado en el Contrato no responde a la voluntad común de las partes, en dicho caso, se estaría trasgrediendo lo señalado en el artículo 1362° del Código Civil respecto a: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes", por lo que el Tribunal Arbitral debería observar lo señalado en el Contrato a fin de observar las deficiencias que se generan.

En este sentido, aclarando nuestra posición sobre el contrato suscrito y teniendo el análisis realizado, manifestamos nuevamente que nuestra posición sobre los efectos que genere el contrato es meramente referencial ya que no se encuentra solicitado en el presente arbitraje.

Finalmente, debe tenerse en cuenta, que las Bases Integradas de la Licitación Pública Nacional N°LPN – 002 – 2005 – CE/GR.CAJ⁷⁷ contienen las mismas omisiones señaladas en el contrato.

En este sentido, siendo que el contrato contiene deficiencias que no permiten señalar cual sería el resultado de los puntos controvertidos presentes y a fin de tener mayor alcance al momento de resolver estos puntos controvertidos, pasaremos a observar lo regulado por dicha norma respecto a la recepción de la obra y su consiguiente liquidación.

Así tenemos que el Artículo 268°⁷⁸ del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regula el procedimiento para la recepción de la Obra. Así tenemos:

Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra el residente anotará tal hecho en el Cuaderno de Obra y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la

⁷⁶ Al respecto ver Artículos 1362° y 1363° del Código Civil.

⁷⁷ Al respecto, ver el anexo N° 02 del escrito de contestación de demanda de fecha 04 de mayo de 2010.

⁷⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del Comité, el contratista y su residente.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en el Acta respectiva y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el Cuaderno de Obra, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El Comité de Recepción se constituirá en la obra dentro de los siete (07) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta, no pudiendo formular nuevas observaciones. De haberse subsanado las observaciones a conformidad del Comité de Recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

Si en la segunda inspección el Comité de Recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta, solicite por escrito al Contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

3. En caso que el contratista o su residente no estuviese conforme con las observaciones, anotará su discrepancia en el Acta. El Comité de Recepción elevará al Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días.

La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

Si vencido el cincuenta por cien (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en el tercer párrafo del Artículo 247.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

4. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

5. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

6. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

De lo establecido, damos cuenta que el contrato suscrito contiene las reglas establecidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado asumiendo el mismo procedimiento para la recepción de la obra.

En la norma se señala expresamente que luego de culminada la ejecución de la obra se procederá a la recepción de la misma.

Con relación a la normativa aplicable en lo referente a la liquidación del contrato de obra, tenemos que el artículo 269⁷⁹ del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

⁷⁹ **"Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra**

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 decimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contando 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.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación 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.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Estado establece todo el procedimiento a seguir a fin de presentar la liquidación, a efectos de observarla y cuando queda consentida, teniendo en cuenta que el contrato suscrito tiene los alcances del referido Reglamento.

Entonces, siendo que no se ha obtenido mayores alcances sobre el procedimiento basado en el contrato sobre las recepciones de las obras, corresponde aplicar el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En ese sentido, tenemos que la recepción de la obra del día 23 de enero de 2009 no es una recepción provisional, por el contrario, a partir del día siguiente de la suscripción de esta Acta es que se debe contar el plazo para la presentación de la liquidación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que hemos disipado la confusión generada por un contrato deficiente, es preciso absolver lo señalado por la entidad demandada respecto a la presentación por parte del contratista de la Liquidación de la Obra al Supervisor de la Obra.

Al respecto, debemos dejar en claro que el hecho de que la Liquidación de la Obra se haya presentado a la Supervisión de la Obra, no invalida lo requerido por el Contratista puesto que la referida norma⁸⁰ no establece a que Oficina de la Entidad (en este caso, el Gobierno Regional de Cajamarca) debe presentarse la Liquidación de la Obra.

Debemos tener en cuenta que el Supervisor de la Obra es el representante directo de la Entidad, sin perjuicio de ello, de lo observado en el Carta RCH-007-09⁸¹ de fecha 23 de abril de 2009, el Supervisor de la Obra refiere que el Gobierno Regional de Cajamarca tenía conocimiento de la Liquidación presentada por el contratista, habida cuenta de la Carta RCH – 003-09 de fecha 17 de marzo de 2009 que solicita información al Gobierno Regional de Cajamarca a efectos de determinar si procedía o no el pago de Daños y Perjuicios, por incumplimiento por parte de la Entidad en el plazo del pago del Adelanto Directo (información que se solicita por lo requerido por el contratista en su Liquidación de Obra) por lo que, se rechaza el desconocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca respecto a la Liquidación presentada.

En este sentido, el Supervisor de Obra ha efectuado una evaluación previa a la Liquidación de Obra presentada por el Contratista la que, finalmente fue remitida al Gobierno Regional de Cajamarca para que presente sus observaciones a la Liquidación efectuada por el contratista o presente su Liquidación del Contrato.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

(...)".

⁸⁰ La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento

⁸¹ Ver medio probatorio 1.66 del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Entonces, a decir de este Tribunal Arbitral queda establecido que el inicio del procedimiento de la recepción de la Obra se ha generado el 24 de enero de 2007, siendo la recepción de la obra el 23 de enero de 2009, con la llamada Acta de Recepción de Obra Provisional.

Siendo que se ha culminado la ejecución de la Obra y se ha recepcionado la misma, corresponde que se presente la Liquidación de la Obra conforme a lo establecido en el contrato.

En este sentido, la Liquidación presentada por el Contratista se encuentra dentro del plazo establecido tanto en el contrato como en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Por último, luego del análisis efectuado a lo largo de nuestro análisis consideramos que la Carta N° 204 – 2009-GR.CAJ-GRI/SGSL de fecha 12 de mayo de 2009, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca que determina que la solicitud de Liquidación de Obra es improcedente y el Informe N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC de fecha 04 de mayo de 2009 que señala que a la fecha no procede la evaluación de dicho expediente de liquidación, son nulas e ineficaces debido a que la Liquidación presentada por el contratista cumple con lo estipulado en el artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Por las consideraciones expuestas a lo largo del análisis de estos puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral, considera que de acuerdo al procedimiento establecido y al análisis llevado a cabo, corresponde declarar fundadas estas pretensiones.

DEL TERCER Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009.”

“Determinar si corresponde o no que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 290,355.58 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista.”

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El demandante señala que, con fecha 13 de marzo de 2009, presentó la Liquidación de la Obra y con fecha 15 de abril de 2009 se reingresa la Liquidación de Obra debidamente SUBSANADA.

Asimismo, señala que, con fecha 12 de mayo de 2009, mediante Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL, la Entidad declara IMPROCEDENTE nuestra Liquidación de Obra.

Por lo expuesto, el demandante señala que la obra se encuentra desde el 23 de enero de 2009 con ACTA DE RECEPCIÓN, al haber sido designado el Comité de Recepción en concordancia al Art. 268° del Reglamento, norma que indica que para este nombramiento se requiere que la obra se encuentre concluida, acto que debe ser verificado por el Supervisor para proceder con la designación del COMITÉ DE RECEPCIÓN.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que la liquidación presentada es nula de pleno derecho debido a que la formulación y observaciones ha sido realizada sólo con la participación del contratista y la Supervisión de Obra, omitiendo la intervención del Gobierno Regional de Cajamarca; por lo que, la liquidación carece de valor legal y no resulta amparable aducir su consentimiento.

No obstante lo señalado precedentemente, agrega que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que el contratista no ha cumplido con presentar la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra al Gobierno Regional de Cajamarca y que la liquidación que presentara la Supervisión de Obra con fecha 21 de abril de 2009 en la Oficina de Coordinación ubicada en la Provincia de Lima y recepcionada en la Oficina de Trámite Documentario de la Sede Central del Gobierno Regional de Cajamarca con fecha 23 de abril de 2009, fue declarada improcedente mediante con Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL notificada el 12 de mayo de 2009; es decir, el Gobierno Regional de Cajamarca emitió pronunciamiento a los diecinueve (19) días calendario de haber recepcionado la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra, resultando conforme con lo señalado en el primer párrafo del Artículo 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; el mismo que concede un plazo de treinta (30) días para emitir pronunciamiento respecto a la liquidación presentada; por lo que, queda claramente evidenciado que el Gobierno Regional de Cajamarca emitió pronunciamiento en forma oportuna, sin incurrir en silencio y como tal la liquidación presentada por la Supervisión de Obra no se encuentra consentida.

Asimismo, señala que la petición de declarar consentida la liquidación debió ser dirigida al Tribunal Arbitral y no a la Entidad; por lo que, no resulta atendible por el Tribunal Arbitral.

De lo señalado en los párrafos precedentes, indica que se determina que la pretensión del contratista carece de sustento legal y deberá ser desestimada por el Tribunal Arbitral.

Respecto al pago de la liquidación presentada por el contratista

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que, respecto al pago de S/. 290.355.58 por concepto de la liquidación efectuada por el contratista, la liquidación presentada por la Supervisión de Obra es nula de pleno derecho; no obstante, el Gobierno Regional de Cajamarca emitió pronunciamiento en forma oportuna; por lo que, la solicitud de pago contraviene las normas de contratación pública.

Adicionalmente, agrega que, sin que lo señalado exprese conformidad a la liquidación presentada por la Supervisión de Obra, deja constancia de las observaciones siguientes:

- i) La valorización recalculada del contrato original es conforme con los metrados realmente ejecutados; por lo que, se expresa conformidad a lo señalado por el contratista y se establece un saldo a favor del Gobierno Regional de Cajamarca de S/. 162,153.24 (Ciento Sesenta y Dos Mil Ciento Cincuenta y Tres con 24/100 Nuevos Soles), sin IGV.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- ii) La valorización recalculada de Adicionales no es conforme con los metrados realmente ejecutados; debiendo considerar como valorización recalculada la suma de S/. 470,607.82 (Cuatrocientos Setenta Mil Seiscientos Siete con 82/100 Nuevos Soles) sin IGV; por lo que, establece un saldo a favor del contratista de S/. 74,469.20 (Setenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Sesenta y Nueve con 20/100 Nuevos Soles), sin IGV.
- iii) La liquidación deberá incluir reembolsos por concepto de pagos de servidumbre que ascienden a la suma de S/. 82,199.08 (Ochenta y Dos Mil Ciento Noventa Y Nueve con 08/100 Nuevos Soles), sin IGV; con un saldo de S/. 0.00 (Cero con 00/100 Nuevos Soles).
- iv) Los reajustes recalculados ascienden a la suma de S/. 159,095.48 (Ciento Cincuenta y Nueve Mil Noventa y Cinco con 48/100 Nuevos Soles), sin IGV; resultando mayor al señalado por el contratista y estableciendo un saldo a favor de éste de S/. 13,698.63 (Trece Mil Seiscientos Noventa y Ocho con 63/100 Nuevos Soles), sin IGV.
- v) Las deducciones por adelantos recalculadas son conformes y quedan establecidas en la suma de S/. 22,065.30 (Veintidós Mil Sesenta y Cinco con 30/100 Nuevos Soles), sin IGV.
- vi) Los montos de los adelantos y amortizaciones son conformes.
- vii) No corresponde el pago de daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo debido a que ésta fue motivada por que el contratista no presentó la factura de pago de adelanto en forma oportuna y al no haberse acreditado los daños en que supuestamente haya sido objeto, conforme a lo señalado en el Artículo 1331° del Código Civil; así como también se deja constancia que el monto señalado se contempla IGV, lo cual duplica el impuesto y ha sido calculado para un plazo de quince (15) días, que resulta mayor al plazo real de tres (03) días. El resarcimiento diario sin IGV es de S/. 15,180.29 (Quince Mil Ciento Ochenta con 29/100 Nuevos Soles).
- viii) No corresponde el pago de los mayores gastos generales por la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, debido a que dicha solicitud es nula de pleno derecho al haber sido presentada por el Residente de Obra, contraviniendo el Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; y tomando en consideración que el Residente sólo representa al contratista para efectos ordinarios de la obra, no estando facultado para pactar modificaciones al contrato, conforme lo establece el tercer párrafo del Artículo 242° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.
- ix) Los intereses correspondientes al resarcimiento de daños y perjuicios por demora de la entrega del adelanto directo, no corresponde debido a que éstos forman parte de la liquidación que resulta nula de pleno derecho; así como también, se deja constancia que los intereses se encuentran mal determinados, debiendo en extremo ser calculados a partir de la presentación de la Liquidación al Gobierno Regional de Cajamarca con fecha 23 de abril de 2009 y no desde el 25 de marzo de 2006 hasta el 15 de febrero de 2010,

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

debido a que el pago de resarcimiento no ha sido solicitado en esa fecha, quedando establecido como se indica:

Interés (S/.)	=	Monto (S/.)	X	(TILa/TILo-1)
---------------	---	-------------	---	---------------

Monto: S/. 227, 704.31, sin IGV (Resarcimiento por 15 días de demora en la entrega del adelanto directo)

TILo: 5,97333 (23/04/2009)

TILa: 6.08112 (15/02/2010)

Interés (S/.)	=	4108.97
---------------	---	---------

De acuerdo a lo anterior se determina que el supuesto interés sólo asciende a la suma de S/. 4,108.97 (Cuatro Mil Ciento Ocho con 97/100 Nuevos Soles) y no de S/. 14,720.57 (Catorce Mil Setecientos Veinte con 57/100 Nuevos Soles).

Finalmente, de lo señalado en los literales precedentes a) y b) se determina que la pretensión del contratista carece de sustento legal y contraviene lo señalado en las normas de contratación pública y el contrato suscrito, debiendo ser desestimada por el Tribunal Arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Luego de analizado lo señalado por las partes, es preciso tener en cuenta el análisis realizado al momento de resolver el primer y segundo punto controvertido respecto a la recepción de la Obra, la culminación de la ejecución de la Obra y la Liquidación de la Obra.

Al respecto, hemos determinado que mediante el Acta de Recepción de Obra de fecha 23 de enero de 2009, se ha culminado con la ejecución de la Obra, por lo que correspondería que el contratista presente su Liquidación de la Obra, la misma que fue presentada mediante Carta N° 30/2009 de fecha 13 de marzo de 2009 ante el Supervisor de la Obra.

Luego de ello, el Supervisor de la Obra observa la Liquidación presentada por el contratista, la misma que es reingresada con las subsanaciones señaladas por el Supervisor de Obra mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009.

Luego de reingresada la Liquidación de la Obra, con fecha 23 de abril de 2009, el Supervisor de la Obra, mediante Carta RCH-007-009 remite al Gobierno Regional de Cajamarca su informe, expresando que la liquidación se encuentra conforme y que procede el pago a favor del contratista.

Pues bien, teniendo en cuenta los antecedentes del procedimiento para la Liquidación de la Obra, corresponde observar si lo señalado por el contratista cumple con lo establecido en el Artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a fin de que se declare consentida la Liquidación de Obra presentada.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Al respecto, la norma señala:

Artículo 269.- Liquidación del contrato de 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.

Previamente al análisis referido al consentimiento de la Liquidación de la Obra, debe tenerse en cuenta lo establecido al momento de resolver el primer y segundo punto controvertido respecto a la participación del Supervisor de la Obra efectuando un análisis previo respecto a la Liquidación de la Obra presentada por el contratista.

En efecto, este Tribunal Arbitral ha establecido que el Supervisor de la Obra ha efectuado un análisis previo sobre la Liquidación de la Obra presentada por el Contratista lo cual no constituye ningún vicio de nulidad puesto que la Supervisión de la Obra es representante de la Entidad.

A su vez, hemos señalado que el Supervisor de la Obra ha efectuado una evaluación previa a lo solicitado por el contratista, lo que no constituye efectos jurídicos respecto al plazo establecido en el Artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Atendiendo a ello, este Tribunal Arbitral tiene en cuenta que el plazo establecido para que surta efectos lo regulado en el Artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado debe ser tomado en cuenta desde la fecha en que el Supervisor de la Obra comunica el reingreso de la Liquidación de la Obra al Gobierno Regional de Cajamarca.

Pues bien, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, el Gobierno Regional de Cajamarca tuvo conocimiento de la Liquidación de la Obra con la Carta RCH-007-09 presentada por el Supervisor de la Obra con fecha 23 de abril de 2009.

Llegados a este punto, el plazo de treinta (30) días señalado en el Artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no el de quince (15) días señalado por el contratista, surte efectos a partir del 23 de abril de 2009 (fecha de comunicación del Supervisor de la Obra a la Entidad), siendo el vencimiento del plazo el 24 de mayo de 2009.

Ante la presentación de la Liquidación del Contratista, la Entidad, al no encontrarse conforme con la misma, debía pronunciarse sobre dicha liquidación en un plazo de 30 días (se entiende también días naturales), a partir del día miércoles 24 de abril de 2009, **ya sea observando dicha liquidación ó de ser conveniente elaborando otra.** Este plazo finalizaba el día 24 de mayo de 2009.

Al respecto, la Entidad, mediante Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL de fecha 12 de mayo de 2009, esto es, dentro del plazo establecido en la norma, y se refiere respecto a la liquidación presentada por el Contratista expresando lo siguiente:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"(...) a la vez visto el documento de la referencia cuya copia adjunto, hacer de su conocimiento que la Liquidación del proyecto en mención presentada por el Ing. Manuel Veliz Flores – Supervisor de Obra, mediante Carta N° ECH-007-09 es declarada IMPROCEDENTE, debido a que el mencionado proyecto no se encuentra culminado y no existe Acta de Recepción alguna"

Como ya se analizó en el primer y segundo punto controvertido sobre la posición del Tribunal Arbitral respecto a la recepción de la obra, pasamos a indicar que, de lo señalado por la Entidad, se puede observar que en ningún momento ésta, observa ó elabora otra liquidación, lo único a que atina a realizar es declarar improcedente la liquidación sin manifestar pronunciamiento respecto de la misma.

De acuerdo a esta omisión, el tercer párrafo del Artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece que:

"Artículo 269°.- (...) La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. (...)"⁸²

De este fragmento del Artículo 269° del mencionado Reglamento, podemos apreciar que dicho artículo dispone que una vez recibida la liquidación, y si ésta no es observada dentro del plazo previsto en la norma para ello, quedará consentida de pleno derecho.

En base a ello, cabe resaltar que siendo que la Entidad no cumplió con pronunciarse sobre el fondo de la liquidación (observando la ya presentada o, en su defecto, presentando una nueva) dentro del plazo previsto en el Artículo 269° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se ha configurado el supuesto establecido en el Artículo precitado, por lo que corresponde declarar consentida de pleno derecho la Liquidación efectuada por el Contratista debiendo indicarse que la mera improcedencia de la solicitud que conforma dicha liquidación, no produce efecto legal alguno de cuestionamiento u observación a la misma, con lo cual claramente ha operado el consentimiento establecido e indicado precedentemente.

De manera adicional a lo ya establecido, este Tribunal Arbitral considera conveniente manifestar que no puede señalarse que el Contrato ha concluido con el consentimiento de la primera liquidación debido a lo establecido por el Contrato ya que al momento de efectuar la recepción de la Obra, ya expresada en el primer y segundo punto controvertido, continuaba la etapa de garantía y la etapa de evaluación funcional".

Con el análisis realizado previamente teniendo que, en efecto se ha consentido la liquidación presentada por el contratista, y siendo que el siguiente punto controvertido a analizar es una pretensión accesorio de la pretensión referida al consentimiento de la Liquidación del contratista,

⁸² El subrayado y resaltado es nuestro.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

en consecuencia, conforme a lo indicado por Marianella Ledesma⁸³ sobre las pretensiones accesorias señalando:

"(...) la pretensión es accesoria o eventual opera bajo el supuesto que si es fundada la principal, las otras son secuenciales"

Teniendo en cuenta ello, corresponde amparar el pedido del contratista respecto al pago de la Liquidación consentida. Sin embargo, de la revisión de la liquidación presentada y el pago requerido por el contratista, se observa una diferencia significativa en los montos requeridos, ante ello la pretensión referida por el demandante debe ser declarada, a pesar de ser una pretensión accesoria, fundada en parte y, en consecuencia, se ordena el pago de S/. 275,634.81 Nuevos Soles, conforme a la Liquidación consentida materia de análisis.

DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el pago del resarcimiento de daños y perjuicios, más los respectivos intereses hasta la fecha real de pago, no es por gastos generales generados por la demora en la entrega del adelanto directo, sino que se debe a una penalización que se aplica por esta demora."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El demandante señala que, con fecha 24 de marzo de 2006, la Entidad hace entrega del ADELANTO DIRECTO, la ENTIDAD disponía de 7 días a partir del 02 de marzo de 2006 para entregar el ADELANTO DIRECTO, es decir hasta el 09 de marzo de 2006, y habiéndolo hecho recién el 24 de marzo de 2006, acumula un atraso de 15 días, que de conformidad con los Artículos 240° y 244° del REGLAMENTO aprobado por el D.S. 084-2004-PCM conlleva a la aplicación máxima del pago de resarcimiento de Daños y Perjuicios por el atraso de 15 días.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

La entidad demandada señala que el último párrafo del Artículo 240° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; establece que en caso de demora en la entrega del adelanto directo, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios, por lo que, queda claramente establecido que no se trata de una penalización como sostiene el contratista.

Asimismo, agrega que, siendo un resarcimiento por daños y perjuicios, resulta aplicable lo señalado en el artículo 1331° del Código Civil, que establece que, "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"; por lo que, cualquier resarcimiento por daños y perjuicios necesita ser acreditado por quien aduce haberlo sufrido.

⁸³ Ledesma Narvaez, Marianella (2009) "Comentarios al Código Procesal Civil", Editorial de Gaceta Jurídica, 2da Edición, Lima. P.203

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

A su vez, señala que la petición debió ser dirigida al Tribunal Arbitral y no a la Entidad; por lo que, no resulta atendible el pedido por el Tribunal Arbitral.

Asimismo, indica que la pretensión del contratista resulta vaga e imprecisa, pues no señala al concepto que será objeto de intereses, por lo que, el Tribunal Arbitral deberá desestimarla.

Adicionalmente, señala que, en el supuesto que referirse a que el saldo de liquidación genera intereses, se deja constancia de lo siguiente:

- a) No corresponderá ningún tipo de interés debido a que la liquidación presentada por el contratista es nula de pleno derecho por contravenir las normas de contratación pública.
- b) No obstante lo señalado precedentemente, el Gobierno Regional de Cajamarca emitió pronunciamiento respecto a la liquidación presentada por la Supervisión de la Obra en forma oportuna y más aún cuando las supuestas controversias han sido llevadas a arbitraje por el propio contratista; por lo que corresponde ningún interés legal.
- c) Los intereses no requieren incrementar IGV, debido a que el monto a actualizar ya considera IGV y en caso de agregarse IGV se estaría duplicando dicho impuesto.

De esta manera, indica que la petición debió ser dirigida al Tribunal Arbitral y no a la Entidad; por lo que no resulta atendible por el Tribunal Arbitral.

Por lo señalado precedentemente, se determina que la pretensión del contratista carece de sustento legal y deberá ser desestimada por el Tribunal Arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Luego de tener las posiciones de las partes respecto al punto controvertido, conviene precisar los siguientes antecedentes:

Con fecha 01 de marzo de 2006, se suscribe el Contrato de Ejecución de Obra N° 03-2006-GR.CAJ.

Con fecha 02 de marzo de 2006, el contratista, mediante Carta N° 074/2006, solicita la entrega del adelanto directo a la Entidad, adjuntado la Carta Fianza N° EO194-00-2006, por un importe de S/. 722,582.00, emitida por SECUREX, con vencimiento el 30 de mayo de 2006.

Con fecha 24 de marzo de 2006, la Entidad cumple con otorgar el adelanto directo al contratista.

Respecto a este punto es que la empresa ALE contratistas S.R.L. en su Liquidación de la Obra solicita el pago de S/. 275,634.70 Nuevos Soles, por concepto de daños y perjuicios correspondientes al atraso de quince (15) días por parte de la Entidad para efectuar el pago del Adelanto directo solicitado por el contratista.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

El presente punto controvertido tiene como finalidad determinar si lo solicitado por el demandante en su Liquidación de Obra respecto al pago de daños y perjuicios corresponde a una penalidad aplicada a la demora de la Entidad en entregar el adelanto directo y no por el pago de mayores gastos generales.

Analizando lo pretendido, y teniendo en cuenta los antecedentes señalados así como la Liquidación presentada por el Contratista, siendo que la liquidación de Obra solicitada por la empresa ALE Contratistas es consecuencia del pago del adelanto directo fuera del plazo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En ese sentido, analizaremos el artículo correspondiente a la entrega del Adelanto Directo a efectos de observar si el procedimiento realizado en la obra está de acuerdo con la normativa estatal.

En ese sentido, el Artículo 240° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala lo siguiente:

Artículo 240.- Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1) Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*
- 2) Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
- 3) Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra; y,*
- 4) Que la Entidad entregue el Calendario de Entrega de Materiales e Insumos necesarios, cuando en las Bases se hubiera establecido tal responsabilidad por parte de la Entidad.*
- 5) Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, de haber sido solicitado por éste, hecho que deberá cumplirse por la Entidad dentro del plazo de siete (7) días de haber recibido la garantía correspondiente.*

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso de que el contratista solicite la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con la entrega del terreno.

En cualquier caso, el plazo contractual entrará automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse todas las condiciones estipuladas en el contrato o en las Bases.

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual. Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Conforme da cuenta el artículo precedente con el recuento de los hechos, siendo que la solicitud de pago por adelanto directo presentado por la contratista fue realizada el día 02 de marzo de 2006 y que el Gobierno Regional de Cajamarca cancela el adelanto directo el día 24 de marzo de 2006, se tiene que la entidad no cumplió con cancelar el pago del adelanto directo dentro del plazo de siete (07) días de haber recibido la garantía correspondiente (la misma que fue presentada por el contratista en su solicitud de fecha 02 de marzo de 2006) siendo la fecha de vencimiento el día 09 de marzo de 2006.

La Entidad canceló el adelanto directo el día 24 de marzo de 2006, estos es, después de quince (15) días de vencido el plazo señalado en el artículo 240° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En este sentido, conforme se encuentra en el último párrafo de la referida norma, debido al incumplimiento de la Entidad de no cancelar el adelanto directo, a partir del día siguiente de vencido el plazo, 09 de marzo de 2006, el contratista puede solicitar el resarcimiento por los daños y perjuicios, para lo cual la norma señala el límite del monto que se puede solicitar.

El monto solicitado por el contratista en su Liquidación de Obra es referente a la penalidad establecida por el incumplimiento por causas imputables a la Entidad al no cumplir con cancelar el adelanto directo dentro del plazo establecido en el Reglamento.

Finalmente, lo pretendido por el demandante es atendible ya que el reconocimiento de este pago se establece por la penalidad generada por el incumplimiento de la Entidad y no por los mayores gastos generales que haya generado el contrato de obra.

Por las consideraciones expuestas a lo largo de lo analizado en este punto controvertido, el Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo al procedimiento establecido y al análisis llevado a cabo, corresponde declarar fundada esta pretensión.

DEL SEXTO Y SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no reconocer los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio el 23 de enero de 2009."

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

1. Respecto al reconocimiento de pago a favor del contratista

El contratista señala que, con fecha 24 de enero del 2007, se culminó la ejecución de la obra, anotándose dicho evento en el cuaderno de obra.

De la Recepción de la Obra

El demandante señala que, la culminación de la ejecución de la obra ha sido reconocida por el Supervisor de la Obra, Ing. Manuel Veliz Flores y el propio Comité de Recepción de Obra, tal como se indica en el numeral VIII del Acta de Recepción:

"Sobre la base de dicha anotación, el Comité de Recepción y la Supervisión, procedió a inspeccionar y verificar que las obras se hayan ejecutado de acuerdo al Expediente Técnico y efectuar las Pruebas en Blanco (Aislamiento, Continuidad y Mediciones del Sistema Puesta a Tierra), comprobando que habían sido ejecutados conforme, y los resultados de las pruebas se encontraban dentro de los valores permitidos."

El Contratista expresa que, del extremo antes citado del Acta de Recepción queda claro que a partir de la anotación en el cuaderno de obra de fecha 24 de Enero del 2007 (culminación de la obra) tanto el Supervisor como el Comité de Recepción verificaron que la obra había sido culminada y que además había sido ejecutada conforme al Expediente Técnico.

En ese sentido, el demandante indica que, en razón de lo antes indicado, no queda duda alguna sobre la culminación de la obra dentro del plazo contractual.

Asimismo, el demandante señala que la controversia se suscita respecto de la recepción de la obra, pues, la Entidad considera que el 23 de Enero del 2009 se dio una recepción parcial y no una definitiva.

Al respecto, se debe tener que:

"Si la obra a juicio del Supervisor y del Comité de Recepción se halla correctamente ejecutada conforme a los planos, especificaciones técnicas así como de las anotaciones en el Cuaderno de Obras, se redactará un ACTA que será suscrita por los miembros de Comité de Recepción, el representante del CONTRATISTA y el representante del Supervisor."

Asimismo, en el Acta de Recepción de la Obra se fijará la fecha de inicio del período de operación experimental."

Sobre ello, la empresa demandante indica que, en el contrato claramente se ha diferenciado la etapa de ejecución de la obra de la etapa de operación experimental, debiendo tenerse presente que conforme lo indicado por el Supervisor y el Comité de Recepción en el referido Acta de Recepción, la obra se encontraba culminada, lo cual es un reconocimiento definitivo de la culminación de nuestras prestaciones contractuales.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Por otro lado, señala que debe tenerse presente que ni la Ley ni el Reglamento ni mucho menos el contrato ni las bases del proceso de selección han establecido la Recepción de Obra Provisional habiéndose culminado la ejecución de la misma conforme al Expediente Técnico, supuesto que al no encontrarse contemplado no procede que se pretenda imponer conforme es la intención de la –entidad demandada, contraviniendo de ese modo su obligación de respetar el marco normativo y contractual.

Asimismo, en la referida Acta de Recepción se indicó en el literal d) de las Conclusiones:

“En vista que la obra se encuentra concluida con las observaciones levantadas, las que fueron planteadas en el “acta de recepción de obra con observaciones” de fecha 27-04-07 y teniendo en cuenta que los valores de Pruebas en Blanco arrojaron valores aceptables; los Miembros del Comité de Recepción y los representantes de la empresa Ale Contratistas S:R:L: acuerdan dar por culminado el proceso de recepción de obra y, a fin de cumplir con el numeral 19.5 del Contrato de Construcción, coordinar con HIDROANDINA S.A. el inicio del período de Operación Experimental, quedando aún la obra, también dentro de este período, bajo responsabilidad de la Empresa Ale Contratistas S.R.L.”

En ese sentido, el demandante afirma que existe un reconocimiento expreso de la conclusión de la obra, existiendo confusión con el Período de Operación Experimental, que debe quedar claro NO ES EJECUCIÓN DE OBRA.

En ese tenor, el demandante refiere que la cláusula 19.5 del Contrato establece:

“PERIODO DE OPERACIÓN EXPERIMENTAL

Comprende un período de treinta (30) días naturales, cuya fecha de inicio será fijada en el Acta de Recepción de la Obra.

Durante este período el CONTRATISTA mantendrá personal técnico en las subestaciones para garantizar el correcto funcionamiento de los equipos y corregir los defectos y/o observaciones que se hubieran presentado en la fecha de recepción de la obra o presentado durante este período. ELCONTRATISTA será responsable de la totalidad de los costos que demande la operación experimental (incluido el de la energía que se consume en Alumbrado Público), los mismos que deberá considerar dentro de sus gastos generales.

Al término de este período y de la entrega del Expediente “Conforme a Obra “ y luego de la aprobación por parte del SUPERVISOR así como de la conformidad del GOBIERNO REGIONAL, se suscribirá un Acta de Conformidad de Operación Experimental y automáticamente se iniciará el Período de Garantía inicial de la obra señalado en el numeral 19.6.”

Por ello, el Contratista señala que el contrato distingue claramente la ejecución de la obra con la etapa de **Operación Experimental**, e incluso con **período de garantía**, no obstante estos periodos adicionales no comprenden la ejecución de partidas de obra, ni el seguimiento de un

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

cronograma de avance de obra, por lo que no pueden ser asimilados con la EJECUCIÓN DE LA OBRA.

En tal sentido, el demandante refiere que el artículo 268º del RLCAE establece que en la fecha de culminación de la obra se inicia el procedimiento de recepción de obra, no contemplando una modalidad de recepción provisional como erróneamente pretende la Entidad. NO EXISTE EN LA LEY NI EN EL REGLAMENTO EL SUPUESTO DE RECEPCIÓN PROVISIONAL". La recepción de obra es una sola, y consta claramente en el Acta de Recepción que tanto la Entidad como el Supervisor han verificado que la obra se concluyó.

De la demora de la Entidad en la Recepción de la Obra

Respecto a este punto, el Contratista señala que al haber quedado acreditado que el Acta de Recepción de Obra sólo puede ser uno, entonces es evidente que esta recepción de obra se produjo el 23 de Enero de 2009, esto es 730 días después de la culminación de la obra, esto es, con más de dos años de retraso por parte de la Entidad.

Sobre ello, agrega que el Comité de Recepción de Obra, efectuó observaciones, conforme consta en el Acta de Observaciones de fecha 27 de abril de 2007, no es menos cierto que con fecha 23 de Mayo de 2007 mediante carta N° 0155/2007 informamos al Supervisor la culminación del levantamiento de observaciones y solicitamos la recepción de las mismas y asimismo, añade que, con carta N° 0154/2007, informa a la Gerencia Regional de Infraestructura de la Entidad la culminación del levantamiento de observaciones y solicita la recepción de las mismas.

Sin embargo, la Contratista señala que por razones completamente ajenas a su empresa, la Entidad se demoró en proceder a la recepción de la obra, superando los plazos contemplados en el RLCAE para proceder a dicho fin, razón por la cual, corresponde la aplicación del artículo 268º inc. 6 del RLCAE.

"Sí por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardará, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma constituyéndose en una Ampliación de plazo; y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubieran incurrido durante la demora"

Ale Contratistas S.R.L. precisa que el atraso en la Recepción de la Obra, se debe a una demora y no a una paralización de obra, por lo que los gastos generales están sometidos a la aplicación de los 1ros párrafos de los artículos 260º y 261º del RLCAE.

Complementando lo anterior, agrega que, en aplicación de dicha norma, es que solicita el reconocimiento de los mayores gastos generales que se han generado por la demora en la recepción de la obra, pues cumplida con la subsanación de observaciones, la Entidad se demoró en proceder a la recepción de la obra.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Asimismo, indica que el monto de los mayores gastos generales ha sido calculado aplicando la fórmula contemplada en el artículo 261° del Reglamento pues se está frente a un supuesto de demora ajena al contratista y no en el supuesto de paralización de obra, único supuesto en que conforme al RLCAE se debe acreditar los gastos generales.

2. Respecto al pago solicitado por el contratista

Sobre este punto, el Contratista refiere que, al haber quedado acreditado el reconocimiento de los mayores gastos generales por la demora de la Entidad en proceder a la recepción de la obra, corresponde que el Tribunal Arbitral determine si procede ordenar a la demandada que proceda al pago de los mismos, los cuales ascienden a la suma de S/.1'014,717.50 Nuevos Soles más IGV.

Asimismo, añade que esta demora en el pago, ha generado intereses legales a nuestro favor, los cuales deberán ser computados hasta la fecha efectiva de pago

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que el contratista incurrió en demora en la subsanación de observaciones por causas de su exclusiva responsabilidad; por lo que, no corresponde ningún reconocimiento de gastos generales.

Sobre ello señala que, los aducidos gastos generales no han sido incluidos en la liquidación del contrato de ejecución de obra que fuera presentado la Supervisión de Obra, por no corresponder y carecer de sustento; lo que demuestra que ésta pretensión constituye una argucia legal del contratista orientada a generar confusión y obtener mayores beneficios económicos en perjuicio del Gobierno Regional de Cajamarca.

No obstante lo señalado precedentemente por la entidad demandada y en el supuesto que correspondería los supuestos gastos generales, deberá tenerse en consideración lo que se indica:

- i. Que la demora en la recepción de la obra sólo es veintinueve (29) días calendario, correspondientes al periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; según lo señalado en el Diagrama de Etapas de Recepción de Obra según Contrato y Hechos Suscitados; por lo que, los supuestos gastos generales sólo ascenderán a la suma de S/. 38,223.02 (Treinta y Ocho Mil Doscientos Veintitrés con 02/100 Nuevos Soles) más IGV, según el detalle siguiente:

RESUMEN DE SUPUESTOS GASTOS GENERALES

OBRA:	PEQUEÑO SISTEMA ELECTRICO CHILETE – III ETAPA
MONTO DEL CONTRATO	
CON IGV (S/.)	3612908.38
PLAZO (Días)	210

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

GASTO GENERAL	
VARIABLE SIN IGV	270338.87
INDICE UNIFICADO VALOR	
REFERENCIAL (Ip)	307.25
GASTO GENERAL DIARIO	
SIN IGV (S/.)	1287.33

AÑO	MES	Nº DIAS ATRASO	GASTO GENERAL DIARIO (S/.)	INDICE UNIFICADO (Ip)	Ip/Io	MAYOR GASTO GENERAL SIN IGV (S/.)
	Febrero	2.00	1287.33	313.55	1,205	2627.44
	Marzo	27.00	1287.33	314.64	1.0241	35595.58
TOTAL (S/.)						38223.02

- ii. El numeral 6.) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; establece que: "Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que hubiere incurrido durante la demora"; quedando claramente establecido que las normas de contratación pública han previsto que en forma posterior a la terminación de la obra de fecha 24 de enero de 2007, sólo corresponde reconocer los gastos generales debidamente acreditados y que resulten conformes con los conceptos y precios ofertados en la propuesta de gastos generales variables del contratista, por lo que, al no haberse acreditado ningún tipo de gasto en el periodo en que aconteció la supuesta demora por parte del Gobierno Regional de Cajamarca corresponderá que el Tribunal Arbitral rechace de plano la pretensión del contratista.

Adicionalmente, el demandado señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración la afirmación del contratista de que la acreditación de los gastos generales es simplemente el cálculo matemático que resulta de aplicar lo señalado en el Artículo 260° y 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, debido a que el atraso en la recepción de la obra se debe a una demora y no a una paralización de obra; carece de sustento y el Gobierno Regional de Cajamarca deja constancia que dicha afirmación es contraria a lo señalado en las normas de contratación pública, tal como se ha demostrado en el párrafo precedente; quedando evidenciado que en forma posterior a la culminación de la obra y durante el proceso de recepción de obra sólo se reconocen los gastos generales debidamente acreditados, entendiéndose que la acreditación se realiza con copia de los documentos que sean concordantes con las normas tributarias y contables y documentos que prueben su cancelación de manera fehaciente y que los cálculos matemáticos sólo constituyen una referencia para determinar el límite máximo de los gastos generales a reconocer.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- iii. Asimismo agrega que, de manera desproporcionada y desconociendo haber incurrido en demora en la subsanación de observaciones; el contratista solicita gastos generales por un plazo de seiscientos noventa y ocho (698) días calendario, correspondiente al periodo del 27 de abril de 2007 al 23 de enero de 2009, fechas de termino de obra y recepción provisional, respectivamente; así como también, desconocen los plazos que concede el Gobierno Regional de Cajamarca para realizar la recepción de la obra y que se encuentran señalados en el numeral 1) y 2) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; por lo que, de manera reiterada se deja constancia que la supuesta demora sólo es de veintinueve (29) días calendario, correspondientes al periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007.
- iv. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral deberá tener consideración que esta pretensión se encuentra incluida en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal; por lo que deberá ser rechazada de plano.

De la misma manera, la entidad demandada señala que el Acta de Recepción con Observaciones del 27 de abril de 2007, Carta CJ-EO-IP-032-07 del 13 de noviembre de 2007, Carta CJ-EO-IP-002-08 del 21 de febrero de 2008, Carta CJ-EO-SER-IP-001-08 del 24 de junio de 2008, prueban que el contratista incurrió en retraso en la subsanación de observaciones habiendo excedido el plazo de veintisiete (27) días calendario que disponía el contratista para subsanar las observaciones; por causales que son de su exclusiva responsabilidad.

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que no corresponde que pague gastos generales por demora en la recepción de la obra por la suma señalada; debido a que la demora sólo es de veintinueve (29) días, correspondiente al periodo del 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; y el contratista no ha cumplido con acreditar los gastos en que habría incurrido en dicho periodo, conforme a lo previsto en el numeral 6) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; los mismos que no deberán exceder la suma de S/. 38,223.02 (Treinta y Ocho Mil Doscientos Veintitrés con 02/100 Nuevos Soles) más IGV.

Respecto al pago de intereses, la entidad demandada señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que los intereses sólo corresponden por incumplimiento de pago de obligaciones contractuales que hayan sido previamente requeridas y que las solicitudes cumplan con las formalidades señaladas por las normas de contratación pública; conforme a lo señalado en el Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM; por lo que no corresponde ningún tipo de intereses debido a que la solicitud del contratista carece de sustento técnico y legal y consecuentemente no existe ningún incumplimiento por parte del Gobierno Regional de Cajamarca.

Asimismo, la entidad demandada reitera que el contratista de manera errónea sostiene que el pago de mayores no requiere acreditación; lo cual resuelta contrario a lo señalado en las normas de contratación pública e imposibilita su atención; quedando claramente establecido que el supuesto incumplimiento de pago por gastos generales es de responsabilidad exclusiva del contratista.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Por último señala que el Tribunal Arbitral deberá tener consideración que esta pretensión se encuentra incluida en la primera pretensión accesorio a la primera pretensión subordinada; por lo que deberá ser rechazada de plano.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

El contratista plantea sus argumentos basándose en que luego de culminada la ejecución de la obra, se inicia el procedimiento para la recepción de la obra basándose en lo regulado en el Artículo 268° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Para los efectos de analizar lo pretendido por el demandante, es importante resaltar lo establecido en la norma:

Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra el residente anotará tal hecho en el Cuaderno de Obra y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del Comité, el contratista y su residente.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en el Acta respectiva y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el Cuaderno de Obra, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El Comité de Recepción se constituirá en la obra dentro de los siete (07) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta, no pudiendo formular nuevas observaciones.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del Comité de Recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

Si en la segunda inspección el Comité de Recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta, solicite por escrito al Contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

3. En caso que el contratista o su residente no estuviese conforme con las observaciones, anotará su discrepancia en el Acta. El Comité de Recepción elevará al Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días.

La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

Si vencido el cincuenta por cien (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en el tercer párrafo del Artículo 247.

4. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

En este punto, la norma señala que luego de culminada la obra el residente de la obra (representante del contratista en la Obra) anota tal hecho en el Cuaderno de Obra y solicita la recepción de la Obra.

Entonces, tenemos que luego de culminada la obra, se inicia el procedimiento para la recepción de la Obra. Conforme a ello, mediante anotación en el cuaderno de obra de fecha 24 de enero de 2007, se inició el procedimiento para la recepción de la obra.

A continuación haremos un nuevo recuento de los hechos a efectos de observar los plazos cumplidos e incumplidos por las partes.

Entonces, conforme a los antecedentes detallados en el análisis realizado en el primer y segundo punto controvertido señalamos que con fecha 29 de enero de 2007, la Supervisión de Obra, mediante Carta N° 016-SUP.CH/JLC, recomienda al Gobierno Regional de Cajamarca proceder a designar el Comité de Recepción de Obra.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con dicha comunicación por parte del Supervisor de la Obra, la cual fue presentada dentro del plazo señalado en el reglamento, se está acreditando que la obra se encuentra ejecutada ya que se procede, por recomendación del Supervisor de Obra, designar al Comité de Recepción de Obra.

Con fecha 12 de marzo de 2007, El Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Resolución N° 019-2007-GR-CAJ/GRI, designó al Comité de Recepción de Obra. Esto es, se designa al Comité de Recepción fuera del plazo de siete (07) días posteriores a la recepción de la comunicación presentada por el Supervisor de la Obra, siendo la fecha de vencimiento de la misma el 05 de febrero de 2007 por lo que se observa que la Entidad designó al Comité de Recepción luego de 35 días de vencido el plazo en la referida norma.

Con fecha 27 de marzo de 2007, se suscribe el Acta de Instalación para Inspección de Obra, según la cual se acordó que la inspección de los trabajos ejecutados se realizará entre el 27 de marzo de 2007 al 02 de abril de 2007, con la participación de tres (03) Grupos de Trabajo, tomando en consideración que el proyecto comprende la ejecución de trabajos en cincuenta y seis (56) localidades.

En dicha Acta de Instalación, el Gerente de Infraestructura Regional contrata los servicios de la empresa Hidrandina S.A. a fin de que apoyen a los representantes de la entidad en el Comité de Recepción así como observar si se ha cumplido con lo requerido en el contrato.

Sin embargo, fuera de lo señalado en el párrafo anterior, con fecha 27 de abril de 2007, la empresa ALE Contratistas S.R.L. y el Gobierno Regional de Cajamarca, por medio del Comité de Recepción de Obra, suscribe el Acta de Recepción de Obra señalando observaciones en la obra a fin de que la empresa demandante cumpla con levantar dichas observaciones. Se observa que la verificación de la ejecución de la obra se ha realizado fuera del plazo previsto en el Reglamento.

Con fecha 02 de mayo de 2007, El Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Carta N° 240-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL, solicita a la empresa ALE Contratistas S.R.L. el levantamiento de las observaciones señaladas en el Acta de Recepción de Obra con Observaciones de fecha 27 de abril de 2007. Esta solicitud se encuentra enmarcada en el plazo señalado en el Reglamento respecto a la subsanación de las observaciones.

Con fecha 24 y 27 de mayo de 2007, la empresa ALE Contratistas S.R.L. informa al Gobierno Regional de Cajamarca y al Supervisor de la Obra, respectivamente, la culminación del levantamiento de las observaciones señaladas por el Comité de Recepción de Obra y solicita la recepción de la misma. La subsanación de las observaciones se realizaron dentro del plazo establecido en el Reglamento.

En este punto, el contratista señala al Supervisor de la Obra que se ha concluido con el levantamiento de las observaciones, siendo que se adjunta los cuadros Anexo N° 01 se detalla las observaciones superadas y las observaciones NO CONTRACTUALES que no se pueden superar debido a que el presupuesto de obra se encuentra en la cima del 10% del Contrato, Quedando pendiente lo siguiente por definición de parte de Hidrandina S.A.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- Interconexión a las Líneas Primarias existentes de Hidrandina S.A.
- Señalización de las Estructuras de Líneas Primarias y Redes Primarias.
- Pago de Servidumbre en las localidades de Guayabo, Sabana, por cambio de ruta a solicitud de Hidrandina S.A. en el trazo de las Líneas Primarias y Redes Primarias.

Con fecha 31 de mayo de 2007, la Entidad, mediante Carta N° 306-2007-GR-CAJ-GRL/SGSL, señala que toda documentación es tramitada vía Supervisión de Obra, es decir deberá presentarla al Ing. Manuel Veliz Flores – Supervisor de obra, quien dará conformidad al levantamiento de las observaciones.

Con fecha 01 de junio de 2007, el Supervisor de Obra, mediante Carta N° 70/2007-SUP.CH/JLC, da a conocer al Presidente del Comité de Recepción de Obra, Ing. Oscar Alcantara Mendoza, que la Supervisión ha verificado el levantamiento de las observaciones contractuales.

En la referida Carta, el Supervisor de Obra hace mención que se ha verificado el levantamiento de las observaciones contractuales las mismas que han sido levantadas (subsanadas).

Asimismo, agrega que con relación a las observaciones no contractuales, estas tal como lo ha mencionado el contratista, no se han podido levantar por estar con el presupuesto de obra adicional muy cercano al 10%. Por esta razón y teniendo en cuenta la ejecución de obras ADICIONALES solicitadas por Hidrandina S.A., es necesario que el Gobierno Regional de Cajamarca, atienda el levantamiento de las observaciones NO CONTRACTUALES, bajo la ejecución de obras complementarias en otro contrato, esto es razón de que al pasar en el 10% del presupuesto del contrato, se tendría que tener la autorización expresa de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, que en esta etapa de recepción de obra es imposible. Cabe indicar que las obras complementarias solicitadas por Hidrandina S.A. son recientes, las cuales han sido indicadas recién en la inspección de la obra con motivo de la recepción de la obra.

Con fecha 09 de julio de 2007, la empresa ALE Contratistas, mediante Carta N° 0192/2007, expresa disculpas por no haberse presentado a la inspección de obra programada para el día 09 de julio de 2007 y comunica que se apersonará a la obra el día 16 de julio de 2007.

Con fecha 18 de setiembre de 2007, el Supervisor de Obra, Ing. Manuel A. Veliz Flores, da a conocer diversas observaciones al Expediente de Gestión de Servidumbre.

Mediante Acta de Inspección y Pruebas, CJ-EO-IP032-07, llevada a cabo los días 13, 14, 15 y 16 de noviembre de 2007 se deja constancia de la persistencia de las observaciones realizadas en el acta suscrita del 27 de abril de 2007.

Con fecha 10 de diciembre de 2007, mediante Informe N° 141-2007-GR.CAJ-GRI-SGSL/NOQ del Ing. Nelson Francisco Oblitas Quispe, miembro del Comité de Recepción de Obra, deja constancia que durante la comisión de servicios del 06 y 07 de diciembre de 2007 se ha constatado que aún la empresa ALE Contratistas S.R.L. no ha cumplido con levantar las observaciones y que estas se han levantado de manera parcial.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 11 de diciembre de 2007, mediante Informe N° 107-2007-GR.CAJ/SGS-GCC, el Coordinador de Obra, Ing. Guillermo Cruz Canahui da a conocer que a la fecha las observaciones han sido levantadas de manera parcial y sugiere que se convoque de manera urgente a los representantes del ejecutor de obra y de la supervisión, a fin de elaborar un acta para garantizar el levantamiento de observaciones.

Con fecha 08 de enero de 2008, mediante Carta N° 018-2008 GR-CAJ-JSG/CGG, el Ing. Julio Salas Gallegos da a conocer que las observaciones no han sido levantadas y sugirió notificar mediante Carta Notarial a la empresa demandante ejecutora de la obra y la Supervisión invocando el cumplimiento de las obligaciones.

Con fecha 11 de enero de 2008, mediante Carta CJ-0085-2008, el Concesionario Eléctrico HIDRANDINA S.A. da cuenta al Gobierno Regional de Cajamarca que las demoras en la puesta en servicio del PSE Chilete III Etapa se debe a que aún no se han subsanado las observaciones y advierte que cualquier problema social por la puesta en servicio de la obra no será responsabilidad de HIDRANDINA S.A.

Con fecha 23 de enero de 2008, mediante Oficio N° 001-2008-GR.CAJ-GRI-SGO/GRO, de manera conjunta los ingenieros Oscar Alcántara Mendoza y Nelson Oblitas Quispe, miembros del Comité de Recepción de Obra, dan a conocer que hasta la fecha la empresa demandante no ha cumplido con levantar las observaciones señaladas en el Acta de Recepción de Obra con observaciones de fecha 27 de abril de 2007 y solicita que se adopten las medidas necesarias conforme a la normatividad vigente.

Con fecha 30 de enero de 2008, el Supervisor de la Obra, mediante Carta RCH 003-08, en el que da cuenta de las acciones que está tomando la empresa ALE Contratistas respecto al levantamiento de la subsanación de las observaciones.

En dicha carta señala que respecto a la subsanación de las observaciones, la empresa ALE Contratistas S.R.L. presentó a la Supervisión de la Obra un Informe de Levantamiento de las Observaciones indicadas en el Acta de Inspección y Pruebas (CJ-EO-IP-032-07), mediante Carta N° 004/2008 de fecha 18 de enero de 2008, adjuntando original y dos (02) copias del citado informe.

Respecto al levantamiento de Observaciones que no son Contractuales, existen observaciones que corresponden a trabajos adicionales (que no ha sido posible aprobar por el Gobierno Regional de Cajamarca), es decir no forman parte del contrato de suministros ni mucho menos de montaje, suscrito entre ALE Contratistas S.R.L. y el Gobierno Regional de Cajamarca, obviamente no corresponde al Contratista subsanar estas observaciones.

Con fecha 08 de febrero de 2008, mediante Carta Notarial N° 002-2008-GR.CAJ/GGR, El Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante el cumplimiento del contrato en relación a la subsanación de las observaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Mediante Carta CJ-0471-2008, el concesionario HIDRANDINA S.A. comunica al Gobierno Regional de Cajamarca y a la empresa demandante que el día 19 de febrero de 2008 es la fecha

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

para realizar la inspección del levantamiento de observaciones para energizar los puntos correspondientes a la obra PSE Chilete III Etapa.

Con fecha 21 de febrero de 2008, mediante Acta de Inspección CJ-EO-IP-002-08, la empresa HIDRANDINA S.A. deja constancia de la persistencia de diversas observaciones.

Con fecha 22 de febrero de 2008, mediante INFORME SITUACIONAL DE ENERGIZACION PSE CHILETE III el Residente de la Obra señala que con fecha 18 de febrero de 2008, con documento CJ-0471-2008, Hidrandina S.A. da la autorización de ejecución de los trabajos de conexión en caliente de las líneas y redes primarias de las localidades programadas en el plan de trabajo presentado por ALE Contratistas, el 19 se canceló el presupuesto de S/. 2,261.00 presentado por Hidrandina S.A. para su participación en los trabajos antes indicados por el periodo de 5 días designando tres Supervisores, acordándose del 19 al 26 del presente mes, lo cual retrasó por imposibilidad de desplazamiento a la zona de trabajo por derrumbe sobre la carretera a la altura del puente Baley, y se lo reprogramó ejecutarlo a partir del día 21 al 28 de febrero.

Asimismo, el día 21 de febrero de 2008 se procedió a dar inicio a los trabajos programados, lográndose interconectar las redes primarias de San Felipe y Monte Nazario hasta las 13:45 horas, acordándose de retomar los trabajos a las 14:30 horas, se programó la ejecución de la interconexión a las localidades de Huaquillas y el Guayabo, lo cual se efectivizó reuniéndose en la derivación de Huaquillas y al iniciar el trabajo de interconexión surgió el inconveniente de parte del Ing. Ismael Gejaño Hinostroza quien solicitó en el momento de conexión de la derivación el levantamiento de la observación c-4 del Acta CJ-EP-IP-032-07, que pide que se muestre a Hidrandina S.A. la Fijación de 23 puntos de diseño, y las fases a las que estará conectada las derivaciones los cuales consideramos extemporáneo ya que la obra fue ejecutada de acuerdo al Expediente aprobado por el Ministerio de Energía y Minas con documento 05-026-EM/DEP del 28 de setiembre de 2002. Y que la contratista está dispuesto a solicitar la designación de estructuras de punto de entrega de los conexiones que se vienen ejecutando para que ellos figuren en el "Expediente Final Conforme a Obra" y se considera que ello no representa una causal de paralización de obra.

Adicionalmente se solicitó la elaboración de un Acta de constancia de paralización de los trabajos de interconexión de las líneas primarias de Hidrandina S.A. a lo que se indicó que no pueden participar en el Acta debido a que se consideran observadores y que la energización lo hagan con el Gobierno Regional de Cajamarca, lo cual es incongruente debido a que HIDRANDINA S.A. es la que autoriza el conexión de las líneas del PSE Chilete III a sus líneas y redes primarias.

Entre las conclusiones respecto a la paralización de la obra por parte de la empresa supervisora del Gobierno Regional Hidrandina S.A. genera un problema social en el ambiente que se genera la obra.

Con fecha 07 de abril de 2008, la empresa ALE Contratistas S.R.L., mediante Carta N° 048/2008 presentó el Expediente conforme a Obra al Gobierno Regional de Cajamarca.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 07 de mayo de 2008, mediante Carta Notarial N° 017-2008-GR-CAJ-GRI/SGSL, el Gerente Regional de Infraestructura cita a reunión de coordinación para ultimar detalles para la energización total de la obra y proceder a la recepción.

Con fecha 18 de julio de 2008, mediante Carta Obra N° 097/2008, la empresa demandante señala la programación del levantamiento de las observaciones.

Mediante Acta de Inspección y Pruebas CJ-EO-SER-IP-001-08, correspondiente al 24, 25 y 26 de junio y 02, 03, 24 y 25 de julio de 2008, la empresa HIDRANDINA S.A. deja constancia de la persistencia del levantamiento de observaciones.

Con fecha 10 de octubre de 2008, mediante Carta CJ-2744-2008, la empresa Hidrandina S.A. señala al Gobierno Regional de Cajamarca que aún se precisan observaciones en la Obra por lo que convoca al Ingeniero Residente de Obra a una reunión de trabajo el 13 de octubre de 2008.

Con fecha 16 de octubre de 2008, mediante Carta N° 0132/2008, la empresa ALE Contratistas S.R.L. presentó el Expediente de Gestión de Servidumbre.

Con fecha 18 de noviembre de 2008, mediante Carta N° 258-2008-GR-CAJ/GRI, el Gobierno Regional de Cajamarca devuelve a la empresa ALE Contratistas S.R.L. el Expediente de Gestión de Servidumbre para la subsanación de observaciones.

Con fecha 15 de diciembre de 2008, mediante Oficio N° 655-GR.CAJ/GRI, el Gobierno Regional de Cajamarca comunica a la empresa ALE Contratistas S.R.L. la existencia de observaciones que debieron ser subsanadas en la operación experimental.

Con fecha 31 de diciembre de 2008, mediante Carta N° 335-2008-GR-CAJ/GRI, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante un informe detallado respecto a las acciones que van a realizarse para la subsanación de observaciones y se invoca a continuar con la Gestión del Derecho de Servidumbre.

Con fecha 12 de enero de 2009, mediante Carta N° 004/2009, la empresa demandante comunica que ha cumplido con levantar las observaciones y solicita la participación del Comité de Recepción de Obra para su verificación y Recepción de Obra.

Finalmente, mediante Acta de Recepción Provisional de fecha 23 de enero de 2009, se recepciona la Obra.

Luego del recuento de los hechos conforme a las actuaciones de las partes⁸⁴ señaladas a lo largo del proceso, corresponde que este Tribunal Arbitral señale su posición.

Como punto de partida, observamos que a inicios del procedimiento de recepción de la obra, la Entidad y el Comité de Recepción han generado demora en la obra que son de su entera responsabilidad. Hablamos del periodo en que se solicita la recepción de la obra hasta la suscripción del Acta de Recepción de Obra con observaciones (Enero de 2007 a abril de 2007).

⁸⁴ Medios probatorios señalados en la demanda y contestación de demanda.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Luego de recepcionada la obra con observaciones, es importante señalar que el Contratista, dentro del plazo establecido en la norma, cumple con levantar las observaciones resaltando la situación del levantamiento de las mismas, dividiendo esa obligación en levantamiento de las observaciones de la obra de las obligaciones contractuales y las obligaciones no contractuales.

Esta división se efectúa debido a que las obligaciones no contractuales se refieren, entre otros temas, al cumplimiento de las solicitudes requeridas por la empresa Hidrandina S.A, Supervisora de la Recepción de la Obra designada por la Entidad.

Las obligaciones no contractuales que señala el contratista se dan teniendo en cuenta que la ejecución de obras ADICIONALES se deben generar bajo la ejecución de obras complementarias en otro contrato, esto es razón de que al pasar en el 10% del presupuesto del contrato, se tendría que tener la autorización expresa de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, que en esta etapa de recepción de obra es imposible.

Hidrandina S.A. solicita cambios en la ejecución de la obra en un periodo ajeno a dicho pedido puesto que la Entidad como la Supervisión de la Obra tienen por culminada la obra.

A raíz de lo solicitado por la empresa Hidrandina S.A. es que la recepción de la obra se torna cargada de requerimientos, observaciones, sustituciones a la obra.

La intervención de la empresa Hidrandina S.A. a la ejecución de la obra se origina de la contratación por parte del Gobierno Regional luego de designado el Comité de Recepción (esto es, culminada la obra).

La empresa Hidrandina S.A. no tiene relación contractual con la Contratista, debido a que en el contrato no se refiere sobre alguna empresa observadora de la ejecución de la obra, entonces la relación que se haya en el contrato es solamente entre el Gobierno Regional de Cajamarca y la empresa ALE Contratistas.

El contrato suscrito por la empresa ALE Contratistas y el Gobierno Regional de Cajamarca no refiere sobre la participación de una empresa observadora luego de culminada la ejecución de la obra.

En efecto, la empresa Hidrandina S.A. inicia su participación en la ejecución de la obra luego de culminada, ya en el procedimiento de recepción de la obra. Debe tenerse presente que lo solicitado por la empresa Hidrandina S.A. iba más allá de los alcances del contrato puesto que dicha empresa es ajena a la relación contractual que hay en el Contrato de Obra materia de controversia por lo que ha generado que la Contratista cumpla con los requerimientos efectuados por la empresa observadora de la Obra.

Los cambios y las observaciones señaladas por Hidrandina S.A. han generado que el procedimiento de recepción de la obra sea muy extenso al punto que la recepción de la obra se genera luego de 2 años de haber señalado la culminación de la obra en el cuaderno de obra.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

El Gobierno Regional de Cajamarca debe ser objetivo en lo solicitado por el contratista en ese punto controvertido ya que, siendo que las observaciones requeridas por la empresa Hidrandina S.A., observadora de la obra contratada por la Entidad, se ha cumplido con lo requerido por lo que la demandada ha debido prever que el trabajo solicitado en la obra debió efectuarse de manera correcta al alcance del contrato y no como lo requirió el observador de la Obra (Hidrandina S.A.) en el periodo de recepción de la Obra.

Asimismo, debe tenerse en cuenta también que, a lo largo de los dos años que duró la recepción de la obra, la Entidad no ha manifestado su posición sobre la demora en la recepción de la obra, ello corrobora lo establecido en el párrafo anterior puesto que la Entidad ha requerido que la empresa contratista cumpla con las observaciones y los requerimientos de la empresa observadora de la Recepción de la Obra Hidrandina S.A.

Asimismo, en el recuento de los hechos sustentados por la documentación presentada, se acredita que la Entidad y sus órganos de representación no han ejercido sus funciones con celeridad en las comunicaciones y requerimientos solicitados al contratista.

Debemos señalar que, siendo que el Gobierno Regional de Cajamarca y la Supervisión de la Obra dieron cuenta que la obra se encontraba culminada, las observaciones señaladas por intermedio de la empresa Hidrandina S.A., observadora de la Obra nombrada con el Comité de Recepción de la Obra, la obra se cumplió conforme al plazo de la ejecución de la misma.

En este sentido, tenemos claro que la demora por la recepción de la obra fue por causas imputables a la Entidad por lo que se ha determinado que la demora en la recepción de la obra es imputable al Gobierno Regional de Cajamarca.

Por ello, siendo que el Artículo 268° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala respecto a la demora en la recepción de la obra cuando la Obra no se encuentra culminada, situación que no es aplicable en este caso puesto que, como lo hemos determinado a lo largo del análisis, la Obra se encuentra culminada; para el cálculo de los mayores gastos generales correspondería aplicar lo establecido en el Artículo 261° del Reglamento y no el Artículo 268° ya que, como lo hemos mencionado, la obra no se encuentra paralizada sino culminada.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demora en la recepción de la Obra son por causas imputables a la Entidad, este Tribunal Arbitral considera necesario indicar que la liquidación y su consentimiento, materias que son controversias al presente arbitraje, ya determinados por el Contratista y la Entidad en su debido procedimiento (el mismo que fue declarado improcedente en su momento por la Entidad y declarado fundado a favor del Contratista en nuestro primer y segundo punto controvertido) son determinados por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, lo que genera un punto al cual debemos detallar que si bien con el consentimiento de la liquidación en el presente laudo se obtiene los montos que el Contratista le corresponde, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no indica que no pueda agregarse un monto a la liquidación que por derecho, conforme al análisis establecido, le corresponde al Contratista debido a que se ha acreditado que la demora en la recepción de la Obra se debe a causas imputables a la Entidad.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Debe tenerse presente también que los efectos generados en este Contrato se dan una situación sui generis debido a que lo pactado por las partes no concuerda con lo establecido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, sin embargo, el Tribunal Arbitral, en aplicación del principio iura novit curia, debió efectuar el análisis de los efectos y los actos que se generaron del contrato y pronunciarse sobre el mismo, los mismos que fueron eminentemente referenciales para la solución de las controversias.

Por ello, debemos recordar que la norma de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aplicable al presente caso no establece ni prohíbe que se adicione algún monto señalado cuando las controversias se generen de la Liquidación del Contrato.

Adicionalmente debemos mencionar que el Contrato si contiene deficiencias que son derivadas del pobre análisis llevado por la Entidad al momento de pactar las Bases y suscribir el Contrato. De ello se desprende que la Entidad solicite al Tribunal Arbitral en el trigésimo tercer punto controvertido respecto a que se establezca que en el contrato haya una recepción provisional y una definitiva, lo que ha generado como consecuencia que la entidad sea responsable que la demora en la recepción de la obra se efectúe.

Entonces, siendo que la liquidación en el presente proceso no ha quedado aprobada ni consentida, debido al presente arbitraje y sus pretensiones, puede agregarse el reconocimiento y monto a la liquidación consentida en el presente laudo.

En este sentido, este Tribunal Arbitral ampara lo solicitado por el contratista y reconoce los mayores gastos generales señalados. Asimismo, en relación al pedido de reconocimiento de los intereses producto de los mayores gastos generales reconocidos, cabe indicar que de la revisión del contrato, así como de las Bases Integradas del mismo, no existe mención alguna sobre el tipo de interés a computarse en el supuesto de ser requeridos éstos.

Por lo tanto, en consideración de lo anterior, cabe determinar el tipo de interés y desde qué momento deberá computarse el mismo.

Al respecto, para poder determinar el tipo de intereses, describiremos a continuación los mismos, para posterior a ello, poder determinar cuál es el que corresponde al presente caso.

El ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. En cambio, el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1242° del Código Civil.

Habiendo definido ambos tipos de intereses, queda claro que para la aplicación de los mismos en el presente arbitraje, corresponderá aplicar solamente los moratorios, en tanto lo que se busca es reparar los daños y perjuicios por el retraso en la ejecución de una obligación.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"

Asimismo, el artículo 1246° del Código Civil ha establecido que "si los contratantes no pactan el pago de un interés moratorio, el deudor se encontrará obligado al pago de un determinado tipo de interés por causa de mora, que según sea el caso, se tratará del interés compensatorio (pactado) o del interés legal".

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre:

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

En ese sentido, siendo que no se han pactado ningún tipo de interés, nos regiremos por los intereses legales a los que hace alusión el artículo 1246° del Código Civil. Al respecto, el artículo 1244° del mismo cuerpo normativo, nos precisa que la tasa de interés legal será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

En ese sentido, de acuerdo al análisis realizado en este punto controvertido, corresponde amparar lo solicitado por el demandante respecto al reconocimiento de gastos generales; en consecuencia, siendo que el sétimo punto controvertido es una pretensión accesorial al reconocimiento del pago de gastos generales, corresponde también amparar lo solicitado respecto al pago de gastos generales con las exigencias respecto a los intereses legales señalados.

Por las consideraciones expuestas a lo largo de lo analizado en estos puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera que, de acuerdo al procedimiento establecido y al análisis llevado a cabo, corresponde declarar fundada estas pretensiones.

DEL OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca reconozca los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2."

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

fecha de culminación de la obra, estos es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2."

"En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Respecto al reconocimiento de los mayores gastos generales

La empresa Contratista, mediante carta N° 152/2009 notificada a la Entidad el 23 de Octubre de 2009, adjunta la valorización de gastos generales ascendente a la suma de S/1'014.717.50 Nuevos Soles por concepto de la demora de la Entidad en proceder a la recepción de la obra conforme lo establecido en el artículo 268° numeral 6) del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (RLCAE).

En ese sentido, con fecha 23 de Noviembre de 2009, mediante carta notarial N° 066-2009-GR.CAJ/GRC, la Entidad manifestó que dicho pedido resultaba improcedente en tanto que a dicha fecha la obra no se encontraba recepcionada en forma total contando con recepción provisional y además porque no habríamos acreditado los gastos generales solicitados.

Asimismo, con carta notarial N° 005/2010 notificada a la Entidad el 08 de enero de 2010 la empresa demandante da respuesta a la comunicación antes mencionada indicando que la obra se encontraba válidamente recepcionada y que los gastos generales devienen de una obra en proceso de ejecución y no de paralización alguna por lo que la acreditación de gastos generales se cumple con la aplicación de la fórmula contenida en el artículo 261° del RLCAE.

Ante la negativa de la Entidad en reconocer los gastos generales por la demora en la recepción de la obra, con fecha 18 de febrero de 2010, presenta su solicitud de arbitraje, indicando en dicha comunicación que de mantenerse la posición de la Entidad en que la obra no se encontraba recepcionada, estos gastos generales debían ser ampliados desde el 24 de enero de 2009 hasta el 12 de febrero de 2010 (fecha de elaboración de la solicitud de arbitraje) y cuyo cálculo fue presentado como valorización N° 02 de Mayores Gastos Generales.

En dicha solicitud de arbitraje se adjuntó la valorización N° 02 por el monto de S/ 496,485.12 Nuevos Soles, el cual sumado a la valorización N° 01, da un total de S/, 1'531,859.50 Nuevos Soles.

Asimismo, la empresa demandante, mediante carta N° 038/2010 notificada el 01 de marzo de 2010, presenta a la Entidad la valorización N° 02.

Agrega además que la pretensión deberá ser merituada en el supuesto en que el Tribunal Arbitral considere que la obra no había sido recepcionada en forma total, conforme lo ha señalado la Entidad.

De aceptarse el planteamiento de la Entidad significa que esta no cumplió con recepcionar la obra pese a que conforme ha demostrado tanto el Supervisor como el Comité de Recepción han declarado que la obra se encontraba culminada, razón por la cual, no existe argumento legal alguno que justifique la demora de la Entidad en proceder a la recepción.

En tal sentido, el demandante señala que la Entidad no cumplió con su obligación legal de recepcionar la obra, siendo esta demora completamente ajena a su voluntad, razón por la cual, en aplicación del artículo 268° inc. 6, corresponde que se reconozcan los mayores gastos generales hasta que se produzca la recepción de la obra.

La referida pretensión se sustenta en la valorización N° 02, en la cual se ha considerado como fecha de corte para el cálculo de estos mayores gastos generales el 28 de febrero de 2010, oportunidad en la que se elaboró el reclamo contra la Entidad.

Ale Contratistas S.R.L. señala que, de la revisión de esta valorización N° 02, se podrá apreciar que entre el 24 de Enero de 2009 (fecha del Acta de Recepción Provisional) hasta el 28 de febrero de 2010 habían transcurrido 400 días calendarios, de los cuales, aplicando la fórmula de cálculo de gasto general diario dan la suma de S/. 517,172.00 Nuevos soles que deben añadirse a la valorización N° 01, por lo que el monto total adeudado por la Entidad asciende a S/. 1'531,859.50 Nuevos Soles, a los cuales debe agregarse el IGV más los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

La empresa demandante se reservó el derecho de ampliar este monto en tanto que, la fecha de corte considerada para efectuar la segunda valorización no es definitiva sino que fue considerada como punto de cálculo en atención a la negligencia de la demandada en atender su justo reclamo.

Respecto al pago de los mayores gastos generales

El Contratista señala que, al haber quedado acreditada la procedencia de la pretensión anterior, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad demanda que cumpla con el pago de la misma y que asciende a la suma de S/. 1'511,202.62 Nuevos Soles más IGV.

Asimismo agrega que, a ese monto deberá añadirse los intereses legales que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

Respecto al Enriquecimiento sin causa

La empresa demandante señala que, en caso el Tribunal Arbitral desestime su primera pretensión principal, solicita que se reconozca que la Entidad se ha beneficiado indebidamente al negarse a reconocer lo que por ley le corresponde, situación que genera un empobrecimiento en la empresa demandante y un enriquecimiento indebido por parte de la demandada.

En efecto, el demandante señala que el artículo 1954º del Código Civil establece que "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

Asimismo, indica que este supuesto resultará aplicable al presente caso en caso se desestime nuestra primera pretensión principal pues lo cierto es que nuestra representada cumplió con terminar la obra y la Entidad se demoró sin justificación alguna en la recepción de la misma, beneficiándose indebidamente pues se niega a reconocer el derecho a los mayores gastos generales que se han generado a nuestro favor, como resultado de la permanencia en obra de nuestra parte.

Adicionalmente, el demandante añade que el enriquecimiento recoge un principio del derecho que establece que nadie puede enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre, el enriquecido debe restituir.

Sobre ello señala que, como requisitos esenciales de la procedencia de esta pretensión se debe tener en cuenta:

- a) Obtención de ventaja patrimonial de la Entidad: El enriquecimiento se puede producir ya sea por un aumento del activo o por una disminución del pasivo. El enriquecimiento también se puede producir ya sea por un aumento del activo o por una disminución del pasivo. El enriquecimiento también se puede producir cuando es evitada una disminución del patrimonio. En el presente caso, el RLCAE establece que corresponde el reconocimiento de los mayores gastos generales por la demora de la Entidad en recepcionar la obra. Esta negativa de su parte implica que la demandada se beneficia con el activo (monto dinerario) que la norma establece nos corresponde. Esto es, se niega a desprenderse del patrimonio que por mandato legal debe entregarnos.
- b) Empobrecimiento del accionante: Es necesario que el enriquecimiento antes mencionado se de a costa de otro. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable y puede corresponder a una prestación de servicios, la pérdida de un lucro cierto y positivo. En este caso el empobrecimiento del accionante se debe a que la Entidad demandada se niega a reconocer lo que el RLCAE establece que nos corresponde.
- c) Relación entre enriquecimiento y empobrecimiento: Debe existir un lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor. A veces puede darse de manera directa el desplazamiento de valores del patrimonio del actor o de forma indirecta con otro patrimonio de por medio. En este caso la conexión entre uno y otro es inmediata en tanto que en aplicación del artículo 268º del RLCAE nos corresponde el reconocimiento de los mayores gastos generales.
- d) Falta de causa que justifique el enriquecimiento: Es necesario que para entablar la acción falte la causa de la atribución, hay que comprobar en cada caso si queremos considerarlo sin causa, ya que si el enriquecimiento tiene una causa o se apoya en preceptos legales no procede la acción. Al respecto debe señalarse que esta pretensión se sustenta en el supuesto que no existe causa para el enriquecimiento que ha recibido el Gobierno

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Regional de Cajamarca, pues en ninguna ocasión se manifestó ni tácita ni expresamente que íbamos a permanecer más tiempo del que correspondía en obra sin a título gratuito o para recibir otro tipo de contraprestación que no fuera el reconocimiento de lo que la norma establece.

En suma, el demandante señala que esta pretensión se debe a que por algún motivo el Órgano Arbitral considere que EL CONTRATO no puede generar efectos jurídicos, en ese caso, la única opción que queda es la pretensión de enriquecimiento sin causa.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Respecto al reconocimiento de los mayores gastos generales

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que esta pretensión incluye el reconocimiento de los gastos generales en el periodo comprendido entre la terminación de la obra y la recepción provisional, es decir el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2007 al 23 de enero de 2009; que es objeto de la Primera Pretensión Principal; y el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 12 de febrero de 2010; según se indica:

✓ Gastos Generales 24/01/2007 al 23/01/2009	: S/. 1,014,717.50 más IGV
✓ Gastos Generales 24/01/2009 al 12/02/2010	: S/. 496,485.12 más IGV
TOTAL	: S/. 1,511,202.62 más IGV

Respecto de los gastos generales por demora en la recepción de obra correspondientes al periodo comprendido entre el 24 de enero de 2007 al 23 de enero de 2009, de la terminación de obra y recepción provisional, respectivamente; y que supuestamente ascenderían a la suma de S/. 1,014,717.50 (Un Millón Catorce Mil Setecientos Diecisiete con 50/100 Nuevos Soles) más IGV; que es objeto de la Primera Pretensión Principal; el Gobierno Regional de Cajamarca, de manera reiterada se deja constancia que dicha pretensión es infundada por las consideraciones que se indica:

- ✓ El contratista incurrió en demora en la subsanación de observaciones por causas de su exclusiva responsabilidad; por lo que, no corresponde ningún reconocimiento de gastos generales.
- ✓ Los aducidos gastos generales no han sido incluidos en la liquidación del contrato de ejecución de obra que fuera presentado la Supervisión de Obra, por no corresponder y carece de sustento; lo que demuestra que ésta pretensión constituye una argucia legal del contratista orientada a generar confusión y obtener mayores beneficios económicos en perjuicio del Gobierno Regional de Cajamarca.
- ✓ No obstante lo señalado precedentemente y en el supuesto que correspondería los supuestos gastos generales, el demandado señala que deberá tenerse en consideración lo que se indica:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- i. Que la demora en la recepción de la obra sólo es veintinueve (29) días calendario, correspondientes al periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; según lo señalado en el Diagrama de Etapas de Recepción de Obra según Contrato y Hechos Suscitados; por lo que, los supuestos gastos generales sólo ascenderán a la suma de S/. 38,223.02 (Treinta y Ocho Mil Doscientos Veintitrés con 02/100 Nuevos Soles) más IGV, según el detalle siguiente:

RESUMEN DE SUPUESTOS GASTOS GENERALES

OBRA:	PEQUEÑO SISTEMA ELECTRICO CHILETE – III ETAPA
MONTO DEL CONTRATO	
CON IGV (S/.)	3612908.38
PLAZO (Días)	210
GASTO GENERAL	
VARIABLE SIN IGV	270338.87
INDICE UNIFICADO VALOR	
REFERENCIAL (lo)	307.25
GASTO GENERAL DIARIO	
SIN IGV (S/.)	1287.33

AÑO	MES	Nº DIAS ATRASO	GASTO GENERAL DIARIO (S/.)	INDICE UNIFICADO (Ip)	Ip/lo	MAYOR GASTO GENERAL SIN IGV (S/.)
	Febrero	2.00	1287.33	313.55	1,205	2627.44
	Marzo	27.00	1287.33	314.64	1.0241	35595.58
TOTAL (S/.)						38223.02

- ii. El numeral 6.) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; establece que: "Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que hubiere incurrido durante la demora"; quedando claramente establecido que las normas de contratación pública han previsto que en forma posterior a la terminación de la obra de fecha 24 de enero de 2007, sólo corresponde reconocer los gastos generales debidamente acreditados y que resulten conformes con los conceptos y precios ofertados en la propuesta de gastos generales variables del contratista, por lo que, al no haberse acreditado ningún tipo de gasto en el periodo en que aconteció la supuesta demora por parte del Gobierno Regional de Cajamarca corresponderá que el Tribunal Arbitral rechace de plano la pretensión del contratista.

Adicionalmente, la entidad demandada señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración la afirmación del contratista de que la acreditación de los gastos generales es simplemente el cálculo matemático que resulta de aplicar lo señalado en el Artículo

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

260° y 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, debido a que el atraso en la recepción de la obra se debe a una demora y no a una paralización de obra; carece de sustento y el Gobierno Regional de Cajamarca deja constancia que dicha afirmación es contraria a lo señalado en las normas de contratación pública, tal como se ha demostrado en el párrafo precedente; quedando evidenciado que en forma posterior a la culminación de la obra y durante el proceso de recepción de obra sólo se reconocen los gastos generales debidamente acreditados, entendiéndose que la acreditación se realiza con copia de los documentos que sean concordantes con las normas tributarias y contables y documentos que prueben su cancelación de manera fehaciente y que los cálculos matemáticos sólo constituyen una referencia para determinar el límite máximo de los gastos generales a reconocer.

- iii. De manera desproporcionada y desconociendo haber incurrido en demora en la subsanación de observaciones; el contratista solicita gastos generales por un plazo de seiscientos noventa y ocho (698) días calendario, correspondiente al periodo del 27 de abril de 2007 al 23 de enero de 2009, fechas de termino de obra y recepción provisional, respectivamente; así como también, desconocen los plazos que concede el Gobierno Regional de Cajamarca para realizar la recepción de la obra y que se encuentran señalados en el numeral 1) y 2) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; por lo que, de manera reiterada se deja constancia que la supuesta demora sólo es de veintinueve (29) días calendario, correspondientes al periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007.
- iv. El factor de actualización (Ip/Io), no resulta aplicable para todo el periodo que señala el contratista, debiendo calcularse de manera mensual; por lo que, el factor de actualización (Ip/Io) calculado por el contratista carece de valor y deberá ser desestimado por el Tribunal Arbitral por contravenir el primer párrafo del Artículo 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.

En base a ello, el demandado señala, respecto de los gastos generales por demora en la recepción de dicha obra correspondiente al periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 12 de febrero de 2010; de la recepción provisional y la fecha de solicitud de acumulación de pretensiones, respectivamente; y que supuestamente ascenderían a la suma de S/. 496,485.12 (Cuatrocientos Noventa y Seis Mil Cuatrocientos Ochenta y Cinco con 12/100 Nuevos Soles) más IGV; el demandado deja constancia que dicha pretensión es infundada por las consideraciones que se indica:

- ✓ El periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 12 de febrero de 2010, que determina un plazo de trescientos ochenta y cuatro (384) días calendario; forma parte de Periodo de Operación Experimental y el Periodo de Garantía Inicial, conforme se ilustra en el Diagrama lo cual constituye una obligación contractual y como tal los gastos que acontezcan en dicho periodo son de exclusiva responsabilidad del contratista; conforme a lo señalado en el numeral 16.2) Prestaciones incluidas en la Propuesta Económica, el numeral

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

6.20) de la Obligaciones del Contratista de la Parte I) de la información para los postores y el numeral 14.4) de la Recepción de Obra de la Parte II) Especificaciones Administrativas de las Bases Administrativas Integrales y el literal n) del numeral 4.2.2), el literal k) del numeral 6.3), el numeral 19.5), el numeral 19.6), el numeral 20.1) y numeral 20.2) del contrato suscrito.

- ✓ Conforme a lo señalado en el Diagrama de Etapas de Recepción de Obra según Contrato y Hechos Suscitados, el Gobierno Regional de Cajamarca tenía como fecha máxima para cumplir con la Recepción Definitiva de Obra el 24 de marzo de 2010; por lo que, no resulta razonable aducir demora en la recepción de obra sin que haya vencido el plazo establecido según los alcances del contrato suscrito; puesto que el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 12 de febrero de 2010 es anterior a la fecha de vencimiento del plazo para la recepción definitiva de la obra.
- ✓ La Carta N° 152/2009, Carta N° 005/2010 y la Carta N° 038/2010 del contratista, mediante las cuales se solicita el pago de los gastos generales son nulas de pleno derecho por contravenir las normas de contratación pública y el contrato suscrito; según los cuales el pago de gastos generales por demora en la recepción de obra deberá ser debidamente acreditado y por pretender cobrar gastos generales en el periodo de operación experimental y de garantía inicial que es de responsabilidad exclusiva del contratista.
- ✓ No obstante lo señalado precedentemente, el demandado deja constancia de lo siguiente:
 - i. El factor de actualización (Ip/Io), no resulta aplicable para todo el periodo que señala el contratista; debiendo calcularse de manera mensual; por lo que, el factor de actualización (Ip/Io) calculado por el contratista carece de valor y deberá ser desestimado por el Tribunal Arbitral por contravenir el primer párrafo del Artículo 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.
 - ii. La afirmación del contratista de que la acreditación de los gastos generales se cumple sólo con el siempre cálculo de los mismos, en la forma prevista en el Artículo 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; carece de racionalidad y de sustento legal, debido a que la acreditación deberá realizarse con copia de los documentos que sean concordantes con las normas tributarias y contables y documentos que sean concordantes con las normas tributarias y contables y documentos que prueben su cancelación fehaciente y que los servicios fueron prestados en el periodo de demora; y los cálculos matemáticos sólo constituyen una referencia para determinar el límite máximo de los gastos generales a reconocer; asimismo, los supuestos gastos generales deberán ser concordantes con los conceptos y costos señalados en la propuesta del contratista.
 - iii. Ante la afirmación del contratista de que la segunda valorización de gastos generales no es definitiva sino que el 12 de febrero de 2010 es un punto de corte para el cálculo de los mismo; el Gobierno Regional de Cajamarca deja constancia que el periodo para análisis de los supuestos gastos generales posteriores a la recepción provisional de la obra es el

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 11 de marzo de 2010, fecha en la que se notificó la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P que determinó resolver el contrato de ejecución de obra; es decir el integro del horizonte de análisis de los supuestos gastos generales se encuentra comprendido en el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y la recepción definitiva; sin que exista ninguna posibilidad como para aducir demora en la recepción de obra, puesto que los hechos acontecieron en el periodo en que el contrato suscrito ha establecido para que el Gobierno Regional de Cajamarca cumpla con recepcionar la obra.

La entidad demandada señala que, respecto al pago de intereses, el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que los intereses sólo corresponden por incumplimiento de pago de obligaciones contractuales que hayan sido previamente requeridas y que las solicitudes cumplan con las formalidades señaladas por las normas de contratación pública; conforme a lo señalado en el Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS 083-2004-PCM; por lo que, no corresponde el pago de ningún tipo de intereses debido a que la solicitud del contratista carece de sustento técnico y legal y consecuentemente no existe ningún incumplimiento por parte del Gobierno Regional de Cajamarca.

Asimismo, se reitera que el contratista de manera errónea sostiene que el pago de mayores no requiere acreditación; lo cual resulta contrario a lo señalado en las normas de contratación pública e imposibilita su atención; quedando claramente establecido que el supuesto incumplimiento de pago por gastos generales es de responsabilidad exclusiva del contratista.

Adicionalmente, el demandado señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que esta pretensión abarca a la Primera Pretensión Principal; correspondiendo rechazar de plano la primera pretensión principal a fin de evitar duplicidad y facilitar el análisis de las controversias.

Respecto al pago de los mayores gastos generales

El demandado señala que el Acta de Recepción con Observaciones del 27 de abril de 2007, Carta CJ-EO-IP-032-07 del 13 de noviembre de 2007, Carta CJ-EO-IP-002-08 del 21 de febrero de 2008, Carta CJ-EO-SER-IP-001-08 del 24 de junio de 2008, prueban que el contratista incurrió en retraso en la subsanación de observaciones habiendo excedido el plazo de veintisiete (27) días calendario que disponía el contratista para subsanar las observaciones; por causales que son de su exclusiva responsabilidad.

No corresponde que el Gobierno Regional de Cajamarca pague gastos generales por demora en la recepción de la obra por la suma señalada; debido a que la demora sólo es de veintinueve (29) días, correspondiente al periodo del 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; y el contratista no ha cumplido con acreditar los gastos en que habría incurrido en dicho periodo, conforme a lo previsto en el numeral 6) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; los mismos que no deberán exceder la suma de S/. 38,223.02 (Treinta y Ocho Mil Doscientos Veintitrés con 02/100 Nuevos Soles) más IGV.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Respecto al pago de intereses, el demandado señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que los intereses sólo corresponden por incumplimiento de pago de obligaciones contractuales que hayan sido previamente requeridas y que las solicitudes cumplan con las formalidades señaladas por las normas de contratación pública; conforme a lo señalado en el Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM; por lo que no corresponde ningún tipo de intereses debido a que la solicitud del contratista carece de sustento técnico y legal y consecuentemente no existe ningún incumplimiento por parte del Gobierno Regional de Cajamarca.

Asimismo, se reitera que el contratista de manera errónea sostiene que el pago de mayores no requiere acreditación; lo cual resuelta contrario a lo señalado en las normas de contratación pública e imposibilita su atención; quedando claramente establecido que el supuesto incumplimiento de pago por gastos generales es de responsabilidad exclusiva del contratista.

Adicionalmente, el demandado señala que el Tribunal Arbitral deberá tener consideración que esta pretensión se abarca a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal; correspondiendo rechazar de plano la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal a fin de evitar duplicidad y facilitar el análisis de las controversias.

Respecto al Enriquecimiento sin causa

La entidad demandada señala que el contratista no ha probado que el Gobierno Regional de Cajamarca se haya enriquecido indebidamente durante la recepción de obra comprendido entre el 24 de enero de 2007 al 12 de febrero de 2010; puesto que durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 2007 al 23 de enero de 2009, el contratista incurrió en demora en la subsanación de observaciones por causales de su entera responsabilidad y como tal no corresponde reconocer gastos generales; asimismo, el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 12 de febrero de 2010 corresponde al periodo de operación experimental, al periodo de garantía inicial y a la recepción definitiva de la obra y en este periodo los gastos que acontezcan son de responsabilidad exclusiva del contratista conforme a lo señalado en las Bases Administrativas Integradas y el contrato suscrito.

No corresponde que el Gobierno Regional de Cajamarca pague gastos generales por demora en la recepción de la obra por la suma señalada; debido a que la demora sólo es de veintinueve (29) días, correspondiente al periodo del 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; y el contratista no ha cumplido con acreditar los gastos en que habría incurrido en dicho periodo, conforme a lo previsto en el numeral 6) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; los mismos que no deberán exceder la suma de S/. 38,223.02 (Treinta y Ocho Mil Doscientos Veintitrés con 02/100 Nuevos Soles) más IGV.

La demandada indica que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que el Gobierno Regional de Cajamarca ha expresado su negativa a reconocer las peticiones del contratista por ser contrarias a las normas de contratación pública y al contrato suscrito, como son la negativa a acreditar los gastos en que se habría incurrido y la solicitud de pago por periodos de incumplimiento en la subsanación de observaciones y del periodo de operación experimental, de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

garantía inicial y de recepción definitiva; y como tal no resulta razonable que el contratista aduzca que no se ha reconocido lo que la ley le corresponde cuando las solicitudes vulneran la propia ley con la que el contratista pretende amparar las pretensiones.

Respecto al pago de intereses, la demandada señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que los intereses sólo corresponden por incumplimiento de pago de obligaciones contractuales que hayan sido previamente requeridas y que las solicitudes cumplan con las formalidades señaladas por las normas de contratación pública; conforme a lo señalado en el Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM; por lo que no corresponde ningún tipo de intereses debido a que la solicitud del contratista carece de sustento técnico y legal y consecuentemente no existe ningún incumplimiento por parte del Gobierno Regional de Cajamarca.

Asimismo, se reitera que el contratista de manera errónea sostiene que el pago de mayores no requiere acreditación; lo cual resuelta contrario a lo señalado en las normas de contratación pública e imposibilita su atención; quedando claramente establecido que el supuesto incumplimiento de pago por gastos generales es de responsabilidad exclusiva del contratista.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Respecto a este punto, es importante precisar que siendo que el octavo, noveno y décimo punto controvertido son pretensiones subordinadas a la pretensión principal referente a:

"Determinar si corresponde o no reconocer los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.

Siendo el caso que la referida pretensión ha sido declarada fundada por este Tribunal Arbitral, y teniendo en cuenta que las pretensiones requeridas en estos puntos controvertidos son subordinadas a la principal y siguiendo las reglas de la doctora Marianella Ledesma⁸⁵ que señala:

"La subordinada opera cuando se plantea un petitorio como principal y en la hipótesis que se declare infundada se pronuncie sobre el otro petitorio"

Conforme a ello, siendo que la pretensión principal ha sido declarada fundada, corresponde desestimar estas pretensiones y, por consiguiente declararlas infundadas.

DEL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

⁸⁵ Ledesma Narvaez, Marianella (2009) "Comentarios al Código Procesal Civil", Editorial de Gaceta Jurídica, 2da Edición, Lima. P.203

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. los gastos financieros y mantenimiento de las cartas fianzas."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

La empresa contratista señala que la omisión de la Entidad en cumplir con sus obligaciones contractuales nos obliga a mantener vigentes las garantías de fiel cumplimiento por el monto de S/. 361,291.00 Nuevos Soles.

Al respecto, el demandante señala la cláusula 17.4 del Contrato que establece que la garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente por todo el plazo del contrato incluyendo la liquidación.

En el presente caso, el demandante añade que la demora de la Entidad en proceder a la recepción de la obra ha generado que tengamos que asumir el mayor costo financiero por renovación de la carta fianza por lo que, con su arbitrio e ilegal proceder es responsable de estos costos financieros, correspondiendo que el Tribunal Arbitral declare que el Gobierno Regional de Cajamarca deba asumir dicho mayor costo hasta la fecha en que se disponga el levantamiento de las mismas.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

La entidad demandada señala que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que el tercer párrafo del numeral 14.4) del Periodo de Garantía Inicial, de la Parte II) Especificaciones Administrativas de las Bases Administrativas Integradas, señala: "Si el CONTRATISTA no reemplazara los equipos defectuosos o dejara de ejecutar cualesquiera de los trabajos mencionados y que fueran requeridos por el Operador, el CONTRATANTE tendrá la facultad de reemplazar los equipos o de realizar dichos trabajos por sus propios medios o con otros Contratistas, pudiendo recuperar el costo de los mismos, de cualquier suma adeudada al CONTRATISTA o en caso de que aún no hubiera sido entregada, de la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato"; lo cual deja claramente establecido que la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra tiene que ser posterior al periodo de garantía inicial, a fin de poder incluir algún gasto que realice el Gobierno Regional de Cajamarca ante el incumplimiento del contratista en dicho periodo, caso contrario no existiría ninguna posibilidad de que el Gobierno Regional de Cajamarca recupere el monto invertido y que en concordancia con lo señalado en el numeral 17.4) del contrato suscrito se determina que la garantía de fiel cumplimiento deberá mantenerse vigente hasta la culminación del periodo de garantía inicial y el consentimiento de la liquidación del contrato de ejecución de obra, por lo que, el contratista tiene la obligación contractual de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta la liquidación del contrato de ejecución de obra, que es posterior al periodo de garantía inicial y como tal no corresponde que el Gobierno Regional de Cajamarca pague los gastos financieros y de mantenimiento de carta fianzas por ser una obligación contractual del contratista.

En ese sentido, agrega que los gastos financieros y de mantenimiento de cartas fianzas, sólo están referidos a la garantía de fiel cumplimiento y forman parte de los supuestos gastos generales, al estar incluidos en la propuesta de gastos generales variables del contratista; por lo

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

que, la presente pretensión reitera la solicitud realizada a la primera pretensión principal, la pretensión accesoria a la primera pretensión principal, la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada y la segunda pretensión subordinada a la primera pretensión principal; y como tal deberá ser rechazada de plano por el Tribunal Arbitral.

Adicionalmente, deberá tenerse en consideración que el contratista no ha acreditado los gastos en que aduce haber incurrido; los mismos que deberán estar sustentados con documentos que resulten conformes con las normas contables y tributarias y que prueben haberse realizado su cancelación de manera fehaciente.

Teniendo en consideración que el Gobierno Regional de Cajamarca incurrió en demora en la recepción de la obra por veintinueve (29) días, correspondiente al periodo del 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; se determina que el único periodo que podría ser objeto de reconocimiento de gastos financieros es el comprendido entre el 27 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007; sin embargo, al no haberse acreditado ningún gasto en dicho periodo, no corresponde que el Gobierno Regional de Cajamarca realice ningún tipo de reconocimiento.

Asimismo, el numeral 17.6) del contrato suscrito señala que la devolución de la garantía de fiel cumplimiento se realizará dentro de los sesenta (60) días naturales luego de suscrita el Acta de Recepción de la Obra y de aprobada y consentida la liquidación final del contrato; entendiéndose que la Recepción de Obra es posterior al periodo de operación experimental y periodo garantía inicial; por lo que, el contratista está obligado a mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento durante la demora en la subsanación de observaciones y durante el periodo de operación experimental y periodo de garantía inicial; y como tal, no corresponde ningún reconocimiento por concepto de gastos financieros y de mantenimiento de cartas fianzas, por ser obligación contractual del contratista; lo cual también resulta conforme con lo señalado en el Artículo 215° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

La empresa contratista solicita el pago de los gastos financieros y el mantenimiento de las cartas fianzas debido a que se acredita que la demora en la recepción de la obra le ha generado mayor costo financiero por renovación de la carta fianza.

Al respecto, el Artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala:

Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo.

Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

De lo establecido en la norma, se obtiene que la garantía presentada en el contrato de ejecución de obra debe tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación de la obra. Lo que señala el texto referido es que la constitución de la garantía y sus continuas renovaciones es una obligación que el contratista debe efectuar cumpliendo lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Ante ello, y teniendo en cuenta que el contratistas solicita el pago de los gastos financieros y el mantenimiento de las cartas fianzas, siendo que dicho pedido se encuentra establecido como una obligación del contratista, este Tribunal Arbitral considera que esta pretensión debe desestimarse, y en consecuencia, declarar infundado el presente punto controvertido.

DEL DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que la resolución de contrato efectuada por la Entidad demandada deviene en ineficaz en tanto que no se ajusta a lo establecido en el Contrato y además porque en forma arbitraria no ha tenido en cuenta los hechos.

Del contenido de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P

El demandante señala que en este acto administrativo se indica lo siguiente:

"Que, del requerimiento.- La Entidad mediante Carta Notarial N° 41-2009-GR-CAJ/GRI, debidamente notificada en fecha 12 de junio de 2009, notificó al contratista para que en el plazo de 15 días calendario, cumpla con su obligación contractual contenida en el numeral 16.1.15 del Contrato, es decir cumpla con tramitar la constitución del derecho de servidumbre, bajo apercibimiento de procederse a la resolución del contrato, requerimiento que se ha realizado conforme a lo dispuesto por el literal c) del artículo 41ª del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y en estricta observancia de lo establecido por el artículo 226º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Que, de la verificación del incumplimiento.- Se tiene que, la Entidad otorgó al Contratista 15 días calendario a fin de cumplir con su obligación contractual, plazo que se empezó a computar desde el día 13 de Junio de 2009, en tal sentido tenemos que mediante Informe N° 001-2010-GR.CAJ-GRI-SGSL/MGD, de fecha 11 de enero de 2010, se informa que "En el acta de Recepción Provisional de Obra se ha establecido que queda pendiente el pago de la franja de servidumbre con algunos propietarios afectados en sus predios agrícolas, se

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

evidencia que la empresa contratista no está cumpliendo con dicha obligación contractual y a la fecha el contratista no cumple con sanear totalmente la gestión de servidumbre", por lo que se ha determinado que la empresa contratista no ha cumplido con su obligación contractual pese al requerimiento notarial realizado por la Entidad; en tal sentido, habiéndose determinado el incumplimiento por parte del contratista previamente requerido, la Entidad debe proceder a resolver el contrato de ejecución de obra por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales;

Que, de la resolución del contrato.-se tiene que habiendo determinado el área técnica el incumplimiento de obligaciones contractual por parte del contratista, se debe proceder a la resolución del contrato de ejecución de obra, toda vez que según la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato de Ejecución de obra (..) en tal sentido, y del marco legal anteriormente descrito se puede establecer que al haber determinado la parte técnica (Informe N° 001-2010-GR-CAJ-GRI-SGSL/MGD) un incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del contratista es procedente que se resuelva el contrato de ejecución de obra, en concordancia además con los artículos 224°, 225°, 226°, del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en atención a que el contrato a la fecha no ha culminado definitivamente y no se ha cerrado el expediente respectivo, toda vez que la Liquidación de Obra no ha quedado a la fecha aprobada o consentida, de conformidad con el artículo 270° del Reglamento en mención;"

La entidad demandada señala que este acto administrativo se sustenta en el Informe N° 001-2010-GR.CAJ- GRI/ELAQ, de fecha 11 de Enero de 2010, el cual, NUNCA FUE PUESTO EN CONOCIMIENTO DEL CONTRATISTA.

Asimismo, tampoco fueron puestos en conocimiento los siguientes informes a los que hace referencia el acto administrativo impugnado:

- Informe N° 002-2010-GR.CAJ-GRI/ELAQ, que según indica emite opinión técnica favorable para la resolución del contrato.
- Informe N° 02-2010-GR-.CAJ/CDA se emite opinión legal sobre la resolución del contrato.
- Oficio N° 224-2010-GR.CAJ/PRO.P.R, por el cual, la Procuraduría Pública Regional, informa que la Entidad tiene expedito el derecho para proceder a la resolución del contrato.

Cabe señalar que ninguno de estos informes fue puesto en conocimiento del demandante y que por tanto, desconocen el contenido de los mismos, no habiéndose corrido traslado de los mismos a fin de poder presentar sus descargos, lo cual evidencia una clara afectación al derecho de defensa del mismo.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Por otro lado, el demandante señala que la resolución del contrato se sustenta exclusivamente en el Informe N° 001-2010-GR.CAJ-GRI-SGSL/MGD de fecha 11 de enero de 2010, el cual, según señala la resolución impugnada en el sexto párrafo de sus considerandos, fue elaborado por el Ing. Manuel García Damián, quien informó que la Contratista "ha incumplido con sanear la gestión de servidumbre en su totalidad, indica además que esta obligación constituye una obligación contractual a cargo del contratista, solicitando la resolución del contrato".

Asimismo, en el décimo párrafo del mismo informe expresamente indica: "En el Acta de Recepción Provisional de obra se ha establecido que queda pendiente el pago de la franja de servidumbre con algunos propietarios afectados en sus predios agrícolas, se evidencia que la empresa contratista no está cumpliendo con dicha obligación contractual, y a la fecha el contratista no cumple con sanear totalmente la gestión de servidumbre".

Adicionalmente añade que el referido Informe Técnico que sustenta la resolución del Contrato indica que se ha incumplido con sanear la gestión de servidumbre en su totalidad, esto es, lo que imputa el referido Informe Técnico es que no se habría culminado con la gestión de servidumbre.

Sin embargo, la Resolución Ejecutiva Regional cuestionada, deja de lado esta precisión y se limita a señalar que el Contratista no ha cumplido con su obligación contractual pese al requerimiento notarial realizado.

Asimismo, señala que a partir de lo establecido en la cláusula vigésimo tercera del contrato y el artículo 41° inc. C) de la Ley, además de lo indicado en el Informe Técnico antes citado, resulta procedente resolver el contrato, toda vez que la Liquidación de obra no ha quedado a la fecha aprobada o consentida.

De la nulidad de la resolución impugnada.

El Contratista, a fin de demostrar la arbitrariedad de esta decisión y la nulidad de la misma, establece cuál fue la obligación contractual que supuestamente habría incumplido.

En ese sentido, La cláusula 16.1.15 del Contrato establece que:

"El contratista realizará la gestión para la constitución del derecho de servidumbre, de acuerdo a la formalidad prevista en el inciso g) del artículo 222° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, y normas modificatorias.

La gestión para la constitución de derecho de servidumbre incluirá la valorización, trámite y pago con la participación directa del Supervisor, de la compensación e indemnización, en caso de que corresponda, de las áreas involucradas en el Proyecto. La gestión y los costos financieros que demande este trámite, serán considerados y resarcidos convenientemente al CONTRATISTA por el GOBIERNO REGIONAL, previa aprobación y/o informe del Supervisor."

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Conforme esta estipulación contractual era de cargo del Contratista efectuar la gestión de servidumbre con la participación de la Supervisión.

Al respecto, el demandante señala que, mediante carta N° 0120/2008 de fecha 10 de agosto 2009, se presentó el Expediente Completo de Gestión de Servidumbre. El pago de la servidumbre se fue efectuando conforme se encontraba a los propietarios y/o poseedores que contaran con sus documentos que acreditaran su derecho al pago de dicha servidumbre. Conforme se desarrollaban estos pagos, se requería el reembolso de los mismos, conforme lo acreditan las siguientes comunicaciones:

- a) Carta N° 0272/2007 del 06 de agosto de 2007 por el que se le solicitó el reembolso de S/17,460.90.
- b) Carta N° 120/2008 del 10 de agosto de 2009, por la cual se entregó el Expediente Completo de gestión de servidumbre por la suma de S/. 90,209.00
- c) Carta N° 089/2009 del 26 de junio de 2009, por la cual solicitamos el reembolso de S/. 43,949.00.
- d) Carta N° 119/2009 del 10 de agosto de 2009 por la cual solicitamos el reembolso de la suma de S/.17,720.00 haciendo un total de S/.79,129.90, que da un porcentaje de 87.72% del total de la servidumbre.

Sobre ello, el demandante señala que debe tenerse presente que en el ACTA DE RECEPCIÓN de fecha 23 de enero de 2009 se indicó que quedaba pendiente el pago de servidumbre que sería subsanado durante el período de operación experimental.

Las comunicaciones antes citadas, evidencian que el Contratista cumplió con dicha anotación, durante el período de operación experimental.

En tal sentido, no es cierto lo que se indica en el acto administrativo impugnado, en tanto que el Contratista DIO INCUMPLIMIENTO a su obligación contractual contenida en la cláusula 16.1.15.

Respecto al incumplimiento, el demandante señala que la servidumbre que no se pudo culminar se debió a que los propietarios faltantes (menos del 12%) no acreditaron su propiedad y en otros casos no se hicieron presente cuando se les cito, por lo que no existe incumplimiento injustificado de nuestra representada.

Por otro lado, la demandada aplica erróneamente el contrato y la normativa sobre contrataciones con el Estado.

Atendiendo a ello, respecto del contrato, se limita a citar el primer párrafo de la cláusula Vigésima tercera, numeral 1 ("EL GOBIERNO REGIONAL podrá resolver el contrato, total o parcialmente en caso de incumplimiento por parte del CONTRATISTA...") sin tomar en cuenta esta cláusula en su integridad. Al respecto, el segundo párrafo de dicha cláusula contractual establece:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"En consecuencia el GOBIERNO REGIONAL podrá resolver el contrato, de conformidad al inciso c) del artículo 41 de la LEY de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en los siguientes casos:

- a. Incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales esenciales, legales o reglamentarias a cargo del CONTRATISTA, pese a haber sido requerido para ello.

Cabe precisar que se consideran obligaciones esenciales aquellos aspectos que fueron factores de calificación y selección así como aquellas condiciones que resulten indispensables para el normal cumplimiento del contrato"

Respecto a ello, el demandante señala que esta cláusula contractual estipula expresamente que sólo procederá la resolución del contrato cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones esenciales.

En el presente caso, la Entidad no ha acreditado que el Contratista incumplió injustificadamente su obligación contractual de culminación de saneamiento y mucho menos ha acreditado que la misma sea una obligación contractual esencial. En tal sentido, es claro que la resolución del contrato se sustenta en una lectura parcial y arbitraria de la cláusula vigésimo tercera.

Asimismo, no se ha tomado en cuenta el artículo 225º inc. 1) del Reglamento, el cual establece que la Entidad podrá resolver el contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 41º de la Ley, cuando el contratista:

"Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello".

El Contratista señala que no se ha incumplido injustificadamente la obligación de gestión de servidumbre conforme lo acreditan las cartas antes citadas.

En este sentido, el Contratista señala que la resolución del contrato aplica en forma errada la normativa sobre contrataciones con el Estado pues es claro que solo procede la resolución del contrato, cuando el contratista incumple INJUSTIFICADAMENTE sus obligaciones contractuales.

Además, en el presente caso, conforme la cláusula contractual vigésimo tercera, no basta con el incumplimiento injustificado, sino además debe tratarse de una obligación esencial, lo cual no ha sido materia de análisis en los considerandos del acto administrativo impugnado.

Ahora bien, la Entidad, señala que se efectuó al Contratista un apercibimiento de resolución de contrato mediante Carta Notarial N° 41-2009-GR-CAJ/GRI, notificada el 12 de junio de 2009, sin embargo, omite señalar que nuestra representada absolvió dicho apercibimiento mediante carta N° 087/2009 de fecha 22 de junio de 2009, en la cual se informa lo siguiente:

"Sobre esta actividad informamos que no se ha podido realizar la totalidad de los pagos, debido a que no se ha podido encontrar a los verdaderos titulares de los

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

predios afectados, como consecuencia de migraciones a otras zonas diferentes a los de su lugar de origen, encontrándose solamente a algunos poseionarios que carecen de documentos y no acreditan posesión, lo cual dificulta que se cumpla con los pagos faltantes.

Sin embargo, le hacemos saber que en la fecha contamos con personal dedicado exclusivamente a la ubicación de dichos propietarios y al pago correspondiente al derecho de servidumbre.

Por lo expuesto vemos que este faltante de pago no es de responsabilidad nuestra al ser un hecho que no está bajo nuestro control; sino se debe a una causal de fuerza mayor que imposibilita cumplir con esta actividad".

El demandante señala que esta carta que la demandada ha omitido tomar en cuenta al momento de resolver el contrato, evidencia la arbitrariedad de dicha decisión, pues desde el 22 de Junio de 2009 tenía conocimiento de la imposibilidad de culminar la gestión de servidumbre por razones ajenas a nuestra representada.

Además conforme lo acreditan las cartas de fecha 26 de junio y 10 de agosto de 2009, nuestra representada continuo la gestión de servidumbre hasta donde le fue posible, por lo que, queda acreditado que la resolución del contrato deviene en nula por arbitraria y omitir el análisis de la cláusula vigésimo tercera en su integridad y el artículo 225° inc. 1 del Reglamento respecto del incumplimiento "injustificado".

Queda claro también que el Contratista absolvió el apercibimiento efectuado por la demandada, lo cual tampoco ha sido materia de análisis en los considerandos de la resolución de contrato impugnada, quedando en evidencia que este acto administrativo deviene en nulo no sólo por ser contrario a la normativa de contrataciones con el Estado, sino además por vicios de motivación.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que los numerales 1.15) y 6.2), de la Parte II de las Especificaciones Administrativas integradas; y el literal I) del numeral 4.2.2) y el numeral 16.1.15) del contrato suscrito; establecen que el demandante tiene la obligación contractual de tramitar la constitución del derecho de servidumbre.

Asimismo, la entidad demandada señala que el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que el Presupuesto de Obra contempla la partida 1.05) relacionada con el Montaje Electromecánico de la Línea Primaria, para la Gestión de Servidumbre; y que el Calendario de Avance de Obra (CAO) propuesto por el propio demandante estableció que la gestión de servidumbre debió ejecutarse en el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2006 al 25 de setiembre de 2006, con un plazo de duración de ciento sesenta y cuatro (164) días calendario; por lo que, está claramente evidenciado que el demandante tenía la obligación contractual de tramitar la constitución del derecho de servidumbre durante la ejecución contractual de la obra.

Adicionalmente a lo señalado, tomando en consideración que el inicio de ejecución de obra fue el 25 de marzo de 2006 y la fecha real de término de obra fue el 24 de enero de 2007, se determina que el demandante dispuso de tiempo mayor al previsto en el Calendario de avance de obra

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

propuesto por el propio demandante; sin embargo, pese a que el demandante contó con más de tres (03) años adicionales contados desde el término hasta la resolución del contrato de fecha 11 de marzo de 2010, no cumplió con la obligación de tramitar la constitución del derecho de servidumbre; por lo que, las alegaciones del demandante de que no se había podido encontrar a los verdaderos titulares de los predios afectados como consecuencia de migraciones a otras zonas, encontrándose sólo a algunos poseionarios que carecen de documentos y no acreditan su posesión; sólo constituye una justificación a las demoras acontecidas que son de exclusiva responsabilidad y como tal deberán ser rechazadas de plano por el Tribunal Arbitral.

Los medios probatorios dados a conocer en la contestación y reconvención a la primera demanda arbitral del demandante, prueban que el demandante no cumplió con tramitar la constitución del derecho de servidumbre durante el plazo contractual de ejecución de obra; ni en el periodo de levantamiento de observaciones; y más aún incluso luego de recepcionada la obra de manera provisional y de presentada la liquidación por parte del demandante con fecha 23 de enero de 2009 y 13 de marzo de 2009, respectivamente; el demandante cursó la Carta N° 139/2009 del 23 de setiembre de 2009; por lo que, está debidamente acreditado que el demandante incumplió su obligación de tramitar la constitución del derecho de servidumbre por razones de su exclusiva responsabilidad.

Asimismo, el demandante señala que siendo la tramitación de la constitución del derecho de servidumbre una obligación contractual del demandante e inclusive prevista en el Presupuesto de Obra y Calendario de Avance de Obra (CAO) y en el supuesto que hubiera existido las demoras por causas no atribuibles al demandante; este debió solicitar la ampliación de plazo, conforme a lo señalado en los Artículos 258° y 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; sin embargo, el demandante nunca solicitó ampliación de plazo invocando a dichos hechos; por lo que, se determina que los supuestos inconvenientes que aduce el demandante no son concordantes con los hechos reales y como tal, carece de toda credibilidad las afirmaciones del demandante y deberán ser desestimadas por el Tribunal Arbitral.

Asimismo, la Entidad señala que deberá tomarse en consideración que al no haber cumplido el demandante con tramitar la constitución del derecho de servidumbre dentro del plazo pactado o en extremo dentro del plazo real de obra, tal como se había pactado; cualquier acontecimiento que ocurra fuera de dicho periodo es de responsabilidad exclusiva del demandante y sus consecuencias no pueden ser atribuibles al Gobierno Regional de Cajamarca; puesto que a partir del 24 de enero de 2007 al 21 de febrero de 2010, fecha de término real de obra y de resolución de contrato, respectivamente; el demandante se encontraba inmerso en penalidad por mora por incumplimiento en la tramitación de la constitución del derecho de servidumbre, ya que la terminación real de la obra y su recepción, constituyen una terminación y recepción parcial de la obra y conforme a lo señalado en el numeral 5) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el DS N° 084-2004-PCM; la recepción parcial no exime al demandante del cumplimiento del plazo de ejecución.

El demandante indica que la Carta Notarial N° 41-2009-GR-CAJ/GRI notificada el 12 de junio de 2009, de apercibimiento por incumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la tramitación de la constitución del derecho de servidumbre, la Resolución Ejecutiva Regional N°

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

106-2010-GR-CAJ/P del 09 de marzo de 2010, el Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG notificado el 11 de marzo de 2010 y la Carta Notarial N° 23-2010-GR.CAJ/GGR notificada el 16 de marzo de 2010, que ratificó en todos sus extremos los alcances de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P; son conformes con el procedimiento señalado en el Artículo 226° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el DS N° 084-2004-PCM y demás formalidades previstas en el Artículo 267° de la misma norma citada anteriormente; por lo que, la resolución del contrato practicada por el Gobierno Regional de Cajamarca, según Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P es legal y como tal, corresponde que el Tribunal Arbitral desestime la pretensión del demandante de que se declare la nulidad.

En ese sentido, tomando en consideración que el contrato fue resuelto con fecha 11 de marzo de 2010 y que la solicitud de acumulación de pretensión del demandante fue presentada ante el Tribunal Arbitral con fecha 25 de mayo de 2010; es decir, luego de setenta y cinco (75) días de resuelto el contrato, se determina que la resolución del contrato practicada por el Gobierno Regional de Cajamarca según Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P se encuentra consentida, conforme a lo señalado en el último párrafo del Artículo 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el DS N° 084-2004-PCM; por lo que, el Tribunal Arbitral deberá abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P; así como también, deberá desestimar el cuestionamiento a los documentos señalados en la parte considerativa de dicha resolución como son: El Informe N° 001-2010-GR.CAJ-GRI-SGSL/MGD, Informe N° 002-2010-GR.CAJ-GR/ELAQ, Informe N° 02-2010-GR.CAJ/CDA y Oficio N° 224-2010-CR.CAJ/PRO.P.R; por no haberse puesto en conocimiento del demandante; porque el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse sobre el fondo de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P y porque los documentos cuestionados son de trámite interno exclusivo del Gobierno Regional de Cajamarca y que sus alcances han sido acogidos por el Titular del Gobierno Regional de Cajamarca al emitir la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P y como tal, el demandante solo deberá limitarse a cuestionar los documentos de carácter contractual, más no documentos internos que sólo podría ser cuestionados por el funcionario competente o por el propio Titular del Gobierno Regional de Cajamarca, conforme a lo señalado en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

La Entidad señala que el demandante de manera contradictoria, en el numeral 17) del acápite II.2) de su demanda señala haber cumplido con su obligación contractual contenida en la Cláusula 16.1.15) del contrato suscrito y en el numeral 24) del acápite II.2) señala no haber incumplido injustificadamente su obligación de gestión de servidumbre; por lo que, el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración al momento de laudar que el demandante acepta tener la obligación de gestionar la servidumbre y que ésta fue incumplida y sus argumentaciones carecen de validez y sólo constituyen argucias orientadas a generar confusión y justificar el incumplimiento de obligaciones que se encuentra debidamente probado.

Asimismo, la Entidad señala que respecto a los medios probatorios dados a conocer por el demandante dejando constancia de lo siguiente:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- ✓ Respecto a la Carta N° 081/2009 notificada el 18 de junio de 2009; el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que el Gobierno Regional de Cajamarca emitió pronunciamiento mediante Carta Notarial N° 020-2009-GR-CAJ/GGR, notificada el 04 de julio de 2009, en la que se dio a conocer de manera reiterada, que la Municipalidad Distrital de Magdalena ha autorizado conectarse a las redes de su propiedad a fin de dar servicio eléctrico a la localidad el Guayabo, según evidencia en la Carta N° 009-2009-MDM/A; así como también, deberá tomarse en consideración que pese a la observación de que el demandante no había cumplido con ejecutar la línea primaria desde Magdalena hasta el Guayabo; la obra ya había sido recepcionada provisionalmente; por lo que, el apercibimiento realizado por el demandante carece de valor legal y los hechos reales.
- ✓ La Carta N° 087/2009 notificada el 22 de junio de 2009, mediante la cual señala que no se ha podido realizar la totalidad de los pagos de gestión de servidumbre debido a que no se ha podido encontrar los verdaderos titulares de los predios afectados; comunicación que fuera realizada luego de más de dos (02) años de haber vencido el plazo para cumplir con dicha obligación contado a partir del término de obra de fecha 24 de enero de 2007; implica un reconocimiento a su obligación contractual y corrobora la poca voluntad del demandante para cumplir con dicha obligación, puesto que de más de tres (03) años no se puede aducir que no ha sido posible encontrar a los verdaderos titulares de los predios afectados y más aún si nunca antes se dio a conocer al Gobierno Regional de Cajamarca y sin haberse acreditado que acciones ha realizado para contrarrestar las supuestas dificultades.
- ✓ La Carta N° 052/2010 notificada el 24 de marzo de 2010, carece de valor legal y deberá ser rechazada de plano por el Tribunal Arbitral; puesto que conforme a lo señalado en el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el DS N° 084-2004-PCM; la solicitud de acumulación de pretensiones por nuevas controversias relacionadas con la resolución del contrato debió ser dirigida al Tribunal Arbitral, más no al Gobierno Regional de Cajamarca.
- ✓ La Carta N° 054/2010 notificada el 24 de marzo de 2010, mediante la cual deduce la nulidad y/o ineficacia de la resolución N° 106-2010-GR-CAJ/P que determinó resolver el contrato; carece de valor legal, puesto que conforme a lo señalad en el último párrafo del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el DS N° 084-2004-PCM; sólo es posible cuestionar la Resolución N° 106-2010-GR-CAJ/P a través de conciliación y/o arbitraje.
- ✓ La Carta N° 055/2010 notificada el 24 de marzo de 2010, no tiene ninguna relación con la controversia respecto de la resolución del contrato; por lo que, deberá ser desestimada por el Tribunal Arbitral.
- ✓ La Carta N° 089/2009 notificada el 26 de junio de 2009, la Carta N° 0272/2007 notificada el 06 de agosto de 2007, la Carta N° 119/2009 notificada el 18 de agosto de 2009 y la Carta n° 0120/2008, relacionadas con la gestión de servidumbre; prueban que el demandante no cumplió con dicha obligación dentro del plazo de ejecución de obra, ni en el plazo real de ejecución de obra que terminó el 24 de enero de 2007; ya que las

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

comunicaciones antes señaladas se han realizado luego de más de dos (02) años de vencido el plazo para el cumplimiento de la tramitación de la constitución del derecho de servidumbre.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Debemos indicar que el presente Contrato de Ejecución de Obra tiene como objeto la Ejecución de la Obra denominada: "Pequeño Sistema Eléctrico de Chilete – III Etapa".

Siendo que la Resolución emitida por la Entidad resuelve el contrato por el incumplimiento del Contratista de sanear la Gestión de Servidumbre, corresponde observar que indica el contrato sobre ello. Al respecto, inciso l) del punto 4.2.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato establece:

"CLÁUSULA CUARTA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO

(...)

4.2.2 Las prestaciones que deberá ejecutar el CONTRATISTA, de manera enunciativa más no limitativa, son las siguientes:

(...)

l) Realizar la gestión para la imposición de la Servidumbre, asumiendo los pagos a los titulares de los predios, (si fuera el caso) con cargo a ser reembolsados por el GOBIERNO REGIONAL o MUNICIPALIDADES BENEFICIADAS.

De dicha cláusula se puede observar que la empresa ALE Contratistas S.R.L. tiene la obligación de constituir el derecho de servidumbre. Sobre ello, y ya que hemos iniciado el análisis con lo señalado el contrato, pasaremos a observar lo establecido en el punto 16.1.15 de la Cláusula Décimo Sexta del contrato que señala:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA.- DE LAS RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Y DEL GOBIERNO REGIONAL

16.1 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

(...)

16.1.15 Trámite de Constitución de Derecho de Servidumbre

El CONTRATISTA realizará la gestión para la constitución del derecho de servidumbre, de acuerdo a la formalidad prevista en el inciso g) del Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-003-EM y normas modificatorias.

La gestión para la constitución de derecho de servidumbre incluirá la valorización, trámite y pago con la participación directa del Supervisor, de la compensación e indemnización, en caso de que corresponda, de las áreas involucradas en el Proyecto.

La gestión y los costos financieros que demande este trámite, serán considerados y resarcidos convenientemente al CONTRATISTA por el GOBIERNO REGIONAL, previa aprobación y/o Informe del Supervisor.

16.1.16 El CONTRATISTA deberá, asimismo, cumplir las demás obligaciones y responsabilidades que se establecen en el presente Contrato.

Ante ello es importante mencionar la siguiente interrogante ¿La entidad ha acreditado el procedimiento total de esta obligación?

Para absolver dicha interrogante es necesario recurrir al numeral 16.2.1 de la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, la cual señala lo siguiente:

"16.2 OBLIGACIONES DEL GOBIERNO REGIONAL

16.2.1 Pago por Constitución de Derecho de Servidumbre

El GOBIERNO REGIONAL deberá reembolsar al CONTRATISTA el dinero que éste canceló para el pago de constitución de derecho de servidumbre de las áreas involucradas en el Proyecto, previa visación y/o Informe del Supervisor y el Coordinador.

El GOBIERNO REGIONAL deberá cumplir con todas las obligaciones y responsabilidades que se establecen en el presente Contrato.

Entonces tenemos que lo referido a la obligación del contratista es respecto a la tramitación de la gestión de Servidumbre, la misma que debe observarse la formalidad prevista en el inciso g) del Artículo 222º Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Al respecto el mencionado Artículo del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas señala lo siguiente:

*"Artículo 222º.- La solicitud de establecimiento de servidumbre o de su modificación, será presentada ante la Dirección, acompañada de los siguientes requisitos:
(...)*

g) Copia del acuerdo que el concesionario haya suscrito con el propietario del predio por ser gravado y de los recibos de pago correspondientes, de ser el caso. El acuerdo debe estar formalizado con la certificación de la firma de las partes por Notario Público o Juez de Paz. En los casos en que no exista acuerdo entre las partes, el concesionario deberá presentar la propuesta de la compensación y de la indemnización, si corresponde;"⁸⁶

Para el cumplimiento de la obligación del contratista respecto a la gestión de la servidumbre se necesita copia del acuerdo del concesionario haya suscrito con el propietario del predio por ser gravado. Este acuerdo necesita la certificación de notario.

Francisco Avendaño Arana⁸⁷ señala sobre la servidumbre lo siguiente:

⁸⁶ Decreto Supremo N° 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas 25/02/1993 con sus modificaciones

⁸⁷ Artículo de Francisco Arana Avendaño publicado en el Tomo V referente a Derechos Reales del Libro Código Civil Comentado

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"El Código define la servidumbre como el gravamen que sufre un predio en beneficio de otro, que da derecho al dueño del segundo predio a usar el primero, o a impedir que el dueño del primer predio ejerza alguno de sus derechos de propiedad. El predio que goza la servidumbre se llama dominante; el que la sufre, sirviente.

Las servidumbres son limitaciones a la propiedad predial, aunque no todo límite a la propiedad es una servidumbre. En las limitaciones a la propiedad se pueden crear obligaciones de hacer, lo cual es inadmisibles en las servidumbres.

Las principales características de las servidumbres son las siguientes:

(i) Es un derecho real cuyo titular es el dueño del predio dominante. Toda relación jurídica implica una relación entre personas. La servidumbre no es una excepción: la relación es entre el titular del predio dominante y el titular del predio sirviente. Sin embargo, en las servidumbres el derecho se centra en el predio. La titularidad está unida al derecho de propiedad del dueño del predio dominante, por lo que será titular de la servidumbre quien en cada momento sea dueño del predio dominante."

Pues bien, tenemos lo exigido por la Entidad en el contrato y una pequeña noción respecto a la definición de las servidumbres señalando que el trámite de la servidumbre se efectúa ante el titular de la propiedad.

Pues bien, teniendo en claro, lo señalado en el contrato, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas y el Código Civil, corresponde analizar si La Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010, emitida por el Gobierno Regional de Cajamarca, en la que resuelve el contrato de ejecución de Obra es válido o no. Ante ello, es importante observar los fundamentos que motivan la resolución del contrato:

"Que, del requerimiento.- La Entidad mediante Carta Notarial N° 41-2009-GR-CAJ/GRI, debidamente notificada en fecha 12 de junio de 2009, notificó al contratista para que en el plazo de 15 días calendario, cumpla con su obligación contractual contenida en el numeral 16.1.15 del Contrato, es decir cumpla con tramitar la constitución del derecho de servidumbre, bajo apercibimiento de procederse a la resolución del contrato, requerimiento que se ha realizado conforme a lo dispuesto por el literal c) del artículo 41º del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, y en estricta observancia de lo establecido por el artículo 226º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Que, de la verificación del incumplimiento.- Se tiene que, la Entidad otorgó al Contratista 15 días calendario a fin de cumplir con su obligación contractual, plazo que se empezó a computar desde el día 13 de Junio de 2009, en tal sentido tenemos que mediante Informe N° 001-2010-GR.CAJ-GRI-SGSL/MGD, de fecha 11 de enero de 2010, se informa que "En el acta de Recepción Provisional de Obra se ha establecido que queda pendiente el pago de la franja de servidumbre con algunos propietarios afectados en sus predios agrícolas, se evidencia que la empresa contratista no está cumpliendo con dicha obligación contractual y a la fecha el contratista no cumple con

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

sanear totalmente la gestión de servidumbre", por lo que se ha determinado que la empresa contratista no ha cumplido con su obligación contractual pese al requerimiento notarial realizado por la Entidad; en tal sentido, habiéndose determinado el incumplimiento por parte del contratista previamente requerido, la Entidad debe proceder a resolver el contrato de ejecución de obra por incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales;

Que, de la resolución del contrato.-se tiene que habiendo determinado el área técnica el incumplimiento de obligaciones contractual por parte del contratista, se debe proceder a la resolución del contrato de ejecución de obra, toda vez que según la Cláusula Vigésimo Tercera del Contrato de Ejecución de obra (..) en tal sentido, y del marco legal anteriormente descrito se puede establecer que al haber determinado la parte técnica (Informe N° 001-2010-GR-CAJ-GRI-SGSL/MGD) un incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del contratista es procedente que se resuelva el contrato de ejecución de obra, en concordancia además con los artículos 224°, 225°, 226°, del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en atención a que el contrato a la fecha no ha culminado definitivamente y no se ha cerrado el expediente respectivo, toda vez que la Liquidación de Obra no ha quedado a la fecha aprobada o consentida, de conformidad con el artículo 270° del Reglamento en mención;"

De la revisión de la presente resolución observamos que la Entidad ha motivado la resolución del contrato en base a lo establecido en el Informe N° 001-2010-GR-CAJ-GRI-SGSL/MGD. Dicho Informe no ha podido ser pasible de análisis debido que el mismo no se encuentra acreditado en autos.

Sobre ese tema, es importante señalar que, en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 18 de mayo de 2012, este Tribunal Arbitral otorgó un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que el Gobierno Regional de Cajamarca cumpla con exhibir una serie de documentos que fueron solicitados por el contratista.

Los documentos que el Gobierno Regional de Cajamarca debió exhibir son los siguientes:

- i. El Informe N° 001-2010-GR.CAJ-GRI-SGSL/MGD de fecha 11 de enero de 2010.
- ii. El Informe N° 002-2010-GR.CAJ-GRI/ELAQ.
- iii. El Informe N° 02-2010-GR.CAJ/CDA.
- iv. El Oficio N° 224-2010-GR.CAJ/PRO.P.R.

Sin embargo, a pesar del requerimiento del Tribunal Arbitral, el Gobierno Regional de Cajamarca no cumplió con las exhibiciones requeridas en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. Esta situación no permite evaluar la motivación de la decisión de la Entidad de resolver el contrato.

Empero, continuaremos con el análisis, en primer lugar, observando si la Resolución efectuada por la Entidad se encuentran conforme con la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El numeral c) del Artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regula la Resolución de Contrato por Incumplimiento⁸⁸. Asimismo, el Artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones establece que:

“Artículo 224°.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. (...)”

Ahora bien, las causales para que se genere una Resolución de Contrato son las dispuestas en el Artículo 225° del citado Reglamento:

“Artículo 225°.- Causales de resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en el que el contratista:

- 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución de contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°.”

De lo señalado en los citados artículos podemos advertir que para que una resolución de contrato proceda es necesario que ésta este enmarcada en una de las causales de resolución, y siempre y cuando, ésta haya sido solicitado de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 226⁸⁹° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

⁸⁸ ***“c) Resolución de Contrato por Incumplimiento:*** *En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.”*

⁸⁹ ***“Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato***

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o 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

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En el caso en concreto podemos identificar que la Entidad mediante Carta Notarial N° 41-2009-GR-CAJ/GRI⁹⁰ de fecha 12 de junio de 2009, comunico al Contratista a la letra lo siguiente:

*"Asimismo, y en atención sobre la NO realización del pago total por derecho de servidumbre, se precisa que en el Contrato firmado con nuestra Entidad, se estableció en el numeral 16.1.15) que es una obligación contractual del contratista el trámite de constitución de derecho de servidumbre y en su último párrafo precisa que: **"la gestión y los costos financieros que demande este trámite, será considerados y resarcidos convenientemente al Contratista por el Gobierno Regional de Cajamarca, previa aprobación y/o Informe del Supervisor"**; bajo ese contexto queda claro que el trámite de la constitución de derecho de servidumbre es una obligación contractual de su representada y que debe ser ejecutada previamente a la liquidación del contrato; teniendo en cuenta que la Liquidación cierra el expediente del contrato, conforme se establece en el Art. 270° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.*

*(...) En consecuencia, y conforme lo expuesto, su representada viene incumpliendo con sus obligaciones contractuales, hecho que genera solicitar el cumplimiento de las mismas dentro del PLAZO DE 15 DÍAS CALENDARIO, en aplicación del Art. 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que dispone: "Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante Carta Notarial para que las satisfaga en un plazo de 15 días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obra, bajo apercibimiento de resolver el contrato"; por tanto y de incumplir con lo antes requerido, el Gobierno Regional de Cajamarca en atención a los criterios técnicos y legales procederá a **Resolver el contrato de Obra**, conforme los procedimientos establecidos por la Ley"*

En respuesta a la Carta presentada por el Gobierno Regional de Cajamarca, el contratista, en su Carta N° 087/2009⁹¹ de fecha 19 de junio de 2009 expresa lo siguiente:

"Sobre esta actividad informamos que no se ha podido realizar la totalidad de los pagos, debido a que no se ha podido encontrar a los verdaderos titulares de los predios afectados, como consecuencia de migraciones a otras zonas diferentes a los de su lugar de origen, encontrándose solamente a algunos poseedores que carecen de documentos y no acreditan posesión, lo cual dificulta que se cumpla con los pagos faltantes.

Sin embargo, le hacemos saber que en la fecha contamos con personal dedicado exclusivamente a la ubicación de dichos propietarios y al pago correspondiente al derecho de servidumbre.

vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...) "

⁹⁰ Ver Anexo 01 del escrito de Demanda de segunda acumulación de fecha 25 de mayo de 2010.

⁹¹ Ver Anexo 03 del escrito de Demanda de segunda acumulación de fecha 25 de mayo de 2010

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Por lo expuesto vemos que este faltante de pago no es de responsabilidad nuestra al ser un hecho que no está bajo nuestro control; sino se debe a una causal de fuerza mayor que imposibilita cumplir con esta actividad”.

Respecto a ello, se observa que la Entidad ha cumplido con el procedimiento señalado en el Artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Pues bien, luego de observar si la Entidad ha cumplido con el procedimiento señalado para la resolución del contrato, procederemos a evaluar si la resolución del contrato efectuada por la Entidad cumple dentro de lo establecido en las causales de resolución establecido en el Artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

La Entidad resuelve el contrato de acuerdo a lo señalado al inciso 1) del Artículo 225°⁹² del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señalando que el Contratista ha incumplido efectuar el pago de la franja de servidumbre con algunos propietarios afectados en sus predios agrícolas, lo que origina el incumplimiento de la obligación contractual.

Si bien la resolución de contrato fue efectuada conforme lo indicado, es necesario realizar una cronología respecto a los informes, oficios, cartas entre otros documentos presentados por el Contratista a la Entidad y viceversa, de forma que se pueda determinar si el procedimiento de resolución se realizó conforme a lo establecido en el contrato, las Bases y la Ley y su Reglamento.

Con fecha 06 de agosto de 2007, la empresa ALE Contratistas S.R.L., mediante Carta N° 0272/2007, solicita el reembolso de pago de servidumbre por un monto de S/. 17, 460.90 Nuevos Soles.

Con fecha 18 de setiembre de 2007, el Supervisor de Obra, Ing. Manuel A. Veliz Flores, da a conocer diversas observaciones al Expediente de Gestión de Servidumbre.

Con fecha 27 de mayo de 2008, mediante Carta N° 363-2008-GR.CAJ-GRI/SGSL, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante el levantamiento de las observaciones para el reembolso por pago de servidumbre.

Con fecha 30 de junio de 2008, mediante Carta N° 072/2008, la empresa ALE Contratistas solicitó el reembolso de pago por servidumbre por un monto que asciende a la suma de S/. 18, 687.00 (Dieciocho Mil Seiscientos Ochenta y Siete con 00/100 Nuevos Soles).

⁹² **Artículo 225°.- Causales de resolución**

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en el que el contratista:

- 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Con fecha 16 de octubre de 2008, mediante Carta N° 0132/2008, la empresa ALE Contratistas S.R.L. presentó el Expediente de Gestión de Servidumbre.

Con fecha 18 de noviembre de 2008, mediante Carta N° 258-2008-GR-CAJ/GRI, el Gobierno Regional de Cajamarca devuelve a la empresa ALE Contratistas S.R.L. el Expediente de Gestión de Servidumbre para la subsanación de observaciones.

Con fecha 31 de diciembre de 2008, mediante Carta N° 335-2008-GR-CAJ/GRI, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita a la empresa demandante un informe detallado respecto a las acciones que van a realizarse para la subsanación de observaciones y se invoca a continuar con la Gestión del Derecho de Servidumbre.

Con fecha 22 de junio de 2009, mediante Carta N° 087/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. señala al Gobierno Regional de Cajamarca que la obra que se encuentra bajo responsabilidad del contratista se encuentra concluida en todas sus secciones, faltando completar la actividad de la Gestión de Servidumbre por razones ajenas a nuestra representada.

En dicha carta, el contratista señala que no se ha podido realizar la totalidad de los pagos debido a que no se ha podido encontrar a los verdaderos titulares de los predios afectados como consecuencia de migraciones a otras zonas diferentes a los de su lugar de origen, encontrándose solamente a alguno posesionarios que carecen de documentos y no acreditan su posesión, la cual dificulta que se cumpla con los pagos faltantes.

Con fecha 26 de junio de 2009, mediante Carta N° 089/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. da a conocer la relación de pagos de servidumbre y solicita el reembolso de pagos por derecho de servidumbre por un monto que asciende la suma de S/. 43, 949.00 (Cuarenta y Tres Mil Novecientos Cuarenta y Nueve y 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 02 de julio de 2009, mediante Carta Notarial N° 020-2009-GR-CAJ/GGR, El Gobierno Regional de Cajamarca da a conocer a la empresa ALE Contratistas S.R.L. que la Municipalidad Distrital de Magdalena ha autorizado conectarse a las redes de su propiedad a fin de dar servicios eléctrico a la localidad de El Guayabo, según se evidencia en la Carta N° 009-2009-MDM/A y se solicitó a la empresa demandante cumplir con ejecutar la línea primaria desde Magdalena hasta El Guayabo.

Con fecha 10 de agosto de 2009, mediante Carta N° 119/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. da a conocer la relación de pagos de servidumbre y solicita el reembolso de esos pagos por derecho de servidumbre por un monto que asciende la suma de S/. 17,720.00 (Diecisiete Mil Setecientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles) a la Entidad.

En dicha carta, el contratista señala que se han cancelado a los ubicados y que cumplieron con presentar la documentación correcta, no siendo de responsabilidad del contratista de los presuntos faltantes y los de documentación incorrecta.

Con fecha 23 de setiembre de 2009, mediante Carta N° 139/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. remitió Factura N° 01178 para reembolso de pagos por derecho de servidumbre por un

monto que asciende a la suma de S/. 57,353.00 (Cincuenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Tres con 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 09 de marzo de 2010, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P, el Gobierno Regional de Cajamarca determinó resolver en forma total el Contrato de Ejecución de Obra por incumplimiento en el trámite de constitución del derecho de servidumbre.

Con fecha 11 de marzo de 2010, mediante Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR.SG, el Gobierno Regional de Cajamarca comunica a la empresa ALE Contratistas S.R.L. la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P.

Con fecha 23 de marzo de 2010, mediante Carta N° 054/2010, la empresa ALE Contratistas S.R.L. deduce nulidad la Resolución debido a que la misma resulta totalmente falseada a la realidad de los hechos, tal como la incongruencia entre sus párrafos 6to y 10mo de la parte considerativa, donde uno se manifiesta que hay incumplimiento total en el saneamiento de la servidumbre y en el otro se expresa que "queda pendiente el pago de algunos propietarios"

Debemos agregar el Informe N° 01-2007- R.CAJ/SGS-DTM⁹³ de fecha 24 de enero de 2007 que señala el INFORME FINAL DE TRABAJOS DE IMPOSICIÓN DE SERVIDUMBRE en el que se indica una serie de incumplimientos por parte del Contratista.

El referido Informe fue presentado Ante este Tribunal Arbitral luego de cerrada la etapa probatoria, sin embargo a efectos de obtener mayores medios probatorios al proceso fue admitido. Respecto a ello, este Tribunal Arbitral observa del recuento de los hechos que el Contratista ha observado dicho informe para las subsanaciones correspondientes.

Del recuento de los hechos, se observa que a lo largo de la ejecución de la obra y luego de recepcionada la obra, la empresa Contratista ha venido cumpliendo con el trámite de gestión de servidumbre, presentando ante la Entidad el reembolso de pagos por derecho de servidumbre.

De lo que se desprende también es la pobre participación del Supervisor de la Obra respecto a la obligación del Contratista sobre a la Gestión para la Tramitación del Derecho de Servidumbre. En efecto, como se aprecia, no hay documentación que acredite que el Supervisor de la Obra, representante de la Entidad en la Obra, haya participado tal y como se indica en la cláusula ya referida en el Contrato.

El contratista deja en claro que la situación que se ha generado en relación a la gestión de la servidumbre se da por causas ajenas al mismo debido a que no se ha podido establecer a los verdaderos propietarios de los predios afectados, lo cual, conforme se ha establecido en el análisis referente a los alcances de la servidumbre, constituye un requisito indispensable identificar al titular del predio.

⁹³ Al respecto, ver medio probatorio presentado en el escrito de fecha 12 de diciembre de 2012 por el Gobierno Regional de Cajamarca.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Respecto a ello, la Entidad así como su representante han debido acreditar los alcances para que la obligación del Contratista se cumpla cabalmente conforme lo estipulado en el Contrato. Por otro lado, la situación de no encontrar a los titulares acreditados de los predios es una causa que no se le puede imputar al Contratista.

Entonces, siendo que la gestión de la servidumbre se encuentra avanzada más allá del 85%, lo señalado por la Entidad en la Resolución que resuelve el contrato no se encuentra debidamente motivado a decir de este Tribunal Arbitral.

Asimismo, mucho o poco se puede indicar de la Resolución que determinó la resolución del contrato por parte de la Entidad puesto que el Gobierno Regional de Cajamarca no cumplió con exhibir los documentos relacionados a la resolución del contrato por lo que la motivación de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P no se encuentra acreditada.

Por las consideraciones expuestas a lo largo de todo este punto controvertido, el Tribunal Arbitral, considera que de acuerdo al procedimiento establecido y al análisis llevado a cabo, está claramente probado que la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P es nula e inválida, y en consecuencia corresponde declarar fundada esta pretensión.

DEL DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 270,968.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrega del Adelanto Directo."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que, con Carta N° 074/2006 de fecha 02 de Marzo del 2006, dirigida al Director de Abastecimiento del Gobierno Regional de Cajamarca el Sr. Julio Salvador Izquierdo Espino, se solicitó el Adelanto Directo por el monto de S/. 722,582.00, para lo cual cumplimos con adjuntar nuestra Carta Fianza N° EO194-00-2006 por un importe de S/.722,582.00 emitida por SECREX.

Asimismo, señala que con fecha 25 de marzo del 2006, después de 23 días de haber entregado la garantía el Gobierno Regional de Cajamarca hace el depósito del cheque, correspondiente a la entrega del Adelanto Directo.

Adicionalmente, con Carta N° 029/2009, de fecha 12 de marzo del 2009, dirigida al Jefe de Supervisión de la Obra PSE Chilete III etapa, Ing. Manuel Veliz Flores, solicitamos el pago por resarcimiento de daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo, cuyo monto asciende a S/. 270,968.13, al cual se adjuntó la valorización correspondiente.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

De la misma manera, con Carta N° 094/2010 de fecha 19 de Mayo del 2010, dirigida al Gerente General Regional del Gobierno Regional de Cajamarca, Ing. Carlos E. Estévez Ostolaza, le reiteramos por 2da. Vez el pago de dicho resarcimiento de daños y perjuicios.

En ese sentido, el demandante señala que hasta la presente fecha el Gobierno Regional de Cajamarca, no responde a su petición, lo que motiva que solicite se sirva acumular esta pretensión al proceso arbitral en curso, en aplicación del artículo 287° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (RELCAE), sin perjuicio de que este resarcimiento de daños y perjuicios se encuentre incluido en la Liquidación de obra presentada y que en su oportunidad será descontado.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El demandado señala que la liquidación formulada por el Contratista, con un saldo a favor de S/. 275,634.81 (Doscientos Setenta y Cinco Mil Seiscientos Treinta y Cuatro con 81/100 Nuevos Soles) incluido IGV; comprende el resarcimiento por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo por la suma de S/. 270,968.13 (Doscientos Setenta Mil Novecientos Sesenta y Ocho con 13/100 Nuevos Soles); por lo que, el Tribunal Arbitral deberá tener presente que la pretensión del contratista está duplicando el pago por resarcimiento por daños y perjuicios por la supuesta demora en la entrega del adelanto directo, toda vez, que dicho pago se encuentra incluido en la tercera pretensión de la demanda arbitral inicial, por lo que debe rechazarse de plano la pretensión del contratista por carecer de sustento y contravenir la buena fe contractual de las partes, prevista en el Artículo 1362° del Código Civil.

En efecto, el demandado señala que según la Carta N° 066/2009 del 01 de junio de 2009, el Contratista solicitó arbitraje respecto a la liquidación de contrato y al pago de daños y perjuicios por demora en el adelanto directo, habiendo señalado que la pretensión N° 04 y N° 05 están directamente relacionadas con la entrega del adelanto directo, asimismo, en la demanda arbitral inicial el contratista señaló en la cuarta y quinta pretensión relacionadas con el pago del adelanto directo; por lo que, el Tribunal Arbitral deberá tener presente que el supuesto pago por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo ya se encuentra en arbitraje y la pretensión del contratista está orientada a modificar de manera ilegal la cuarta y quinta pretensión de la demanda arbitral del contratista, lo cual ocasiona perjuicios a los intereses del Gobierno Regional de Cajamarca y contraviene las reglas del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y el numeral 3) del Artículo 39° de la Ley de Arbitraje, aprobada por D. Leg. N° 1071 y como tal deberá ser rechazada de plano la pretensión del contratista.

En ese sentido, el demandado, tomando en consideración que la Carta N° 094/2010 del 19 de mayo de 2010 mediante la cual el contratista habría reiterado el pago de daños y perjuicios por el monto de S/. 270, 968.13 nuevos soles por demora en la entrega del adelanto directo, está no fue presentada en el domicilio legal del Gobierno Regional de Cajamarca señalado en el contrato de ejecución de obra, por tanto, no fue puesto en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca, y como tal, dicho documento carece de valor legal y deberá ser rechazado por el Tribunal Arbitral, determinándose que la supuesta controversia relacionada con el pago por daños y perjuicios por la demora en la entrega del adelanto directo no constituye una nueva controversia posterior al arbitraje, ya que el arbitraje se inició con fecha 01 de junio de 2009, sino

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

que es anterior al inicio del arbitraje y debió ser incorporado en la presentación de la demanda arbitral inicial, quedando claramente evidenciado que su incorporación en el arbitraje a través de acumulación de pretensiones es ilegal por contravenir el numeral 16) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.

Asimismo, señala que el último párrafo del Artículo 240° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, establece que el adelanto directo deberá entregarse en los siete (07) días siguientes de haber recepcionado la solicitud, por lo que, para el presente caso el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que la solicitud de adelanto directo del contratista que fuera realizada con Carta N° 074/2006 recepcionada por el Gobierno Regional de Cajamarca con fecha 02 de marzo de 2006 no adjuntó la Factura correspondiente al adelanto directo, siendo que dicha Factura recién fue puesta a conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca con fecha 14 de marzo de 2006, por lo que, está probado que el Gobierno Regional de Cajamarca se encontraba impedida de cumplir con la entrega del adelanto directo en el plazo previsto debido a que no como reiteramos no se contaba con la Factura que permita realizar las fases de devengado y giro conforme establece la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, fases que requieren obligatoriamente de la Factura para ser ejecutadas y como tal, no se puede atribuir ninguna demora y responsabilidad al Gobierno Regional de Cajamarca siendo esta atribuida al contratista en el incumplimiento de su obligación al presentar la solicitud de adelanto directo de manera incompleta.

En ese sentido, tomando en consideración que la solicitud de adelanto directo recién fue completada con fecha 14 de marzo de 2006, es que a partir de dicha fecha el Gobierno Regional de Cajamarca disponía de siete (07) días para cumplir con la entrega del adelanto directo, por lo que, el Gobierno Regional de Cajamarca debió cumplir con entregar el adelanto directo en fecha no posterior al 21 de marzo de 2006, siendo que al haberse entregado el adelanto directo con fecha 24 de marzo de 2006 se determina que la demora en la entrega del adelanto directo sólo es de tres (03) días y no de quince (15) como señala el contratista, por lo que, el Tribunal Arbitral deberá rechazar las argumentaciones del contratista.

Entonces, el demandado señala que, siendo un resarcimiento por daños y perjuicios, resulta aplicable lo señalado en el Artículo 1331° del Código Civil, que establece que "la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"; por lo que, cualquier resarcimiento por daños y perjuicios necesita legalmente ser acreditado por quien aduce haberlo sufrido, sin embargo, en el presente caso el contratista no cumplido con acreditar los supuestos daños y perjuicios que habría incurrido en el periodo comprendido entre el 22 de marzo de 2006 al 24 de marzo de 2006.

Atendiendo a ello, tomando en consideración que el monto de contrato de ejecución de obra asciende a la suma de S/. 3.612,908.38 incluido IGV; y que el resarcimiento diario por demora en la entrega del adelanto directo es de cinco por mil (5/1000) del monto del contrato y que para nuestro caso asciende a la suma de S/. 18,064.54 incluido IGV, se determina que el

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

resarcimiento por los supuestos daños y perjuicios por tres (03) días ascendería a la suma de S/. 54,193.62 incluido IGV y no a la suma de S/. 270,986.13 sin IGV como señala el contratista.

Asimismo, la Entidad añade que el Tribunal Arbitral deberá tener presente que el daño y perjuicio calculado por el Contratista incluye IGV; sin embargo, el contratista menciona que no incluye IGV.

El demandante señala respecto a la Carta 094/2010 del 19 de mayo de 2010, mediante el cual el contratista habría reiterado el pago de daños y perjuicios por el monto de S/. 270,986.13 por demora en la entrega del adelanto directo, el Tribunal Arbitral deberá tener presente que dicho documento fue presentado en un domicilio legal que no fue señalado en el contrato de ejecución de obra, razón por la cual el Gobierno Regional de Cajamarca no tomó conocimiento de dicho documento, por tanto, dicho documento carece de valor legal y deberá ser rechazado por el Tribunal Arbitral.

Conforme lo señalado en el pronunciamiento del Gobierno Regional de Cajamarca respecto a la Primera Pretensión, el cálculo realizado por el contratista respecto al supuesto pago por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo incluye IGV, en consecuencia, la pretensión del contratista carece de sustento, busca duplicar el IGV y contraviene la buena fe contractual de las partes, prevista en el Artículo 1362° del Código Civil, por tanto, corresponde al Tribunal Arbitral rechace de plano las argumentaciones del contratista.

El Gobierno Regional de Cajamarca afirma que está probado que el contratista no acreditó ningún gasto por daños y perjuicios que le habría ocasionado la demora en la entrega del adelanto directo que aconteció entre el 22 de marzo de 2006 al 24 de marzo de 2006, por lo que, conforme al Artículo 1331° del Código Civil que exige que para el pago de daños y perjuicios corresponde que éstos sean probados por el perjudicado y al no existir deuda alguna por parte del Gobierno Regional de Cajamarca, no corresponde ningún reconocimiento de intereses al amparo de lo señalado en el primer párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, que señala que sólo procede reconocimiento de intereses en caso de atraso en el pago por parte del Gobierno Regional de Cajamarca.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Respecto a este punto, es importante señalar que lo requerido en esta pretensión se encuentra establecido en el sexto y séptimo punto controvertidos señalados como:

"Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009."

"Determinar si corresponde o no que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 290,355.58 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista."

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

La Liquidación consentida y resuelta por el Tribunal Arbitral en el tercer y cuarto punto controvertido, solicita el pago del resarcimiento de daños y perjuicios por demora en la entrega del Adelanto Directo por el monto de S/. 275,634.81 Nuevos Soles.

Entonces, a decir de este Tribunal Arbitral, lo requerido por el contratista debe ser declarado improcedente debido a que esta misma pretensión ha sido solicitada en el tercer y cuarto punto controvertido.

DEL DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 69,441.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 02 por 53 días calendario."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista, mediante Carta N° 016-ADM/OB de fecha 20 de octubre del 2006, solicita la **Ampliación de Plazo N° 02 por 65 d.c.**, por ejecución adicional N° 01 debido a prestaciones de Adicionales por mayores metrados contractuales y nuevos metrados con precios pactados, como consecuencia del replanteo de obra en la cual se han incluido tres nuevas localidades nuevas: *Paltapampa Baja, Membrillo y Puquio.*

Asimismo, mediante Oficio N° 922-2006-GR-CAJ/GGR-SG, de fecha 14 de diciembre del 2006, la Gerencia General Regional del Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución N° 065-2006-GR-CAJ/GGR, se aprueba la **Ampliación de Plazo N° 02 por 53 d.c.** en esta resolución se hace mención a la Carta N° 016-ADM/OB.

Mediante Carta N° 003/2010 de fecha 08 de enero del 2010, dirigida al Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Cajamarca el Ing. Roger Príncipe Reyes, el Contratista remite la valorización de Gastos Generales por el monto de S/. 69,441.13, correspondiente a los 53 d.c. de ampliación de Plazo N° 02 aprobados.

El Contratista, con fecha 08 de Enero de 2010, mediante Carta N° 004/2010 presenta la valorización de gastos generales por la Ampliación de plazo N° 03 por 43 d.c., que ha sido aprobado por Silencio Administrativo según carta N° 58-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL de fecha 09 de febrero del 2007.

Con fecha 12 de Febrero del 2010, el Ing. Manuel Veliz Flores- Ingeniero Consultor remite al Contratista su Carta RCH-001-2010, adjuntando las **observaciones formuladas por el Gobierno Regional de Cajamarca a las valorizaciones de gastos generales de las Ampliaciones de Plazo N° 02 por 53 d.c. y N° 03 por 43 d.c.**

En ese sentido, mediante Carta Notarial N° 024/2010, de fecha 23 de febrero de 2010, dirigida al Ing. Manuel Veliz Flores- Ingeniero Consultor, devuelve la Carta RCH-001-2010, haciéndole

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

saber de que dichas ampliaciones se encuentran aprobadas por Resolución N° 065-2006-GRCAJ/GGR (Ampl. Plazo N°02 por 53 d.c.) y Consentida por Silencio Administrativo mediante Carta N0 58-2007-GR-CAJ_GRI/SGSL (Ampl. Plazo N° 03 por 43 d.c.), por lo tanto no hay ninguna observación que subsanar.

Mediante Carta RCH-005-2010 de fecha 04 de marzo del 2010, el Ing. Manuel Vliz Flores - Ingeniero Consultor, comunica que ha corrido traslado de nuestra Carta Notarial N° 024/2010 al Gobierno Regional de Cajamarca y a la vez da su opinión lo cual **es concordante con lo expresado por nuestra parte**, y recomienda se proceda a la solución que permita concluir con la culminación del proceso de **liquidación del contrato de obra**.

Mediante Carta N° 0103/2010 de fecha 03 de Mayo del 2010, el Contratista se dirige al Sub Gerente de Supervisión y Liquidación de Obras del Gobierno Regional de Cajamarca Ing. Roger Príncipe Reyes, reiterándoles el pago de Gastos Generales por el monto de S/. 69,441.13 de la ampliación de plazo N°02 por 53 d.c.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

La Entidad señala que, según la Carta N° 066/2009 del 01 de junio de 2009, el Contratista solicitó arbitraje respecto a la liquidación de contrato y al pago de daños y perjuicios por demora en el adelanto directo, es decir, está claramente evidenciado que el arbitraje se inició a petición del contratista y para resolver controversias relacionadas con la liquidación del contrato, por lo que, tomando en consideración que con la liquidación culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación, conforme a lo señalado en el Artículo 43° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM, resulta ilegal aducir pretensiones que no fueron incorporadas en la liquidación del contrato de ejecución de obra, debiendo tener presente el Tribunal Arbitral que el contratista está pretendiendo modificar los alcances de su liquidación que dio inicio al arbitraje y como tal, deberá rechazar de plano las alegaciones del contratista.

La Entidad señala que el Tribunal deberá tener presente que el contratista no incluyó en la liquidación del contrato ningún pago por mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 02.

Asimismo, el demandado señala que debe tomarse en consideración que la Carta N° 0103/2010 del 31 de mayo de 2010, mediante el cual el contratista habría reiterado el pago por mayores gastos generales por el monto de S/. 69,441.13 Nuevos Soles por la ampliación de plazo N° 02, no fue presentada en el domicilio legal señalado en el contrato de ejecución de obra y éste no fue puesto en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca, por lo que, dicho documento carece de valor legal y deberá ser rechazado por el Tribunal Arbitral, determinándose que la supuesta controversia relacionada con el pago de mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 02 no constituye una nueva controversia posterior al arbitraje, ya que el arbitraje se inició con fecha 01 de junio de 2009, siendo esta controversia anterior al inicio del arbitraje y debió ser incorporado en la presentación de la demanda arbitral inicial; quedando claramente evidenciado que su incorporación en el arbitraje a través de acumulación de pretensiones es ilegal por contravenir el numeral 16) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y el Artículo 287°

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.

El Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución N° 065-2006-GR.CAJ/GGR del 06 de noviembre de 2006, aprobó la Ampliación de Plazo N° 02 por cincuenta y tres (53) días calendario; habiendo señalado como causal de ejecución del Adicional de Obra N° 01; que comprende mayores metrados contractuales y nuevos metrados con precios pactados, mediante el cual incluyen tres localidades nuevas: Paltapampa Baja, Membrillo y Puquio, lo cual es concordante con lo argumentado por el contratista en la Carta N° 003/2010 del Anexo 06 de la demanda de acumulación de pretensiones, por lo que, el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que la Ampliación de Plazo N° 02 fue concedida para ejecutar el Adicional de Obra N° 01.

En ese tenor, tomando en consideración lo señalado en el literal c) anterior y lo previsto en el primer párrafo del Artículo 260° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, la Entidad señala que no corresponde ningún reconocimiento por mayores gastos generales, por que éstos se encuentran incluidos en el presupuesto del Adicional de Obra N° 01; sin embargo, el contratista contraviniendo la buena fe contractual de las partes, prevista en el Artículo 1362° del Código Civil, pretende duplicar el pago de gastos generales por ampliación de plazo N° 02, razón por la cual el Tribunal Arbitral deberá rechazar de plazo la pretensión del contratista.

No obstante lo señalado anteriormente, el demandado señala que deberá tener presente lo siguiente:

- i. El contratista no ha cumplido con acreditar los supuestos mayores gastos generales en que habría incurrido, es decir, la pretensión del contratista carece de sustento.
- ii. El reajuste de los supuestos mayores gastos generales contraviene lo señalado en el primer párrafo del Artículo 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; según el cual los índices de precios al consumidor (Código 39) deben corresponder al mes en que ocurre la causal de ampliación de plazo, es decir, los índices para actualización deben corresponder a los meses de Septiembre y Octubre del 2006, sin embargo, el contratista ha actualizado los supuestos mayores gastos generales con el Índice de Diciembre del 2006; quedando evidenciado que el cálculo señalado en el Anexo 01 de la Carta N° 003/2010 es erróneo y deberá ser desestimado por el Tribunal Arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en cuenta lo indicado en los párrafos precedentes, este Tribunal Arbitral considera necesario para el tema de adicionales recurrir al Artículo 42° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual establece que:

“Artículo 42.- Adicionales, reducciones y ampliaciones

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. (...)

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas. (...)

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual. (...).⁹⁴

Como podemos observar, en el presente caso el Gobierno Regional de Cajamarca aprobó el Adicional y Deductivo de Obra N° 01 aprobado por Resolución N° 218-2006-GR-CAJ/GRI⁹⁵ de fecha 20 de octubre de 2006, por la suma de S/. 507,707.86 (Quinientos Siete Mil Setecientos Siete con 86/100 Nuevos Soles) cuya incidencia es de 9.64% del presupuesto contractual, realizándose dicho acto conforme lo establece la citada norma.

Asimismo, la empresa ALE Contratistas cumplió con solicitar la Ampliación de Plazo N° 02 por sesenta y cinco (65) días calendario, bajo la causal "Aprobación del Adicional de Obra"; todo ello dentro de los parámetros del Artículo 42° de la Ley.

En este sentido, siendo que la norma es puntual respecto al pago de los mayores gastos generales, y debido a que la ampliación de plazo N° 02 fue aprobada sustentada en el Adicional y Deductivo de Obra N° 01, se debe tener presente que estos sesenta y cinco (65) días calendario no entran para el computo de los mayores gastos generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 02, debido a que estos sesenta y cinco (65) días calendario tienen sus propios gastos generales los cuales derivan de un adicional, conforme a lo señalado en el tercer párrafo del Artículo 265° del Reglamento, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 265.- Obras adicionales menores al quince por cien (15%)

(...) En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios del adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos

⁹⁴ El sombreado es nuestro.

⁹⁵ Ver medio probatorio 1.15 del escrito de contestación de demanda y reconvenición de fecha 04 de mayo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

generales del presupuesto original contratado⁹⁶. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el impuesto general a las ventas (IGV) correspondiente. (...)"

Por lo que, teniendo presente lo indicado en el citado artículo se desprende que, los sesenta y cinco (65) días calendarios otorgados expresamente por el Gobierno Regional de Cajamarca para la realización del Adicional de Obra N° 02 tienen sus propios gastos generales

Siendo adicionalmente señalado en el Artículo 260° del referido Reglamento:

Artículo 260.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.

En el caso que la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos que hubieran podido celebrarse, vinculados directamente al contrato principal. (El resaltado es nuestro)

Por consiguiente, lo solicitado por el Contratista no es amparable, en consecuencia, corresponde declarar infundada la pretensión.

DEL DÉCIMO QUINTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 03 por 43 días calendario."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista, mediante Carta N° 034-ADM/OB, de fecha 09 de diciembre del 2006, solicitamos aprobación de la Ampliación de Plazo N° 03 por 54 d.c. por la causal de trabajos complementarios que hay que realizar para la verificación y contrastación (aferición) de los medidores totalizadores de alumbrado público y servicio particular.

Sobre ello, mediante Carta N° 58-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL de fecha 09 de febrero del 2007, la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras del Gobierno Regional de Cajamarca, da por CONSENTIDA nuestra **Ampliación de Plazo N° 03 y otorga 43d.c.** de ampliación de plazo por SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

⁹⁶ El sombreado es nuestro.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En ese sentido, el Contratista, con Carta N° 004/2010 de fecha 08 de enero 2010, dirigida al Gerente Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Cajamarca Ing. Roger Príncipe Reyes, hace de conocimiento que se está adjuntando la valorización de Gastos Generales por el monto de S/. 56,344.19, correspondiente a la Ampliación de Pazo N° 03 por 43d.c., que se encuentra consentida.

Con fecha 12 de febrero del 2010, el Ing. Manuel Veliz Flores- Ingeniero Consultor remite al Contratista la carta RCH-001-2010.

Atendiendo a ello, el demandante mediante Carta Notarial N° 024/2010 de fecha 23 de febrero del 2010, dirigida al Ing. Manuel Veliz Flores- Ingeniero Consultor devuelve la Carta RCH-001-210.

Mediante Carta RCH-005-2010 de fecha 04 de marzo del 2010, dirigida al Ing. Manuel Veliz Flores –Ingeniero Consultor, nos hace mención que le ha corrido traslado de nuestra Carta Notarial N° 024/2010 al Gobierno Regional de Cajamarca, el cual hicimos mención con anterioridad en el **punto 7 del Ítem III.2.**

Mediante Carta N° 0104/2010 de fecha 31 de Mayo del 2010, El Contratista dirige al Sub Gerente de Supervisión y Liquidación de Obras del Gobierno Regional de Cajamarca, Ing. Roger Príncipe Reyes, reiterando el pago de Gastos Generales por el monto de S/ 56,344.19 de la ampliación de plazo N° 03 por 43d.c. y el cual hasta la fecha no tenemos ninguna respuesta por parte del Gobierno Regional de Cajamarca

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca ha señalado que la liquidación formulada por el Contratista, con un saldo a favor de S/. 275,634.81 (Doscientos Setenta y Cinco Mil Seiscientos Treinta y Cuatro con 81/100 Nuevos Soles) incluido IGV; incluye el pago por mayores gastos generales N° 03 por la suma de S/. 22,275.61 (Veintidós Mil Doscientos Setenta y Cinco con 61/100 Nuevos Soles) incluido IGV; por lo que, el Tribunal Arbitral deberá tener presente que la pretensión del Contratista está modificando la cuantía señalada en su liquidación por supuestos mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 03 y que fuera objeto de la tercera pretensión de la demanda arbitral inicial, en consecuencia, debe ser rechazada de plano la pretensión del contratista por carecer de sustento y contravenir la buena fe contractual de las partes, prevista en el Artículo 1362° del Código Civil.

Asimismo señala que, tomando en consideración que la Carta N° 0104/2010 del 31 de mayo de 2010, mediante la cual el contratista habría reiterado el pago por mayores gastos generales por el monto del S/. 56,344.19 por la ampliación de plazo N° 03; no fue presentada en el domicilio legal señalado en el contrato de ejecución de obra y este no fue puesto en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca, por tanto, dicho documento carece de valor legal y deberá ser rechazado por el Tribunal Arbitral, determinándose que la supuesta controversia relacionada con el pago por mayores gastos generales por la ampliación de plazo N° 03 no constituye una nueva controversia posterior al arbitraje, ya que el arbitraje se inició con fecha 01 de junio de 2009, sino esta controversia es anterior al inicio del arbitraje y dicha controversia debió ser incorporada en

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

el arbitraje a través de acumulación de pretensiones es ilegal por contravenir el numeral 16) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM.

Asimismo, el demandado señala que el Tribunal deberá tener presente que el Gobierno Regional de Cajamarca señaló como pretensión en la reconvención de la demanda arbitral inicial "QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE NULA Y/O INEFICAZ LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 03, QUE FUERA SOLICITADA CON CARTA N° 034-ADM/OB,..."; quedando evidenciado que la supuesta nueva pretensión es una respuesta extemporánea a la pretensión del Gobierno Regional de Cajamarca y como tal, el Tribunal deberá rechazar la pretensión del contratista.

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que la solicitud de ampliación de plazo N° 03, con Carta N° 034-ADM/OB, ha sido suscrita por el Residente de Obra, Ing. Julio Alarcón Cáceres, el mismo que no tiene competencia para cursar comunicaciones relacionadas con solicitudes de ampliación de plazo, conforme lo señalado en el tercer párrafo del Artículo 242° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; según lo cual "... el Residente representa al contratista para efectos ordinarios de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato"; por lo que, teniendo en consideración que las ampliaciones de plazo constituyen modificaciones al contrato, su solicitud sólo puede ser suscrita por el Representante Legal del contratista, Sra. Leonarda Fátima Bernabel Pineda; quedando claramente establecido que la Carta N° 034-ADM/OB es nula de pleno derecho y carece de valor legal.

De manera complementaria el demandado señala que deberá tomarse en consideración lo señalado en el primer párrafo del Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; según el cual "... Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente..."; de lo que se determina que el Residente de Obra no está facultado para solicitar ampliación de plazo y que esta es responsabilidad exclusiva del Representante Legal del contratista.

Respecto a las alegaciones del contratista sobre la Carta N° 58-2007-GR-CAJ/SGSL suscrita por el Sub Gerente de Supervisión y Liquidaciones, el Gobierno Regional de Cajamarca ha manifestado el consentimiento de la solicitud de ampliación de plazo N° 03; el Tribunal deberá tener presente que dicha Carta no hace ninguna mención expresa a la solicitud de ampliación de plazo N° 03 y en el supuesto que dicha carta estaría relacionada con la solicitud de ampliación de plazo antes mencionada, deberá tenerse en cuenta que conforme a lo señalado en el Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, el consentimiento de la solicitud de ampliación de plazo se produce cuando el Gobierno Regional de Cajamarca no emite pronunciamiento respecto a la solicitud de ampliación dentro de los diecisiete (17) días calendario siguientes a la recepción de la solicitud del contratista; es decir, el consentimiento por silencio administrativo no requiere de algún documento que lo reconozca como tal, sino basta que el plazo antes señalado haya transcurrido,

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

en tal sentido, el Tribunal debe tener presente que la Carta N° 58-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL que fuera emitida luego de haber transcurrido el plazo para emitir pronunciamiento respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 03 no otorga ningún derecho al contratista ni expresa convalidación respecto a la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que resulta nula de pleno derecho al haber sido solicitada por el Residente de Obra, quedando claramente evidenciado que no se puede argumentar ningún derecho sobre una petición que nació nula.

No obstante lo señalado anteriormente, el demandado señala que el Tribunal Arbitral deberá tener presente o siguiente:

- i. El contratista no ha cumplido con acreditar los supuestos mayores gastos generales en que habría incurrido, es decir, la pretensión del contratista carece de sustento.
- ii. El reajuste de los supuestos mayores gastos generales contraviene lo señalado en el primer párrafo del Artículo 261° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; según el cual *"los índices de precios al consumidor (Código 39) deben corresponder al mes en que ocurre la causal de ampliación de plazo, es decir, los índices para actualización deben corresponder a los meses de Octubre y Noviembre del 2006"*, teniendo en cuenta lo establecido, el contratista ha actualizado los supuestos mayores gastos generales con el Índice de Enero del 2007; quedando de esta manera probado que el cálculo señalado en el Anexo 02 de la Carta N° 004/2010 es erróneo y deberá ser desestimado por el Tribunal Arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Conforme a lo establecido por las partes, este Tribunal Arbitral procederá a efectuar el análisis de la solicitud requerida. En primer lugar, observaremos si el Contratista ha solicitado la ampliación de plazo dentro de los parámetros establecidos en la norma.

Así, el artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado expresa:

"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su Residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponde, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

*Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. **De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad"**. (Resaltado agregado)*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Del recuento de los hechos indicados por las partes en sus posiciones, se observa que el Contratista cumplió con consignar en el cuaderno de Obra la causal que fue fundamento de la ampliación de plazo, la misma que se debe a trabajos complementarios que hay que realizar para la verificación y contrastación (aferición) de los medidores totalizadores de alumbrado público y servicio particular.

Continuando con ello, la ampliación de plazo N° 03 por 54 días calendarios fue solicitada por el Residente de Obra, Ing. Julio Alarcón Cáceres, y presentada mediante Carta 034-ADM/OB⁹⁷, de fecha 09 de diciembre de 2006 ante la Supervisión de la Obra.

Podemos apreciar que el contratista cumplió con el procedimiento establecido en el artículo 259° del RLCAE, por lo que, corresponde analizar si el Supervisor y la Entidad procedieron conforme a esta norma respecto al trámite de la ampliación de plazo.

En ese sentido, la referida carta emitida por el Residente de la Obra fue revisada, evaluada y aprobada por la Supervisión de Obra mediante Carta N° 072 SUP.CH/JLC⁹⁸, en el que adjunta y dirige su informe aprobatorio a la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidaciones.

Con fecha 11 de diciembre de 2006, mediante Carta N° 072 SUP.CH/JLC⁹⁹, el Jefe de Supervisión de Obra señala a la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidaciones del Gobierno Regional de Cajamarca, comunica el informe de la ampliación de plazo N° 03 solicitada por el contratista, el mismo que ha sido revisado, evaluado y aprobado por la Supervisión.

En respuesta a lo informado por la Supervisión de la Obra, la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras del Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Carta N° 58-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL¹⁰⁰, de fecha 09 de febrero del 2007, señala que el plazo para señalado en el Artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha vencido en exceso para que la Entidad emita Resolución por lo que da por consentida la ampliación de plazo por silencio positivo.

Entonces, del recuento de los hechos, se tiene que la ampliación de plazo se ha aprobado y consentido debido a que la Entidad no cumplió con pronunciarse sobre la misma. Esta norma expresamente indica que en caso la entidad no emita pronunciamiento dentro de los plazos que ella misma señala, se considerará ampliado el plazo solicitado, bajo responsabilidad de la Entidad.

⁹⁷ Ver medio probatorio 1.17) del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁹⁸ Ver medio probatorio 1.18) del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

⁹⁹ Ver medio probatorio 1.18) del escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 04 de mayo de 2010.

¹⁰⁰ Ver anexo 07 del escrito de demanda correspondiente a la tercera acumulación de fecha 08 de setiembre de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En este sentido, siendo que en el décimo séptimo punto controvertido se está poniendo en cuestión si la ampliación de plazo N° 03 es válida y eficaz, nos reservamos el derecho de pronunciarnos sobre esta pretensión en nuestra posición en el décimo séptimo punto controvertido.

DEL DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar la validez y el consentimiento de la resolución del Contrato efectuada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010."

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que, mediante Carta Notarial N° 050/2010, de fecha 12 de marzo del 2010, dirigida al Presidente Regional del Gobierno Regional de Cajamarca el Econ. Jesús Coronel Salirrosas, RESOLVEMOS EL CONTRATO de obra suscrita con el Gobierno Regional de Cajamarca por no haber hecho entrega del punto de Alimentación debidamente autorizada por la MUNICIPALIDAD DE MAGDALENA, con el fin de poder energizar la Localidad del Guayabo. Esta falta de entrega del punto de alimentación, impide que se concluya con todas las actividades del contrato, originando desplazamiento del Calendario de Avance de Obra, afectando al proyecto contractual.

Asimismo, la empresa demandante señala que, mediante Carta Notarial N° 023-2010-GR.CAJ/GGR, de la Gerencia General Regional del Gobierno Regional de Cajamarca de fecha 18 de marzo del 2010 comunican que la RESOLUCION DE CONTRATO es ilegal y extemporánea y como tal resulta ineficaz.

Sobre ello, el Contratista, mediante Carta Notarial N° 055/2010 de fecha 24 de marzo del 2010, damos respuesta a la Carta Notarial N° 023-2010-GR.CAJ/GGR de la Gerencia General Regional del Gobierno Regional de Cajamarca, en el cual manifiesta que hasta la fecha, ni la localidad de La Granada dispone de la energía correspondiente, por lo que la Localidad del Guayabo que para la energización depende de la corriente eléctrica de LA GRANADA, no tiene punto de diseño donde hacer su conexión y que a la vez esté debidamente AUTORIZADO por la Municipalidad de Magdalena, al cual pertenecen estas 02 localidades. Cuando esto ocurra el Gobierno Regional de Cajamarca debe hacer saber mediante la Resolución Regional correspondiente por tratarse de una modificación al Expediente Técnico contractual. Por lo tanto, la falta de energía en El Guayabo es de responsabilidad del Gobierno Regional de Cajamarca que afecta el proyecto contractual al atrasarlo en su desarrollo integral, y es lo que ha motivado la Resolución del Contrato de ejecución de Obra.

De otro lado, mediante Carta Notarial N° 039-2010-GR.CAJ/GGR de fecha 15 de abril del 2010, el Gobierno Regional de Cajamarca da respuesta a la Carta Notarial N° 055/2010, y finalmente aclara que no se ha modificado la obra, la misma que está ejecutada de acuerdo al expediente contractual asimismo a manera de justificación y deslindar responsabilidades a un tercero, aclara que la puesta en funcionamiento del SER del Caserío Guayabo no ha sido una observación del

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Gobierno Regional sino de una observación de HIDRANDINA S.A., la cual no es contractual, sin embargo no entrega el punto de alimentación que permita energizar la localidad del Guayabo, impidiendo de esta manera la culminación total del proyecto contractual.

En ese sentido, mediante Carta N° 067/2010 de fecha 15 de Abril del 2010, hace de conocimiento al Gobierno Regional de Cajamarca, que la Resolución de Contrato ha quedado CONSENTIDA, ya que habiendo transcurrido más de 10 d.h. desde la fecha en que Resolvimos el contrato (12 de marzo del 2010), el Gobierno Regional no ha procedido a iniciar Arbitraje, y nombrar su arbitro tal como lo contempla el artículo 267° del contrato ha quedado CONSENTIDA.

De esa manera, mediante Carta Notarial N° 042-2010-GR.CAJ/GGR de fecha 23 de abril del 2010, la Gerencia General Regional del Gobierno Regional de Cajamarca, da respuesta a la Carta N° 067/2010, señalando en su ítem d) que el Contratista debió solicitar acumulación de la Resolución del Contrato al arbitraje en curso ante el Tribunal Arbitral, y con fecha no posterior al 25 de Marzo del 2010, por lo que al haber errado el procedimiento al dirigir la solicitud de acumulación al Gobierno Regional, concluyen que a la fecha queda consentida su Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P (Resolución de Contrato efectuada por el Gobierno Regional) para todo efecto legal. Lo expuesto en este literal d) es desde todo punto de vista arbitrario, por atentar contra el Artículo 287° del RELCAE y el Artículo 53° de la LEY, por lo tanto no tiene efecto, tal como a continuación exponemos:

Artículo 287° del RELCAE: *"Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho proceso entro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53 de la Ley, siempre que no se haya abierto aún la etapa probatoria".*

Artículo 53°.2 de la Ley: *"Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad".*

ALE Contratistas S.R.L., con Carta N° 0106/2010 de fecha 17 de junio del 2010, dirigida al Presidente Regional del Gobierno Regional de Cajamarca el Econ. Jesús Coronel Salirrosas, le hace llegar la Declaración Jurada, respecto al consentimiento de la Resolución de Contrato por causal de Silencio Administrativo, quedando dicho acto firme y con todo su efecto legal.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca, según la Carta Notarial N° 41-2009-GR.CAJ/GRI notificada el 12 de junio de 2009, solicitó al Contratista el cumplimiento de sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato; asimismo solicitó, el cumplimiento del trámite de la gestión de servidumbre.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Sobre ello, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales sobre el trámite de la gestión de servidumbre, está establecida en el numeral 16.1.15) del contrato suscrito; el Gobierno Regional de Cajamarca determinó Resolver en Forma Total el contrato de ejecución de Obra con Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 09 de marzo de 2010, la misma que ha sido notificada con Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG con fecha 11 de marzo de 2010.

Ergo, se determina que el Gobierno Regional de Cajamarca ha procedido según lo establecido en el Artículo 225° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; por ende, la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P es totalmente válida y eficaz en todos sus extremos.

Asimismo, el Gobierno Regional de Cajamarca ha ratificado la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P y el Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG, con Carta Notarial N° 023-2010 notificada el 18 de marzo de 2010.

Conforme a lo señalado en el último párrafo del Artículo 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; la Entidad señala que el contratista disponía de diez (10) días hábiles para recurrir al arbitraje en caso de que existiera controversia; sin embargo, el contratista con Carta N° 052/2010 notificada el 24 de marzo de 2010 solicitó acumulación de procesos al Gobierno Regional de Cajamarca, debiendo presentar la solicitud de acumulación de pretensiones a vuestro Tribunal Arbitral, según lo establecido en el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; por lo que el contratista sometió a arbitraje sus controversias relacionadas con la resolución del contrato luego de más de dos (02) meses de haber tomado conocimiento de la resolución del contrato, según Escrito N° 18 presentado a vuestro Tribunal con fecha 25 de mayo de 2010, ante lo cual la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P ha quedado consentida la resolución del contrato mediante Carta N° 050/2010 notificada el 12 de marzo de 2010.

Asimismo, el Gobierno Regional de Cajamarca en su contestación de demanda y reconvención señaló como pretensión "QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE CONSENTIDA Y/O VALIDA Y EFICAZ LA RESOLUCIÓN EJECUTIVA REGIONAL N° 106-2010-GR-CAJ/P DEL 09/03/201, NOTIFICADA CON FECHA 11/03/2010..."; quedando evidenciado que la supuesta nueva pretensión es una respuesta extemporánea a la pretensión del Gobierno Regional de Cajamarca y como tal, el Tribunal deberá rechazar la pretensión del contratista.

Adicionalmente, sobre ello, el Tribunal Arbitral debe tener presente las consideraciones que se indica:

- i. Mediante Carta N° 081/2009 notificada por conducto notarial con fecha 18 de junio de 2009, el contratista requirió al Gobierno Regional de Cajamarca el cumplimiento de obligaciones esenciales, solicitando se cumpla con dar a conocer la autorización de la Municipalidad Distrital de Magdalena para conectarse a la línea primaria de su propiedad y de esa manera energizar la localidad del Guayabo.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- ii. En respuesta a la Carta señalada en el numeral precedente, el Gobierno Regional de Cajamarca notificó con Carta Notarial N° 020-2009-MDM/A suscrita por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Magdalena en la que se brindaba autorización para la conexión a la red primaria de su propiedad, por lo que, el Tribunal deberá tener presente que el Gobierno Regional de Cajamarca cumplió con el requerimiento del contratista en forma oportuna.
- iii. No obstante lo señalado en el numeral precedente, el Contratista de manera ilegal y sin haber existido incumplimiento por parte del Gobierno Regional de Cajamarca resolvió el contrato de ejecución de obra mediante Carta N° 050/2010 notificada con fecha 12 de marzo de 2010 de manera extemporánea a la resolución del contrato ejercida por el Gobierno Regional de Cajamarca; por tal manera resulta evidente que el contratista ha resuelto el contrato con el único objeto de contrarrestar la resolución del contrato realizada por el Gobierno Regional de Cajamarca, siendo que dicha acción vulnera la buena fe que debe existir entre las partes, la cual se encuentra prevista en el Artículo 1362° del Código Civil; por tal motivo vuestro Tribunal deberá declarar nula de pleno derecho la resolución del contrato efectuada por el contratista con Carta N° 050/2010.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Siendo que el punto controvertido materia de pronunciamiento versa sobre la resolución del contrato por parte del contratista, procederemos a observar lo señalado en las normas sobre de Contrataciones y Adquisiciones del Estado respecto a resolución de contrato.

Previamente a ello, procederemos a efectuar un recuento de los hechos referentes a la resolución del contrato por parte del contratista:

Con fecha 12 de junio de 2009, mediante Carta N° 41-2009-GR-CAJ/GRI, el Gobierno Regional de Cajamarca ratifica la NO ACEPTACIÓN de la Liquidación del Contrato de Obra y se dejó constancia que la Gestión del Derecho de Servidumbre es una obligación contractual de la empresa demandante, por lo que se concedió un plazo de quince (15) días calendario para cumplir con dicha obligación bajo apercibimiento de resolver el contrato de obra.

Con fecha 18 de junio de 2009, mediante Carta N° 081/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. solicita al Gobierno Regional de Cajamarca el cumplimiento de las obligaciones esenciales y solicita se entregue el punto de alimentación debidamente autorizado por la Municipalidad Distrital de Magdalena, que permita hacer la conexión respectiva y así de esta manera dar servicio eléctrico a la Localidad de El Guayabo.

Por ese motivo, se requiere a la entidad vía Carta Notarial el cumplimiento de esta obligación esencial para poder realizar la conexión respectiva, otorgando un plazo de 15 días bajo apercibimiento de resolver el contrato de Obra.

Con fecha 26 de junio de 2009, mediante Carta N° 089/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. da a conocer la relación de pagos de servidumbre y solicita el reembolso de pagos por

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

derecho de servidumbre por un monto que asciende la suma de S/. 43, 949.00 (Cuarenta y Tres Mil Novecientos Cuarenta y Nueve y 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 04 de julio de 2009, mediante Carta Notarial N° 020-2009-GR-CAJ/GGR, El Gobierno Regional de Cajamarca da a conocer a la empresa ALE Contratistas S.R.L. que la Municipalidad Distrital de Magdalena ha autorizado conectarse a las redes de su propiedad a fin de dar servicios eléctrico a la localidad de El Guayabo, según se evidencia en la Carta N° 009-2009-MDM/A y se solicitó a la empresa demandante cumplir con ejecutar la línea primaria desde Magdalena hasta El Guayabo.

Con fecha 10 de agosto de 2009, mediante Carta N° 119/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. da a conocer la relación de pagos de servidumbre y solicita el reembolso de esos pagos por derecho de servidumbre por un monto que asciende la suma de S/. 17,720.00 (Diecisiete Mil Setecientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 23 de setiembre de 2009, mediante Carta N° 139/2009, la empresa ALE Contratistas S.R.L. remitió Factura N° 01178 para reembolso de pagos por derecho de servidumbre por un monto que asciende a la suma de S/. 57,353.00 (Cincuenta y Siete Mil Trescientos Cincuenta y Tres con 00/100 Nuevos Soles).

Con fecha 09 de marzo de 2010, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P, el Gobierno Regional de Cajamarca determinó resolver en forma total el Contrato de Ejecución de Obra por incumplimiento en el trámite de constitución del derecho de servidumbre.

Con fecha 11 de marzo de 2010, mediante Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR.SG, el Gobierno Regional de Cajamarca comunica a la empresa ALE Contratistas S.R.L. la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P.

Con fecha 12 de marzo de 2010, mediante Carta Notarial N° 050/2010, la empresa ALE Contratistas S.R.L. determinó resolver el contrato señalando como causal el incumplimiento del Gobierno Regional de Cajamarca en la entrega del punto de alimentación debidamente autorizado por la Municipalidad Distrital de Magdalena para energizar la localidad del Guayabo.

Con fecha 16 de marzo de 2010, mediante Carta Notarial N° 23-2010-GR.CAJ/GGR, el Gobierno Regional de Cajamarca ratificó en todos sus extremos los alcances de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P y señala que la decisión de la empresa ALE Contratistas S.R.L. de resolver el contrato es ilegal y extemporánea.

Con fecha 24 de marzo de 2010, mediante Carta N° 054/2010, la empresa ALE Contratistas S.R.L. manifiesta al Gobierno Regional de Cajamarca que la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P que determinó resolver el contrato es nula y/o ineficaz.

Con Carta Notarial N° 055/2010, de fecha 24 de marzo del 2010, damos respuesta a la Carta Notarial N° 023-2010-GR.CAJ/GGR del Gobierno Regional de Cajamarca, en el cual, manifestamos que hasta la fecha, ni la localidad de La Granada dispone de la energía correspondiente, por lo que la Localidad del Guayabo que para la energización depende de la

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

corriente eléctrica de LA GRANADA, no tiene punto de diseño donde hacer su conexión y que a la vez esté debidamente AUTORIZADO por la Municipalidad de Magdalena, al cual pertenecen estas 02 localidades. Cuando esto ocurra el Gobierno Regional de Cajamarca debe hacer saber mediante la Resolución Regional correspondiente por tratarse de una modificación al Expediente Técnico contractual. Por lo tanto, la falta de energía en El Guayabo es de responsabilidad del Gobierno Regional de Cajamarca que afecta el proyecto contractual al atrasarlo en su desarrollo integral, y es lo que ha motivado la Resolución del Contrato de ejecución de Obra.

Con Carta N° 067/2010, de fecha 15 de Abril del 2010, hacemos de conocimiento al Gobierno Regional de Cajamarca, que nuestra Resolución de Contrato ha quedado CONSENTIDA, ya que habiendo transcurrido más de 10 d.h. desde la fecha en que Resolvimos el contrato (12 de marzo del 2010), el Gobierno Regional no ha procedido a iniciar Arbitraje, y nombrar su arbitro tal como lo contempla el artículo 267° del contrato ha quedado CONSENTIDA.

Tenemos los antecedentes sobre el cual versa el presente punto controvertido por lo que procederemos a analizar la norma correspondiente a esta pretensión. Sobre ello, el Artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones establece:

"Artículo 224°.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. (...)"

Ahora bien, las causales para que se genere una Resolución de Contrato por parte del Contratista son las dispuestas en el segundo párrafo del Artículo 225° del citado Reglamento:

"Artículo 225°.- Causales de resolución

(...)

El contratista podrá solicitar la resolución de contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°."

De lo señalado en los citados artículos podemos advertir que para que una resolución de contrato proceda es necesario que ésta se encuentre enmarcada bajo lo establecido por la norma, y siempre y cuando, ésta haya sido solicitada de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 226^{101°} del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

¹⁰¹ ***"Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato***

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o 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

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Dicho esto, este Tribunal Arbitral procederá a observar si la Resolución del contrato ejercida por el Contratista cumple con el procedimiento establecido en la norma y, luego de ello, determinaremos si la Resolución del Contrato se encuentra debidamente motivada.

En este sentido, del recuento de los hechos se observa que el Contratista ha solicitado en determinadas oportunidades la entrega del punto de alimentación debidamente autorizado por la Municipalidad Distrital de Magdalena para energizar la localidad del Guayabo y entorno a ello se centra la resolución del referido contrato.

El procedimiento señalado en el Artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala en un primer momento, que el procedimiento para la resolución del contrato se genera inicialmente, para el caso concreto, con el incumplimiento de una obligación esencial por parte de la Entidad y el requerimiento por parte del Contratista para que, necesariamente, como lo señala la norma, en un plazo de quince (15) días, cumpla con la obligación bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Teniendo en cuenta ello, el Contratista, mediante Carta de fecha 81/2009 de fecha 16 de junio de 2009, la misma que fue notificada al Gobierno Regional de Cajamarca el 18 de junio de 2009, cumple con otorgar el plazo señalado en la norma (15 días para cumplir con la obligación) por lo que el Contratista ha cumplido con lo establecido en la norma.

El plazo señalado en la norma para que la Entidad cumpla con cumplir con las obligaciones esenciales señaladas por el Contratista vencía el 03 de julio de 2009, incumplimiento que no fue subsanado por el Gobierno Regional de Cajamarca, siendo el 04 de julio de 2009, la fecha en la que señala sobre el cumplimiento de la Entidad.

En este sentido, conviene en precisar que el Gobierno Regional de Cajamarca no efectuó el cumplimiento de las obligaciones esenciales en el plazo establecido.

En relación a ello, vencido el plazo, el Contratista no cumplió con efectuar la Resolución del Contrato por vía notarial hasta el día 12 de marzo de 2010, en el que el Contratista, vía Carta Notarial N° 050/2010, determinó resolver el contrato.

Al respecto, este Tribunal Arbitral condice en señalar que el Artículo referido no señala algún plazo para que la parte (Contratista o Entidad) que está haciendo efectivo el apercibimiento, luego de cumplido el plazo señalado, solicite la Resolución del Contrato.

En este sentido, la Carta N°050/2010 de fecha 11 de marzo de 2010, notificada a la Entidad el 12 de marzo de 2010, que determina la resolución del contrato es válida por lo que, a continuación, deberá observarse si la Entidad ha procedido conforme al último párrafo del Artículo 267°¹⁰² del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...)"

¹⁰² **Artículo 267°**

De los antecedentes establecidos, y teniendo en cuenta el plazo señalado, observamos que la Entidad no ha cumplido con solicitar el inicio de arbitraje dentro del plazo establecido por la norma, esto es, hasta el 26 de marzo de 2010 para concurrir a los Tribunales a fin de solucionar las controversias respecto a dicho punto.

Entonces, siendo que la Entidad no ha cumplido con iniciar el arbitraje correspondiente, este Tribunal considera que el pedido por el Contratista en este punto controvertido es amparable, y en consecuencia, se declara fundada la pretensión.

DEL DÉCIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que fuera solicitada mediante Carta N° 034-ADM/OB.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El demandado indica que el Gobierno Regional de Cajamarca señala que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03, con Carta N° 034-ADM/OB; ha sido suscrita por el Residente de Obra, Ing. Julio Alarcón Cáceres; el mismo que no tiene competencia para cursar comunicaciones relacionadas con solicitudes de ampliación de plazo, conforme lo señalado en el tercer párrafo del Artículo 242° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con DS N° 084-2004-PCM; según lo cual “... el Residente representa al contratista para efectos ordinarios de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato”; por lo que, teniendo en consideración que las ampliaciones de plazo constituyen modificaciones al contrato, su solicitud sólo puede ser suscrita por el Representante Legal del contratista, Sra. Leonarda Fátima Bernabel Pineda; quedando claramente establecido que la Carta N° 034-ADM/OB es nula de pleno derecho y carece de valor legal.

Asimismo, la Entidad, de manera complementaria, deberá tomar en consideración lo señalado en el primer párrafo del Artículo 259° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con DS N° 084-2004-PCM, según el cual “... Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente...”, de lo que determina que el Residente de Obra no está facultado para solicitar la ampliación de plazo y que esta es responsabilidad exclusiva del Representante Legal del contratista.

(...)

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en la Ley, el Reglamento o en el Contrato, dentro del plazo establecido de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual, la resolución del contrato quedará consentida.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El demandado señala que la solicitud de ampliación de plazo N° 03 presentada con Carta N° 034-ADM/OB, ha sido suscrita por el Residente de Obra, Ing. Julio Alarcón Cáceres, quien, según el GRC no tendría competencia para cursar comunicaciones relacionadas con solicitudes de ampliación de plazo.

Para sustentar este argumento, el demandado se remite al artículo 242° del Reglamento de la LCAE que establece que "...el Residente representa al contratista para efectos ordinarios de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato". A partir de ello, considera que las ampliaciones de plazo constituyen modificaciones al contrato por lo que la solicitud sólo podía ser suscrita por el Representante Legal del Contratista Sra. Leonarda Fátima Bernabel Pineda; razón por la cual, nuestra solicitud carecería de valor legal y sería nula de pleno derecho.

El demandante señala que este argumento resulta inconsistente y distorsiona los alcances del artículo 242° del RLCAE, pues este artículo lo que establece es que el residente es el representante del contratista en la obra y hace la precisión de que no cuenta con facultades para pactar modificaciones al contrato.

Ahora bien, el Contratista señala que pactar una modificación es establecer un acuerdo en forma conjunta, que equivale a una adenda al contrato lo cual no ocurre en el presente caso, pues la solicitud de ampliación de plazo es justamente eso, una solicitud, un pedido formulado por el contratista, no un acuerdo conjunto, lo que sería una modificación del contrato sería la consecuencia de la aprobación de la ampliación del plazo, esto es, la adenda que modifica el plazo del contrato en virtud de la aprobación concedida, lo cual no es el supuesto controvertido.

Por otro lado, la demandada se refiere al artículo 259° del RLCAE, que establece que: "...Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el Inspector o Supervisor, según corresponda siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente". Al citar esta norma indica que de la misma, "se determina que el Residente de Obra no está facultado para solicitar ampliación de plazo y que esta es responsabilidad exclusiva del Representante Legal del contratista".

El Contratista señala que esta afirmación es igualmente inexacta pues, la norma se refiere al Contratista o su representante legal, ahora bien, justamente el artículo 242° del RLCAE antes citada, establece que el residente es el representante del contratista en obra, por lo que, no queda duda que este está facultado para proceder conforme al artículo 259°. Además esta norma no excluye al residente, por lo que, es obvio que la demandada pretende darle a la norma un sentido que no tiene.

Quedan desvirtuados de este modo los argumentos presentados por la demandada sobre su primera pretensión de reconvención, quedando en evidencia que solo intenta forzar la interpretación de normas legales y carece de sustento para justificar la procedencia de nuestra solicitud de ampliación de plazo N° 03.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo las posiciones de las partes, este Tribunal Arbitral procederá a efectuar el análisis respecto a si la solicitud de ampliación de plazo N° 03 es válido o ineficaz.

Procederemos a efectuar el análisis respecto a lo solicitado por la Entidad, en este caso el primer párrafo del Artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala lo siguiente:

"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su Residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. (...)"

El procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señala en primer lugar, que el Residente de Obra anota en el cuaderno de Obra la situación que podría generar una ampliación de plazo. Entonces pasaremos a analizar el segundo párrafo del referido Artículo:

*"Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, **el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su ampliación de plazo ante el inspector o supervisor**, según corresponde, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.(el resaltado es nuestro)"*

El segundo párrafo del referido Artículo, señala que luego de anotada la situación que podría generar una ampliación de plazo por parte del Residente de Obra, el contratista o su representante legal, solicitará, cuantificará y sustentará su ampliación de plazo ante el inspector o supervisor.

No hay mayor interpretación a lo establecido en el Reglamento, en consecuencia, las ampliaciones de plazo deben ser solicitadas por el contratista o su representante legal. Dicha escenario se encuentra relacionado con lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 242° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado que señala:

"Artículo 242.- Residente de Obra
(...) Por su sola designación, el residente representa al contratista para los efectos ordinarios de la obra, no estando facultado a pactar modificaciones al contrato"

Las ampliaciones de plazo son modificaciones al contrato en el extremo que se varía la culminación de la obra y el plazo para la ejecución del contrato, por lo que se acredita que el Residente de Obra no está facultado a solicitar ampliaciones de plazo de ninguna manera. No obstante, ha quedado claro que el procedimiento de solicitud de ampliación se inicia con el Residente de la Obra mediante la anotación de la situación en el Cuaderno de Obra, y luego de ello, la responsabilidad de presentar la solicitud de ampliación de plazo recae en el Contratista.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Pero, prosigamos con el análisis a la solicitud materia de nulidad, la solicitud de ampliación de plazo fue presentada por el Residente de Obra ante la Supervisión de la Obra, el mismo que efectuó, mediante Carta N° 072 SUP.CH/JLC dirigida a la Sub gerencia de Supervisión y Liquidación del Gobierno Regional de Cajamarca, el Informe de la ampliación de plazo N° 03 solicitada por el contratista, el mismo que ha sido revisado, evaluado y aprobado por la Supervisión.

Respecto a ello, manifestamos que la Supervisión de la Obra, representante de la Entidad en la Obra, a pesar de que el procedimiento de ampliación de plazo no ha cumplido con lo regulado en el Reglamento, emite Informe sobre la ampliación de plazo requerida señalando que el mismo ha sido revisa, evaluado y aprobado.

Respecto a ello, la Sub Gerencia de Supervisión y Liquidación de Obras del Gobierno Regional de Cajamarca, mediante Carta N° 58-2007-GR-CAJ-GRI/SGSL, de fecha 09 de febrero del 2007, señala que el plazo para señalado en el Artículo 259° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha vencido en exceso para que la Entidad emita Resolución por lo que da por consentida la ampliación de plazo por silencio positivo.

Respecto a lo expresado, se ha cumplido con el procedimiento establecido en el tercer párrafo del Artículo 259° que señala:

"Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad". (Resaltado agregado)

De lo analizado, se desprende que el procedimiento de ampliación de plazo tiene un filtro previo al pronunciamiento de la Entidad, la Supervisión de la Obra efectúa un informe sobre si la ampliación de plazo procede o no.

Lo sorprendente de la participación de la Supervisión de la Obra es que emite un informe aprobatorio respecto a la ampliación solicitada, corriendo el plazo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de recepcionado el referido Informe.

El plazo se venció y la Entidad no expresó ningún pronunciamiento sobre la referida ampliación de plazo, la representante de la Entidad, señala que como ha vencido el plazo para el pronunciamiento de la Entidad, la ampliación de plazo es aprobada.

Acorde a lo señalado en el Reglamento, el pedido del Contratista no cumplía con el procedimiento formal de ampliación de plazo y, por ello, la Entidad ha debido observar el pedido observando el mismo en su totalidad sin tener en cuenta siquiera sobre el fondo del mismo.

La Entidad tiene la obligación legal de emitir un pronunciamiento en los plazos establecidos por el reglamento por lo que al no pronunciarse sobre la ampliación del plazo N° 03, la misma se ha tenido por aprobada bajo responsabilidad de la Entidad ya que el Gobierno Regional de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Cajamarca ha tenido conocimiento del vicio en el procedimiento formal de la solicitud de ampliación de plazo desde la fecha misma de su presentación a la Entidad, sin expresar su posición dando como consecuencia la convalidación del consentimiento de la solicitud.

Adicionalmente, debemos mencionar a Morón Urbina¹⁰³ respecto a este tema:

"Para no afectar el derecho ciudadano de petición, el procedimiento administrativo, como prerrogativa estatal, sigue un cauce conocido que tiene la previsión de alcanzar una conclusión cierta y pronta. Por ello, ante una obligación impuesta al ciudadano de presentar cualquier reclamación o petición previamente a la Administración, su correlato lógico es imponer al funcionario la obligación ineludible de pronunciarse sobre la cuestión planteada dentro de un plazo cierto. Ese deber de pronunciamiento, cualquiera sea el sentido o su decisión, resulta ineludible para el Estado, no puede atribuirse un privilegio de silencio o una prerrogativa de inacción"

Los comentarios de la referencia van de la mano con la aprobación por silencio positivo en este caso, ya que siendo que el acto con el que se determinó la solicitud es inválido, la Entidad debió pronunciarse al respecto rechazándolo liminarmente, en consecuencia, al no pronunciarse la misma, la ampliación de plazo N° 03 se encuentra aprobada bajo responsabilidad del Contratista.

En este sentido, no corresponde amparar el pedido expresado por el Gobierno Regional de Cajamarca, y en consecuencia, se declara infundada la presente pretensión.

Siendo que en el décimo quinto punto controvertido nos reservamos el derecho de pronunciarnos sobre dicha pretensión hasta que no pronunciemos sobre el presente punto controvertido y siendo que se ha declarado infundada la presente pretensión, la solicitud de ampliación de plazo N° 03 es válida y eficaz por lo que, de acuerdo a lo analizado en el decimo quinto punto controvertido, es amparable el pedido del Contratista, y en consecuencia, se declara fundado el decimo quinto punto controvertido por lo que corresponde el pago de los mayores gastos generales por el monto S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses a favor del Contratista.

DE LA DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Liquidación del Contrato presentada por la Supervisión de Obra mediante Carta RCH-007-09."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que la Liquidación de Contrato de Obra presentada por la Supervisión de Obra con Carta RCJ-007-09, en la Oficina de Coordinación del Gobierno Regional de Cajamarca ubicada en la Ciudad de Lima con fecha 21 de abril de 2009; contraviene

¹⁰³ Morón Urbina, Juan Carlos (2004) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Editorial Gaceta Jurídica, Tercera Edición, Lima, p. 490

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

lo señalado en el primer párrafo del Artículo 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con DS N° 084-2004-PCM, según el cual "El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro del plazo de sesenta (60) días o 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..."; quedando claramente establecido que la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra deberá ser presentada únicamente por el contratista a través de su Representante Legal; por lo que, al haber presentado la liquidación con RCH-007-09 suscrita por la supervisión de Obra, ésta resulta de pleno derecho.

La Entidad señala que sin que lo señalado exprese conformidad a la Liquidación de Contrato de Ejecución de Obra, se deja constancia de lo siguiente:

- i. La Liquidación debió ser presentada luego de la recepción definitiva de la obra, teniendo en consideración que la recepción comprende: la recepción provisional, el período de operación experimental, el período de garantía inicial y la recepción definitiva; conforme a lo señalado en la Cláusula Décimo Novena y Vigésima del contrato suscrito; resultando la presentación de la liquidación anticipada e improcedente.
- ii. A la fecha de presentación de la liquidación existían prestaciones pendientes, como es la relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre, señalado en el numeral 16.1.15) del contrato suscrito; lo cual queda demostrado con las solicitudes de reembolso de pagos por servidumbre que fueron solicitadas en forma posterior a la presentación de la liquidación con Carta N° 089/2009 del 26 de junio de 2009, Carta N° 119/2009 recepcionada el 10 de agosto de 2009, Carta N° 0139/2009 del 23 de setiembre de 2009; por lo que, el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que al encontrarse pendiente la constitución del derecho de servidumbre y ante la necesidad de seguir realizando pagos al contratista por dicho concepto, se determina que la liquidación presentada es improcedente; ya que una supuesta aprobación hubiera culminado el contrato de ejecución de obra y no hubieses permitido cumplir con las solicitudes de reembolso por pago de servidumbre del contratista; conforme a lo señalado en el segundo párrafo del Artículo 43° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con DS N° 083-2004-PCM, que establece que "Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obra, el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista..."
- iii. La liquidación del contrato de ejecución de obra fue presentada en un domicilio legal distinto al consignado en el contrato suscrito, como es la Oficina de Coordinación del Gobierno Regional de Cajamarca ubicada en la Provincia de Lima, lo cual vulnera lo señalado en las normas de contratación pública y el contrato suscrito y ocasiona perjuicio al Gobierno Regional de Cajamarca.
- iv. El contratista dispuso de sesenta (60) días calendario para presentar la liquidación del contrato y en el supuesto que dicho plazo se computara a partir de la suscripción del Acta de Recepción Provisional que fuera suscrita el 23 de enero de 2009, el plazo para presentación de la Liquidación venció el día 24 de marzo de 2009, por lo

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

que al haberse puesto en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca con fecha 21 de abril de 2009 a través de la Supervisión de Obra, dicha liquidación es extemporánea e improcedente y sólo corresponde que el Gobierno Regional de Cajamarca formule la Liquidación, conforme a lo señalado en el segundo párrafo del Artículo 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con DS N° 084-2004-PCM.

- v. La elaboración de la liquidación, las observaciones por parte de la Supervisión de Obra y la subsanación de observaciones omitiendo la intervención del Gobierno Regional de Cajamarca constituyen acciones suspicaces que carecen de transparencia y atentan contra las normas de contratación pública y los intereses del Gobierno Regional de Cajamarca y como tal no podría ser amparado por el Tribunal Arbitral corresponderá desestimar cualquier intento que este orientado a convalidar la liquidación presentada por la Supervisión de Obra.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala a la demandada que la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra presentada por la Supervisión de Obra con carta RCH-007-09, en la Oficina de Coordinación del Gobierno Regional de Cajamarca ubicada en la Ciudad de Lima con fecha 21/04/2009; contraviene lo señalado en el primer párrafo del artículo 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con D.S. N°084-2004.PCM; según el cual " El Contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro del 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 obra..."

En ese sentido, el Contratista afirma que a partir de lo establecido en este artículo, queda claro que la Liquidación del Contrato de Ejecución de Obra deberá ser presentada únicamente por el Contratista a través de su Representante Legal; por lo que, la liquidación presentada por la Supervisión con Carta RCH-007-09, sería nula de pleno derecho.

El Contratista señala que la argumentación carece de sustento legal, pues el artículo 269° del RLCAE no prohíbe que la liquidación sea presentada al Supervisor, por lo que, es claro que nuestra representada cumplió con el procedimiento establecido en dicho artículo para tramitar dicha liquidación.

Asimismo, el Contratista añade que debe tenerse presente que, con fecha 13 de Marzo de 2009 presentamos la liquidación de la obra y con fecha 15 de abril, subsanó las observaciones efectuadas por la Supervisión respecto de la misma, no siendo responsabilidad del Contratista la gestión que al respecto realizó el representante de la Entidad (supervisión) para dar trámite a dicha liquidación por lo que es evidente la improcedencia de esta pretensión.

Por otro lado, la demandada, mediante Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGLS, remitida al Contratista el 12 de mayo de 2009, declaró improcedente la liquidación únicamente por considerar que la obra no estaba culminada.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En tal sentido, lo que debe determinarse en el presente proceso arbitral es justamente la validez de dicho argumento y no como maliciosamente pretende ahora el GRC, al solicitar que se declare la nulidad de un acto interno de la administración, entre su representantes (la supervisión) y sus funcionarios competentes.

En efecto, el Contratista señala que la liquidación presentada por el Supervisor contraviene las normas de contratación, indicando que al "haber presentado la liquidación con RCH-007-09 SUSCRITA POR LA Supervisión de Obra, ésta resulta nula de pleno derecho". Este Argumento es falso, pues el Contratista presentó la liquidación con Carta N° 030/2009 con fecha 13 de marzo del 2009 y subsano las observaciones del Supervisor con carta N° 046/ 2009 de fecha 15 de abril de 2009. La gestión que al respecto haya efectuado el Supervisor no tiene porque vulnerar nuestros derechos, pues corresponde al campo de la administración interna y la gestión entre el Supervisor y el GRC.

Sobre ello, la Supervisión en el artículo 48° de la LCAE establece que "La Entidad supervisará directamente o a través de terceros todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias."

El Contratista señala que el artículo 250° del RLCAE establece:

"La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del Inspector o supervisor, según corresponda quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El Inspector o el Supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas, y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contratista, no teniendo autoridad para modificarlo. El Contratista deberá brindar al Inspector o Supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionadas con ésta."

De las normas antes citadas queda claro que el Supervisor es el representante de la Entidad ante el Contratista por lo que no es exacto señalar que las comunicaciones cursadas por el CONTRATISTA al Supervisor no vinculan a la Entidad, pues es deber de este actuar con la diligencia que su cargo impone respecto a las comunicaciones, consultas y observaciones que el CONTRATISTA le presente.

En el presente caso, se observa que la liquidación elaborada por el Contratista fue presentada a la Supervisión el 13 de Marzo de 2009, no obrando en autos documento alguno por parte de la

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Supervisión que indique que este devolvió la liquidación al CONTRATISTA para que la presente directamente a la Entidad, siendo su responsabilidad al haber direccionado dicha liquidación conforme lo establece la LCAE. Asimismo tampoco se observa que la Entidad comunicó al Contratista que la liquidación presentada a la Supervisión carecía de efecto legal, más aun cuando en la carta que declara improcedente la liquidación lo hace por considerar que la obra no estaba culminada, no porque la liquidación se haya presentado a la Supervisión.

En tal sentido en aplicación de la buena fe contractual que se desprende del principio de moralidad recogido en el artículo 3º de la LCAE, y atendiendo a que conforme a los artículos 48º de la LCAE y 250º del RLCAE, el Supervisor es el representante de la Entidad, se debe entender que la liquidación presentada por el CONTRATISTA a la Supervisión el 13 de marzo de 2009 se ajusta a lo establecido en el artículo 43º de la LCAE y el artículo 269º del RLCAE.

Es importante añadir que estas normas no tienen una sanción de nulidad para el caso en que la liquidación sea presentada a la Supervisión como representante de la Entidad,

Por otro lado, respecto a que la liquidación debió ser presentada luego de la recepción definitiva de la obra, es un argumento inexacto, pues la liquidación fue presentada conforme lo establece el artículo 269º del RLCAE.

Además, debe tenerse presente lo establecido en la cláusula 19.3 del Contrato:

"Si la obra, a juicio del Supervisor y del Comité de Recepción se halla correctamente ejecutada conforme a los planos, especificaciones técnicas así como de las anotaciones en el Cuaderno de Obras, y después de las pruebas que sean necesarias para comprobar el correcto funcionamiento de las instalaciones y equipos se procederá a dicha recepción de la Obra dejándose constancia en el Acta que se levantará al efecto, la que será suscrita por los miembros del Comité de Recepción, el representante del CONTRATISTA y el representante del supervisor.

Asimismo, en el Acta de Recepción de la Obra se fijará la fecha de inicio del periodo de operación experimental".

Como se puede apreciar, en el contrato claramente se ha diferenciado la etapa de ejecución de la obra de la etapa de operación experimental, debiendo tenerse presente que conforme lo indicado por el Supervisor y el Comité de Recepción en el referido Acta de Recepción, la obra se encontraba culminada, lo cual es un reconocimiento definitivo de la culminación de nuestras prestaciones contractuales.

Por otro lado, téngase presente que ni la Ley ni el Reglamento, ni mucho menos el contrato han establecido la Recepción de Obra Provisional, habiéndose culminado la ejecución de la misma conforme al Expediente Técnico.

Asimismo, en la referida Acta de Recepción se indicó en el literal d) de las Conclusiones:

"En vista que la obra se encuentra concluida con las observaciones levantadas, las que fueron planteadas en el "acta de recepción de obra-con observaciones" de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

fecha 27-04-07 y teniendo en cuenta que los valores de Pruebas en Blanco arrojaron valores aceptables; los Miembros del Comité de Recepción y los representantes de la empresa Ale Contratistas S.R.L. acuerdan dar por culminado el proceso de recepción de obra y, a fin de cumplir con el numeral 19.5 del Contrato de Construcción, coordinar con HIDRANDINA S.A. el inicio del Periodo de Operación Experimental, quedando aún la obra, también dentro de este periodo, bajo responsabilidad de la empresa Ale Contratistas S.R.L."

Como se puede apreciar, existe un reconocimiento expreso de la conclusión de la obra.

Sobre el Periodo de Operación Experimental, debe quedar claro que NO ES EJECUCIÓN DE OBRA y al respecto, la cláusula 19.5 del Contrato establece:

"PERIODO DE OPERACIÓN EXPERIMENTAL

Comprende un periodo de treinta (30) días naturales, cuya fecha de inicio será fijada en el Acta de recepción de la Obra. Durante este periodo el CONTRATISTA mantendrá personal técnico en las subestaciones para garantizar el correcto funcionamiento de los equipos y corregir los defectos y/o observaciones que se hubieran presentado en la fecha de recepción de la obra o presentado durante este periodo. EL CONTRATISTA será responsable de la totalidad de los costos que demande la operación experimental (incluido el de la energía que se consumen e Alumbrado Público), los mismos que deberá considerar dentro de sus gastos generales.

Al término de este periodo y de la entrega del Expediente "Conforme a Obra" y luego de la aprobación por parte del Supervisor así como de la conformidad del GOBIERNO REGIONAL, se suscribirá un Acta de Conformidad de Operación Experimental y automáticamente se iniciará el Periodo de Garantía inicial de la obra señalado en el numeral 19.6."

Queda claro que el contrato distingue claramente la ejecución de la obra con la etapa de Operación Experimental é incluso con periodo de garantía, no obstante, estos periodos adicionales no comprenden la ejecución de partidas de obra, ni el seguimiento de un cronograma de avance de obra, por lo que no pueden ser asimilados con la EJECUCION DE LA OBRA.

En tal sentido el artículo 268° del RLCAE establece que en la fecha de culminación de la obra se inicia el procedimiento de recepción de obra, no contemplando una modalidad de recepción provisional, como erróneamente pretende la Entidad. NO EXISTE EN LEY NI EN EL REGLAMENTO EL SUPUESTO DE 2 RECEPCIÓN PROVISIONAL. La recepción de obra es una sola, y consta claramente en el Acta de Recepción que tanto la Entidad como el Supervisor han verificado que la obra se concluyó.

Señala el Gobierno Regional de Cajamarca que a la fecha de presentación de la liquidación existían prestaciones pendientes, como es la relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre, señalado en el numeral 16.1.15) del contrato.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Sobre dicho particular, el Contratista indica que debe tenerse presente que el solo nombramiento del comité de recepción, demuestra que la obra está concluida y no se necesita de ninguna argucia para poder demostrar que la obra está concluida.

Asimismo, sobre ello, el Contratista señala que se ha acreditado que el pago de la servidumbre se fue efectuando conforme se encontraba a los propietarios y/o poseesionarios que contaran con sus documentos que acreditaran su derecho al pago de dicha servidumbre.

En efecto, conforme se desarrollaban estos pagos, se requería el reembolso de los mismos, confórmelo acreditan las siguientes comunicaciones:

- Carta N° 0272/2007 del 06 de Agosto de 2007 por el que se le solicitó el reembolso de S/. 17,460.90.
 - Carta N°120/2008 del 10 de Agosto de 2009, por el cual se entregó el Expediente Completo de gestión de Servidumbre por la suma de S/: 90,209.00
 - Carta N° 089/2009 del 26 de junio de 2009, por la cual solicitamos el reembolso de S/. 43,949.00.
- Carta N° 119/2009 del 10 de Agosto de 2009 por la cual solicitamos el reembolso de la suma de S/. 17,720.00 haciendo un total de S/. 79,129.90. que da un porcentaje de 87.72% del total de la servidumbre.

Además, se debe tener presente que en el ACTA DE RECEPCION de fecha 23 de enero de 2009 quedaba pendiente el pago de servidumbre que sería subsanado durante el período de operación Experimental.

Las comunicaciones antes citadas, evidencian que el Contratista cumplió con dicha anotación, durante el período de operación experimental.

En tal sentido, el Contratista DIO CUMPLIMIENTO a su obligación contractual contenida en la cláusula 16.1.15.

Adicionalmente, ha quedado acreditado en autos que la servidumbre que no se pudo culminar se debió a que los propietarios faltantes (menos del 12%) no acreditaron su propiedad, y en otros casos no se hicieron presente cuando se les cito, por lo que no existe incumplimiento injustificado de nuestra representada.

Respecto del argumento del demandante, el Contratista señala que la liquidación del contrato de ejecución de obra fue presentada en un domicilio legal distinto al consignado en el contrato suscrito, como es la Oficina de Coordinación del Gobierno Regional de Cajamarca ubicada en la provincia de Lima, no hay norma expresa al respecto que sancione con nulidad dicho trámite, más aún cuando esta liquidación contó con el visto bueno de la Supervisión.

Finalmente, el Contratista refiere respecto del plazo de presentación de la liquidación, señalando que debe tenerse presente que la recepción de obra se produjo el 23 de enero de 2009 y el Contratista presentó la liquidación el 13 de marzo de 2009. Además, el GRC se pronunció al respecto, declarando improcedente la Liquidación, esto es, no la desconoció ni la devolvió, sino

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

que analizó la misma y se pronunció sobre su contenido, indicando expresamente en la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGLS que dicha liquidación; "es declarada IMPROCEDENTE debido a que el mencionado proyecto no se encuentra culminado y no existe Acta de Recepción alguna".

En tal sentido queda acreditada la improcedencia de esta pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Previamente a pronunciarnos respecto a este punto controvertido, debemos dejar en claro que este Tribunal Arbitral ha analizado el procedimiento de liquidación realizado por el Contratista.

En efecto, en el cuarto punto controvertido nos hemos pronunciado sobre la Carta RCH-007-09 en el que la Supervisión de la Obra ha comunicado a la Entidad sobre la Liquidación de Obra presentada por el Contratista.

Respecto a dicha carta nos hemos pronunciado conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en lo referente a la liquidación del contrato.

El Artículo 269° del referido Reglamento regula el procedimiento sobre la Liquidación del Contrato, sobre ello, hemos determinado que el referido Artículo determina que el Contratista presentará su Liquidación de Obra, dentro del plazo de sesenta (60) días de recepción de la Obra o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra.

Tal y como lo hemos indicado en el cuarto punto controvertido, el Artículo en referencia no limita que la Supervisión de la Obra participe en el procedimiento de Liquidación y, siendo que la Supervisión de la Obra es representante de la Entidad en la Obra, nos hemos pronunciado al respecto que lo realizado por la Supervisión de la Obra ha sido una evaluación previa al pronunciamiento que efectuará la Entidad.

Por este motivo, siendo que nos hemos pronunciado sobre la validez de la Carta RCH-007-09 presentado por la Supervisión de la Obra, corresponde no amparar la presente pretensión, y en consecuencia, el décimo octavo punto controvertido es declarado infundado.

DEL DÉCIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar consentida y/o válida y eficaz la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 9 de marzo de 2010 mediante la cual se resolvió el Contrato."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que con Carta Notarial N° 41-2009-GR.CAJ/GRI notificada el 12 de junio de 2009, solicitó el cumplimiento de obligaciones bajo apercibimiento de resolución de contrato; solicitando, entre otros, el cumplimiento de trámite de la gestión de servidumbre.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Ante la persistencia del incumplimiento de obligaciones, debido a que el Contratista no ha cumplido con la obligación contractual de trámite de la gestión de servidumbre, establecida en el numeral 16.1.15) del contrato suscrito; el Gobierno Regional de Cajamarca determinó resolver en forma total el contrato de ejecución de Obra con Resolución Ejecutiva N° 106-2010-GR-CAJ/P del 09 de marzo de 2010, la misma que fuera notificada con Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG, con fecha 11 de marzo de 2010.

De lo señalado, se determina que el Gobierno Regional de Cajamarca cumplió con el procedimiento establecido en el Artículo 225° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; por lo que la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P es válida y eficaz en todos sus extremos.

Asimismo, se deja constancia que el Gobierno Regional de Cajamarca ha ratificado la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P y el Oficio N° 510-2010-GR.CAJ/GGR-SG, con fecha 11 de marzo de 2010, con Carta Notarial N° 023-2010 notificada el 18 de marzo de 2010.



Conforme a lo señalado en el último párrafo del Artículo 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; el contratista disponía de diez (10) días hábiles para recurrir a arbitraje en caso de controversia; sin embargo, el contratista con carta N° 052/2010 solicitó acumulación de procesos al Gobierno Regional de Cajamarca de manera errónea; puesto que la solicitud de acumulación de pretensiones debió ser dirigida al Tribunal Arbitral, conforme a lo señalado en el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; lo cual ha ocasionado que a la fecha no exista ninguna solicitud de arbitraje o de acumulación de procesos resulte válida respecto a la resolución de contrato y como tal la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P que determinó resolver en forma total el Contrato de Ejecución de Obra ha quedado consentida.

Finalmente la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P es válida en todos sus extremos y se encuentra consentida; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral declare fundada la pretensión.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista indica que la demandada, con Carta Notarial N° 41-2009-GR.CAJ/GRI notificada el 12 de junio de 2009, solicitó el cumplimiento de obligaciones bajo apercibimiento de resolución de contrato; solicitando, entre otros, el cumplimiento de trámite de la gestión de servidumbre.

Asimismo, indica que ante la persistencia del incumplimiento de obligaciones, determinó resolver en forma total el contrato mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 09 de marzo de 2010, la misma que fuera notificada con Oficio N° 510-2010-GR-CAJ/GGR-SG con fecha 11 de marzo de 2010.

 Añade que de esta forma, cumple con el procedimiento establecido en el artículo 225° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS 

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Nº 084-2004-PCM; por lo que, la Resolución Ejecutiva Regional Nº 106-2010-GR-CAJ/P es válida y eficaz en todos sus extremos .

Además el demandante indica que ratificó dicha resolución de contrato mediante con Carta Notarial Nº 023-2010 notificada el 18 de marzo de 2010.

En ese sentido, la demandada señala que el Contratista en lugar de recurrir al arbitraje sobre esta resolución, solicita mediante carta Nº 052/2010 la acumulación de pretensiones de forma errónea, pues esta debió ser dirigida al Tribunal Arbitral, lo cual habría ocasionado que a la fecha no exista ninguna solicitud de arbitraje o de acumulación de procesos que resulte válida respecto a la resolución del contrato.

Sobre estas alegaciones debe tenerse presente que con fecha 24 de marzo el Contratista remite la carta Nº 052/2010 por la cual, en aplicación de la cláusula vigésimo sétima del contrato, iniciamos el proceso arbitral respecto de la resolución del contrato efectuada por la Entidad, indicando en forma transparente y directa cual sería el petitorio de nuestra pretensión arbitral.

Igualmente, en la misma fecha, el Contratista remite la Carta Nº 054/2010 por la cual da respuesta a la resolución del contrato deduciendo su nulidad.

Además, en la misma fecha, el Contratista remite la Carta Nº 055/2010 por la cual, informamos que hasta esa fecha, la localidad de La Granada no disponía de la energía correspondiente en tanto que HIDROANDINA no había recepcionado las redes secundarias en tanto que las mismas debían ser complementadas o modificadas.

En tal sentido, estas comunicaciones demuestran que no se consiente la resolución de contrato efectuada por la Entidad, por lo que , queda en evidencia la improcedencia de la pretensión absuelta, más aún cuando, en nuestra Carta Nº 052/2010 dimos inicio al proceso arbitral en aplicación de la cláusula vigésimo sétima del Contrato.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo las posiciones de las partes respecto a este punto controvertido, este Tribunal Arbitral procederá a pronunciarse sobre lo solicitado por el Gobierno Regional de Cajamarca respecto a la validez y consentimiento de la Resolución Ejecutiva Regional Nº 106-2010-GR-CAJ/P.

Sobre ello, el Contratista solicitó a este Tribunal Arbitral que se declare nulo e ineficaz la Resolución Ejecutiva Regional Nº106-2010-GR-CAJ/P en el décimo segundo punto controvertido.

En el décimo segundo punto controvertido hemos efectuado el análisis respecto a la validez y eficacia de la Resolución del Contrato efectuado por la Entidad declarando fundado el pedido del Contratista.

En este sentido, siendo que nos hemos pronunciado sobre la referida Resolución del Contrato emitida por Resolución Ejecutiva Regional Nº 106-2010-GR-CAJ/P declarándola nula e ineficaz,

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

este punto controvertido debe ser declarado infundado ya que es consecuencia del décimo segundo punto controvertido.

En este sentido, atendiendo a lo expresado en el décimo segundo punto controvertido, corresponde no amparar la presente pretensión, y en consecuencia, declarar infundado este punto controvertido.

DEL VIGÉSIMO, VIGÉSIMO PRIMER Y VIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

En caso se declare fundado el décimo noveno punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405,034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de fiel cumplimiento."

"Determinar si corresponde o no declarar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 361,291.00, como parte de pago del fiel cumplimiento."

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 14,330.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de gastos notariales de constatación física de inventario."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Respecto al pago a favor de la Entidad

El Gobierno Regional de Cajamarca ha incumplido sus obligaciones contractuales relacionadas con el trámite de constitución de derecho de servidumbre y ha motivado que el Gobierno Regional de Cajamarca determine resolver en forma total el contrato de ejecución de obra con Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 09 de marzo de 2010; quedando claramente establecido que el contratista faltó al fiel cumplimiento del contrato y como tal corresponde que éste reconozca a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma equivalente al fiel cumplimiento del contrato vigente.

Sobre ello, el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que según las normas de contratación pública el fiel cumplimiento no sólo comprende al contrato original, sino también a las prestaciones adicionales y reajustes, cuyo sentido de las normas de contratación pública se determina de lo señalado en el numeral 1) del Artículo 232° del Reglamento del TUP de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM y el último párrafo del Artículo 207° del Reglamento de la actual Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por DS N° 184-2004-PCM; es decir, el fiel cumplimiento está referido al contrato

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

vigente y para nuestro caso comprenderá el monto del contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales y reembolsos por pagos de gestión de servidumbre, quedando establecido que el fiel cumplimiento del contrato asciende a la suma de S/. 405,034.93 (Cuatrocientos Cinco Mil Treinta y Cuatro con 93/100 Nuevos Soles), incluido IGV, según el detalle que se indica:

N°	DESCRIPCION	MONTO (S/.)	FIEL CUMPLIMIENTO (S/.)
1.	Contrato Original	3612908.38	361290.84
2.	Adicional de Obra N° 01	507707.86	50770.79
3.	Deductivo de Obra N° 01	-355333.87	-35533.39
4.	Adicional de Obra N° 03	28790.75	2879.08
5.	Deductivo de Obra N° 03	• 28811.36	2879.08
6.	Reajuste del Contrato Original y Adicionales	187270.60	18727.06
7.	Gestión de Servidumbre	97816.90	9781.69
	TOTAL (S/.) INCLUIDO IGV	4050349.26	405034.93

Asimismo, el contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente a la resolución del contrato, como es el 12 de marzo de 2010 hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.

A su vez, habiendo quedado consentida la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 09 de marzo de 2010, que determinó resolver en forma total el contrato de ejecución de obra y teniendo en consideración que con Carta N° 052/2010 el contratista solicitó la acumulación de procesos de manera errónea al haber dirigido la solicitud del Gobierno Regional de Cajamarca y no al Tribunal Arbitral como lo establece el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; no existiendo ninguna solicitud de arbitraje válida; corresponde que en conformidad con lo señalado en el numeral 2) del artículo 221° y 227° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; se ejecute la garantía de fiel cumplimiento del contrato original que asciende la suma de S/. 361,291.00 (Trescientos Sesenta y Un Mil Doscientos Noventa y Uno con 00/100 Nuevos Soles).

La ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato original deberá ser considerada como parte de fiel cumplimiento del contrato vigente; puesto que ésta no incluye las prestaciones adicionales, reajustes y reembolsos por pagos de servidumbre; cuya ejecución a la fecha no se encuentran respaldadas por una garantía.

Asimismo, habiendo incurrido el contratista en causal de resolución al haber incumplido con el trámite de constitución del derecho de servidumbre prevista en el numeral 16.1.15) el contrato suscrito, resulta aplicable lo señalado en el último párrafo del Artículo 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

PCM; y como tal, corresponde que el contratista reconozca al Gobierno Regional de Cajamarca los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros; que ascienden a la suma de S/. 14,330.00 (Catorce Mil Trescientos Treinta con 00/100 Nuevos Soles), según se detalla:

DESCRIPCIÓN	PARTICIPACIÓN	NUMERO DE VECES	PRECIO UNITARIO (S/.)	PRECIO PARCIAL (S/.)
Viáticos comisión constatación	3 integrantes	9	140.00	3780.00
Alquiler camioneta	1 Camioneta	9	300.00	2700.00
Honorarios de Juez de Paz	1 Juez	9	150.00	1350.00
Honorarios miembros comisión	3 integrantes	9	150.00	4050.00
Viáticos Chofer	1 Chofer	9	140.00	1260.00
Combustible	10 Gal. Gasolina	9	11.00	990.00
Gastos notariales	1 Notario	4	50.00	200.00
TOTAL (S/.), INCL. IGV				14330.00

La estructura de costos ha sido elaborada teniendo en consideración lo siguiente:

- La constatación física e inventario de obra se ha realizado en un plazo de nueve (09) días.
- Los viáticos consignados son los que establece la Directiva N° 9-2009-GR.CAJ-GRPPAT/SGDI del Gobierno Regional de Cajamarca.
- Los Honorarios de cada uno de los integrantes de la Comisión de Constatación ascienden a la suma de S/. 4500.00 (Cuatro Mil Quinientos con 00/100 Nuevos Soles).
- El gasto de combustible diario de la camioneta es de diez (10) galones de gasolina.
- Los precios unitarios de alquiler de camioneta, combustible y servicios de notario corresponden a la escala de precios del Gobierno Regional de Cajamarca y son conformes con los del mercado.

Asimismo, el Contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente a la resolución del contrato, como es el 12 de marzo de 2010 hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM.

Finalmente, el Tribunal Arbitral deberá declarar fundada las pretensiones por ser concordante con la realidad de los hechos y resultando conforme con las normas de contratación pública y demás alcances del contrato suscrito.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Respecto al pago a favor de la entidad

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Al haber quedado demostrado que la tercera pretensión de la Reconvención es improcedente, pues es FALSO que nuestra representada dejó consentir la resolución de contrato, deviene igualmente en improcedente toda pretensión que se derive de la misma.

Debe tenerse presente que una pretensión accesoria sólo será procedente cuando la pretensión principal de la cual se desprende es declarada fundada.

En el presente caso, la tercera pretensión de la reconvención es porque se declare aprobada la resolución del contrato, por el solo argumento de que nuestra representada habría dejado consentir la misma, no presentando la demandada, argumento adicional que permita validar dicha resolución de contrato por aspecto de fondo, esto es, no ha acreditado que es válida la resolución de contrato por incumplimiento de nuestras obligaciones contractuales.

Señala la demandada que el fiel cumplimiento del contrato está referido al contrato vigente y comprenderá el monto del contrato original afectado por las variaciones realizadas por los reajustes, prestaciones adicionales y reembolsos por pagos de gestión de servidumbre, quedando establecido que el fiel cumplimiento del contrato asciende a la suma de S/. 405,034.93 (Cuatrocientos Cinco Mil Treinta y Cuatro con 93/100 Nuevos soles), incluido IGV.

Esta suma resulta inconsistente y carece de fundamentación legal, pues, nuestra representada ha sido fiel cumplidora de sus obligaciones contractuales, habiendo demostrado que quien incumplió sus obligaciones contractuales fue la Entidad. Además, la demandada no sustenta en base a estipulación contractual o legal le deberíamos el monto puesto a cobro, más aún cuando los conceptos que reclama han sido ejecutados por nuestra representada.

Queda demostrado de ese modo la procedencia de esta pretensión.

Respecto a la Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento

El Contratista sostiene que la demandada al haber quedado consentida la Resolución Ejecutiva regional n° 106-2010-GR-CAJ/P del _09/03/2010, que resolvió el contrato y teniendo en consideración que con carta N° 052/2010 el contratista solicitó acumulación de procesos de manera errónea al haber dirigido la solicitud al Gobierno Regional de Cajamarca y no al tribunal Arbitral como lo establece el Artículo 287° del RLCAE, correspondería que en virtud de lo señalado en el numeral 2) del artículo 221° y Artículo 227° del RLCAE se ejecute la garantía de fiel cumplimiento del contrato original que asciende a la suma de S/.361,291.00 (Trescientos Sesenta y Un Mil Doscientos Noventa y Uno con 00/100 Nuevos soles).

Este argumento es abiertamente improcedente pues hemos demostrado que la resolución de contrato efectuada por la Entidad no ha quedado consentida, razón por la cual, no es factible aplicar el artículo 221° ni el 227° del RLCAE. Cabe añadir además que la ejecución de la carta fianza sólo será posible, conforme estas normas cuando la resolución del contrato ratificada por laudo arbitral quede firme, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Además, el artículo 215° del RLCAE establece respecto de la garantía de fiel cumplimiento:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad LA GARNTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL MISMO. Está deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, **tener vigencia hasta** la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios o **hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras**"(el resaltado agregado).

Ha quedado acreditado en el presente proceso que la liquidación presentada por nuestra parte ha quedado consentida, por lo que, lo que en realidad corresponde es que se nos devuelva dicha carta fianza.

Respecto al pago de los intereses a favor de la Entidad

El Contratista señala a la demandada que corresponde que el contratista reconozca al Gobierno Regional de Cajamarca los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros; que ascienden a la suma de S/. 14,330.00 (Catorce Mil Trescientos Treinta con00/100 Nuevos Soles).

Esta pretensión resulta improcedente al haber quedado acreditado que la resolución del contrato efectuada por la demandada no ha quedado consentida, por lo que, nos remitimos a nuestros descargos efectuados a la tercera pretensión principal de la reconvención.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en cuenta las posiciones del contratista y, observando que estos puntos controvertidos son pretensiones accesorias que son consecuencia de declararse fundado el décimo noveno punto controvertido, corresponde no amparar las referidas pretensiones, y en consecuencia, declarar infundadas las presentes pretensiones.

DEL VIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405, 034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010- por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que según los antecedentes, el contratista incurrió en cuarenta y dos (42) días de retraso en la culminación de la obra y en doscientos cincuenta y nueve (259) días de retraso en la subsanación de observaciones, es decir, el contratista incurrió en trescientos un (301) días de retraso, que resulta superior al plazo de ejecución contractual de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

doscientos sesenta y tres (263) días calendario y que conforme a lo señalado en el Artículo 222° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; corresponde aplicar al contratista penalidad por mora por trescientos un (301) días.

Adicionalmente deberá tomarse en consideración que el contratista no cumplió con su obligación contractual prevista en el numeral 16.1.15) del trámite de constitución del derecho de servidumbre, el mismo que conforme al Calendario de Avance de Obra debió ser realizado dentro del plazo de ejecución contractual y en un plazo de ciento sesenta y cuatro (164) días calendario; quedando evidenciado que pese a haber transcurrido aproximadamente cuatro (04) años del inicio del plazo de ejecución contractual con fecha 25 de marzo de 2006 hasta la resolución del contrato con fecha 11 de marzo de 2010 el contratista no ha cumplido con la obligación pactada en el contrato suscrito y como tal se encuentra inmerso en penalidad por mora.

El cálculo de penalidad diaria y penalidad máxima, conforme al Artículo 222° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; es el que se indica:

➤ **Cálculo de Penalidad Diaria:**

$$\text{Penalidad Diaria (S/.)} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{0.15 \times \text{Plazo en Días}}$$

Donde:

Monto: Monto del contrato vigente

Plazo: Plazo vigente

$$\text{Penalidad Diaria (S/.)} = \frac{0.10 \times 4050349.26}{0.15 \times 263}$$

$$\text{Penalidad Diaria (S/.)} = 10267.05$$

➤ **Cálculo de Penalidad Máxima:**

$$\text{Penalidad máxima (S/.)} = 0.10 \times \text{Monto}$$

$$\text{Penalidad máxima (S/.)} = 0.10 \times 4050349.26$$

$$\text{Penalidad máxima (S/.)} = 405034.93$$

➤ **Número de días por agotar penalidad máxima:**

$$\text{Número de Días para agotar penalidad} = \frac{\text{Penalidad máxima}}{\text{Penalidad Diaria}}$$

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Número Días para agotar penalidad =	<u>405034.93</u>
	10267.05

Número Días para agotar penalidad =	39.45
-------------------------------------	-------

De lo anterior y teniendo en consideración que el contratista incurrió en retraso en la culminación de obra y en el levantamiento de observaciones, por un plazo de trescientos un (301) días calendario y que el contratista no ha cumplido con realizar el trámite de la gestión de derecho de servidumbre pese a haber transcurrido aproximadamente cuatro años (04) años desde el inicio del plazo de ejecución contractual hasta la resolución del contrato; se determina que el contratista ha acumulado la penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación; la misma que fue agotada con fecha 18 de enero de 2007; es decir, antes de haber culminado la obra.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista indica lo expuesto por la demandada que, según los antecedentes, el contratista incurrió en cuarenta y dos (42) días de retraso en la culminación de la obra y en doscientos cincuenta y nueve (259) días de retraso en la subsanación de observaciones; es decir, el contratista incurrió en trescientos un (301) días de retraso, que resulta superior al plazo de ejecución contractual de doscientos sesenta y tres (263) días calendario y que conforme a lo señalado en el Artículo 222º del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM; corresponde aplicar al contratista penalidad por mora por trescientos un (301) días.

Cabe señalar que la aplicación de penalidad sólo procede por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del contratista, no habiendo acreditado la demandada que el supuesto retraso en la ejecución de la obra y en la subsanación de observaciones sea imputable a nuestra representada.

En tal sentido, al carecer de medios probatorios y argumentos que justifiquen esta pretensión, deberá declararse la improcedencia de la misma

Debe tenerse presente además que, de ser ciertas las imputaciones de la Entidad, cabe preguntarse porque no efectuó apercibimiento o imputación de penalidad antes de la resolución del contrato, más aún cuando señala que estábamos en mora desde el 2007. Lo único que queda claro de este proceder es que existió negligencia por parte del GRC en el cumplimiento de su deber de cuidado y obligaciones contractuales y legales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en cuenta las posiciones de las partes y, observando que lo pretendido por el Gobierno Regional de Cajamarca se dará como consecuencia de observar si la demora en la recepción de la obra y la subsanación de la obra es a cargo del Contratista, siendo que en el sexto y séptimo punto controvertido hemos determinado que la demora en la recepción de la obra se debe a causas imputables a la Entidad.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En este sentido, lo pretendido por el Gobierno Regional de Cajamarca en este punto controvertido no es amparable por lo señalado en el sexto y sétimo punto controvertido, en consecuencia se declara infundada la presente pretensión.

DEL VIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 234,741.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato y/o daño emergente.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:


El Gobierno Regional de Cajamarca señala que la demora en la subsanación de observaciones, la demora en el trámite de constitución del derecho de servidumbre y la resolución del contrato han ocasionado al Gobierno Regional de Cajamarca mayores gastos administrativos que deberán ser resarcidos por el contratista según la cuantificación realizada en el literal b.10) del numeral 2.1) precedentes.

Sobre ello, los gastos incurridos han sido acreditados con comprobantes de pago, por reportes financieros del Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) y reportes financieros de la página web <http://ofi.mef.gob.pe/transparencia/>

Adicionalmente, el resarcimiento solicitado se encuentra amparado por lo señalado en el Artículo 227° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; que establece como efecto de la resolución del contrato que “Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará la garantía que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por mayores daños y perjuicios”; quedando evidenciado que ante el incumplimiento de obligaciones del contratista corresponde a éste resarcir los daños ocasionados al Gobierno Regional de Cajamarca.

Asimismo, deberá tenerse en consideración lo señalado en el segundo párrafo del Artículo 1321° del Código Civil, según el cual “El resarcimiento por la inejecución de la obligación por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”; lo cual corrobora lo señalado en el párrafo anterior.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

 El Contratista señala al GRC que la demora en la subsanación de observaciones, la demora en el trámite de constitución del derecho de servidumbre y la resolución del contrato la han





Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

ocasionado mayores gastos administrativos que según indica se encuentran acreditados con comprobantes de pago, reportes financieros del Sistema Integrado de Administración Financiera (SIAF) y reportes financieros de la página web <http://ofi.mef.gob.pe/transparencia/>

Asimismo, señala que el resarcimiento solicitado se encuentra amparado por lo señalado en el Artículo 227° del RLCAE que establece como efecto de la resolución del contrato que "Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por mayores daños y perjuicios"; quedando evidenciado que ante el incumplimiento de obligaciones del contratista corresponde a éste resarcir los daños ocasionados al Gobierno Regional de Cajamarca.

Añade que debe aclararse el artículo 1321° del Código Civil, según el cual "El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución".

En este sentido indica que, se ha acreditado en el presente proceso que quien ha incumplido sus obligaciones contractuales ha sido la Entidad, lo cual ha generado el presente proceso arbitral, siendo su exclusiva responsabilidad la demora en la entrega del adelanto directo, su negligencia a proceder con la recepción de la obra y el consentimiento de la liquidación presentada por nuestra parte, son hechos ajenos a nuestra voluntad que ponen de manifiesto que quien ha incumplido sus obligaciones contractuales es nuestra contraparte.

Asimismo, los supuestos gastos que señala la demandada no están acreditados, pues no es suficiente señalar una ruta de página web para pretender sustentar los gastos que pretende se reconozca, pues finalmente estos se sustentan en su propio dicho (en caso existan) y no podrá el Tribunal Arbitral verificar si en verdad corresponden a la obra ejecutada por nuestra representada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Hemos analizado las posiciones de las partes y, en este caso este Tribunal procederá a pronunciarse de la manera siguiente:

1. Este Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre la demora en la subsanación de las observaciones a cargo del Contratista determinando que dicha demora son por causas atribuibles a la Entidad, conforme se acredita en el sexto y séptimo punto controvertido.
2. Este Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre la gestión de la servidumbre señalando que el incumplimiento injustificado del 12 % pendiente de cumplir no son por causas atribuibles al Contratista, conforme se acredita en el décimo segundo punto controvertido.
3. La Resolución del contrato mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P emitida por la Entidad ha sido declarada nula e ineficaz de acuerdo al análisis desarrollado en el décimo segundo punto controvertido.
4. El daño emergente no corresponde puesto que, con la nulidad de la Resolución del Contrato no se acredita el nexo causal conforme lo establece Pazos¹⁰⁴:

¹⁰⁴ Javier Pazos Hayashida en *Comentarios al Código Civil por los 100 mejores especialistas*, Editorial de Gaceta Jurídica, Tomo VI, Lima p.878.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"Como sabemos, acreditado el daño generado en la esfera del acreedor (y, en estricto, antes de efectuar un juicio de imputabilidad) corresponde constatar el nexo causal. Esta tarea resulta, en muchas oportunidades, extremadamente ardua debido, sobre todo, a la posibilidad de encontrarse con una pluralidad de causas (directas o indirectas, remotas o próximas) que hay que valorar considerando que, finalmente, constituyen un antecedente (en sentido lato) sin el cual el efecto no se hubiera producido"

Entonces, conforme a lo establecido en párrafos anteriores, lo solicitado por el Gobierno Regional de Cajamarca no es amparable por los motivos expuestos en los párrafos anteriores, en consecuencia, se declara infundada esta pretensión.


DEL VIGÉSIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,385.93, incluido IGCV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra."


POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que según la Carta LQ-024-SPSECHIIIIE-2006 del Ing. Lucio Quiroz Caballero, el Informe N° 24-2006-GR.CAJ-GRI-SGSL-G.C..C.CPE del Coordinador de Proyectos de Electrificación y los Asientos de Cuaderno de Obra N° 09, 12, 13, 14 y 16 del Supervisor de Obra, está probado que el Ingeniero Residente no se encontró presente en obra por treinta y ocho (38) días, correspondientes al período comprendido entre el 22 de mayo de 2006 y el 28 de junio de 2006; por lo que, el Gobierno Regional de Cajamarca se encuentra facultado para aplicar lo señalado en el segundo párrafo del numeral 8.3.4) del contrato suscrito, según el cual "... en caso de que los servicios incluidos en los gastos generales del contratistas no sean ejecutados o prestados (por ejemplo presencia del Ingeniero Residente en obra, entrega de pólizas de seguros, etc); en cada valorización o en su defecto en la liquidación del contrato, se efectuaran los descuentos pertinentes, en base al desagregado que ha presentado el contratista dentro de su propuesta de gastos generales, lo que se computará por día calendario dejado de prestar el servicio particular"; y deberá realizar la deducción de los servicios del Residente por treinta y ocho (38) días calendario.

El monto correspondiente a la deducción por servicios no prestados de Residente de Obra asciende a la suma de S/. 7, 385.93 (Siete Mil Trescientos Ochenta y Cinco con 93/100 Nuevos Soles), incluido IGCV, según el detalle que se indica:



Deducción (S/.)	=	HMR DM	X	DPPS	X	(1 + IGCV)
--------------------	---	-----------	---	------	---	------------



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Donde:

HMR: Honorarios Mensuales del Residente : S/. 4900.00
DM : Día del Mes : 30
DDPS: Días dejados de prestar el servicio : 38
IGV : Impuesto General a las Ventas : 0.19

Deducción (S/.)	=	4900.00	X	38	X	(1 + 0.19)
		30				

Deducción (S/.)	=	7,385.93
-----------------	---	----------

Asimismo, el contratista deberá conocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente de la contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvencción de la misma hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que el GRC que según la Carta LQ-024-SPSECHIIIIE-2006 del Ing. Lucio Quiroz Caballero, el informe N° 24-2006-GR.CAJ-GRI-SGSL-G.C.C:CPE del Coordinador de proyectos de Electrificación y los Asientos de Cuaderno de Obra N° 09, N° 12, N°13, N° 14, N° 16 del Supervisor de obra , estaría probado que el Ingeniero Residente no se encontró presente en obra por treinta y ocho (38) días, correspondientes al período comprendido entre el 22/05/2006 al 28 /06/2006.

En base a esta afirmación pretende que se aplique el segundo párrafo del numeral 8.3.4) del contrato, el cual señala:

“...en caso de que los servicios incluidos en los gastos generales del contratista no sean ejecutados o prestados (por ejemplo presencia del ingeniero Residente en obra, entrega de pólizas de seguros, etc.); en cada valorización o en su defecto en la liquidación del contrato se efectuaran los descuentos pertinentes en base al desagregado que ha presentado el contratista dentro de su propuesta de gastos generales, lo que se computará por día calendario dejado de prestar el servicio particular”.

Al respecto, debemos señalar que nuestra representada ha puesto en obra un equipo técnico y no solo una persona para que se encargue de la ejecución de la obra. Asimismo, no se ha acreditado que no hubo un representante de nuestra parte que pudiera atender los requerimientos del Supervisor en las fechas que indica, por lo que la pretensión demandada resulta improcedente.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Siendo que lo que se solicita aquí es el pago por deducción de servicios no prestados por parte del Residente de Obra, conforme el Gobierno Regional de Cajamarca señala mediante las anotaciones del Cuaderno de Obra.

En este sentido de la revisión de la parte pertinente del Cuaderno de Obra¹⁰⁵ se observa que, en efecto los Asientos N° 09, 12, 13, 14 y 16 acreditan la solicitud por parte del Supervisor de la Obra a fin de que el Residente de la Obra se apersona a la Obra a fin de coordinar la supervisión y verificación del avance de obra con sus respectivas rutas a seguir, entre otras actividades.

Con los documentos señalados y revisados por este Tribunal se acredita que el Residente de la Obra, representante del Contratista en la Obra, no se encontraba presente en la Obra en las siguientes fechas:

1. Asiento N° 09 de fecha 22 de mayo de 2006.
2. Asiento N° 12 de fecha 08 de junio de 2006.
3. Asiento N° 13 de fecha 13 de junio de 2006
4. Asiento N° 14 de fecha 20 de junio de 2006.
5. Asiento N° 16 de fecha 28 de junio de 2006.

Entonces, lo que podemos indicar es que mediante el Cuaderno de Obra se acredita que en esas fechas, el Residente de Obra no se encontraba presente en la Obra, más no se puede acreditar que el Residente de Obra se ha ausentado de la Obra treinta y ocho (38) días como señala el Gobierno Regional de Cajamarca ya que, de acreditarse ello, el Supervisor de la Obra ha debido consignar la ausencia del Residente en el Cuaderno de Obra desde el 22 de mayo de 2006 al 28 de junio de 2006.

En este sentido, este Tribunal Arbitral tiene en claro que el Residente de la Obra se ausentó de la misma los días establecidos en los párrafos anteriores. Ahora bien, tenemos que el Contratista ha incumplido con presentarse a la Obra cinco días por lo que conforme a lo expresado por la Entidad debemos observar lo que señala el Contrato sobre el incumplimiento del Residente de la Obra.

En efecto, como lo ha señalado la Entidad en su posición sobre esta pretensión, el segundo párrafo de la cláusula 8.3.4) del contrato, el cual señala:

" (...) en caso de que los servicios incluidos en los gastos generales del contratista no sean ejecutados o prestados (por ejemplo presencia del ingeniero Residente en obra, entrega de pólizas de seguros, etc.); en cada valorización o en su defecto en la liquidación del contrato se efectuaran los descuentos pertinentes en base al desagregado que ha presentado el contratista dentro de su propuesta de gastos generales, lo que se computará por día calendario dejado de prestar el servicio particular".

¹⁰⁵ Observar los medios probatorios presentados por la entidad en su escrito de fecha 04 de mayo de 2010 signados con la denominación "Copias de Cuaderno de Obra que Acreditan la Deducción de Servicios de Residente de Obra"

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Siendo que el contrato ampara lo pretendido por el Gobierno Regional de Cajamarca, corresponde observar el monto ascendente a los cinco (05) días acreditados en el Cuaderno de Obra y no en treinta y ocho (38) días calendarios como señala la Entidad. Así de acuerdo a la formula señalada por la Entidad expresamos lo siguiente:

Deducción (S/.)	=	4900.00 30	X	5	X	(1 + 0.19)
--------------------	---	---------------	---	---	---	------------

Deducción (S/.)	=	971.83
--------------------	---	--------

En este sentido, conforme al cálculo establecido incluyendo IGV, corresponde declarar fundada en parte la pretensión del Gobierno Regional de Cajamarca y en consecuencia se ordena el pago de S/. 971.83 Nuevos Soles.

DEL VIGÉSIMO SÉXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 35, 639.94, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007, que corresponde al atraso en la finalización de la obra.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que el contratista incurrió en cuarenta y dos (42) días calendario de retraso injustificado en la culminación de la obra debido a que el plazo contractual venció el 13 de diciembre de 2006 y el contratista culminó la obra el día 24 de enero de 2007, por lo que, en conformidad con lo señalado en el Artículo 249° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Aprobado por DS N° 084-2004-PCM; que establece: “En caso de atraso en la finalización de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de la inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista del contrato de ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados,...”; por lo que corresponde que el contratista pague los mayores servicios de supervisión del período comprendido entre el 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007.

Los mayores servicios de supervisión ascienden a la suma de S/. 35,639.94 (Treinta y Cinco Mil Seiscientos Treinta y Nueve con 94/100 Nuevos Soles), incluido IGV, según el detalle que se indica:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

MSS (S/.)	=	MCS	X	DA	X	(1 + IGV)
		PCS				

Donde:

MSS: Mayores Servicios de Supervisión

MCS: Monto Contrato de Supervisión : S/. 178,200.00, incluido IGV

PCS: Plazo Contractual Supervisión : 210

DA : Días de atraso : 42

MSS (S/.)	=	178,000.00	X	42
		210		

MSS (S/.)	=	7,35,639.94
-----------	---	-------------

Asimismo, el contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente de la contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvencción de la misma hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala la demandada que la empresa demandante habría incurrido en cuarenta y dos (42) días calendario de retraso injustificado en la culminación de la obra debido a que el plazo contractual venció el 13/12/2006 y el contratista culminó la obra el día 24/01/2007.

Al respecto, debe tenerse presente el artículo 249° del RLCAE, el cual señala:

"En caso de atraso en la finalización de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de la inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista del contrato de ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados."

Como bien indica esta norma, solo procede el reconocimiento de este concepto cuando se acredite que el retraso en la ejecución de la obra es por causa imputable al contratista, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, pues previamente la demandada debe acreditar que existió atraso por exclusiva responsabilidad nuestra, lo cual no ha ocurrido.

Asimismo, cabe tener presente que, expresamente reconoce en esta pretensión que nuestra representada culminó la ejecución de la obra, lo cual desvirtúa las imputaciones efectuadas por la demandada, a lo largo de su reconvencción, en donde niega que hayamos culminado la ejecución de nuestras pretensiones.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Finalmente, debe tenerse presente que la obra culminó el 24 de enero de 2007, conforme a la tercera ampliación de plazo, por lo que no es cierto que terminamos la obra con atraso.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Tenemos las posiciones de las partes por lo que procederemos a pronunciarnos respecto a este punto controvertido sobre los mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007.

Sobre ello, debemos manifestar que lo pretendido por el demandante se genera como consecuencia de declarar la nulidad e ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 lo que, conforme se ha analizado en el décimo sétimo punto controvertido, no corresponde puesto que este Tribunal Arbitral se pronunció sobre la ampliación de plazo declarando infundada la ineficacia de la misma.

En este sentido, los mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007 se generan si se cumple lo establecido en el Artículo 249° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que señala:

"En caso de atraso en la finalización de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de la inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista del contrato de ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados."

Conforme a ello, conviene precisar que, siendo que la ampliación de plazo N° 03 ha sido aprobada y declarada válida y eficaz por este Tribunal Arbitral, los mayores servicios de supervisión no son amparables ya que el plazo para culminar la obra vencía el 24 de enero de 2007 por lo que no se ha generado ningún atraso en la finalización de la Obra.

Por lo expuesto, no corresponde amparar lo pretendido, en consecuencia, este Tribunal declara infundada la pretensión.

DEL VIGÉSIMO SÉTIMO Y VIGÉSIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. ejecutó la obra con la existencia de vicios ocultos."

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,181.74, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención -30 de abril de 2010-, por concepto de vicios ocultos en el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca y la reposición del mismo y/o daño y perjuicio."



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Respecto a la ejecución de la obra con existencia de vicios ocultos

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que la Carta CJ-3335-2008, la Carta N° 033-2010-GR-CAJ-CPE/JSG, Carta N° 033-2010-GRCAJ-GRI-SGSL/MGD y demás documentación señalada en los antecedentes, evidencian que el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca ha presentado fallas en su funcionamiento en forma posterior a la Recepción Provisional de la Obra, las mismas que pese a ser requeridas por el contratista no han sido subsanadas; razón por la cual el Gobierno Regional de Cajamarca ha determinado reemplazar dicho transformador y corresponderá al contratista el resarcimiento por el daño ocasionado.

La petición de la Entidad se encuentra amparada por lo señalado en el artículo 1321° del Código Civil, que establece la indemnización por daños y perjuicios y lo señalado en el Artículo 227° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; que establece como efecto de la resolución de contrato que "Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará la garantía que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por mayores daños y perjuicios"; quedando evidenciado que ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista corresponde a éste resarcir los daños ocasionados al Gobierno Regional de Cajamarca.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que el literal j) del numeral 4.2.2) del contrato suscrito establece que el contratista está obligado a "Realizar el reemplazo de piezas defectuosas, así como las reparaciones que fueran necesarias en periodo de garantía, lo cual comprende trabajos y gastos"; por lo que, es obligación contractual del contratista reparar o reemplazar el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca.

La cuantía se ha establecido tomando en consideración precios de mercado y conforme a la estructura de los costos que se indica:

COSTO DE REPOSICIÓN DE TRANSFORMADOR UBICADO EN LA LOCALIDAD DE AGUA BLANCA					
N°	DESCRIPCIÓN	METRADO		PRECIO UNITARIO (S/.)	PRECIO PARCIAL (S/.)
		UND	CANTIDAD		
1.	Transformador Monofásico: Ubicación: AGUA BLANCA Aplicación: Distribución Potencia Nominal: 10 KVA Tensión Primario: 13200V+/- 2x2.5% Tensión Secundario en vacío: 460-230 V	Und	01	4081.74	4081.74
2.	Filete Lima – Cajamarca-Lima- pie de obra	Gib	01	2200.00	2200.00
3.	Desmontaje y Montaje	Gib	01	900.00	900.00

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

	COSTO TOTAL (S/.)				7181.74
--	--------------------------	--	--	--	----------------

Adicionalmente, el contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente de la contestación de demanda arbitral y formulación de la reconvención de la misma hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que con las cartas CJ-3335-2008, N° 033-2010-GR-CAJ-CPE/JSG, N° 033-2010-GRCAJ-GRI-SGSL/MGD y demás documentación señalada en los antecedentes, se evidenciaría que el transformador ubicado en la Localidad de Agua Blanca ha presentado fallas en su funcionamiento en forma posterior a la Recepción Provisional de la Obra, las mismas que no habrían sido subsanadas, por lo que, el GRC decidió reemplazarlo-

Añade que esta pretensión se sustenta en el literal j) del numeral 4.2.2) del contrato por el cual, el contratista está obligado a:

“Realizar el reemplazo de piezas defectuosas, así como las reparaciones que fueran necesarias en el período de garantía, lo cual comprenderá trabajos y gastos”.

Como bien indica esta cláusula contractual, es obligación del contratista reparar o reemplazar las piezas defectuosas, por lo que, en caso sea cierto lo que señala la demandada, debe acreditar previamente, cual fue el sustento técnico para reemplazar el transformador y no repararlo. Al no existir dicho sustento, no procede esta pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ABITRAL:

Tenemos las posiciones de las partes respecto a este punto controvertido, en este sentido, corresponde observar la documentación que acredita lo solicitado por el Gobierno Regional de Cajamarca.

En este sentido, el Gobierno Regional de Cajamarca señala que de acuerdo a la Carta CJ-3335-2008, la Carta N° 033-2010-GR-CAJ-CPE/JSG, Carta N° 033-2010-GRCAJ-GRI-SGSL/MGD se ha acreditado que se ha solicitado al Contratista la subsanación del transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca por presentar fallas en su funcionamiento en forma posterior a la Recepción Provisional de la Obra.

Sin embargo, de la revisión de la documentación señalada por el Gobierno Regional de Cajamarca, este Tribunal Arbitral observa que los medios probatorios que acrediten la supuesta falta que ha cometido el Contratista no se encuentran en autos por lo que nos impide pronunciarnos sobre lo requerido por el demandante.

Lo señalado en el párrafo precedente es correspondiente a la regla procesal de la carga de la prueba contenida en el Artículo 196° del Código Procesal Civil:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

"Artículo 196°

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos."

En este sentido, siendo que el Gobierno Regional de Cajamarca aduce que el Contratista no ha cumplido con subsanar, pese a los requerimientos del mismo, es la demandada que ha debido probar los hechos señalados los cuales no han sido acreditados con la documentación presentada en el expediente.

Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral no ampara lo pretendido, y en consecuencia, declara infundado el vigésimo sétimo punto controvertido. Asimismo, siendo que el vigésimo octavo punto controvertido es una pretensión accesorio del vigésimo sétimo punto controvertido, corresponde declararla infundada también.


DEL VIGÉSIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno regional de Cajamarca la suma de S/. 27, 364.75, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de daños y perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones del Contratista en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

EL Gobierno Regional de Cajamarca señala que, luego de realizada la recepción provisional de obra, según Acta del 23 de enero de 2009; el contratista ha expresado su negativa para subsanar observaciones identificadas en el Periodo de Garantía Inicial y que está relacionadas con las cajas metálicas porta medidor y medidores y recorrido de líneas primarias para subsanación de observaciones; generando costos adicionales al Gobierno Regional de Cajamarca e incumpliendo lo señalado en el literal j) del numeral 4.2.2) del contrato suscrito, según el cual el contratista tiene la obligación de realizar el reemplazo o reparar las piezas defectuosas durante el periodo de garantía de la obra; quedando evidenciado de cualquier reparación o reemplazo en el periodo de garantía estará a cuenta del contratista y al haber sido asumido por el Gobierno Regional de Cajamarca corresponde al contratista resarcir los gastos realizados.

Asimismo, sobre ello, la Entidad dicha petición en lo señalado en el Artículo 1321° del Código Civil, que establece la indemnización por daños y perjuicios.

 La cuantía de la referida pretensión asciende a la suma de S/. 27,364.75 (Veintisiete Mil Trescientos Sesenta y cuatro con 75/100 Nuevos Soles), incluido IGV; según el detalle siguiente:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

N°	COMPROBANTE	MONTO (S/.)
1.	Factura N° 035-0003522	7794.36
2.	Factura N° 035-0003523	5809.20
3.	Factura N° 035-0003524	3552.39
4.	Factura N° 035-0003528	5158.50
5.	Factura 001 N° 000239	1200.00
6.	Recibo por honorarios 001 N° 000304	600.00
7.	Factura N° 001 N° 000248	1200.00
8.	Recibo por honorarios 001 N° 00057	2050.00
	TOTAL (S/.)	27364.75

Adicionalmente, el Contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente de la contestación de demanda arbitral y formulación de la reconvencción de la misma hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que la demandada, luego de realizada la recepción provisional de obra, según Acta del 23/01/2009; nos habíamos negado a subsanar observaciones identificadas en el período de Garantía Inicial y que están relacionadas con las cajas metálicas porta medidor y medidores, reemplazo de piezas defectuosas, servicios relacionados con la gestión de servidumbre y montaje y recorrido de líneas primarias para subsanación de observaciones, generando costos adicionales al Gobierno Regional de Cajamarca incumpliendo lo señalado en el literal j) del numeral 4.2.2) del contrato suscrito, según el cual el contratista tiene la obligación de realizar el reemplazo o reparar las piezas defectuosa durante el período de garantía de la obra.

En el mismo sentido que la pretensión anterior, la demandada no ha acreditado la procedencia de esta pretensión ni el sustento técnico para efectuar las supuestas reparaciones o reemplazo de equipos, por lo que la misma debe ser declarada infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en cuenta que se ha acreditado que el incumplimiento de obligaciones en el periodo de garantía inicial fueron justificables de acuerdo a lo expresado en el pronunciamiento señalado en el décimo segundo punto controvertido respecto a la Resolución del Contrato por parte de la Entidad, corresponderá por parte de este Tribunal Arbitral no amparar este pedido y declarar infundada la presente pretensión.

DEL TRIGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO:



"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/.



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

1'281,051.29, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de saldo de la Liquidación del Contrato de ejecución de obra."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que tomando en consideración que la liquidación del contrato de obra presentada por la Supervisión de Obra es nula de pleno derecho y que la resolución del contrato practicada por el Gobierno Regional de Cajamarca se encuentra consentida, corresponde que el Tribunal Arbitral considere válida la Liquidación formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca que asciende a la suma de S/. 1,281,051.29 (Un Millón Doscientos Ochenta y Un Mil Cincuenta y Un con 86/100 Nuevos Soles), incluido IGV; conforme el detalle que se indica:

CUADRO RESUMEN

LIQUIDACIÓN DE OBRA

CONCEPTO	MONTO RECALCULADO (S/.)	MONTO PAGADO (S/.)	DIFERENCIA A PAGAR (S/.)
1.0 DE LAS VALORIZACIONES	3,194,928.07	3,282,612.11	-87,684.04
Contrato Original	2,642,121.17	2,	-162,153.24
Adicionales	470,607.82	804,274.41	74,469.20
Reembolso por gestión de servidumbre	82,199.08		0.00
		396,138.62	
		82,199.08	
2.0 <u>REAJUSTE Y DEDUCCION DE LAS VALORIZACIONES</u>	137,030.18	145,396.85	-8,366.67
Contrato Original y Adicionales	159,095.48	145,396.85	13,698.63
Reajuste que no corresponde	22605.30	0.00	22,065.30
3.0 MONTO VALORIZADO REAJUSTADO (1+2)	3,331,958.25	3,428.008.96	-96,050.71
4.0 ADELANTOS	0.00	1,810,279.61	-1,810,279.61
Adelanto Directo	0.00	607,409.76	-607,409.76
Adelanto de Materiales	0.00	1,202,869.85	-1,202,869.85
5.0 AMORTIZACIONES DE ADELANTOS	0.00	-	1,806,046.23
Adelanto Directo	0.00	1,806,046.23	603,968.28
Adelanto de Materiales	0.00	-603,968.28	1,202,689.85
		-	
		1,202,077.95	

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

7.0 MONTO FACTURABLE SIN IGV (3+4+5)	3,331,958.25	3,432,242.34	-100,284.09
8.0 IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS (Total 19% de 7)	633,072.07	652,126.04	-19,053.98
9.0 COSTO TOTAL DE LA OBRA EJECUTADA (7+8)	3,965,030.32	4,084,368.38	-119,338.07
10.0 PENALIDADES	0.00	405,034.93	-405,034.93
Penalidad por mora en la ejecución de la prestación	0.00	405,034.93	-405,034.93
	0.00	405,034.93	-405,034.93
11.0 EJECUCIÓN DE GARANTIA POR INCUMPLIMIENTO CONTRATO	0.00	405,034.93	-405,034.93
Ejecución de garantía de fiel cumplimiento			

12. SALDO DE LIQUIDACIÓN (9+10+11)	3,965,030	4,894,438.24	-929,407.93
13.0 OTROS	0.00	351,643.36	-351,643.36
Deducción por servicios no prestados de Residente de Obra (38 días)	0.00	7,385.93	-7,385.93
Mayores gastos de supervisión (42 días, hasta término de obra)	0.00	35,639.94	- 35,639.94
Mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato.	0.00	234,741.00	-234,741.00
Gastos notariales de constatación física e inventario de obra	0.00	14,330.00	-14,330.00
Gastos de asesoría jurídica en el arbitraje	0.00	25,000.00	-25,000.00
Reposición de transformador ubicado Agua Blanca	0.00	7,181.74	-7,181.74
	0.00	27,364.75	-27,364.75
Daños y perjuicios por incumplimiento en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial			

14.0 SALDO FINAL DE LIQUIDACION DE OBRA (12 + 3)	3,965,030.32	5,246,081.60	- 1,281,051.29
---	---------------------	---------------------	-----------------------

La pretensión se encuentra sustentada en lo señalado en el Artículo 267° y 269° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM y demás alcances de las normas de contratación pública aplicables al contrato.

Adicionalmente, el contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde el día siguiente de la contestación de demanda arbitral y formulación de la reconvención de la misma hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

amparada por lo señalado en el último párrafo del Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Esta pretensión se sustenta en la supuesta nulidad de la liquidación de contrato efectuada por el Contratista y en que la resolución del contrato efectuada por el GRC ha quedado consentida, lo cual se ha demostrado que no es cierto, conforme nuestros argumentos de contradicción a la segunda y tercera pretensión de la reconvención a las cuales nos remitimos.

En tal sentido, al haber quedado consentida la liquidación de contrato efectuada por el Contratista resulta improcedente que la Entidad presente una liquidación, la cual además no se ha efectuado conforme el procedimiento establecido en el artículo 269° del RLCAE.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en cuenta la posición de las partes, el Gobierno Regional de Cajamarca solicita la Liquidación del Contrato teniendo un saldo a favor de S/. 1'281,051.29 (Un Millón Doscientos Ochenta y Un Mil Cincuenta y Un con 86/100 Nuevos Soles) debido a que la liquidación del contrato presentado por el Contratista es nulo.

Respecto a ello, siendo que este Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre la Liquidación del Contrato presentada por el Contratista por intermedio de la Supervisión de la Obra declarándola válida, eficaz y consentida en el tercer y cuarto punto controvertido, no corresponde amparar dicho pedido, y en consecuencia, este Tribunal Arbitral declara infundado el trigésimo punto controvertido.

DEL TRIGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar nulas y/o ineficaces las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, mediante las cuales se solicita el pago de gastos por demora en la recepción de obra.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que el Acta de Recepción con Observaciones del 27 de abril de 2007, Carta CJ-EO-IP-032-07 del 13 de noviembre de 2007, Carta CJ-EO-IP-002-08 del 21 de febrero de 2008, Carta CJ-EO-SER-IP-001-08 del 24 de junio de 2008, prueban que el contratista incurrió en retraso en la subsanación de observaciones durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 2007 al 23 de enero de 2009; por lo que, en dicho periodo no comprende reconocer ningún tipo de gastos generales.

Asimismo, el periodo comprendido entre el 24 de enero de 2009 al 12 de febrero de 2010, abarca el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y la recepción definitiva de la obra; por lo que, tomando en consideración que los gastos que acontezcan en dicho periodo son de responsabilidad exclusiva del contratista conforme a lo señalado en las

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

bases administrativas integradas y el contrato suscrito; carece de racionalidad y sustento legal cualquier solicitud de gastos generales en dicho periodo.

Adicionalmente, la Carta N° 152/2009, la Carta N° 005/2010 y la Carta N° 038/2010; según la cual el contratista solicita el pago de supuestos gastos generales por la demora en la recepción de la obra; es nula de pleno derecho por contravenir el numeral 6) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con DS N° 084-2004-PCM; que establece que: "Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiere incurrido durante la demora"; quedando claramente evidenciado que el contratista debió acreditar los gastos que aduce haber incurrido con copia de documentos que resulten validos con las normas contables y tributarias y que prueben su cancelación fehaciente.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista indica que la Entidad en el Acta de Recepción con observaciones del 27/04/2007, la carta CJ-EO-IP-001-07 del 13/11/07, la Carta CJ-EO-IP-002-08 del 21/02/2008 y la carta CJ-EO-SER-IP-001-08 del 24/06/2006 probarían que el Contratista incurrió en retraso en la subsanación de observaciones durante el período comprendido entre el 27/03/2007 al 23/01/2009; por lo que, en dicho periodo no corresponderá reconocer ningún tipo de gastos generales.

Asimismo, indica que el período comprendido entre el 24/01/2009 al 12/02/2010; abarca el periodo de operación experimental, el período de garantía inicial y la recepción definitiva de la obra; por lo que, los gastos devengados durante dicho período serían de responsabilidad exclusiva del Contratista conforme las bases administrativas integradas y el contrato suscrito.

Añade que las comunicaciones controvertidas contravienen el numeral 6) del artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada con D.S. N° 084-2004-PCM; que establece que:

"Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos para tal acto, el lapso de la demora se adicionar al plazo de ejecución de la misma y se reconocer al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora"

Al respecto, debemos señalar que es falso que el Contratista incurrió en retaso entre el 27 de marzo de 2007 y el 23 de enero de 2009, no habiendo presentado el Gobierno Regional de Cajamarca prueba alguna de ello, pues lo cierto es que, conforme se ha acreditado durante el presente proceso arbitral, ha sido exclusiva responsabilidad de la demandada, el retraso en la recepción de la obra.



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

El Contratista señala que la demandada sostiene que los gastos generales deben ser acreditados con copia de documentos que resulten válidos con las normas contables y tributarias y que además prueben su cancelación.

Dicha alegación carece de sustento legal, pues el Contratista ha acreditado los gastos generales en aplicación del artículo 261º del Reglamento. Téngase presente que el artículo 268ª en que se ampara el Gobierno Regional de Cajamarca no indica que se debe sustentar contable y tributariamente los gastos generales.

Lo cierto es que esta pretensión de la reconvenición lo que acredita es el reconocimiento de la demandada de la procedencia del reclamo solicitado, pues solo sí reconoce el derecho a los gastos generales es que puede cuestionar la forma de cálculo de los mismos, actitud que solicita sea tomada en cuenta por el Tribunal arbitral al momento de resolver.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Al respecto, como lo hemos señalado en el punto controvertido respecto al reconocimiento y pago de la valorización N° 01 presentada por el Contratista. La demora en la recepción de la obra se genera por causas imputables a la Entidad y, siendo que la obra se encontraba culminada en el lapso de la demora imputada a la Entidad, debe tenerse presente que el Artículo 268º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece el pago de mayores gastos generales en una obra que no se ha culminado, por lo que, para este caso, no corresponde la aplicabilidad de esa norma para el reconocimiento de mayores gastos generales en este caso.

En la presente controversia, la obra se encuentra culminada, por consiguiente la obra no está paralizada, sino que hay una demora para la recepción de la obra, conforme al análisis y pronunciamiento señalado en el sexto y séptimo punto controvertido.

De acuerdo al Análisis señalado en el punto controvertido pertinente, este Tribunal Arbitral considera que lo solicitado por el Contratista es válido y tiene efecto legal por lo que no corresponde declarar nulas las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, en consecuencia, este punto controvertido es infundado.

DEL TRIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que los gastos arbitrales sean asumidos mediante liquidaciones separadas.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que las nuevas pretensiones del contratista carecen de sustento técnico legal y al haber incrementado la cuantía del arbitraje y los gastos arbitrales de manera innecesaria; y con el objeto de evitar perjuicio económico al Gobierno Regional de Cajamarca corresponde que el Tribunal Arbitral ordene liquidaciones separadas de gastos arbitrales, debiendo el demandante asumir los gastos arbitrales correspondientes a la cuantía de



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

la demanda arbitral y el Gobierno Regional de Cajamarca asumirá los gastos arbitrales que correspondan a la cuantía de la reconvencción.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista indica que la Entidad, en caso de se declaren fundadas algunas de las nuevas pretensiones planteadas por el Contratista se debe amparar esta pretensión pues, los pedidos carecen de sustento técnico y legal y han incrementado la cuantía del arbitraje y los gastos arbitrales de manera innecesaria.

Esta pretensión resulta inconsistente y sin fundamento legal, pues lo cierto es que, es competencia exclusiva del Tribunal Arbitral determinar si es que corresponde que alguna de las partes del proceso tenga que asumir las costas y costos del proceso, en atención al análisis de la procedencia de las pretensiones en controversia.

Por otro lado, resulta inconsistente esta pretensión, pues si se declara fundada nuestras pretensiones, ello implica que tenemos la razón y por tanto sería al Gobierno Regional de Cajamarca a quien le toque asumir los costos del proceso en su integridad.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° 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.

La norma aplicable a este caso otorga al Tribunal Arbitral de pronunciarnos sobre los gastos generados en el presente arbitraje, sobre este pronunciamiento lo haremos en el último punto controvertido; por otro lado los numerales señalados en el referido a *HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DEL SECRETARIO ARBITRAL* del Acta de Instalación de fecha 16 de octubre de 2009:

"46. En el eventual caso que la cuantía de demanda implique mayores gastos arbitrales a los inicialmente fijados, o la complejidad del asunto de la controversia así lo amerite, a sola discreción del Tribunal Arbitral, el Secretario queda facultado a realizar una nueva liquidación de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría ad hoc que se deriven de ésta. Las partes deberán pagar en forma equitativa los honorarios liquidados producto de la ampliación de la cuantía de la demanda o por la complejidad del asunto, para lo cual contarán con un plazo de quince (15) días hábiles desde que sean requeridos para tales efectos.



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

47. Asimismo, en el eventual caso que se plantee una reconvención, o la complejidad ésta así lo amerite, a sola discreción del Tribunal Arbitral, el Secretario queda facultado a realizar una nueva liquidación de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría ad hoc que se deriven de la mencionada reconvención. Las partes deberán pagar en forma equitativa los honorarios liquidados producto de la interposición de la reconvención o por la complejidad del asunto, para lo cual contarán con un plazo de quince (15) días hábiles desde que sean requeridos para tales efectos."

48. De igual manera, en el eventual caso que se disponga la acumulación de pretensiones, a sola discreción del Tribunal Arbitral, el Secretario queda facultado a realizar una nueva liquidación de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría ad hoc que se deriven de ésta. Las partes deberán pagar en forma equitativa los honorarios liquidados producto de la acumulación de pretensiones, para lo cual contarán con un plazo de quince (15) días hábiles desde que sean requeridos para tales efectos.

Pues bien, tenemos las reglas aplicables a este arbitraje y se observa que las partes acordaron realizar los pagos de los honorarios arbitrales en los casos de demanda, ampliación de cuantía de demanda, acumulación de pretensiones, reconvención en forma equitativa tanto para el Contratista como para la Entidad.

Las reglas aplicables a este arbitraje conforme al Acta de Instalación de fecha 16 de Octubre de 2009 fueron aprobadas tanto por el Gobierno Regional de Cajamarca como por la empresa ALE Contratistas S.R.L. por lo que lo pretendido por la Entidad sólo genera inestabilidad para el avance del arbitraje cuando la Entidad se ha encontrado conforme con las reglas 46, 47 y 48 del Acta de Instalación.

En este sentido, corresponde no amparar lo pretendido, y en consecuencia, declarar infundada la pretensión.

DEL TRIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar improcedentes la primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal del demandante, por estar incluidas en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada, correspondiente a la primera acumulación."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que la primera pretensión principal y la pretensión accesoria a la primera pretensión principal, que solicitan el reconocimiento y pago de gastos generales por demora en la recepción de la obra correspondientes al periodo comprendido entre el 24 de enero de 2007 al 23 de enero de 2009; se encuentran comprendidas en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal y la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada, que solicitan el reconocimiento y pago de gastos generales por demora

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

en la recepción de la obra correspondientes al periodo comprendido entre el 24 de enero de 2007 al 12 de febrero de 2010; quedando claramente evidenciado que existe una duplicidad de pretensiones y que el Tribunal Arbitral deberá declararla infundada la primera pretensión principal y la pretensión accesorio a la primera pretensión principal, a fin de evitar cualquier perjuicio al Gobierno Regional de Cajamarca y facilitar el análisis de controversia.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista señala que la Entidad solicita el reconocimiento y pago de gastos generales por demora en la recepción de la obra correspondientes al periodo comprendido entre el 24/01/2007 al 23/01/2009; se encuentran comprendidas en la Primera Pretensión principal y la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Subordinada, que solicitan el reconocimiento y pago de gastos generales por demora en la recepción de la obra correspondiente al periodo comprendido entre el 24/01/2007 al 12 /02/2010; por lo que, señala, que existiría una duplicidad de pretensiones y que el Tribunal Arbitral debe declarar infundada la Primera Pretensión Principal y la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, a fin de evitar cualquier perjuicio al Gobierno Regional de Cajamarca.

Esta pretensión resulta improcedente, pues cabe recordar que una Pretensión subordinada sólo será materia de análisis cuando se rechaza la pretensión principal, esto es, si el Tribunal Arbitral declara fundada nuestra pretensión principal, entonces ya no pasará al análisis de la pretensión subordinada, la cual solo será merituada en caso el Colegiado desestime nuestra pretensión principal.

Al ser esa la naturaleza legal de la pretensión subordinada es falso que exista duplicidad de pretensiones por lo que esta pretensión de la reconvención deberá ser rechazada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Pasaremos a pronunciarnos sobre el presente punto controvertido señalando en primer lugar las pretensiones a las que se refiere la Entidad al momento de solicitar la presente pretensión:

Primera Pretensión Principal: *Determinar si corresponde o no reconocer los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.*

Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal: *Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio el 23 de enero de 2009.*

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Primera Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal: *En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca reconozca los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2.*

Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Subordinada de la Primera Pretensión Principal: *Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, estos es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2.*

Las pretensiones señaladas son materia de cuestionamientos por parte del Gobierno Regional de Cajamarca puesto que señala que hay duplicidad en las pretensiones solicitadas por el Contratista.

Al respecto, es importante mencionar nuevamente la posición de la doctora Marianella Ledesma¹⁰⁶ sobre las pretensiones subordinadas señalando que: *"La subordinada opera cuando se plantea un petitorio como principal y en la hipótesis que se declare infundada se pronuncie sobre el otro petitorio"*

Entonces debemos señalar que este Tribunal Arbitral entiende que debe pronunciarse en primer lugar sobre la pretensión principal, la misma que teniendo una pretensión accesorio, esta pretensión tendría la misma suerte que la pretensión principal.

Las pretensiones subordinadas tienen una característica procesal diferente a lo referido en el párrafo precedente puesto que las mismas deben ser materia de pronunciamiento en cuanto la pretensión principal no sea amparada, en consecuencia, sea declarada infundada. Si la pretensión principal es declarada fundada, no habría porque pronunciarse sobre las pretensiones subordinadas.

Dicho esto, no se reconoce en el proceso que haya duplicidad de pretensiones, puesto que las pretensiones subordinadas deben esperar la suerte de la pretensión principal para poder pronunciarse sobre el tema.

Asimismo, debemos precisar que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado en el presente Laudo conforme a las reglas procesales ya señaladas declarando fundada la pretensión principal, y en consecuencia, fundada la pretensión accesorio a la pretensión principal y declarando infundadas las pretensiones subordinadas.

¹⁰⁶ Ledesma Narvaez, Marianella (2009) *"Comentarios al Código Procesal Civil"*, Editorial de Gaceta Jurídica, 2da Edición, Lima. P.203

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral no ampara el pedido por lo que se declara infundada la trigésimo tercera pretensión.

DEL TRIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la recepción de la obra comprende la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y recepción definitiva.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

La Entidad señala que el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración que la recepción de obra comprende:

- ✓ **La recepción provisional**, conforme a lo señalado en el numeral 4.2.1) del contrato suscrito.
- ✓ **El periodo de operación experimental de treinta (30) días naturales, cuyo inicio se fija en el acta de recepción provisional**, conforme a lo señalado en el último párrafo del numeral 19.3) y el primer párrafo del numeral 19.5) del contrato suscrito.
Asimismo, el segundo y tercer párrafo del numeral 19.5) del contrato suscrito, respectivamente señalan; que “... El contratista será responsable de la totalidad de los costos que demanden la operación experimental (incluido el de la energía que se consume en alumbrado público), los mismos que deberá considerar dentro de sus gastos generales” y “Al término del periodo de operación experimental y de la entrega del Expediente “Conforme de obra” y luego de su aprobación por parte del SUPERVISOR así como de la conformidad del GOBIERNO REGIONAL, se suscribirá un Acta de Conformidad de Operación Experimental y automáticamente se iniciará el Periodo de Garantía Inicial de la Obra..”
- ✓ **El periodo de garantía inicial de doce (12) meses, después de la Recepción Provisional de la Obra y cumplido la operación experimental**; conforme a lo señalado en el numeral 19.6) del contrato suscrito.
- ✓ **La recepción definitiva dentro de los treinta (30) días naturales posteriores al vencimiento del periodo de garantía inicial**; conforme a lo señalado en el numeral 20.1) del contrato suscrito.

De lo señalado en los numerales precedentes se determina que el contrato suscrito ha establecido que la recepción de obra comprende lo que se indica: La recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y la recepción definitiva; tal como se ilustra a continuación:

EJECUCIÓN DE OBRA					
	RECEPCION PROVISIONAL				

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

		OPERACIÓN EXPERIMENTA L			
			GARANTI A INICIAL		
				RECEPCIO N DEFINITIVA	
		RECEPCION DE OBRA			
					LIQUIDACIO N

Asimismo, El Tribunal Arbitral deberá tener en consideración que lo señalado en el numeral 16.2) Prestaciones Incluidas en la Propuesta Económica, el numeral 6.20) de la Obligaciones del Contratista de la Parte II) Especificaciones Administrativas, de las Bases Administrativas Integrales; ratifican que la recepción de obra comprende: la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y la recepción definitiva.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista indica que la recepción de obra comprende:

- La recepción provisional. Conforme a lo señalado en el numeral 4.2.1) del contrato suscrito.
- El período de operación experimental de treinta (30) días naturales, cuyo inicio se fija en el acta de recepción provisional, conforme a lo señalado en el último párrafo del numeral 19.3) y el primer párrafo del numeral 19.5) del contrato.

Asimismo, indica que conforme el segundo y tercer párrafo del numeral 19.5) del contrato: "...El contratista será responsable de la totalidad de los costos que demanden la operación experimental (incluido el de la energía que se consume en alumbrado público), los mismos que deberá considerar dentro de sus gastos generales" y "Al término del período de operación experimental y de la entrega del expediente "Conforme a Obra" y luego de su aprobación por parte del SUPERVISOR así como de la conformidad del GOBIERNO REGIONAL, se suscribirá un Acta de Conformidad de Operación Experimental y automáticamente se iniciará el Período de Garantía Inicial de la Obra..."

Agrega que: i) el período de garantía inicial de doce (12) meses, después de la Recepción Provisional de la Obra y cumplido la operación experimental; conforme a lo señalado en el numeral 19.6) del contrato; ii) La recepción definitiva dentro de los treinta (30) días naturales posteriores al vencimiento del período de garantía inicial; conforme a lo señalado en el numeral 20.1 del contrato; evidencian que el contrato ha establecido que la recepción de la obra comprende lo que se indica: La recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y la recepción definitiva.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

El Contratista rechaza la interpretación forzada que efectúa la Entidad de las estipulaciones contractuales, pues conforme se ha demostrado en el presente proceso, la recepción de la obra, conforme al artículo 268º del Reglamento, está referido a la ejecución física de la obra, siendo evidente que la demandada pretende distorsionar los alcances de dicha norma para incluir dentro de la misma, las demás etapas, posteriores a la ejecución de la obra y la recepción de la misma, para de ese modo justificar su negligencia en la recepción de la obra.

Por otro lado, las estipulaciones contractuales a las que hace referencia en ningún extremo indican expresamente que la recepción de la obra comprende las etapas que indica, razón por la cual, esta pretensión carece de fundamento legal y contractual que la respalde, lo cual además ya hemos demostrado en el presente proceso.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sobre el punto controvertido en cuestión, este Tribunal Arbitral se ha pronunciado en el primer y segundo punto controvertido de manera contundente que el contrato contiene deficiencias de interpretación al no estipular con detalle las referencias a la Recepción de Obra Provisional y Definitiva tales como en qué momento se efectúa la Recepción de Obra Provisional y cuando hablamos de una Recepción de Obra Definitiva.

Siendo que el contrato contiene serias deficiencias, nos hemos pronunciado señalando que la Recepción de la Obra se ha generado en lo que la Entidad llama Recepción Provisional.

Ahora como referencia, también dejamos en claro la interpretación que debería tomarse ante el contrato deficiente señalando que la Entidad quiso manifestar que hay una Recepción de Obra Provisional con la culminación de la Ejecución de la Obra y una Definitiva con la culminación del período de garantía inicial, señalando que la misma debería guiarse por donde Liquidaciones, una Parcial y una Definitiva acorde al proceso.

Sin embargo lo expresado es referencial ya que no se desprende la misma del contrato, por lo que no corresponde amparar lo solicitado por el Gobierno Regional de Cajamarca, y en consecuencia, declarar infundada la pretensión.

DEL TRIGÉSIMO QUINTO Y TRIGÉSIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el trámite de constitución de derecho de servidumbre es una obligación contractual esencial de ALE Contratistas S.R.L., la cual debió ejecutarse dentro del plazo contractual de ejecución.”

“Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca el 10% del monto del Contrato, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvencción – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de penalidad máxima por mora en la

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Respecto al trámite de constitución de servidumbre

La Entidad, según el literal l) del numeral 4.2.2) del contrato suscrito, en relación al alcance del contrato, establece que obligación del demandante: “Realizar la gestión para la imposición de la servidumbre, asumiendo los pagos a los titulares de los predios (si fuera el caso) con cargo a ser reembolsado por el GOBIERNO REGIONAL O MUNICIPALIDADES PROVINCIALES BENEFICIADAS”; así como también, el numeral 16.1.159 del mismo contrato establece:

“EL DEMANDANTE realizará la gestión para la constitución del derecho de servidumbre, de acuerdo a la formalidad prevista en el inciso g) del Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM y normas modificatorias. La gestión para la constitución de la servidumbre incluirá la valorización, trámite y pago con la participación directa del Supervisor, de la compensación e indemnización, en caso de que corresponda, de las áreas involucradas en el Proyecto.

La gestión y los costos financieros que demande este trámite, serán considerados y resarcidos convenientemente al DEMANDANTE por el GOBIERNO REGIONAL, previa aprobación y/o Informe del Supervisor”

De lo anterior, se determina que en el contrato suscrito, que es ley entre las partes, se encuentra claramente establecido que es obligación esencial del demandante realizar gestión para la constitución del derecho de servidumbre al encontrarse expresamente previsto en el contrato suscrito.

La partida 1.05) Gestión de Servidumbre e Informe Técnico Sustentatorio; del Montaje Electromecánico de la Línea Primaria; del Presupuesto de Obra; corrobora que la gestión de servidumbre es una obligación contractual prevista en el Presupuesto de Obra.

El Calendario de Avance de Obra (CAO) propuesto por el propio demandante para la ejecución de las líneas primarias, en el numeral 24) señala que la gestión de servidumbre e informe técnico sustentatorio debió ejecutarse en un plazo de ciento sesenta y cuatro (164) días calendario, dentro del plazo contractual de ejecución de obra; quedando claramente establecido que las partes han pactado un plazo determinado para cumplir con el trámite de la constitución del derecho de servidumbre.

Respecto al pago de la penalidad por mora

El Gobierno Regional de Cajamarca indica que el Acta de Recepción Provisional de Obra, suscrita el 23 de enero de 2009; constituye una recepción parcial de la obra, puesto que el demandante a dicha fecha no había cumplido con culminar la partida 1.05), Gestión de Servidumbre e Informe Técnico Sustentatorio, del Montaje Electromecánico de la Línea Primaria;

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

del Presupuesto de Obra; y como tal, en conformidad con el numeral 5) del Artículo 268° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; corresponde aplicar las penalidades correspondientes por no cumplir con la obligación contractual de ejecutar a partida 1.05 Gestión de servidumbre e Informe Técnico Sustentatorio, del Montaje Electromecánico de la Línea Primaria.

Tomando en consideración que el plazo vigente del contrato es de doscientos sesenta y tres (263) días calendario y que éste terminó contractualmente el 13 de diciembre de 2006; y al haberse probado que el demandante no ha cumplido con el trámite de constitución de derecho de servidumbre hasta el 11 de marzo de 2010, fecha de resolución del contrato; se determina que el demandante excedió el plazo para el cumplimiento de su obligación contractual en más de (03) años; quedando claramente evidenciado que por el plazo transcurrido y sin requerir mayor análisis, el demandante agotó la penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación que asciende al diez por cien (10%) del monto del contrato vigente, conforme a lo señalado en el Artículo 222° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; y el numeral 14.1) del contrato suscrito.

Conforme a lo señalado en el Artículo 49° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM y al haberse probado el incumplimiento de obligaciones del demandante; corresponderá que éste reconozca el pago de intereses legales a favor del Gobierno Regional de Cajamarca por el periodo comprendido entre la fecha de presentación de la reconvencción y la fecha efectiva de pago.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Respecto al trámite de constitución de derecho de servidumbre

Respecto a este punto debe precisarse que la constitución de la servidumbre, está dentro del contrato y que para su cumplimiento debe cumplirse previamente con ciertos requisitos indispensables para realizar un normal desarrollo de esta gestión, tales como: **a)** aprobación de la Ingeniería de Detalle, **b)** PRESENCIA DIRECTA DEL SUPERVISOR en toda la ejecución de la gestión de servidumbre, **c)** el reembolso por parte del Gobierno Regional de Cajamarca con la celeridad del caso de los pagos hechos por el contratista, **d)** pago de las valorizaciones en su debida oportunidad, **e)** ampliaciones de plazo, **f)** pago de gastos generales y **g)** otros que se encuentran en proceso arbitral.

El incumplimiento de estas actividades esenciales contractuales, impiden que la gestión de servidumbre se realice dentro del plazo contractual, los cuales generan un ATRASO JUSTIFICADO, por ser causales que no son atribuibles al contratista. Por lo tanto el, TRIBUNAL debe declarar INFUNDADA dicha pretensión.

Respecto al pago de la penalidad por mora

Respecto a este punto, debemos precisar que la demora en culminar con la gestión de servidumbre tal como ya se ha expresado, no se debe a causas injustificadas, sino a causales que dependían directamente de la Entidad, tales como:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

- a. Demora en la aprobación de la ingeniería de detalle, sin la cual no se puede realizar la gestión de servidumbre al no tener definido el trazo de la Línea Primaria.
- b. Para realizar los trabajos de la gestión de servidumbre se debe contar con la participación directa de el Supervisor de Obra con el fin de solucionar conjuntamente con el Residente, los problemas que se presenten al realizar la gestión de servidumbre, acción que pese a los problemas existentes el supervisor nunca se hizo presente para coadyuvar en resolver los problemas que se presentaron y que causaron demoras en la culminación de dicha gestión, contraviniendo de esta manera la cláusula 16.1.15 del contrato suscrito por ambas partes.
- c. Hasta la fecha no tenemos definido el punto de alimentación que energizará la localidad del GUAYABO, por lo que no se puede cumplir a cabalidad con la gestión de servidumbre.
- d. La no presencia oportuna de los propietarios de los terrenos por donde cruzará la franja de servidumbre para que suscriban los documentos que forman parte de la gestión de servidumbre.
- e. Presencia de muchas personas que aducían ser propietarios, pero no lo acreditaban con los respectivos títulos de propiedad y que al final eran posesionarios irregulares, que no acreditaban su posesión con certificado oficial alguno.
- f. Todo este trabajo de la consolidación de servidumbre tuvo que hacerlo el contratista en forma individual sin contar con la presencia del supervisor de obra que coadyuvara a sacar adelante esta gestión, a pesar de que era un requisito indispensable que formaba parte del contrato de obra suscrito por ambas partes.
- g. Demora de la Entidad en reembolsar los pagos realizados por el Contratista para realizar la gestión de servidumbre.
- h. Demora en el pago de las valorizaciones de avance de obra.
- i. Demora en la aprobación de ampliaciones de plazo y otros.

Por lo tanto, al haberse presentado demora en la ejecución de la gestión de servidumbre, por causales que no son atribuibles al Contratista, sino es responsabilidad del Gobierno Regional de Cajamarca, ha tenido como consecuencia que se produzca un retraso injustificado que no amerita a la aplicación de penalidades, debido a que la demora se debe a causales JUSTIFICADA y por lo tanto el artículo 222° del Reglamento, no es aplicable para el presente caso. Por lo tanto el Tribunal debe declarar infundado esta pretensión.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:



Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Sobre los puntos controvertidos en controversia, este Tribunal Arbitral se pronunciará en primer lugar determinando si la Gestión de Derecho de Servidumbre es una obligación esencial del Contratista.

Al respecto debemos observar lo señalado en el Contrato suscrito:

"CLAUSULA CUARTA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO

(...)

4.2.2 Las prestaciones que deberá ejecutar el CONTRATISTA, de manera enunciativa más no limitativa, son las siguientes:

(...)

l) Realizar la gestión para la imposición de la Servidumbre, asumiendo los pagos a los titulares de los predios, (si fuera el caso) con cargo a ser reembolsados por el GOBIERNO REGIONAL o MUNICIPALIDADES BENEFICIADAS.

Así también en el contrato suscrito se encuentra una cláusula específica respecto a la Gestión de Servidumbre, la misma que se encuentra en el punto 16.1.15 de la Cláusula Décimo Sexta del contrato que señala:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA.- DE LAS RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA Y DEL GOBIERNO REGIONAL

16.1 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

(...)

16.1.15 Trámite de Constitución de Derecho de Servidumbre

El CONTRATISTA realizará la gestión para la constitución del derecho de servidumbre, de acuerdo a la formalidad prevista en el inciso g) del Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aprobado por Decreto Supremo N° 009-003-EM y normas modificatorias.

La gestión para la constitución de derecho de servidumbre incluirá la valorización, trámite y pago con la participación directa del Supervisor, de la compensación e indemnización, en caso de que corresponda, de las áreas involucradas en el Proyecto.

La gestión y los costos financieros que demande este trámite, serán considerados y resarcidos convenientemente al CONTRATISTA por el GOBIERNO REGIONAL, previa aprobación y/o Informe del Supervisor.

16.1.16 El CONTRATISTA deberá, asimismo, cumplir las demás obligaciones y responsabilidades que se establecen en el presente Contrato.

Tenemos en claro que la Gestión para la constitución del derecho de servidumbre era una obligación del Contratista; ahora, corresponde observar lo solicitado por la Entidad respecto a determinar si la Gestión para la constitución del derecho de servidumbre es una obligación esencial.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Al respecto, debemos señalar un concepto respecto al término obligación esencial. La Ley y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no determinan los alcances de una obligación esencial.

Entonces, a fin de obtener mayores alcances respecto a dicho término, procederemos a obtener posiciones de la doctrina respecto a las obligaciones esenciales. Así, Rodríguez Ardiles¹⁰⁷ señala lo siguiente:

"(...)estaremos frente a una obligación esencial cuando dicha obligación constituye lo que caracteriza o califica la naturaleza del contrato, esto es, aquel elemento que sin su existencia el contrato de que se trate deja de ser tal y se convierte en otro."

De lo expresado, podemos adicionar lo expresado por intermedio de las opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones¹⁰⁸ con el Estado indicando que las obligaciones esenciales son aquellas que están vinculadas directamente con la finalidad del contrato.

Rodríguez Ardiles¹⁰⁹ de las opiniones señaladas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado da un concepto más detallado sobre las obligaciones esenciales:

"constituye obligación esencial, aquella que es inherente al contrato materia de relación bilateral, sin la cual el contrato respectivo dejaría de ser tal, o que en su ausencia el objeto de la relación contractual no podría ser alcanzada."

Se desprende de lo expresado que las obligaciones esenciales son inherentes al contrato, deben ser expresada como tales en ellos, y para que una obligación tenga la referida calidad, la obligación debe ser cumplida a fin de que la finalidad del contrato se genere puesto que si no se cumple dicha obligación no se efectuaría la finalidad del contrato.

Debemos agregar que, siendo que las obligaciones esenciales son inherentes al contrato, no hay posibilidad de que una obligación no esencial se convierta en una esencial.

Ahora, siendo que en la presente controversia no se ha determinado cuales son las obligaciones esenciales, el Tribunal Arbitral tiene que efectuar un análisis observando en primer lugar que entre las obligaciones a cargo del Contratista se encuentra la obligación de gestionar el trámite de derecho de servidumbre.

Esta obligación se encuentra en la cláusula 16.1.15 y 16.1.16 en el que no se delimita que es una obligación esencial. Sobre ello debemos adicionar que las bases del proceso de selección a la Licitación N° LPN 002-2005-CE/GR.CAJ señalan en su objeto:

¹⁰⁷ Rodríguez Ardiles, Ricardo en la Revista Arbitraje PUCP, N° 9 Año III, Setiembre de 2011, p. 42.

¹⁰⁸ Pronunciamiento N° 001-2001 (GTN), de 08 de enero de 2001.

¹⁰⁹ Ibit 105, p. 43

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

*"La presente LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL tiene por objeto seleccionar al Contratista que proponga la oferta con el mejor puntaje total para la ejecución de la OBRA: **"PEQUEÑO SISTEMA ELÉCTRICO DE CHILETE – III ETAPA"**, que se ejecutará en las Provincias de Cajamarca, Contumaza, San Pablo y San Miguel, en la Región de Cajamarca, comprendiendo construcción de Obras y montaje electromecánico de: Líneas Primarias, Redes Primarias y Subestaciones, Redes Secundarias y Acometidas Domiciliarias, que beneficiaran a cincuenta y ocho (58) localidades, con una población estimada de 10,496 habitantes en 2,623 viviendas y cargas especiales (usuarios)"*

El Tribunal Arbitral aprecia del Contrato y sus bases que una obligación esencial se encontraría en la ejecución de la Obra, la misma que se encuentra recepcionada. Sin embargo, siendo que el montaje electromecánico es importante en la referida Obra, la gestión de tramitación de derecho de servidumbre guarda inmensa relación con la misma por lo que no se puede deslindar como obligación esencial al mismo.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera amparable el pedido de la Entidad respecto a declarar la gestión de la tramitación del derecho de servidumbre como obligación esencial.

De otro lado, esta obligación del Contratista ha debido ejecutarse dentro del plazo de ejecución contractual la cual no se ha efectuado de esa manera debido a causas justificables del Contratista por lo que debe ampararse en una parte del trigésimo quinto punto controvertido, y en consecuencia, se declara fundada en parte el trigésimo quinto punto controvertido en el extremo que debe declararse a la Gestión para la Constitución del Derecho de servidumbre una obligación esencial del Contratista.

Ahora bien, siendo que hemos amparado el punto controvertido a la declaración de obligación esencial de la gestión de tramitación de derecho de servidumbre, corresponde observar si corresponde el pago por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre.

Al respecto, de lo acontecido y expresado a lo largo del presente Laudo, hemos indicado que la tramitación en la Gestión del Derecho de Servidumbre es una obligación esencial y que la misma ha sufrido defectos al momento cumplir con la obligación en su totalidad por causas que no pueden ser justificables al Contratista debido a, entre otras cosas, la deficiencia de los titulares de los predios y la poca participación de la Supervisión de la Obra.

Lo señalado en el párrafo anterior ha sido establecido en el décimo segundo punto controvertido referente a la Resolución del Contrato por parte de la Entidad que la demora en la gestión de tramitación de derecho de servidumbre se ha debido por causas no imputables al Contratista puesto que los propietarios que deben efectuar dicha tramitación no acreditan plenamente que son los propietarios de los inmuebles por donde va a pasar la servidumbre.

Teniendo en cuenta ello, lo pretendido como pretensión accesoria a la pretensión principal en estos puntos controvertidos no se observa como tal ya que el trigésimo sexto punto controvertido contiene una afirmación en el que se debe ordenar el pago por el incumplimiento del Contratista en la ejecución de la servidumbre lo que no se observaría como una pretensión accesoria sino

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

una pretensión principal, por ello debe declararse infundado el trigésimo sexto punto controvertido.

DEL TRIGÉSIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de marzo de 2010, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

La Entidad indica que la Carta N° 052/2010 notificada el 24 de marzo de 2010, según la cual el demandante solicita al Gobierno Regional de Cajamarca la acumulación de nuevas pretensiones relacionadas con la resolución del contrato practicada con Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR.CAJ/P del 09 de marzo de 2010; es nula de pleno derecho por contravenir el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; y el numeral 16) del Acta de instalación del Tribunal Arbitral; que establecen que: “Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato; tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de pretensiones a dicho proceso dentro del plazo de caducidad...”, quedando claramente evidenciado que el demandante debió dirigir su solicitud al Tribunal Arbitral y no al Gobierno Regional de Cajamarca y como tal la Carta N° 052/2010 carece de valor legal y no concede ningún derecho al demandante.

De lo señalado precedentemente se determina que la Carta N° 052/2010 contraviene las normas de contratación pública y lo señalado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, correspondiendo que el Tribunal Arbitral ampare la pretensión del Gobierno Regional de Cajamarca y declare nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Al respecto, el Contratista manifiesta que, por intermedio de la Carta N° 052/2010 solicita el inicio de arbitraje y nombra árbitro, con respecto a la controversia de la resolución del contrato planteada por el Gobierno Regional de Cajamarca, de conformidad con los artículos 273° y 276° y siguientes del Reglamento, por lo tanto se está cumpliendo con lo estipulado en las normas acotadas y al no contravenirla, no es susceptible de Nulidad y/o ineficacia, y a la vez dejamos constancia que se acumulará al proceso arbitral en curso, tal como dentro del plazo de caducidad lo hemos hecho posteriormente, Por lo tanto el Tribunal debe declarar infundado esta pretensión

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Respecto al referido punto controvertido, debemos indicar que la referida Carta N° 052/2010 de fecha 24 de marzo de 2010, el Contratista comunica a la Entidad el inicio del arbitraje respecto a la Resolución de Contrato señalada mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR.CAJ/P del 09 de marzo de 2010, notificada al Contratista el 11 de marzo de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

En este sentido, corresponde observar las normas establecidas en esos casos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. Al respecto el Artículo 287° del Reglamento señala:

Artículo 287.- Acumulación de procesos

Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho proceso dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley, siempre que no se haya abierto aún la etapa probatoria.

Una vez abierta la etapa probatoria, los árbitros deberán decidir al respecto tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, la etapa en la que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

La acumulación de pretensiones son dirigidas al Tribunal Arbitral, conforme se observa en la norma, y se señala que la solicitud de acumulación de pretensiones a dicho proceso dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53° de la Ley¹¹⁰.

Respecto al Artículo 53° de la referida Ley, debemos señalar que hemos efectuado un análisis respecto a dicho artículo en nuestro pronunciamiento sobre la primera excepción de caducidad deducida por la Entidad señalando cualquier controversia debe interponerse en cualquier momento a la culminación del contrato. En el referido pronunciamiento nos hemos referido que la culminación del contrato se genera con la aprobación y consentimiento de la Liquidación de la Obra.

Entonces, siendo que en el arbitraje no se ha generado aún ningún supuesto sobre el tema, se entiende que el contrato no ha culminado, por consiguiente el plazo de caducidad aún se encuentra activado.

Pues bien, de lo generado en este punto controvertido, debemos analizar a consecuencia de qué situación se generó la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de marzo de 2010. Dicha carta se origina de la Resolución de Contrato establecida por el Gobierno Regional de Cajamarca, por lo que en estricta aplicación del último párrafo del Artículo 267°¹¹¹ del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Contratista ha cumplido con iniciar el arbitraje a fin de que la Resolución de Contrato presentada por la Entidad no quede consentida.

¹¹⁰ Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

¹¹¹ **Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras**

(...)

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Asimismo, debemos dejar en claro que el 24 de marzo de 2010, el Contratista presentó ante la Entidad la Carta N° 052/2010 en el que inicia el arbitraje y la Carta N° 054/2010 en el que da respuesta a la resolución y deduce nulidad.

En este sentido, el Contratista mediante Carta N° 054/2010 de fecha 24 de marzo de 2010, ha cumplido, y dentro del plazo, con iniciar el arbitraje conforme lo establecido en el Artículo 267° del referido Reglamento por lo que corresponde no amparar lo pretendido, y en consecuencia, declarar infundado este punto controvertido.

DEL TRIGÉSIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no declarar nulo y/o ineficaz el escrito N° 8 presentado por ALE Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, mediante el cual solicita la acumulación de una nueva pretensión – referida a la resolución del Contrato-.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

La Entidad señala que el escrito N° 08 del 25 de mayo de 2010, según el cual el demandante solicita el Tribunal Arbitral la acumulación de nuevas pretensiones relacionadas con la resolución del contrato practicada con Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR.CAJ/P del 09 de marzo de 2010; es nula de pleno derecho por contravenir el Artículo 287° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM; y el numeral 16) del Acta instalación del Tribunal Arbitral; que establecen que: “Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato; tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de pretensiones a dicho proceso dentro del plazo de caducidad...”, habiendo excedido los plazos de caducidad, que conforme a lo señalado en el último párrafo del Artículo 267° del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 084-2004-PCM, es de sólo diez (10) días hábiles; sin embargo, el demandante presentó el Escrito N° 08 luego de haber transcurrido cincuenta (50) días hábiles; quedando claramente evidenciado que el Escrito N° 08 presentado el 25 de mayo de 2010 es extemporáneo e ilegal.

De lo señalado precedentemente se determina que el Escrito N° 08 del 25 de mayo de 2010 contraviene las normas de contratación pública y lo señalado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; correspondiendo que el Tribunal Arbitral ampare la pretensión del Gobierno Regional de Cajamarca y declare nula y/o ineficaz el Escrito N° 08 del 25 de mayo de 2010.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

El Contratista, por intermedio de Escrito N° 08 de fecha 25 de mayo del 2010, al haberse presentado nuevas pretensiones referente a la Resolución del Contrato por parte de la Entidad, solicita, de conformidad con el artículo 287° del reglamento, que éstas se acumulen al proceso arbitral que se viene actuando, en vista de que dichas pretensiones pertenecen a un mismo contrato, el artículo 287° en ningún punto de su contenido expresa que el plazo para solicitar ACUMULACIÓN es de 10 días, muy por el contrario esta norma textualmente expresa lo

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

siguiente: *"Cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa a un mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho proceso, dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 53º de la Ley, siempre que no se haya abierto la etapa probatoria".*

Este artículo 287º, es concordante con el artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM, en la cual en su 2do párrafo (53.2) se prescribe lo siguiente: *"Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de CADUCIDAD".* Y si se tiene en cuenta que la culminación del contrato de acuerdo a lo prescrito por el artículo 43º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se produce cuando la liquidación de obra se encuentre debidamente aprobada, entonces se tiene que la solicitud de ACUMULACIÓN es vigente y se encuentra con toda su eficacia y legalidad por lo que no es procedente declarar NULA Y/O INEFICAZ el Escrito N° 08, atribuyéndole extemporaneidad que no existe y además porque ésta se adecua a las normativas aplicables al caso, razón por la cual el Tribunal debe declarar infundada la Tercera Pretensión Principal.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Aclarada las posiciones de las partes, este Tribunal Arbitral tiene claro el plazo de caducidad analizado en nuestro pronunciamiento respecto a la primera excepción deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca en el que se debe tomar en cuenta el plazo de caducidad establecido en el Artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que el escrito N° 08 de fecha 25 de mayo de 2010, es válido y eficaz por lo que corresponde no amparar lo solicitado y, en consecuencia, declarar infundado lo pretendido.

DEL TRIGÉSIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral rechace de plano las pretensiones de la demanda arbitral inicial y las pretensiones de la primera y tercera demanda de acumulación de pretensiones presentada por ALE Contratistas S.R.L."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que el arbitraje se inició con fecha 01 de junio de 2009, a través de la solicitud del contratista mediante Carta N° 066/2009, y su objeto fue resolver controversias relacionadas con la liquidación de la obra y el pago por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo.

Sobre ello, la tercera pretensión de la demanda arbitral inicial señala: *"Que la entidad abone la cantidad de S/. 290,355.38 que es el monto ascendente de la Liquidación al haber quedado CONSENTIDA y en aplicación del Art. 269º del RLCAE aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM"* y

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

la cuarta pretensión de la demanda inicial establece: "Que la Entidad declare que el Pago de Resarcimiento de Daños y Perjuicios, no es por Gastos Generales generados por la demora en la entrega del Adelanto Directo, sino que se debe a una penalización que se le aplica por demora, siendo esto así este pago no necesita ninguna acreditación documentaria, sino la Entidad debe limitarse al pago correspondiente, de conformidad con el Art. 240° en su 4to párrafo del RLCAE"; es decir, en la misma demanda arbitral inicial se advierte contradicciones, puesto que mientras en la tercera pretensión se alega consentimiento de la liquidación en la cuarta pretensión se alega que el pago de los daños y perjuicios por demora en la entrega de adelanto directo que forma parte de la liquidación del contratista no se encuentra consentida porque estará sujeto a lo que resuelve el Tribunal respecto a la cuarta pretensión de la demanda arbitral inicial.

En ese sentido, según la primera solicitud de acumulación de pretensiones que fuera presentada ante el Tribunal Arbitral, el contratista sometió a arbitraje controversias relacionadas con el pago de gastos generales por una supuesta demora del Gobierno Regional de Cajamarca en la recepción de la obra, cuyo concepto no fue incluido en la liquidación formulada por el contratista, es decir, el contratista de manera contradictoria en un primer momento sostuvo que la obra había sido recepcionada y por ello presentó la liquidación del contrato y en forma posterior sostiene que la obra aún no ha sido recepcionada por el Gobierno Regional de Cajamarca, en tal sentido, corresponde al contratista el pago de gastos generales por demora en la recepción de la obra.

La Entidad señala que, según la tercera solicitud de acumulación de pretensiones que fuera presentada ante el Tribunal Arbitral, el contratista sometió a arbitraje controversias relacionadas con el pago del resarcimiento de daños y perjuicios por la supuesta demora en la entrega del adelanto directo, gastos generales por ampliación de plazo N° 02 y N° 03; cuyo conceptos ya fueron incluidos en la liquidación formulada por el contratista, empero a través de la tercera solicitud de acumulación de pretensiones se busca modificar su cuantía; es decir, el contratista de manera contradictoria en un primer momento sostiene que su liquidación se encuentra consentida y en forma posterior modifica la liquidación que según su propia versión estaría consentida.

De lo señalado en los literales precedentes se determina que el contratista a través de la primera y tercera solicitud de acumulación de pretensiones presentada ante el Tribunal pretende modificar de manera ilegal los alcances de su liquidación de obra; lo cual contraviene el Artículo 43° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM; según el cual con la liquidación culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación. Asimismo, el Tribunal deberá tener presente las argumentaciones del contratista relacionadas con que su liquidación se encontraría consentida carece de sustento puesto que el contratista aún a la fecha sigue modificando de manera ilegal la liquidación del contrato; es decir, el contratista aún no ha formulado la liquidación del contrato y como tal, la finalidad con que se inició el arbitraje ha sido desconocida por el contratista; correspondiendo que el Tribunal oriente el proceso en el sentido en que se dio inicio al arbitraje, ya que amparar las argucias del contratista implica perjuicio a los intereses del Gobierno Regional de Cajamarca.

Por lo señalado en los literales precedentes está probado que las pretensiones de la demanda arbitral inicial y de la primera y tercera demanda de acumulación de pretensiones son

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

contradictorias, carecen de conexión lógica y contravienen el principio de moralidad, el principio de transparencia y principio de trato justo e igualitario señalados en el Artículo 3° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por DS N° 083-2004-PCM, así como también, contraviene la buena fe contractual que debiera existir entre las partes y que se encuentra prevista en el Artículo 1362° del Código Civil, por lo que, corresponderá que el Tribunal Arbitral deberá declarar fundada nuestra pretensión.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

La empresa Ale Contratistas S.R.L. no cumplió con contestar la presente pretensión señalada en la reconvencción formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca en su escrito de fecha 21 de febrero de 2011, pese a encontrarse debidamente notificado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Respecto a este punto controvertido, este Tribunal Arbitral señala que a lo largo de los pronunciamientos del presente laudo se ha fundamentado cada una de las pretensiones por las cuales se ha amparado el pedido solicitado por el Contratista.

Dicho esto, no se observa contradicciones en las solicitudes pretendidas por el Contratista y, en caso las hubiera, el Tribunal Arbitral ha analizado cada punto controvertido con detenimiento a fin de que el proceso arbitral esté equilibrado brindando justicia y siendo imparciales en el mismo.

De otro lado, la pretensión solicitada por el Gobierno Regional de Cajamarca es un intento de efectuar una nueva revisión sobre los puntos controvertidos generados por las pretensiones del Contratista, lo que origina un nuevo estudio de las pretensiones señaladas intentando crear un ambiente hostil y la intención de querer confundir al presente Tribunal Arbitral al momento de resolver la presente controversia.

Por esa razón, corresponde no amparar el pedido solicitado y, en consecuencia, declarar infundado lo pretendido.

DEL CUADRAGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no; que en caso de declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvencción a la tercera acumulación del demandante, que el Tribunal Arbitral rechace de plano la primera, segunda y tercera pretensión de la presente demanda de acumulación de pretensiones.”

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

EL Gobierno Regional de Cajamarca señala que, según el Resumen de la Liquidación del Contrato formulada por el contratista, se determinó un saldo a favor del contratista que asciende a la suma de S/. 275,634.81 (Doscientos Setenta y Cinco Mil Seiscientos Treinta y Cuatro Mil

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

con 81/100 Nuevos Soles) incluido IGV; asimismo, en el Resumen antes mencionado se advierte que éste incluye entre otros conceptos, el pago de gastos generales por la ampliación de plazo N° 02 y por la ampliación de plazo N° 03; así también, se incluye el pago por resarcimiento por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo, por lo que, está claramente evidenciado que la liquidación del contrato formulada por el contratista incluye el pago por gastos generales por la ampliación de plazo N° 02 y por la ampliación de plazo N° 03 y el pago por resarcimiento por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo.

Según la tercera pretensión de la demanda arbitral inicial el contratista ha solicitado el pago por concepto de saldo de liquidación, es decir, que mediante esta pretensión el contratista ha solicitado el pago por gastos generales por la ampliación de plazo N° 02 y por la ampliación de plazo N° 03 y el pago por resarcimiento por daños y perjuicios por demora en la entrega del adelanto directo.

Según la tercera pretensión de la demanda arbitral inicial el contratista ha solicitado el pago por concepto de saldo de liquidación, es decir, que mediante esta pretensión el contratista ha solicitado el pago por gastos generales por la ampliación de plazo N° 02 y por la ampliación de plazo N° 03, respectivamente; se determina que la primera, segunda y tercera pretensión de la presente demanda de acumulación ya fueron sometidas a la competencia del Tribunal a través de la tercera pretensión de la demanda arbitral inicial del contratista, por lo que, tomando en consideración que el Tribunal no puede pronunciarse en más de una oportunidad respecto a una misma controversia, corresponderá rechazar de plano las pretensiones antes señaladas.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

La empresa Ale Contratistas S.R.L. no cumplió con contestar la presente pretensión señalada en la reconvención formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca en su escrito de fecha 21 de febrero de 2011, pese a encontrarse debidamente notificado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Teniendo en cuenta que esta pretensión es una pretensión accesoria al trigésimo noveno punto controvertido y, habiendo declarado infundado el referido punto controvertido, siendo que la pretensión accesoria tiene la suerte de la pretensión principal, corresponde declarar infundado la presente pretensión.

DEL CUADRAGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare nula de pleno derecho la Carta N° 067/2010, la Carta N° 094/2010, la Carta N° 0104/2010 y la Carta N° 0106/2010 dirigidas al Gobierno Regional de Cajamarca al haberse presentado en un domicilio legal distinto al señalado en el Contrato."

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Según el Contrato suscrito entre las partes, el Gobierno Regional de Cajamarca ha señalado como único domicilio para efectos de la ejecución del contrato al Jr. Santa Teresa de Journet N° 351 – Urb. La Alameda – Cajamarca.

De la información dada a conocer por el propio contratista se determina que las Cartas objeto de la presente pretensión habrían sido presentadas a la Oficina de Enlace del Gobierno Regional de Cajamarca ubicada en la Ciudad de Lima, sin embargo, dichos documentos nunca fueron puestos en conocimiento del Gobierno Regional de Cajamarca, por lo que, las Cartas objeto de la presente pretensión carecen de valor y como tal, deberán ser declaradas nulas por contravenir el principio de moralidad y transparencia señalados en el Artículo 3° del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. 083-2004-PCM; asimismo, contraviene el contrato suscrito, que se constituye ley entre las partes y más aún si se tiene en consideración que el Gobierno Regional de Cajamarca nunca cursó ninguna notificación al contratista que haya variado su domicilio señalado en el contrato.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

La empresa Ale Contratistas S.R.L. no cumplió con contestar la presente pretensión señalada en la reconvención formulada por el Gobierno Regional de Cajamarca en su escrito de fecha 21 de febrero de 2011, pese a encontrarse debidamente notificado.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

De acuerdo a los documentos presentados por las partes y a la posición de la Entidad, este Tribunal Arbitral ha efectuado el análisis de los referidos documentos¹¹² corroborando que los mismos no fueron dirigidos al domicilio de la Entidad (Jr. Santa Teresa de Journet N° 351 – Urb. La Alameda – Cajamarca).

En este sentido, dichos documentos no han sido debidamente notificados al Gobierno Regional de Cajamarca puesto que dichos documentos se dirigieron a la Avenida Arenales N° 395 – Of. 404 (Oficina de Enlace - LIMA).

En este sentido, estos documentos no tienen efectos legales respecto al contrato de Obra en cuestión por lo que corresponde amparar lo solicitado y, en consecuencia, declarar fundado lo pretendido.

DEL CUADRAGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje.”

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

¹¹² Al respecto, ver los anexos 04, 12, 13 y 20 del escrito de demanda de fecha 08 de setiembre de 2010.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Asimismo, el Contratista señala que – tal como ha indicado – las pretensiones solicitadas son por causas imputables a la Entidad; por ello es justo que los costos, costas y gastos administrativos deban ser asumidos en su totalidad por el Gobierno Regional de Cajamarca. Estos conceptos a pagar son los honorarios del Tribunal Arbitral, del Secretario Arbitral y los gastos administrativos.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

El Gobierno Regional de Cajamarca señala que las pretensiones del contratista carecen de sustento técnico y legal y contravienen las norma de contratación pública; por lo que, corresponde que el Contratista pague el íntegro de los gastos arbitrales por haber involucrado al Gobierno Regional de Cajamarca.

Sobre los Costos del proceso arbitral el Gobierno Regional de Cajamarca presenta medios probatorios donde, de acuerdo a la referida parte, se acredita los gastos realizados por la Entidad a realizar la contratación de un ingeniero y un abogado para la defensa del mismo.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° 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 presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a los costos del proceso:

Las partes han dado sus posiciones sobre los medios probatorios referidos a la acreditación de los gastos de asesoramiento técnico y legal para la defensa del Gobierno Regional de

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Cajamarca. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera que las partes tienen la facultad de efectuar la contratación de especialistas a fin de tener mayor amplitud para la solución de una controversia.

No obstante, respecto de los documentos presentados por la Entidad, consideramos que dichos documentos no acreditan que la contratación de los especialistas técnicos y legales sea específicamente para la defensa del presente arbitraje.

En este sentido, las partes deben ser responsables de dichas contrataciones por el mismo hecho de que se tenía en cuenta que un proceso arbitral con varias pretensiones como las acaecidas al presente arbitraje necesitaba de la asesoría técnica y legal para ambas partes.

Entonces, conforme se ha señalado en párrafos anteriores, este Tribunal Arbitral considera que estos pagos deben ser efectuados por cada parte.

En relación a las costas del proceso:

En este punto, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas (demanda, 1°, 2° y 3° Acumulación) por la empresa ALE Contratistas S.R.L. se tiene que conforme a los honorarios arbitrales netos fijados para el Tribunal Arbitral, los siguientes montos:

Acta de Instalación de fecha 16 de octubre de 2009: En el Acta de Instalación se señaló como honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/. 12,000.00 Nuevos Soles para cada árbitro y la suma de S/. 7,200.00 Nuevos Soles para el Secretario Arbitral, lo que generó la suma total de S/. 43,200.00 Nuevos Soles.

Dichos montos fueron cancelados por las partes, de manera equitativa.

Resolución N° 16 de fecha 03 de mayo de 2010: Se señaló la reliquidación de honorarios arbitrales, por concepto de la primera acumulación de pretensiones presentada por la empresa ALE Contratistas S.R.L., la suma de S/. 16,000.00 Nuevos Soles para cada árbitro y la suma de S/. 9,600.00 Nuevos Soles para el Secretario Arbitral, lo que generó la suma total de S/. 57,600.00 Nuevos Soles.

Estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que ambas partes asuman, en montos equivalentes, los gastos arbitrales del presente arbitraje, tenemos que el Gobierno Regional de Cajamarca deberá pagar a favor de la empresa ALE Contratistas S.R.L., la suma de S/. 28,800.00 Nuevos Soles, que es el monto que la demandante canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso respecto a la reliquidación de honorarios por concepto de primera acumulación de pretensiones, monto cuyo pago se encontraba a cargo de la Entidad.

Resolución N° 50 de fecha 19 de octubre de 2010: Se señaló la reliquidación de honorarios arbitrales, por concepto de la segunda y tercera acumulación de pretensiones presentada por la empresa ALE Contratistas S.R.L., la suma de S/. 30,000.00 Nuevos Soles para cada árbitro y la suma de S/. 18,000.00 Nuevos Soles para el Secretario Arbitral, lo que generó la suma total de S/. 108,000.00 Nuevos Soles.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

Estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que ambas partes asuman, en montos equivalentes, los gastos arbitrales del presente arbitraje, tenemos que Gobierno Regional de Cajamarca deberá pagar a favor de la empresa ALE Contratistas S.R.L., la suma de S/. 54,000.00 Nuevos Soles, que es el monto que la demandante canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso respecto a la reliquidación de honorarios por concepto de segunda y tercera acumulación de pretensiones, monto cuyo pago se encontraba a cargo de la Entidad.

Resolución N° 109 de fecha 24 de setiembre de 2012: Se señaló la reliquidación de honorarios arbitrales, por concepto de las reconvencciones presentadas por el Gobierno Regional de Cajamarca, la suma de S/. 18,000.00 Nuevos Soles para cada árbitro y la suma de S/. 10,800.00 Nuevos Soles para el Secretario Arbitral, lo que generó la suma total de S/. 64, 800.00 Nuevos Soles.

Estando a la decisión de este Tribunal Arbitral de que ambas partes asuman, en montos equivalentes, los gastos arbitrales del presente arbitraje, tenemos que la empresa ALE Contratistas S.R.L. deberá pagar a favor del Gobierno Regional de Cajamarca, la suma de S/. 32,400.00 Nuevos Soles, que es el monto que la Entidad canceló por concepto de gastos arbitrales del proceso respecto a la reliquidación de honorarios por concepto de reconvencciones, monto cuyo pago se encontraba a cargo de la Contratista.

En ese sentido, y siendo que ambas partes tienen que devolverse la sumas indicadas en los párrafos precedentes, este Colegiado es de la opinión que el saldo de dichos montos debe ser devuelto por la Entidad demandada; es decir, que Gobierno Regional de Cajamarca deberá reconocer a la Contratista la suma ascendente a S/. 50,400.00 (Cincuenta Mil Cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles).

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2010.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD la excepción de caducidad deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante escrito de fecha 14 de julio de 2010.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN de la demanda, en consecuencia, declárese la nulidad e ineficacia de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL así como el Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN de la demanda, en consecuencia, declárese consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la TERCERA PRETENSIÓN de la demanda, en consecuencia, ordénese el pago de la suma de S/. 270,355.58 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista por los motivos expuestos en el presente laudo.

SÉXTO: DECLARAR FUNDADA la CUARTA Y QUINTA PRETENSIÓN de la demanda, en consecuencia, declárese que el pago del resarcimiento de daños y perjuicios, más los respectivos intereses hasta la fecha real de pago, no es por gastos generales generados por la demora en la entrega del adelanto directo, sino que se debe a una penalización que se aplica por esta demora.

SÉTIMO: DECLARAR FUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda generada de la primera acumulación de pretensiones, en consecuencia, reconózcase los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.

OCTAVO: DECLARAR FUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda generada de la primera acumulación de pretensiones, en consecuencia, ordénese el pago a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio el 23 de enero de 2009.

NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERO PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda generada de la primera acumulación de pretensiones referente al reconocimiento de los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2 por los motivos expuestos en el presente Laudo.

DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADA la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA de la demanda generada de la primera acumulación de pretensiones referente al pago de los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2 por los motivos expuestos en el presente Laudo.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda generada de la primera acumulación de pretensiones referente al pago a favor de ALE Contratistas S.R.L. de la suma de S/.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa por los motivos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda generada de la primera acumulación de pretensiones referente al pago a favor de ALE Contratistas S.R.L. los gastos financieros y mantenimiento de las cartas fianzas por los motivos expuestos en el presente Laudo.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR FUNDADA la PRETENSIÓN ÚNICA de la demanda generada de la segunda acumulación de pretensiones, en consecuencia, declárese la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010.

DÉCIMO CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la PRIMERA PRETENSIÓN Y LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN de la demanda generada de la tercera acumulación de pretensiones referente al pago a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 270,968.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrega del Adelanto Directo por los motivos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN de la demanda generada de la tercera acumulación de pretensiones referente al pago a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 69,441.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 02 por 53 días calendario por los motivos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO SÉXTO: DECLARAR FUNDADA TERCERA PRETENSIÓN de la demanda generada de la tercera acumulación de pretensiones, en consecuencia, ordénese el pago a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 03 por 43 días calendario.

DÉCIMO SÉTIMO: DECLARAR FUNDADA la CUARTA PRETENSIÓN de la demanda generada de la tercera acumulación de pretensiones, en tal sentido, declárese la validez y el consentimiento de la resolución del Contrato efectuada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010.

DÉCIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente a declarar nula y/o ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que fuera solicitada mediante Carta N° 034-ADM/OB por los motivos expuestos en el presente laudo.

DÉCIMO NOVENO: DECLARAR INFUNDADA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente a declarar nula y/o ineficaz la Liquidación del Contrato presentada por la Supervisión de Obra mediante Carta RCH-007-09 por los motivos expuestos en el presente laudo.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

VIGÉSIMO: DECLARAR INFUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, de la reconvencción a la demanda arbitral referente a declarar consentida y/o válida y eficaz la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 9 de marzo de 2010 mediante la cual se resolvió el Contrato por los motivos expuestos en el presente Laudo.

VIGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405,034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de fiel cumplimiento por los motivos expuesto en el presente Laudo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente a la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 361,291.00, como parte de pago del fiel cumplimiento, por los motivos expuestos en el presente Laudo.

VIGÉSIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN ACCESORIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 14,330.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de gastos notariales de constatación física de inventario por los motivos expuestos en el presente Laudo.

VIGÉSIMO CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405, 034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010- por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación por los motivos expuestos en el presente Laudo.

VIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción referente a la demanda arbitral referente al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 234,741.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato y/o daño emergente por los motivos expuestos en el presente Laudo.

VIGÉSIMO SÉXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción de la demanda arbitral, en consecuencia, ordénese el pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 971.83, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvencción – 30 de abril de 2010-, por

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra por los motivos expuesto en el presente Laudo.

VIGÉSIMO SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción referente al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 35, 639.94, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007, que corresponde al atraso en la finalización de la obra por los motivos expuestos en el presente Laudo.


VIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente a declarar que ALE Contratistas S.R.L. ejecutó la obra con la existencia de vicios ocultos.



VIGÉSIMO NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,181.74, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvencción -30 de abril de 2010-, por concepto de vicios ocultos en el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca y la reposición del mismo y/o daño y perjuicio por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO: DECLARAR INFUNDADA la DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la demanda arbitral referente al pago a favor del Gobierno regional de Cajamarca la suma de S/. 27, 364.75, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de daños y perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones del Contratista en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN de la reconvencción a la demanda arbitral referida al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 1'281,051.29, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de saldo de la Liquidación del Contrato de ejecución de obra por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la primera acumulación de pretensiones referida a declarar nulas y/o ineficaces las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, mediante las cuales se solicita el pago de gastos por demora en la recepción de obra por los motivos expuestos en el presente Laudo.

 **TRIGÉSIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADA** la QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la primera acumulación de pretensiones referida a disponer que los gastos

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Dr. Cristian Araujo Morales.

arbitrales sean asumidos mediante liquidaciones separadas por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la primera acumulación de pretensiones referida a declarar improcedentes la primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal del demandante, por estar incluidas en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada, correspondiente a la primera acumulación por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la primera acumulación de pretensiones referida a declarar que la recepción de la obra comprende la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y recepción definitiva por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO SÉXTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la segunda acumulación de pretensiones, en consecuencia, en el extremo que debe declararse que el trámite de constitución de derecho de servidumbre es una obligación contractual esencial de ALE Contratistas S.R.L.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la PRETENSIÓN ACCESORIA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la segunda acumulación de pretensiones referida al pago a favor del Gobierno Regional de Cajamarca el 10% del monto del Contrato, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvencción – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la segunda acumulación de pretensiones referida a declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de marzo de 2010, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones por los motivos expuestos en el presente Laudo.

TRIGÉSIMO NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la segunda acumulación de pretensiones referida a declarar nulo y/o ineficaz el escrito N° 8 presentado por ALE Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, mediante el cual solicita la acumulación de una nueva pretensión – referida a la resolución del Contrato por los motivos expuestos en el presente Laudo.

CUADRAGÉSIMO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvencción a la tercera acumulación de pretensiones referida a rechazar de plano las pretensiones de la demanda arbitral inicial y las pretensiones de la primera y tercera demanda de acumulación de pretensiones presentada por ALE Contratistas S.R.L. por los motivos expuestos en el presente Laudo.

Tribunal Arbitral:

Dr. Alfredo León Segura.

Dr. Ernesto Valverde Vilela.

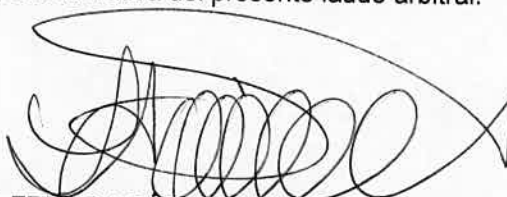
Dr. Cristian Araujo Morales.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvención a la tercera acumulación de pretensiones referida a, de declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvención a la tercera acumulación del demandante, rechazar de plano la primera, segunda y tercera pretensión de la presente demanda de acumulación de pretensiones por los motivos expuestos en el presente Laudo.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la reconvención, en consecuencia, declárense nulas de pleno derecho la Carta N° 067/2010, la Carta N° 094/2010, la Carta N° 0104/2010 y la Carta N° 0106/2010 dirigidas al Gobierno Regional de Cajamarca al haberse presentado en un domicilio legal distinto al señalado en el Contrato

CUADRAGÉSIMO TERCERO: DISPÓNGASE que tanto la Ale Contratistas S.R.L. así como el Gobierno Regional de Cajamarca, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral. En consecuencia, ordénese al Gobierno Regional de Cajamarca devolver a la empresa Ale Contratistas S.R.L., la suma ascendente a S/. 50,400.00 (Cincuenta Mil Cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.-



ALFREDO LEÓN SEGURA

Presidente del Tribunal



ERNESTO VALVERDE VILELA

Árbitro



CARLA DE LOS SANTOS LÓPEZ

Secretaria Arbitral

VOTO DEL ÁRBITRO CRISTIAN JAVIER ARAUJO MORALES

Luego de revisar los actuados, analizar los puntos controvertidos a la luz del derecho aplicable y valorar de modo conjunto y razonado los medios probatorios, éste árbitro encuentra que respecto del voto en mayoría tiene algunas coincidencias que resultan en conformidad con algunas decisiones asumidas; sin embargo, también encuentra que existen otros puntos controvertidos respecto de los que coincide en la decisión pero no en sus fundamentos resultando en que su voto asume la condición de singular; finalmente, en otros puntos controvertidos no coincide con el voto en mayoría respecto de los fundamentos y tampoco con las decisiones por lo que respecto de estos corresponde asumir un voto en discordia. Se deja constancia que la posición asumida por este árbitro se ha determinado después del debate llevado a cabo, por lo que ha habido oportunidad de compartir puntos de vista con los co-árbitros, así como escuchar las razones planteadas por éstos, pese a lo cual las diferencias se han mantenido dentro del ámbito del respeto y la mutua colaboración.

Con la finalidad de que las partes conozcan las consideraciones y decisiones que éste árbitro ha tomado sobre los temas materia de controversia, se emite el presente voto siguiendo el orden de análisis establecido por el voto en mayoría:

PRIMER CONSIDERANDO.- Respecto de los fundamentos y decisiones asumidas sobre **las excepciones de caducidad** deducidas por el Gobierno Regional de Cajamarca sus escritos de fechas 11.05.2010 y 14.07.2010 expreso mi conformidad con los fundamentos y decisiones asumidas por el voto en mayoría en el sentido de **declarar infundadas estas articulaciones**.

SEGUNDO CONSIDERANDO.- En este primer considerando se analizará el primer y segundo punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

PRIMER Y SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL"

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o invalidez del Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC"

- 2.1. Sobre el particular el análisis efectuado por este árbitro parte de la premisa de que en el contrato que vincula a las partes se prevén dos recepciones: una provisional y otra definitiva, así se observa de las cláusulas 19.3 y 20.1 del **CONTRATO PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA "PEQUEÑO SISTEMA ELÉCTRICO DE CHILETE III ETAPA" N° 03-2006-GR.CAJ (en adelante El Contrato)**. A partir de este punto corresponde establecer cuáles son los alcances y efectos jurídicos que ayuden a responder la siguiente pregunta: ¿la liquidación de obra se presenta luego de la recepción provisional o de la definitiva? A tal efecto, este árbitro considera que corresponde traer a colación el artículo 169¹ del

¹ Código Civil

Artículo 169.- Interpretación sistemática: Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.



la última etapa contractual previa a la liquidación, pues para llegar a esta última existen tres etapas previas, a saber: "Periodo de operación experimental", "Periodo de Garantía Inicial" y "Recepción definitiva". En este orden de ideas, el contratista no podía considerarse habilitado para presentar la liquidación de obra luego de la recepción provisional, pues de acuerdo a lo pactado aún restaban prestaciones a su cargo y, más aún, según la conclusión d) de la propia Acta de Recepción Provisional de fecha 23 de enero de 2009 suscrita por los representantes del **Gobierno Regional de Cajamarca (en adelante La Entidad)** y de la contratista y ofrecida por ésta última como medio de prueba, existe constancia expresa de que en ese momento correspondía dar inicio al periodo de *Operación Experimental* y que aún durante dicha etapa la obra quedaba bajo responsabilidad de la empresa contratista³.

- 2.4. De igual modo, en la cláusula décimo novena numeral 19.5 del Contrato al regularse el desarrollo del periodo de *Operación Experimental*, las partes pactaron que para llevarlo adelante el contratista debía mantener personal técnico en las subestaciones, siendo responsable además de la totalidad de los costos que demande, los mismos que debería incluir luego en sus gastos generales⁴.

Así las cosas y de acuerdo a los términos contractuales, si con posterioridad a la recepción provisional la obra quedó bajo responsabilidad del contratista debiendo inclusive mantener personal técnico, asumiendo además los costos del Periodo de Operación Experimental que debía incluir en sus gastos generales, queda claro para este árbitro que

³ ACTA DE RECEPCIÓN PROVISIONAL DE OBRA

(...)

IX. CONCLUSIONES

(...)

d) En vista que la obra se encuentra concluida con las observaciones levantadas, las que fueron planteadas en el "Acta de Recepción de Obra Con Observaciones" de fecha 27-04-07 y teniendo en cuenta que los valores de Pruebas en Blanco arrojaron valores aceptables; los miembros del Comité de Recepción y los representantes de la empresa ALE Contratistas SRL acuerdan dar por culminado el Proceso de Recepción de Obra y, a fin de cumplir con el numeral 19.5 del Contrato de Construcción, coordinar con HIDRANDINA S.A. el inicio del **Periodo de Operación Experimental**, quedando aún la obra, también dentro de este periodo, bajo responsabilidad de la empresa ALE Contratistas SRL.

⁴ CONTRATO PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA 'PEQUEÑO SISTEMA ELÉCTRICO DE CHILETE III ETAPA' N° 003-2006-GR.CAJ

(...)

CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA.- DE LA RECEPCIÓN DE OBRA

(...)

19.5 PERIODO DE OPERACIÓN EXPERIMENTAL

(...)

Durante este periodo el **CONTRATISTA** mantendrá personal técnico en las subestaciones para garantizar el correcto funcionamiento de los equipos y corregir los defectos y/u observaciones que se hubieran presentado en la fecha de recepción de la obra o presentado durante este periodo. El **CONTRATISTA** será responsable de la totalidad de los costos que demande la operación experimental (incluido el de la energía que se consume en Alumbrado Público), los mismos que deberán considerar dentro de sus gastos generales



la liquidación de obra debía hacerse con posterioridad, esto es, luego de la recepción definitiva.

- 2.5. De otro lado y respecto a la formalidad procedimental que se siguió para presentar la liquidación materia de análisis, existe otra discrepancia entre la contratista y la entidad relativa a si el supervisor tenía o no facultades para recibirla. Al respecto, el voto en mayoría sostiene que el hecho de que la liquidación haya sido presentada al supervisor y no a la entidad no la invalida, ya que la norma de contrataciones, entiéndase la Ley y su Reglamento, no establece a qué oficina debe presentarse.
- 2.6. Al respecto éste Árbitro opina diferente y más bien considera que ya que estamos frente a un caso de Derecho Administrativo debe partirse del principio de competencia el cual habilita o no habilita la actuación de un sujeto determinado y que además es un requisito de validez del acto administrativo conforme lo estipula el artículo 3⁵ de la Ley N° 27444, siendo que su ausencia constituye además un vicio sustancial y acarrea la nulidad formal y material del acto administrativo que sea emitido careciendo de ella, así lo señala el artículo 10 numeral 2 del citado cuerpo normativo⁶.
- 2.7. Asimismo, en la misma línea y desde el punto de vista doctrinario citamos a Juan Carlos Morón Urbina que señala "**A diferencia de la capacidad civil, con la cual se suele hacer comparaciones por la análoga función que ambas cumplen** [el autor compara competencia administrativa con capacidad civil], **en el derecho público, la incapacidad es la regla, en tanto no exista una norma que atribuya la capacidad para actuar en determinado sentido**"⁷. Así las cosas, se puede señalar que la cuestión en autos no radica en determinar si la norma señala o no a qué instancia puede presentarse la liquidación, sino que lo que se debe determinar es si la norma atribuye o no al supervisor la función de recibir una liquidación de obra.
- 2.8. Con estos antecedentes jurídicos identificamos que la norma especial aplicable al caso es el artículo 250⁸ del **Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del**

⁵ **Ley N° 27444. Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.-** Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
(...)

⁶ **Ley N° 27444. Artículo 10.- Causales de nulidad:** Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General" Ed. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Octubre 2001. Página 69.

⁸ **Decreto Supremo N° 084-2004-PCM – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.**

Handwritten signature



Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante El Reglamento), que establece las diversas funciones que la ley atribuye al supervisor, contándose dentro de ellas, por ejemplo: velar por la correcta ejecución de la obra y cumplimiento del contrato, absolver consultas que formule el contratista, ordenar el retiro de subcontratistas, personal y materiales; sin embargo, la ley no le asigna la función de recibir la liquidación de obra, en tal medida se colige que la presentación de la liquidación de obra al supervisor no puede tener efecto legal alguno, ya que éste carece de competencia para su tramitación.

- 2.9. Habiendo llegado a este punto se puede concluir lo siguiente: **(i)** el acto celebrado el 23 de enero de 2009 fue una recepción provisional y no una recepción definitiva; **(ii)** luego de la recepción provisional ALE no se encontraba habilitada por la ley o por el contrato para faccionar y presentar una liquidación final de obra, por lo que la presentada el 13 de marzo y 15 de abril de 2009 resulta improcedente y deberá tenérsela como tal; **(iii)** Aún cuando hubiese correspondido presentar la liquidación final de obra, la instancia pertinente para presentarla no era el supervisor por carecer de competencia para el trámite, por lo que dicha presentación no surte efectos legales.
- 2.10. Conforme con las premisas establecidas y el análisis efectuado corresponde ahora evaluar si la **Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL y el Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC son nulos o inválidos.** Al respecto ALE ha sostenido que tanto la carta como el informe son nulos o inválidos por carecer de motivación o tener motivación insuficiente de conformidad con el artículo 3 numerales 1, 2, 3 y 6 y con el artículo 10 de la Ley N° 27444. Por su parte el Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que respecto de la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL la demandante no ha acreditado que adolezca de vicio que sea causal de nulidad y más bien se ha demostrado que cumple con los requisitos de validez señalados en la Ley N° 27444; asimismo, indica que el informe técnico no es un acto administrativo, por tanto no es pasible de nulidad.
- 2.11. A fin de pronunciarse sobre la validez legal de ambos documentos este árbitro los ha evaluado bajo los estándares legales establecidos por los artículos invocados por ALE y

Artículo 250.- Funciones del inspector o supervisor: La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato.

El inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el Artículo siguiente. Está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo.

El contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionadas con ésta.

al



se puede observar, en principio, que los dos tienen como principal fundamento que la obra aún no ha sido objeto de recepción definitiva⁹.

De conformidad con Morón Urbina la motivación es "*la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración*"¹⁰. A la luz de esta opinión autorizada se puede establecer que tanto el informe como la carta que son materia de cuestionamiento, sí han cumplido con exteriorizar estas razones que, se reitera, están vinculadas con la inexistencia de la recepción definitiva de obra. Así las cosas, se determina que al existir motivos invocados y razonables para asumir que la liquidación de obra es improcedente el Gobierno Regional de Cajamarca cumplió con el requisito de motivación y, por tanto, no existe base suficiente para amparar el pedido de nulidad de la contratista por dicha causal. En este orden de ideas no se puede sostener que la carta o el informe materia de análisis carezcan de motivación o que esta sea incongruente, todo lo contrario, considero que están sustentadas en un hecho real y concreto: la inexistencia de una recepción definitiva, etapa imprescindible para liquidar la obra y, además, la invocación de tal hecho guarda estrecha relación con el contenido del pacto por ser una estipulación contractual prevista y aceptada por ambas partes, según se ha indicado en el literal 1.3 del presente considerando. **En tal sentido corresponde declarar infundado este punto controvertido.**

TERCER CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el tercer y cuarto punto controvertido cuyo texto literal es como sigue:

DEL TERCER Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009."

"Determinar si corresponde o no que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 290,355.58 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista."

- 3.1. En lo que respecta al punto controvertido referido a determinar **si corresponde o no declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009**, ALE ha sostenido que dicha liquidación quedó consentida al haber sido respondida por la entidad fuera del plazo legal de 15 días de conformidad con el artículo 269 del Reglamento. Por su parte, el Gobierno Regional de Cajamarca ha sostenido que la entidad no tuvo ninguna obligación de pronunciarse sobre dicha liquidación dado que no observó el trámite previsto en la ley y que a pesar de ello la

⁹ El Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC señala literalmente en su punto 1:

"1. La obra no se encuentra recepcionada"

Al respecto en dicho expediente de liquidación se presenta en su página 214 (del volumen I) una Acta de Recepción Provisional de Obra, firmada el 23 de enero de 2009 por el Gobierno Regional de Cajamarca (comité), Ale Contratistas SRL y la consultora Manuel A. Veliz Flores-

Bajo el concepto que dicha liquidación se debería presentar 60 días después de recepcionada la definitiva, lo cual hace improcedente a la fecha actual, la evolución dicha liquidación".

¹⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit. Página 80.



entidad sí se pronunció mediante Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL e Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC.

- 3.2. Según el análisis realizado en los ítem 2.3. a 2.8. del segundo considerando éste Árbitro tiene convicción de que la liquidación final que nos ocupa fue presentada por ALE de modo prematuro luego de la recepción provisional, cuando debió ser presentada luego de la recepción definitiva. Esta falta de oportunidad en su presentación, que por cierto fue advertida y comunicada por la entidad, la convierte en un acto ajeno al procedimiento previsto en la ley y en el contrato, pero además le impide generar efectos jurídicos, entre ellos cómputo de plazos a efecto que pueda ser objeto de observación. De otro lado la irregularidad procedimental no termina en la presentación prematura de la liquidación final, sino que ésta fue presentada al supervisor quien carecía de facultades para recibirla según ya se ha visto, por lo que definitivamente una liquidación presentada con tan graves vicios no tiene efecto alguno. Desde la perspectiva normativa, si bien el artículo 269¹¹ del Reglamento establece el procedimiento y regulación de la liquidación de obra, dichas previsiones normativas se aplican a las solicitudes de liquidación ex post recepción de obra, que en el caso de autos alude a la recepción definitiva para estar pactado así en el contrato. En todo caso, los presupuestos fácticos previstos en este dispositivo no se han verificado, ergo, no pueden dar lugar al inicio, trámite o conclusión del citado procedimiento, por lo que corresponde declarar infundado el tercer punto controvertido.

¹¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 269.- Liquidación del contrato de obra

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.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación 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.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de Precios Unitarios la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema de Suma Alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

Handwritten signature



- 3.3. Si el tercer punto controvertido no puede ampararse en coherencia con el análisis y pronunciamiento realizados respecto del primer y segundo punto controvertido, el cuarto punto controvertido al ser accesorio al tercero debe seguir la suerte de éste. **Así las cosas debe declararse infundada la pretensión de declarar consentida la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009 y en consecuencia no corresponde ordenar al Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 290,355.38 por concepto de la Liquidación efectuada por el Contratista.**

CUARTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el quinto punto controvertido cuyo texto literal es como sigue:

DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el pago del resarcimiento de daños y perjuicios, más los respectivos intereses hasta la fecha real de pago, no es por gastos generales generados por la demora en la entrega del adelanto directo, sino que se debe a una penalización que se aplica por esta demora."

- 4.1. El voto en mayoría sostiene que esta pretensión es amparable pero por mi parte soy de la opinión que la interpretación correcta del artículo 240¹² del Reglamento no se aviene a tal posición, pues el citado dispositivo establece literalmente que lo que genera la demora en el pago del adelanto directo es un **"derecho de exigir indemnización de daños y perjuicios"**, concepto que en nada se asimila al de **"penalización"** que conforme a lo que señala la Ley y el Reglamento se aplica únicamente a la mora en la ejecución de prestaciones a cargo del contratista. En efecto, los artículos 222¹³ y 223¹⁴ del Reglamento

¹² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM.

Artículo 240.- Inicio del plazo de ejecución de obra.-

(...)

Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso de que el contratista solicite la entrega del adelanto directo, la solicitud y entrega de la garantía deberá formalizarse dentro del indicado plazo.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con la entrega del terreno. En cualquier caso, el plazo contractual entrará automáticamente en vigencia al día siguiente de cumplirse todas las condiciones estipuladas en el contrato o en las Bases.

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá **derecho al resarcimiento de daños y perjuicios** por un monto equivalente al cinco por mil (5/1000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por mil (75/1000) de dicho monto contractual. Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad.

¹³ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM.

Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto



desarrollan la penalidad por mora en la ejecución de la prestación y otras penalidades, dejando en claro que la penalidad es un concepto que se aplica únicamente al contratista cuando éste no cumple las prestaciones a su cargo según las condiciones pactadas. No existe pues previsión legal en la normativa de contrataciones del Estado en que se regule una penalidad aplicable a la entidad, situación que refuerza la posición asumida por éste árbitro en el sentido que cuando el artículo 240 reconoce el derecho del contratista de exigir indemnización de daños, esto en efecto se refiere a un resarcimiento y no a una penalidad por mora. En esta misma línea, el daño que es reparado por una indemnización bien puede ser de naturaleza económica (en la mayoría de casos lo es) de allí que interpretar que los mayores gastos en que se pueda incurrir no es un aspecto que se pueda incorporar dentro a la indemnización contraviene la noción misma de ésta.

- 4.2. De otro lado es pertinente señalar que el pago de una indemnización por daños y perjuicios se justifica dentro de un esquema general de responsabilidad civil en la cual existen elementos que acreditar y requisitos que cumplir. En este sentido diferimos del voto en mayoría cuando señala que al existir una demora (de 03 días o de 15 días, según la versión de cada parte procesal) en el pago del adelanto directo, se debe ordenar de modo automático el pago de la indemnización, entendiéndose que el mero hecho de la demora es suficiente para disponer que la entidad pague una indemnización de daños a la contratista. Por mi parte considero que este criterio simplifica y distorsiona el esquema de la responsabilidad civil planteado en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el texto expreso del artículo 240 del Reglamento indica lo siguiente: "*Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios (...)*" [mi subrayado]; entonces tenemos que el citado dispositivo no ordena una indemnización automática (inclusive hay que verificar que el incumplimiento se deba a causas imputables a la entidad, es decir, exige invocar y probar un factor de atribución), sino que reconoce el derecho a exigir indemnización de daños que como todos los derechos tiene que ejercitarse dentro de un marco legal general que para el caso es el de la inexecución de obligaciones regulada en el Código Civil.
- 4.3. En efecto, si bien el artículo 1321¹⁵ del Código Civil regula la indemnización de daños en el marco de la inexecución de obligaciones, no menos cierto es que este dispositivo y los que le siguen establecen una serie de requisitos y condiciones que deben existir, configurarse y probarse para que la indemnización tenga lugar. En palabras de Javier

resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta.

¹⁴ **Artículo 223.- Otras penalidades**

En las Bases o el contrato se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el Artículo precedente, siempre y cuando sean razonables y congruentes con la prestación a cargo del contratista.

¹⁵ **Código Civil.**

Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve o inexcusable.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

90



Pazos Hayashida "quien exige una indemnización por daños y perjuicios, por considerar que se le ha generado un daño, necesita fundamentar su pedido"¹⁶.

- 4.4. Como es sabido la responsabilidad civil sea extracontractual o derivada de inexecución de obligaciones está conformada por cuatro elementos que deben verificarse de manera concurrente para que pueda determinarse el deber de indemnizar, estos elementos son: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño; (iii) la relación causal; y (iv) el criterio de imputación de responsabilidad. A decir de Jorge Beltrán Pacheco: "Una vez cubierto el análisis de los cuatro elementos de la responsabilidad civil, podemos determinar finalmente quién es el sujeto responsable, así como determinar el ámbito de la indemnización"¹⁷.
- 4.5. Algo más, dentro del esquema de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones existe un deber fundamental del afectado que consiste en la prueba del daño, así se desprende del artículo 1331¹⁸ del Código Civil que establece que la carga de probar el daño causado por la inexecución de obligación recae en el afectado por el incumplimiento. En otras palabras, aún habiéndose acreditado la no ejecución de una obligación contractual, si el presunto afectado no prueba el daño que el incumplimiento le ha causado se trunca toda posibilidad de disponer el pago de una indemnización.
- 4.6. En atención a las consideraciones vertidas hasta aquí se concluye que en el caso del artículo 240 del Reglamento no cabe identificar el concepto de indemnización con el de penalidad pues el dispositivo alude inequívocamente a la primera y no a la segunda y, además, que cuando se reclama una indemnización derivada de un incumplimiento contractual el afectado tiene el deber procesal de sustentarla probando el daño sufrido. En el caso de autos se observa por un lado que la interpretación que pretende ALE del artículo 240 del Reglamento es insostenible, ya que contraviene su texto expreso que refiere el derecho a exigir una indemnización y no una penalidad. Además al no haberse sustentado ni probado ninguno de los elementos de la responsabilidad civil, especialmente el daño, **la pretensión planteada debe ser declarada infundada.**

QUINTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el sexto y séptimo considerando cuyo texto literal es como sigue:

DEL SEXTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no reconocer los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.

¹⁶ Pazos Hayashida, Javier en Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Tomo VI. Página 915.

¹⁷ Beltrán Pacheco, Jorge en Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Tomo VI. Página 957.

¹⁸ Código Civil. Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

94



SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio el 23 de enero de 2009."

- 5.1. Respecto de estos puntos controvertidos luego de haber contrastado las documentales ofrecidas y los plazos legales consideramos que en principio sí ha existido una demora en el cumplimiento de los plazos legales para la recepción de obra, sin embargo, la cuestión es determinar a cuál de las partes le es imputable tal demora o si existen responsabilidades compartidas. Sobre el particular el artículo 268¹⁹ del Reglamento es la norma aplicable al caso y establece los siguientes plazos preliminares:

¹⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM.

Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra el residente anotará tal hecho en el Cuaderno de Obra y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del Comité, el contratista y su residente.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en el Acta respectiva y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrita el Acta. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el Cuaderno de Obra, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El Comité de Recepción se constituirá en la obra dentro de los siete (07) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del Comité de Recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

Si en la segunda inspección el Comité de Recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta, solicite por escrito al Contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

ST



- 05 días a partir de la culminación de la obra para que el supervisor informe a la entidad al respecto.
- 07 días para que la entidad designe el comité de recepción.
- 20 días para que el comité de recepción inicie la verificación.

Es decir, desde la fecha en que el residente anota en el cuaderno de obra la culminación de la misma y solicita la recepción de obra hasta la fecha en que debe darse inicio a la verificación existe un plazo total de 32 días.

- 5.2. En el caso que nos ocupa la culminación de obra se anotó el 24 de enero de 2007 por lo que al cabo de 32 días como máximo, es decir, el 25 de febrero de 2007, el comité de recepción debió iniciar la verificación del fiel cumplimiento. No obstante, el Acta de Instalación para Inspección de Obra data del 27 de marzo de 2007, por lo que se tiene un retraso de 30 días totalmente imputables al Gobierno Regional de Cajamarca.
- 5.3. Lo que sucede a partir de la firma del Acta de Instalación para Inspección de Obra del 27 de marzo de 2007 hasta la suscripción del Acta de Recepción Provisional el 23 de enero de 2009 merece un análisis separado, según la siguiente secuencia cronológica:
 - Finalizada la verificación se determinó la existencia de observaciones, suscribiéndose el "Acta de Recepción de obra con Observaciones" de fecha 27 de abril de 2007. Teniendo en cuenta el artículo 268, el plazo para el levantamiento de

-
3. En caso que el contratista o su residente no estuviese conforme con las observaciones, anotará su discrepancia en el Acta. El Comité de Recepción elevará al Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.
Si vencido el cincuenta por cien (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, tomará el control de la obra, la intervendrá económicamente y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en el tercer párrafo del Artículo 247.
 4. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.
 5. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.
 6. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

91



observaciones equivalía a 1/10 del plazo de ejecución contractual, es decir, 31 días, que vencía el 28 de mayo de 2007.

- Si bien ALE presenta la Carta 154/2007 de fecha 24 de mayo de 2007 donde comunica el levantamiento de informaciones dentro del plazo previsto, a partir de ese momento se genera una serie de dilaciones debido a: (i) se informa que se han levantado las observaciones "contractuales", pero no las "no contractuales"; (ii) no se adjunta alguna documentación técnica²⁰.
- La inspección correspondiente se programó para el 09 de julio de 2007, pero el representante de ALE no se hizo presente, solicitando postergación.²¹
- Según Acta de Inspección y Pruebas realizada el 13, 14, 15 y 16 de noviembre de 2007²² se determinó que la contratista (ALE) debería levantar las observaciones anotadas. Esta acta fue suscrita por los representantes de la contratista.
- Existen diversas comunicaciones posteriores²³ que dan cuenta de la mora en el levantamiento de observaciones, la no participación de los representantes de ALE en las inspecciones programadas, e inclusive se sugiere en algún momento proceder a la resolución del contrato por tal razón.
- Mediante Carta N° 038/2008 de fecha 02 de abril de 2008 ALE presenta al Ing. Luis Lopez Carriedo para que "apoye en la solución de los problemas para la Recepción de Obra" [SIC], solicitando al Gobierno Regional su conformidad respecto del este profesional.
- Mediante Carta N° 363-2008-GR.CAJ-GRI/SGSL de fecha 27 de mayo de 2008 el Gobierno Regional le solicita a ALE el levantamiento de observaciones por el pago de servidumbre.
- Mediante Carta 72/2008 de fecha 30 de junio de 2008, ALE presenta documentos originales relativos al pago de servidumbre.
- Según Acta de Inspección y Pruebas de fecha 25 de julio de 2008 suscrita por los representantes de ALE, se determina que aún existen observaciones pendientes de subsanar.
- Mediante Carta N° 0132/2008 de fecha 16.10.2008 ALE hace llegar el expediente técnico de gestión de servidumbre.
- Con Carta N° 258-2008-GR.CAJ/GRI de fecha 18.11.2008 se comunica a ALE que el expediente de gestión de servidumbres está incompleto y sin las formalidades exigidas.

²⁰ Ver Carta N° 306-2007-GR-CAJ-GRI/SDSL e Informe N° 067-2007-GR. CAJ-GRI-SGO-SGSL/CRTO

²¹ Ver Carta N° 192-2007 de ALE Contratistas SRL

²² Ver acta de su propósito obrante en autos.

²³ Se trata de los siguientes documentos: Informe N° 141-2007-GR.CAJ-GRI-SGSL/NOQ del 10.12.2007; Informe N° 107-2007-GR.CAJ/SGS-GCC de fecha 11.12.2007; Carta N° 018-2008-GR.CAJ-JSL/CGC de fecha 08.01.2008; Carta CJ-0085-2008 de fecha 14.01.2008; Informe N° 05-2008-GR.CAJ-GRI-SGSL/GCC de fecha 18.01.2008; Oficio N° 001-2008-GR.CAJ-GRI-SGO/CRO de fecha 23.01.2008; Carta N° CJ-00254-2008 de fecha 28.01.2008; Carta Notarial N° 002-2008-GR.CAJ/GGR de fecha 08.02.2008; Carta N° CJ-00471-2008 de fecha 18.02.2008; Carta N° 157-2008-GR.CAJ-GRI/SGSL de fecha 03.03.2008

54



- Mediante Oficio N° 655-2008-GR.CAJ/GRI la entidad hace conocer a ALE las implicancias del no levantamiento de observaciones.
- Mediante Carta N° 335-2008-GR.CAJ/GRI de fecha 06.01.2009 se requiere a ALE un informe detallado de las acciones para subsanan observaciones y continúe además la gestión de servidumbre.
- Mediante Carta N° 004/2009 de enero de 2009 ALE informa levantamiento de observaciones y solicita verificación y suscripción de Acta de Recepción de obra, proponiendo como fechas el 19, 20, 21 y 22 de dicho mes. Puntualiza que luego de la inspección se entrará a operación experimental.
- Con fecha 23 de enero de 2009 se suscribe el acta de recepción provisional de obra.

5.4. Como se puede ver, las documentales actuadas arrojan que la etapa de recepción de obra duró casi 02 años, pero mi análisis concluye en que esta demora es atribuible a ALE por las siguientes razones:

- a. En su escrito de fecha 30.04.2010 ALE sustenta la pretensión materia de este punto controvertido y señala que la recepción obra se produjo el 23.01.2009 es decir 730 días después de la culminación de la obra por razones que le son completamente ajenas; por ello invoca el artículo 268 numeral 6 del Reglamento y exige el pago de gastos generales.
- b. En el mismo escrito, ALE reconoce que en la etapa de recepción de obra se determinaron observaciones, indicando en principio que las levantó mediante Carta 154/2007 de fecha 24.05.2007; sin embargo, en el punto 10 de los fundamentos de hecho del mismo escrito, reconoce que recién el 20.08.2008 las observaciones fueron levantadas y verificadas por Hidrandina.
- c. Si bien hasta mayo de 2007²⁴ ALE sostiene que existen observaciones contractuales y no contractuales, señalando que éstas últimas no pueden ser levantadas porque son obras adicionales que exceden el 10% del monto del contrato, luego y hasta la recepción de obra en enero de 2009 deja de mencionarlas e inclusive al final todas las observaciones son levantadas, al punto que se recepciona provisionalmente la obra. Estas circunstancias hacen inferir que todas las observaciones determinadas en el acta de fecha 27.04.2007 eran pasibles de ser levantadas sin necesidad de realizar obras adicionales, ya que no existe evidencia que estas se hayan gestionado o ejecutado durante el proceso de recepción de obra.
- d. Está probado que hasta el mes de enero de 2009 (mes en que se realizó la recepción de obra) ALE continuaba realizando gestión de servidumbres, pese a que sin lugar a dudas ésta es una obligación claramente contractual, conforme lo ha reconocido el voto en mayoría.

²⁴ Ver Carta N° 057-ADM/OB de fecha 27.05.2007

JS



- e. En el escrito de fecha 30.04.2010 cuando ALE fundamenta la pretensión contenida en este punto controvertido, no cuestiona la participación de Hidrandina. Tampoco existe este cuestionamiento a nivel de alegatos. De igual modo, no hay cuestionamiento sobre el particular durante los casi 02 años que dura el proceso de recepción de obra. Este hecho hace inferir que la contratista consideraba como normal la participación de Hidrandina en su condición de operador del servicio de energía eléctrica de acuerdo a las normas y usos del sector. Al respecto, si ALE no ha cuestionado formalmente la participación de Hidrandina en el proceso de recepción de obra y dicha participación ni siquiera es un punto controvertido, no cabe realizar ninguna consideración sobre el particular.
- 5.5. Estando a lo anterior y al texto expreso de la norma invocada como respaldo de la pretensión referida en este punto controvertido (artículo 268 numeral 6 del Reglamento): *"Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente Artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora."* Considero pues que la demora se ha debido en parte a causas imputables a la entidad (30 días entre el 25.02.2007 y el 27.03.2007) pero la demora producida entre el 27.03.2007 y el 23.01.2009 y que es la más prolongada se ha debido a causas imputables a la contratista.
- 5.6. Ahora bien, respecto de la demora de 30 días imputables a la entidad, la ley reconoce el derecho de la contratista a que se le reconozca gastos generales debidamente acreditados. Al respecto, el voto en mayoría considera que el pago de estos mayores gastos debe realizarse conforme el artículo 261 del Reglamento y no conforme al artículo 268 de mismo, pero no estoy de acuerdo con tal posición, pues ello implica que los gastos generales ya no tengan que ser acreditados ya que se los calcula a través de una fórmula, lo cual contraviene el texto expreso del citado artículo 268 numeral 6 que incide en que los gastos generales deberán ser acreditados y que justamente es el dispositivo que invoca la contratista como base legal de su derecho a pedir gastos generales. Al respecto hay que tener en cuenta que el artículo 261 sobre el cálculo de mayores gastos generales está dentro del "Sub Capítulo IV Ampliaciones de Plazo" del Reglamento y regula el cálculo de mayores gastos generales generados de pleno derecho por una ampliación de plazo (de allí que no tengan que ser acreditados), pero tal materia (la ampliación de plazo) nada tiene que ver con lo que aquí se debate, por tanto, es una norma impertinente; en cambio el artículo 268 del Reglamento es norma específica en principio porque está dentro del "Sub Capítulo IX Recepción de Obra" (la pretensión que se analiza invoca demora en la recepción de obra) y en este caso la ley sí exige que dichos gastos generales se acrediten.
- 5.7. De acuerdo a lo anterior se concluye lo siguiente: (i) El proceso de recepción de obra ha sufrido retraso; (ii) el retraso producido entre el 25.02.2007 y el 27.03.2007 (30 días) es



imputable a la entidad; (iii) la contratista no ha acreditado los gastos generales por el periodo de retraso imputable a la entidad, por lo que no corresponde ordenar el pago de gastos generales; (iv) la demora producida entre el 27.03.2007 y el 23.01.2009 se ha debido a causas imputables a la contratista. **En atención a lo expuesto y en aplicación del artículo 268 numeral 6 del Reglamento corresponde declarar infundado el sexto y séptimo punto controvertido.**

SEXTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el octavo, noveno y décimo punto controvertido, cuyo texto literal es como sigue:

DEL OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca reconozca los mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2."

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, estos es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2."

"En caso se desestime el punto 5, determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa."

- 6.1. De conformidad con lo fundamentado por ALE en su escrito de fecha 30.04.2010 las pretensiones contenidas en el octavo y noveno punto controvertido tienen la condición de subordinadas en caso se desestimen las pretensiones referidas en el sexto y séptimo punto controvertido. Al respecto ALE solicita el pago de S/. 1'511,202.62 por mayores gastos generales de periodo 24.01.2007 al 12.02.2010 en el entendido que la recepción definitiva no se produjo el 23.01.2009.

En su escrito del 20.04.2010 donde ALE fundamenta estas pretensiones señala que si la recepción definitiva no se produjo el 23.01.2009 (como la contratista sostiene) entonces la demora en la recepción aún continua produciéndose inclusive hasta la fecha en que consideran de corte (12.02.2010), por lo que le corresponde el pago de mayores gastos generales. Agregan que para el cálculo de los mayores gastos generales se ha aplicado la fórmula del artículo 261 del Reglamento, pues considera que estamos frente a una obra en proceso de ejecución y no por paralización, por lo que la acreditación se cumple con la citada fórmula.

- 6.2. Sobre el particular y estando a lo analizado en relación con el sexto y séptimo punto controvertido, me ratifico en que la norma aplicable para calcular mayores gastos por demora en recepción de obra es el artículo 268 numeral 6 y no el artículo 261 ambos del Reglamento, pues los gastos generales que se reclaman provienen de una invocada demora en la recepción de una obra (donde el pago de gastos generales exige acreditación previa) y no de una ampliación de plazo (donde el pago de mayores gastos generales es una consecuencia de derecho que se calcula mediante fórmula). En tal

98



sentido y siendo que respecto del periodo comprendido entre el 24 de enero de 2007 y el 12 de febrero de 2010 la contratista tampoco ha cumplido con acreditar mayores gastos generales, **corresponde declarar infundados el octavo y noveno punto controvertido.**

- 6.3. Mención aparte merece lo indicado por ALE en el sentido que estamos frente a una obra en proceso de ejecución y no por paralización, por lo que la acreditación se cumple con la citada fórmula, ya que este argumento es contradictorio con la razón que también sostiene en autos de que la ejecución de la obra concluyó el 24.01.2007 según anotación en el cuaderno de obra realizada por su residente. Así las cosas no se puede sostener de modo simultáneo que la obra concluyó el 24.01.2007 pero que la misma obra continuaba en proceso de ejecución el 12.02.2010. Se hace notar esta contradicción como evidencia de la debilidad argumental respecto de este punto controvertido que sumada a las demás consideraciones que se indican resultan en la posición asumida por éste árbitro.
- 6.4. En cuanto al décimo punto controvertido ALE sostiene que pese a haber culminado la obra, la entidad sin justificación alguna demoró la recepción beneficiándose indebidamente al negarse a reconocerle los mayores gastos generales, configurándose así un supuesto en enriquecimiento sin causa que justifica que se le cancele S/. 1'014,717.50 por dicho concepto.
- 6.5. Sobre el particular los artículos 1954 y 1955²⁵ del Código Civil regulan la figura del enriquecimiento sin causa y su caracterización jurídica es la siguiente: (i) es una indemnización que debe pagar aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro; (ii) resulta improcedente si existen acciones alternativas para obtener la indemnización.
- 6.6. Según lo analizado en los ítem 5.3. y 5.4. del quinto considerando la demora en la recepción de la obra es imputable principalmente a ALE²⁶, por tanto no puede aceptarse ahora una tesis contraria, esto es que la demora en la recepción de obra se debió a una conducta injustificada de la entidad. Asimismo, se ha dejado establecido que en mi opinión el pago de gastos generales en este caso se rige por el artículo 268 numeral 6 del Reglamento y exige como requisito previo su acreditación, en tal sentido, dado que ALE no los ha acreditado (pues considera equivocadamente que para ello basta el cálculo mediante fórmula que dispone el artículo 261 del Reglamento), no procede el pago de gastos generales y en ello no existe nada indebido o ilegal, sólo la aplicación estricta del artículo 268 de Reglamento.

²⁵ Código Civil

Artículo 1954.- Definición

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

Artículo 1955.- Improcedencia de la acción por existencia de vía alternativa

La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

²⁶ Existe un periodo de 30 días de retraso que sí es imputable a la entidad y ALE habría tenido derecho a que se le reconozcan mayores gastos generales por dicho periodo si los hubiese acreditado.

g



- 6.7. En la misma línea de análisis encontramos que ALE sí ha tenido a disposición acciones alternativas para obtener la indemnización que pretende, específicamente la acción que le reserva el artículo 268 numeral 6 del Reglamento y que la ha planteado como pretensión principal. Así las cosas existe una clara contradicción argumentativa que deriva en la improcedencia de la pretensión materia de análisis de conformidad con el artículo 1955 del Código Civil. En tal sentido, **corresponde declarar infundado el décimo punto controvertido.**

SÉPTIMO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el décimo primer punto controvertido cuyo texto literal es el siguiente:

DEL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. los gastos financieros y mantenimiento de las cartas fianzas."

- 7.1. La contratista sostiene que esta pretensión se justifica por la demora de la entidad en recibir la obra que le ha generado mayor costo financiero por renovación de la carta fianza, por lo que corresponde ordenar que la entidad asuma dicho costo.
- 7.2. Como se puede ver, esta pretensión también está vinculada por la presunta demora injustificada de la entidad en recibir la obra. No obstante, como se ha analizado más arriba el criterio acogido por este árbitro ha determinado que la demora en la recepción de la obra se ha debido principalmente a causas imputables a la contratista, por lo que siendo un hecho propio lo que ha motivado la citada dilación y, por ende, la necesidad de renovar la carta fianza durante todo ese periodo, corresponde que sea la propia contratista quien asuma tales costos financieros, máxime si el artículo 215²⁷ del Reglamento obliga que la garantía de fiel cumplimiento (carta fianza en el caso de autos) debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, es decir, es un deber legal que ALE estaba en condiciones de conocer aún antes de firmar el contrato de obra y, por tanto, arreglar su desempeño en la ejecución de la obra de modo tal que los citados costos financieros no resulten gravosos para sus intereses económicos. **Estando a lo referido corresponde declarar infundado este punto controvertido.**

OCTAVO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el décimo segundo punto controvertido cuyo texto literal es como sigue:

DEL DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010."

²⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

- 8.1. ALE sostiene que la resolución administrativa referida en este punto controvertido es nula por cuanto no ha existido incumplimiento injustificado de la prestación a su cargo, siendo éste el supuesto de hecho que exige el artículo 225 numeral 1²⁸ del Reglamento; además sostiene que la resolución es incongruente porque en una parte señala que no se ha cumplido con la totalidad del saneamiento de la servidumbre, pero en otra parte se indica que falta el saneamiento respecto de algunos propietarios. Agrega que no se le hicieron llegar los informes que sustentan la resolución por lo que se ha vulnerado su derecho de defensa. De otro lado indica que no se ha demostrado que la gestión de servidumbre sea obligación esencial. Finaliza indicando que la culminación de la gestión de servidumbre se tornó imposible por razones ajenas a la contratista y que además el supervisor no participó pese a ser su obligación contractual.
- 8.2. Al ser este un arbitraje de derecho corresponde determinar cuál es la base legal aplicable al punto controvertido que nos ocupa. Sobre el particular, tenemos las siguientes fuentes normativas: (i) la Ley N° 27444 cuyo artículo 10 establece las causales de nulidad del acto administrativo; (ii) D.S. 083-2004-PCM cuyo artículo 41 literal c) señala la obligatoriedad de la cláusula de resolución contractual en la contratación estatal; y (iii) D.S. N° 084-2004-PCM cuyo artículo 225 establece las causales de resolución contractual.
- 8.3. Como se podrá observar las causales de nulidad de un acto administrativo según la Ley N° 27444 son diferentes a las causales de resolución contractual planteadas por la Ley y el Reglamento, lo cual además resulta entendible en tanto la nulidad no es otra cosa que el castigo jurídico respecto de un acto administrativo que no cuenta con los requisitos necesarios para ser válido, mientras las causales de resolución contractual son supuestos de hecho previstos en la Ley y en el Reglamento que cuando se verifican en la realidad con posterioridad a la celebración de un contrato válido, tienen como consecuencia dejarlo sin efecto.
- 8.4. En autos ALE solicita que se declare la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010 por la que se resolvió el contrato, pero fundamenta su nulidad es la supuesta inexistencia del motivo invocado para la resolución contractual (incumplimiento injustificado), lo cual no constituye una causal de nulidad de conformidad con el artículo 10²⁹ de la Ley N° 27444. En todo caso si se

²⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 225.- Causales de resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

²⁹ Ley N° 27444

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

Q



sostiene que la razón o motivo que se invoca para resolver un contrato no existe, entonces habría que alegar la improcedencia de la resolución contractual, pero no la nulidad de la resolución administrativa. Tenemos pues que se ha solicitado la nulidad de un acto administrativo pero la nulidicente no ha invocado ninguna de las causales previstas en el artículo 10 de la Ley N° 27444. Este es un defecto formal que podría determinar la declaración directa de improcedencia de esta pretensión, no obstante ejerciendo una labor hermenéutica y con el solo fin de no dejar sin pronunciamiento el fondo de la pretensión se analizará si la resolución contractual cumplió o no los parámetros establecidos por el ya referido artículo 225 del Reglamento, haciendo hincapié en las discrepancias con el voto en mayoría.

- 8.5. El voto en mayoría señala que las documentales aportadas por las partes demuestran que ALE ha venido cumpliendo con la gestión de servidumbre, pero que la participación del Supervisor ha sido pobre. Mi opinión no es coincidente pues de conformidad con los términos contractuales no se puede responsabilizar al supervisor del incumplimiento de esta prestación por parte de la contratista. En efecto, de acuerdo con el pacto contractual la participación del supervisor respecto de la gestión de servidumbres fue para el "trámite de la valorización y su pago"³⁰, por lo que no se puede justificar la falta de cumplimiento de este deber esencial en la falta de colaboración del supervisor, pues el papel de éste según la cláusula 16.1.15 del contrato es complementario y limitado al reembolso de los costos incurridos por la contratista una vez que la gestión ha sido realizada.
- 8.6. El voto en mayoría indica asimismo que la gestión de la servidumbre no se completó porque no se pudo identificar a los verdaderos propietarios de los territorios donde ésta debía gestionarse, circunstancia que al ser un hecho ajeno a ALE no le genera responsabilidad. Tampoco compartimos este parecer y al respecto cabe traer a colación la Carta N° 87-2009 de fecha 19.06.2009 que obra en autos en la que ALE señala que en efecto sigue desplegando esfuerzos en culminar la gestión de servidumbres, pero agrega que este hecho constituye causa de fuerza mayor que le impide cumplir con esta prestación. Mi opinión es que esta posición es contradictoria y por lo tanto no atendible, pues por un lado indica que sigue desplegando esfuerzos para el logro del objetivo, es decir, considera que éste es posible, pero a la vez indica que su consecución es imposible, por ello considero que esta clara contradicción es ajena a cualquier justificación válida que pudiera invocarse en relación con el incumplimiento que dio lugar a la resolución del contrato.
- 8.7. De otro lado, se entiende que la gestión de servidumbres al ser una obligación contractual esencial debió culminarse en dentro del plazo contractual, es decir que debió concluirse el

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

³⁰ Ver cláusula 16.1.15 del contrato de obra.



24.01.2007, sin embargo en su Carta N° 87-2009 del 19.06.2009, después de más de 02 años de haberse culminado la obra, ALE invoca una situación de fuerza mayor que le impide cumplir la citada obligación. Este hecho revela falta de diligencia en el cumplimiento de su prestación, pues si bien puede haberse presentado dificultades inclusive de naturaleza insuperable para gestionar las servidumbres, la contratista debió proceder oportunamente conforme a las normas de contratación del Estado que prevén este tipo de casos. En efecto, el artículo 42³¹ de la Ley y el artículo 232 numeral 4³² del Reglamento señalan que ante circunstancias de fuerza mayor el contratista debe solicitar ampliación de plazo cumpliendo el procedimiento previsto en la norma, pero ALE nunca procedió de tal modo, y más bien de forma extemporánea, 29 meses después de la culminación de obra, señala que la prestación es imposible por causa de fuerza mayor.

- 8.8. Está acreditado pues que mediante Carta Notarial 41-2009 de fecha 12.06.2009 la entidad requirió a la contratista el cumplimiento de su obligación contractual de gestión de servidumbres. Asimismo, la Carta N° 087/2009 de fecha 19.06.2009 contiene razones que no justifican el incumplimiento por los términos contradictorios que contiene y además porque los hechos que invoca no recibieron el oportuno tratamiento conforme a la normativa de contrataciones del Estado; se agrega que ambas partes han reconocido que en el plazo concedido por el requerimiento notarial de cumplimiento (15 días calendario), no se culminó la gestión de servidumbres. En suma, la resolución contractual cumplió con los parámetros normativos establecidos por el artículo 225 numeral 1 del Reglamento.
- 8.9. En conclusión, considero que no se ha acreditado que la resolución contractual efectuada mediante Resolución N° 106-2010-GR-CAJ/P contravenga el artículo 225 numeral 1 del Reglamento, todo lo contrario, mi opinión es que en efecto el incumplimiento en que incurrió la contratista ha sido injustificado por las razones ya expuestas, **por tal motivo este punto controvertido debe ser declarado infundado.**

NOVENO CONSIDERANDO.- en este considerando se analizará el décimo tercer punto controvertido cuyo contenido es el siguiente:

DEL DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 270,968.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrega del Adelanto Directo."

³¹ TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 083-2004-PCM
Artículo 42.- Adicionales, reducciones y ampliaciones.-

(...)

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual.

³² Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 083-2004-PCM

Artículo 232.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:

(...)

- 4) Por caso fortuito o fuerza mayor.

[Handwritten signature]



Este punto controvertido está vinculado directamente con el quinto punto controvertido y conforme lo expresado respecto de éste en el cuarto considerando a cuyo texto me remito en su integridad, reitero que el pago de resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios por demora en el pago del adelanto directo (inejecución de obligaciones) está supeditado a que quien invoca el daño (en este caso la contratista), acredite la existencia de éste conforme así lo ordena el artículo 1331 del Código Civil, además del resto de elementos de la responsabilidad civil como la antijuricidad, el nexo causal y el factor de atribución. En tal sentido, ya que ALE no ha acreditado el daño ni el resto de elementos, no corresponde amparar su pretensión indemnizatoria y, por ende, **este punto controvertido deberá ser declarado infundado.**

DÉCIMO CONSIDERANDO.- Este considerando está referido al décimo cuarto punto controvertido cuyo tenor es como sigue:

DEL DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 69,441.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 02 por 53 días calendario."

Sobre el particular este árbitro concuerta con lo expresado y resuelto por el voto en mayoría y que declara **infundado este punto controvertido**, precisando que el acto administrativo que aprobó la ampliación de plazo N° 02 fue la Resolución N° 065-2006-GR-CAJ/GGR de fecha 06.11.2006.

DÉCIMO PRIMER CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el décimo quinto punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

DEL DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas S.R.L. la suma de S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 03 por 43 días calendario."

- 11.1. Este punto controvertido relativo la Ampliación de Plazo N° 03 por 43 días contiene la siguiente controversia: ALE sostiene que esta ampliación de plazo fue aprobada por silencio administrativo de conformidad con la Carta N° 058-2007-GR.CAJ.GRI/SGSL de fecha 07.02.2007; por su parte el Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que la solicitud de ampliación de plazo es ineficaz por cuanto fue presentada por el residente de obra que no tiene facultades para ello y agrega que el Subgerente de Supervisión y Liquidaciones quien suscribe la Carta N° 058-2007-GR.CAJ.GRI/SGSL no tiene competencia para aprobar ampliaciones de plazo, pues esta materia compete al Gerente Regional y la aprueba mediante resolución, conforme sucedió con la Ampliación de Plazo N° 02.
- 11.2. Respecto a esta controversia considero que resulta esencial determinar si el residente de obra es el sujeto autorizado para solicitar una ampliación de plazo, pues ambas partes coinciden que la ampliación de plazo N° 03 fue solicitada mediante Carta 034-ADM/OB de

91



fecha 09.12.2006 por el Residente de Obra Ing. Julio Alarcón Cáceres, pero en lo que no coinciden es en las facultades de éste para el efecto, pues mientras ALE indica que sí existen facultades sobre el particular al punto que afirma que dicha solicitud fue consentida por la entidad al no haberle dado contestación, el Gobierno Regional de Cajamarca sostiene que no la contestó porque el residente no tenía ninguna facultad para presentar la solicitud de ampliación de plazo.

- 11.3. Para dilucidar este tema se transcribe el artículo 259 del Reglamento que regula el procedimiento de ampliaciones de plazo:

Artículo 259.- Procedimiento

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El análisis del dispositivo arroja que si bien es el residente quien anota en el cuaderno de obra la ocurrencia que amerita la ampliación de plazo, debe ser el contratista o su representante legal el que formalmente solicita, cuantifica y sustenta la solicitud de ampliación de plazo. Se tiene pues que las facultades que la ley otorga al residente respecto de la ampliación de plazo se limitan a la anotación de la ocurrencia en el cuaderno de obra, pero no lo faculta para formalizar la solicitud. Al respecto podemos reiterar lo que se dijo en su momento sobre las facultades del supervisor para recibir la liquidación de obra³³ en el sentido de que en Derecho Administrativo el sujeto sólo puede realizar los actos que la ley le autoriza y, como queda visto, el residente de obra no está facultado para formalizar ante la entidad una solicitud de ampliación de plazo, ergo, cualquier pedido que sobre el particular realice formalmente resulta ineficaz.

- 11.4. Asimismo, no se debe perder de vista que la ampliación de plazo es en esencia una modificación del contrato, pues este tiene un plazo pactado al momento de ser suscrito y si bien puede ser ampliado cuando existen circunstancias justificantes, ello exige la participación directa del contratista o su representante legal, así se ve del artículo 259 ya glosado, lo que a su vez es corroborado por el artículo 242³⁴ del Reglamento cuyo tercer párrafo prohíbe expresamente al residente pactar modificaciones al contrato.

³³ Ver segundo considerando, ítem 2.6 y 2.7 de este voto.

³⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 242.- Residente de obra

En toda obra se contará de modo permanente y directo con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la Entidad, como residente de la obra, el cual podrá ser ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, con no menos de un (1) año de ejercicio profesional.

99



- 11.5. Por estas razones, la Ampliación de Plazo N° 03 es un procedimiento que nació muerto ya que su acto inicial, la solicitud, fue realizado por quien no tenía facultades para ello y si esto es así, mal se puede señalar que dicha solicitud asumió el estatus de consentida y, peor aún, que debe ordenarse su pago. **En suma, este punto controvertido debe ser declarado infundado.**

DÉCIMO SEGUNDO CONSIDERANDO.- Este está referido al décimo sexto punto controvertido cuyo texto literal es como sigue:

DEL DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:
"Determinar si corresponde o no declarar la validez y el consentimiento de la resolución del Contrato efectuada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010."

- 12.1. Como se puede ver del octavo considerando a cuyo texto me remito en su integridad, he considerado que corresponde desestimar la nulidad de la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09.03.2010, por tanto, en mi opinión ésta mantiene plena validez jurídica y eficacia. Partiendo de ésta premisa y en atención al punto controvertido que nos ocupa en esta parte, corresponde analizar si un acto de resolución contractual efectuado por ALE en fecha posterior a la resolución efectuada por la entidad, esto es la resolución contractual comunicada mediante Carta N° 050/2010 de fecha 12.03.2010 tiene validez legal y además si tiene el estatus de consentida.
- 12.2. De conformidad con el artículo 41 literal c)³⁵ de la Ley a partir de la recepción de la comunicación notarial que hace conocer la resolución del contrato éste queda resuelto de pleno derecho, es decir queda sin efecto, decayendo a partir de ese momento el vínculo jurídico entre las partes. Si bien la resolución del contrato realizada por la entidad fue sometida a arbitraje, la decisión que ha adoptado este voto en discordia ha ratificado su

Las Bases pueden establecer calificaciones y experiencias adicionales que deberá cumplir el residente, en función de la naturaleza de la obra.

Por su sola designación, el residente representa al contratista para los efectos ordinarios de la obra, **no estando facultado a pactar modificaciones al contrato.**

La sustitución del residente sólo procederá previa autorización escrita del funcionario de la Entidad que cuente con facultades suficientes para ello, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de presentada la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que la Entidad emita pronunciamiento se considerará aprobada la sustitución. El reemplazante deberá reunir calificaciones profesionales similares o superiores a las del profesional reemplazado.

³⁵ **Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 083-2004-PCM**

Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos.- Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

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

(Handwritten signature)



validez y vigencia, en tal sentido, debe entenderse que el contrato de obra ha quedado sin efecto desde el 11.03.2010, fecha en que se notificó la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P a la contratista, ello en virtud del artículo glosado al inicio de éste párrafo. Así las cosas, cualquier imputación posterior del contratista de resolver el contrato de obra por una causal distinta a la acogida en esta decisión, simplemente no tiene validez ni efecto legal, pues un contrato ya resuelto válidamente, no puede ser resuelto nuevamente de modo válido, ello es formalmente inviable.

- 12.3. Lo señalado en el punto anterior es coherente con lo que establece el artículo 1372³⁶ del Código Civil pues si bien la resolución contractual puede invocarse judicial o extrajudicialmente, los efectos de la sentencia (o laudo) que la declara se retrotraen al momento en que se produjo la causa que la motivó. Si éste presupuesto legal se aplica al caso concreto se ratifica que de conformidad con lo expuesto en este voto en discordia a partir del 11.03.2010 el contrato de autos quedó resuelto, por lo que la resolución contractual intentada por ALE mediante Carta N° 050/2010 de fecha 12.03.2010 resulta inválida e ineficaz; en tal sentido, **corresponde declarar infundado el punto controvertido a que se contrae este considerando.**

DÉCIMO TERCER CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el décimo séptimo punto controvertido, cuyo texto literal es el siguiente:

DEL DÉCIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que fuera solicitada mediante Carta N° 034-ADM/OB."

- 13.1. En el décimo primer considerando se ha explicado ampliamente las razones de éste árbitro que sustentan su convicción de que la Ampliación de Plazo N° 03 solicitada por el residente de obra mediante Carta N° 034-ADM/OB constituye un procedimiento nulo desde su inicio al haber sido promovido por un sujeto (el residente de obra) que carecía de facultades sobre el particular, lo que determinó que el décimo quinto punto controvertido sea declarado infundado. En este orden de ideas y siendo que el punto controvertido que nos ocupa está referido a que se declare nula y/o ineficaz la misma solicitud de ampliación de plazo analizada en el décimo quinto punto controvertido, me remito a las razones expuestas en el décimo primer considerando y **concluyo en que corresponde declarar fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.**

DÉCIMO CUARTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el décimo octavo punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

³⁶ Código Civil

Artículo 1372.- Declaración y efectos de la rescisión y de la resolución.-

(...)

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva.

Handwritten signature



DEL DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Liquidación del Contrato presentada por la Supervisión de Obra mediante Carta RCH-007-09."

- 14.1. Respecto de este punto controvertido cabe precisar en principio que la liquidación que alude no es otra que la referida en el tercer y cuarto punto controvertido a los cuales me he referido en el tercer considerando de este voto en discordia, pues la liquidación que presentó ALE a la supervisión mediante Carta N° 46/2009 de fecha 15.04.2009, fue a su vez presentada por la supervisión a la entidad mediante Carta RCH-007-09 de fecha 21.04.2009, por lo que en realidad estamos frente al mismo procedimiento que, reitero, ya ha sido analizado en el segundo y tercer considerando del presente voto.
- 14.2. Ahora bien, al analizar el primer, segundo, tercer y cuarto punto controvertido ya he explicado las razones que determinan en mi opinión que la liquidación presentada por ALE el 13 y 15 de abril de 2009 es improcedente y a su texto íntegro me remito, principalmente debido a que se presentó de modo prematuro y además ante sujeto incompetente. En este sentido y en armonía con lo ya expresado, **corresponde declarar fundada la pretensión contenida en este punto controvertido.**

DÉCIMO QUINTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el décimo noveno punto controvertido, cuyo texto literal es el siguiente:

DEL DÉCIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar consentida y/o válida y eficaz la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 9 de marzo de 2010 mediante la cual se resolvió el Contrato."

De conformidad con lo expresado en el octavo considerando de este voto en relación con el décimo segundo punto controvertido, **la pretensión contenida en este punto controvertido debe ser declarada fundada**, precisando que la citada resolución administrativa no tiene la condición de consentida pues ha sido impugnada en la vía arbitral, pero sí se ha demostrado su validez jurídica y su eficacia.

DÉCIMO SEXTO CONSIDERANDO.- En este considerando analizaremos el vigésimo, vigésimo primer y vigésimo segundo punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

DEL VIGÉSIMO, VIGÉSIMO PRIMER Y VIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

En caso se declare fundado el décimo noveno punto controvertido:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405,034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de fiel cumplimiento."

"Determinar si corresponde o no declarar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 361,291.00, como parte de pago del fiel cumplimiento."

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 14,330.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de gastos notariales de constatación física de inventario."

- 16.1. Las pretensiones contenidas en los puntos controvertidos que nos ocupan tienen la condición de accesorias a la pretensión referida en el décimo noveno punto controvertido, por lo que en principio deben seguir la suerte de éste que ha sido declarado fundado. No obstante, corresponde analizarlas individualmente para verificar que esto debe ser así.
- 16.2. Desde la perspectiva legal el artículo 221³⁷ del Reglamento reconoce que la garantía de fiel cumplimiento puede ejecutarse una vez que ha quedado consentida la resolución del contrato por causa imputable al contratista o cuando un laudo arbitral ha reconocido la procedencia de la resolución contractual, supuesto que se verifica según la posición asumida por el presente voto. De igual modo, el artículo 227³⁸ del Reglamento autoriza que luego de la resolución se ejecute la garantía sin perjuicio de la indemnización de daños que pudiera corresponder. Estando a este respaldo normativo **corresponde declarar fundados el vigésimo y vigésimo primer punto controvertido.**
- 16.3. En lo que respecta al vigésimo segundo punto controvertido si bien el reembolso de los gastos notariales es un derecho que concede a la entidad el artículo 267³⁹ el principio de carga de la prueba ordena que quien alega un hecho tiene la obligación de probarlo, sin embargo respecto de los gastos notariales que la entidad alega haber realizado por la suma de S/. 14,330.00, no ha incorporado a los autos ninguna prueba idónea que permita asumir convicción de que dichos gastos en efecto se han realizado, como podría haber sido el comprobante de pago emitido por el notario público contratado para el efecto. En este contexto al no haber sido probada esta pretensión **corresponde declarar infundado el vigésimo segundo punto controvertido.**

DÉCIMO SÉPTIMO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el vigésimo tercer punto controvertido cuyo texto literal es el siguiente:

³⁷ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 221.- Ejecución de Garantías

Las garantías sólo se ejecutarán en los siguientes casos:

2) La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

³⁸ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 227.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

³⁹ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

02



DEL VIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405, 034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010- por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación."

- 17.1. Al referirme en el quinto considerando al sexto y séptimo punto controvertido se ha expresado la posición asumida por este árbitro en el sentido de que la demora en la recepción de la obra se ha debido a causas atribuibles a la contratista, siendo uno de los aspectos relevantes el incumplimiento de la gestión de servidumbre que inclusive derivó luego en la resolución del contrato por causa imputable a la contratista.
- 17.2. En este contexto fáctico se debe tener en cuenta que los artículos 222 y 268⁴⁰ del Reglamento señalan que los retrasos injustificados en la ejecución de las prestaciones o en la subsanación de observaciones determinan la aplicación de penalidades hasta el tope del 10% del monto contractual, la misma que se cobrará de la ejecución de la garantía del fiel cumplimiento. En tal medida, existiendo no sólo un sustento fáctico sino jurídico para la aplicación de la penalidad hasta su monto máximo, **corresponde declarar fundado este punto controvertido.**

DÉCIMO OCTAVO CONSIDERANDO.- En este punto controvertido se analizará el vigésimo cuarto punto controvertido cuyo texto literal es el siguiente:

DEL VIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 234,741.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato y/o daño emergente."

- 18.1. La entidad respalda fácticamente esta pretensión en comprobantes de pago y en reportes financieros del Sistema Integrado de Administración Financiera SIAF; asimismo, desde el punto de vista legal invoca el artículo 227 del Reglamento y el artículo 1321 del Código

⁴⁰ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta.

Artículo 268.- Recepción de la obra y plazos

4. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente Artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

OH



Civil, siendo que ambos dispositivos nos remiten al derecho que tiene la entidad de exigir una indemnización de daños si se produce una resolución contractual por causas atribuibles a la entidad.

- 18.2. Estando en un contexto de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones reitero lo señalado al respecto en los ítem 4.2 a 4.5 del cuarto considerando de este voto en discordia en el sentido de que una pretensión de esta naturaleza debe estar no sólo fundamentada sino probada, sin embargo la entidad no ha justificado la existencia de los elementos de la responsabilidad civil y menos aún ha probado su existencia pues las pruebas aportadas como el reporte SIAF no vinculan los presuntos gastos administrativos con el incumplimiento de ALE. Así las cosas, luego de revisar los autos no se encuentran pruebas fehacientes que generen convicción sobre la pretensión contenida en este punto controvertido, por lo que **corresponde declararlo infundado**.

DÉCIMO NOVENO CONSIDERANDO.- en este considerando se analizará el vigésimo quinto punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

DEL VIGÉSIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,385.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra."

Respecto de este punto controvertido expreso mi **conformidad** con lo expresado y resuelto por el **voto en mayoría** que declara **fundada en parte** la pretensión que ordena que ALE pague a favor de la entidad la suma de **S/. 971.83 por concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra**.

VIGÉSIMO CONSIDERANDO.- En este considerando se abordará el análisis del vigésimo sexto punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

DEL VIGÉSIMO SÉXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 35, 639.94, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007, que corresponde al atraso en la finalización de la obra."

Este punto controvertido guarda estrecha relación con lo referido por este árbitro en el décimo primer considerando en el cual se concluyó que la solicitud de ampliación de plazo N° 03 es improcedente. Invocando el artículo 249⁴¹ del Reglamento la entidad solicita el reembolso de los

⁴¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 084-2004-PCM

Artículo 249.- Obligaciones del Contratista de obra en caso de atraso en la finalización la obra

En caso de atraso en la finalización de la obra por causas imputables al Contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de la inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el



mayores servicios de supervisión, lo cual es coherente con lo analizado en el décimo considerando, pues ya que se ha declarado improcedente la ampliación de plazo N° 03 existe un evidente retraso de en la culminación de la obra por responsabilidad directa de la contratista, por tanto, **corresponde declarar fundada la pretensión relativa a este punto controvertido.**

VIGÉSIMO PRIMER CONSIDERANDO.- en esta parte analizaremos el vigésimo séptimo y vigésimo octavo punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

DEL VIGÉSIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. ejecutó la obra con la existencia de vicios ocultos."

VIGÉSIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,181.74, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención -30 de abril de 2010-, por concepto de vicios ocultos en el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca y la reposición del mismo y/o daño y perjuicio."

- 21.1. Respecto de estos puntos controvertidos cabe precisar primero que si bien el artículo 51⁴² de la Ley y el artículo 270⁴³ del Reglamento establecen la responsabilidad del contratista por los vicios ocultos en la ejecución de una obra, no proporcionan mayores luces sobre su concepto y contenido. Considero que para emitir pronunciamiento sobre el este punto controvertido es preciso tener en claro qué se entiende por vicios ocultos y una noción al respecto nos alcanza Jorge Donayre Ordinola en su artículo denominado "Los vicios ocultos y el arbitraje en la ejecución contractual de obras públicas"⁴⁴ donde cita al doctor Daniel Enrique Botlow y glosa *"El vicio se traduce en un error, que puede ser intelectual cuando se presenta en el proyecto de una obra, o material cuando se expresa a través de un defecto constructivo o de la errónea utilización de un material, (...) recibida la obra, el empresario quedará libre por los vicios aparentes, pero este principio no rige cuando la diferencia no pueda ser advertida al momento de la entrega o los vicios eran ocultos"*.

Contratista del contrato de ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados, lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación de la obra.

⁴² **Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – D.S. N° 083-2004-PCM**

Artículo 51.- Responsabilidad del contratista.-

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los **vicios ocultos** de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles o que por su naturaleza no puedan adecuarse a este plazo.

En el caso de obras el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete años.

⁴³ **Artículo 270.- Efectos de la liquidación**

Luego de haber quedado aprobada o consentida la liquidación culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o **vicios ocultos**, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso.

⁴⁴ <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=80> Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación

Handwritten signature



- 21.2. Explicado lo anterior se observa que la entidad alega la existencia de vicios ocultos en la ejecución de la obra materia de arbitraje y precisando que el vicio oculto concreto consistiría en determinados desperfectos en el transformador ubicado en Agua Blanca que habrían condicionado su reemplazo a costo de la entidad por la suma de S/. 7,181.74. Para acreditar esta pretensión ha presentado documentos como las Cartas CJ-3335-2008, 033-2010-GR.CAJ-CPE/JSG, 033-2010-GR.CAJ/GRI-SGSL-MGD y valoriza la cuantía en una estructura de costos de su propia elaboración.
- 21.3. Revisados los fundamentos de la pretensión y su respaldo documental se concluye que no son suficientes para acreditar la existencia de vicios ocultos, puesto que los desperfectos aludidos en el transformador podrían haberse originado en causas distintas a una deficiente ejecución de la obra por parte de la contratista. En todo caso, más allá de las cartas referidas en el punto anterior no existe un informe técnico o una pericia que vincule los defectos del transformador con una mala ejecución imputable a ALE, en tal medida, **corresponde declarar infundado ambos puntos controvertidos.**

VIGÉSIMO SEGUNDO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el vigésimo noveno punto controvertido cuyo texto literal es como sigue:

DEL VIGÉSIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno regional de Cajamarca la suma de S/. 27, 364.75, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de daños y perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones del Contratista en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial."

- 22.1. En principio coincido con el voto en mayoría en el sentido que corresponde declarar infundada la pretensión contenida en este punto controvertido, sin embargo mis razones están orientadas a lo siguiente: como se ha sostenido en los ítem 4.2, 4.3, 4.4 y 4.5 del cuarto considerando considero que si se pretende exigir una indemnización de daños derivada de inejecución de obligaciones es preciso fundamentar y acreditar fehacientemente los 04 elementos de la responsabilidad civil: (i) la conducta antijurídica, (ii) el daño, (iii) el nexo causal y (iv) el factor de atribución; de lo contrario no es factible atender una pretensión de tal naturaleza.
- 21.1. En lo que respecta a esta pretensión la entidad ha señalado que existen gastos principalmente de honorarios profesionales que ascienden a S/. 27,364.75 y que reflejarían un daño económico generado por la demora de ALE en subsanar las observaciones. No obstante los comprobantes de pago adjuntados son insuficientes para generar convicción de la existencia del daño económico pues no existe evidencia de su vinculación. En el caso de los otros tres elementos: la conducta antijurídica, el nexo causal y el factor de atribución, ni siquiera han sido fundamentados por lo que no existe base suficiente para pronunciarse favorablemente respecto de este punto controvertido y **corresponde declararlo infundado.**

CS



VIGÉSIMO TERCER CONSIDERANDO.- Este considerando está referido al trigésimo punto controvertido cuyo texto es el siguiente:

DEL TRIGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 1'281,051.29, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción - 30 de abril de 2010-, por concepto de saldo de la Liquidación del Contrato de ejecución de obra."

- 23.1. En el tercer considerando se ha analizado el tercer y cuarto punto controvertido relativos al consentimiento y pago de la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009, habiéndose concluido en que ambas pretensiones deben ser declaradas infundadas.
- 23.2. Estando a lo anterior se tiene que la liquidación planteada por ALE no tiene ningún valor ni efecto legal, en tal sentido se observa que en autos sólo existe una liquidación de obra válida y vigente – la presentada por la entidad – y corresponde emitir pronunciamiento sobre ella. Al respecto cabe señalar que al momento de absolver el traslado de esta pretensión así como en sus alegatos la contratista se ha limitado a señalar que esta liquidación es improcedente por cuanto la suya ha quedado consentida, en tal sentido por parte de ALE no existe ningún cuestionamiento de fondo respecto de los rubros liquidados.
- 23.3. Revisada la liquidación presentada por la entidad se tiene que el costo total de la obra ejecutada (monto recalculado) es de S/. 3'965,030.32, habiéndose pagado a la contratista la suma de S/. 4'084,368.38 lo que genera un saldo a favor de la entidad por la suma de S/. 119,338.07. Este cálculo no ha sido cuestionado por ALE por lo que al no existir controversia sobre el particular le corresponde un pronunciamiento favorable.
- 23.4. De otro lado, también se observa en la liquidación se ha incorporado la penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación por S/. 405,034.93, pretensión que ha sido amparada según se ve del décimo séptimo considerando del presente voto. En tal medida y dado que ALE tampoco ha cuestionado el cálculo de esta penalidad también le corresponde un pronunciamiento favorable.
- 23.5. En la liquidación también se ha incorporado la ejecución de garantía de fiel cumplimiento por la suma de S/. 405,034.93, pretensión que ha sido amparada en el décimo sexto considerando de este voto. En tal medida y dado que ALE tampoco ha cuestionado el cálculo de esta ejecución de garantía de fiel cumplimiento también le corresponde un pronunciamiento favorable. Se precisa que al haberse amparado el vigésimo primer punto controvertido sobre ejecución de la garantía por la suma de S/. 361,291.00, si ésta en efecto se ejecuta sólo restará S/. 43,743.93 para ser cobrados respecto de este rubro.

[Handwritten signature]



- 23.6. En el punto 13 de la liquidación se observa que el rubro "OTROS" donde existe conceptos que son pretensiones materia de pronunciamiento en este voto, siendo que algunos de ellos han sido amparados pero otros no, así tenemos:

Materia	Pronunciamiento	Monto en soles
Deducción de servicios no prestados por residente	Fundado en parte	971.83
Mayores gastos de supervisión (42 días)	Fundado	35,639.94
Mayores Gastos administrativos por demora en subsanación de observaciones	Infundado	0.00
Gastos notariales de constatación física	Infundado	0.00
Gastos de asesoría jurídica en arbitraje	Pretensión desistida	0.00
Reposición de transformador Agua Blanca	Infundado	0.00
Daños y perjuicios por incumplimiento de subsanación de observaciones	Infundado	0.00
Total		36,611.77

- 23.7. En resumen, según lo referido en los puntos precedentes, la liquidación de obra que se deberá aprobar es como sigue:

Concepto	Monto soles
Saldo por costo total de la obra ejecutada	119,338.07
Penalidad por mora en la ejecución de la prestación	405,034.93
Ejecución de garantía por fiel cumplimiento	405,034.93
Otros	36,611.77
TOTAL	966,019.70

En tal sentido, deberá ordenarse que ALE cancele a la entidad S/. 966,019.70 por concepto de liquidación final de obra, por lo que **corresponde declarar fundada en parte la pretensión referida en este punto controvertido.**

[Handwritten signature]



VIGÉSIMO CUARTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo primer punto controvertido cuyo texto es el siguiente

DEL TRIGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar nulas y/o ineficaces las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, mediante las cuales se solicita el pago de gastos por demora en la recepción de obra."

En armonía con lo pronunciado en el quinto considerando respecto al sexto y séptimo punto controvertido y a cuyo texto íntegro me remito, **corresponde amparar la pretensión contenida en este punto controvertido**, pues éste árbitro tiene convicción de que las cartas en cuestión son ineficaces en la medida que la demora en la recepción de obra es atribuible a la contratista.

VIGÉSIMO QUINTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo segundo punto controvertido cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral disponga que los gastos arbitrales sean asumidos mediante liquidaciones separadas."

Respecto de este punto controvertido expreso conformidad con lo fundamentado y resuelto por el voto en mayoría en el sentido de **declarar infundada la pretensión**.

VIGÉSIMO SEXTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo tercer punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar improcedentes la primera pretensión principal y la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal del demandante, por estar incluidas en la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal y a la pretensión accesoria a la primera pretensión subordinada, correspondiente a la primera acumulación."

Considerando que en este voto se ha emitido pronunciamiento respecto de cada una de las pretensiones referidas en este punto controvertido, **corresponde declarar que la entidad se esté a lo resuelto respecto de cada una de ellas**.

VIGÉSIMO SÉPTIMO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo cuarto punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la recepción de la obra comprende la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y recepción definitiva."

De conformidad con lo expresado en el segundo considerando al analizar el primer y segundo punto controvertido y a cuyo texto me remito en toda su integridad, **corresponde declarar fundada la pretensión contenida en este punto controvertido**.

Handwritten signature



VIGÉSIMO OCTAVO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo quinto y trigésimo sexto punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO QUINTO Y TRIGÉSIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el trámite de constitución de derecho de servidumbre es una obligación contractual esencial de ALE Contratistas S.R.L., la cual debió ejecutarse dentro del plazo contractual de ejecución."

"Determinar si corresponde o no declarar que ALE Contratistas S.R.L. pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca el 10% del monto del Contrato, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvención – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre."

- 28.1. Respecto del trigésimo quinto punto controvertido y con los fundamentos del voto en mayoría considero que **esta pretensión debe declararse fundada pero no sólo en parte sino en su integridad**, pues soy de la opinión que no son atendibles las razones esgrimidas por ALE para justificar el incumplimiento de la gestión de servidumbre conforme se ha explicado en los ítem 8.5. a 8.8. del octavo considerando del presente voto a cuyo texto íntegro me remito, por tanto la gestión de servidumbres no sólo constituye una obligación contractual esencial a cargo de ALE, sino que ésta debió ejecutarse y culminarse dentro del plazo contractual.
- 28.2. Respecto del trigésimo sexto punto controvertido que refiere al pago del 10% del monto del contrato por penalidad máxima por mora en la ejecución de la gestión de servidumbre, considero que al haberse amparado la imposición de penalidad máxima en el décimo primer sexto considerando (vigésimo tercer punto controvertido) por mora en la ejecución de prestación, corresponde **declarar improcedente la imposición de una nueva penalidad**, al haberse determinado ya la máxima.

VIGÉSIMO NOVENO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo séptimo punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de marzo de 2010, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones."

Respecto de este punto controvertido expreso conformidad con lo fundamentado y resuelto por el voto en mayoría en el sentido de **declarar infundada esta pretensión**.

TRIGÉSIMO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo octavo punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar nulo y/o ineficaz el escrito N° 8 presentado por ALE Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, mediante el cual solicita la acumulación de una nueva pretensión – referida a la resolución del Contrato-."

Respecto de este punto controvertido expreso conformidad con lo fundamentado y resuelto por el voto en mayoría en el sentido de **declarar infundada la pretensión**.

TRIGÉSIMO PRIMER CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el trigésimo noveno punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL TRIGÉSIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral rechace de plano las pretensiones de la demanda arbitral inicial y las pretensiones de la primera y tercera demanda de acumulación de pretensiones presentada por ALE Contratistas S.R.L."

Considerando que en este voto se ha emitido pronunciamiento respecto de cada una de las pretensiones referidas en este punto controvertido, corresponde declarar que la entidad **se esté a lo resuelto** respecto de cada una de ellas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el cuadragésimo punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL CUADRAGÉSIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no; que en caso de declararse infundada la primera pretensión principal de la reconvención a la tercera acumulación del demandante, que el Tribunal Arbitral rechace de plano la primera, segunda y tercera pretensión de la presente demanda de acumulación de pretensiones."

Considerando que en este voto se ha emitido pronunciamiento respecto de cada una de las pretensiones referidas en este punto controvertido, corresponde declarar que la entidad **se esté a lo resuelto** respecto de cada una de ellas.

TRIGÉSIMO TERCER CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el cuadragésimo primer punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL CUADRAGÉSIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no, que el Tribunal Arbitral declare nula de pleno derecho la Carta N° 067/2010, la Carta N° 094/2010, la Carta N° 0104/2010 y la Carta N° 0106/2010 dirigidas al Gobierno Regional de Cajamarca al haberse presentado en un domicilio legal distinto al señalado en el Contrato."

Respecto de este punto controvertido expreso conformidad con lo fundamentado y resuelto por el voto en mayoría en el sentido de **declarar fundada la pretensión**.

TRIGÉSIMO CUARTO CONSIDERANDO.- En este considerando se analizará el cuadragésimo segundo punto controvertido, cuyo texto es como sigue:

DEL CUADRAGÉSIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje."

Respecto de este punto controvertido expreso conformidad con lo fundamentado y resuelto por el voto en mayoría en el sentido de que **ambas partes asuman por partes iguales los gastos**



arbitrales, precisando que como en mi opinión la entidad tiene un saldo a favor en la liquidación de obra, este sea compensado con el reembolso de gastos arbitrales que la entidad debe a la contratista.

DECISIÓN DEL VOTO:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante escrito de fecha 11 de mayo de 2010.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD la excepción de caducidad deducida por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante escrito de fecha 14 de julio de 2010.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones contenidas en el primer y segundo punto controvertido, en consecuencia, declárese la válida y eficaz la Carta N° 204-2009-GR.CAJ-GRI/SGSL así como el Informe Técnico N° 05-2009-GR-CAJ-GRI-SGSL/JCBC.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones contenidas en el tercer y cuarto punto controvertido, en consecuencia, declárese que la Liquidación presentada mediante Carta N° 046/2009 de fecha 15 de abril de 2009 no tiene el estatus jurídico de consentida y no corresponde ordenar al Gobierno Regional de Cajamarca que pague a favor de ALE Contratistas SRL la suma de S/. 290,355.58 por concepto de la aludida liquidación.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el quinto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar que el pago del resarcimiento de daños y perjuicios, más los respectivos intereses hasta la fecha real de pago, no es por gastos generales generados por la demora en la entrega del adelanto directo, sino que se debe a una penalización que se aplica por esta demora.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones contenidas en el sexto y séptimo puntos controvertidos, en consecuencia, no corresponde reconocer ni ordenar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas SRL mayores gastos generales por la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de los mayores gastos generales N° 1, teniendo en consideración que la culminación de la obra se produjo el 24 de enero de 2007 y la recepción de la obra se dio inicio el 23 de enero de 2009.

SÉPTIMO: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones contenidas en el octavo, noveno y décimo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde reconocer ni ordenar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas SRL mayores gastos generales por la suma de S/. 1'511,202.62, más el IGV y los respectivos intereses calculados desde la fecha de culminación de la obra, esto es desde el 24 de enero de 2007, hasta el 12 de febrero de 2010, por la demora en la recepción de la obra conforme a la valorización de mayores gastos generales N° 2; como tampoco corresponde ordenar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas SRL la suma de S/. 1'014,717.50, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de enriquecimiento sin causa.

[Handwritten signature]



OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo primer punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas SRL los gastos financieros y mantenimiento de las cartas fianzas.

NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo segundo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por el Gobierno Regional de Cajamarca mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P de fecha 09 de marzo de 2010.

DÉCIMO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo tercer punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas la suma de S/. 270,968.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por la demora en la entrega del Adelanto Directo.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo cuarto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas SRL la suma de S/. 69,441.13, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 02 por 53 días calendario.

DÉCIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo quinto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar que el Gobierno Regional de Cajamarca pague a favor de ALE Contratistas SRL la suma de S/. 56,344.19, más el IGV y los respectivos intereses, por concepto de mayores gastos generales producto de la ampliación de plazo N° 03 por 43 días calendario.

DÉCIMO TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo sexto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar la validez y el consentimiento de la resolución del Contrato efectuada por ALE Contratistas S.R.L. mediante Carta N° 050/2010.

DÉCIMO CUARTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el décimo séptimo punto controvertido, en consecuencia, declárese nula e ineficaz la solicitud de ampliación de plazo N° 03 que fuera solicitada mediante Carta N° 034-ADM/OB.

DÉCIMO QUINTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el décimo octavo punto controvertido, en consecuencia, declárese nula e ineficaz la Liquidación del Contrato presentada por la Supervisión de Obra mediante Carta RCH-007-09.

DÉCIMO SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo noveno punto controvertido, en consecuencia, declárese válida y eficaz la Resolución Ejecutiva Regional N° 106-2010-GR-CAJ/P del 9 de marzo de 2010 mediante la cual se resolvió el contrato entre el Gobierno Regional de Cajamarca y ALE Contratistas SRL.

DÉCIMO SÉPTIMO: DECLARAR FUNDADAS las pretensiones contenidas en el vigésimo y vigésimo primer punto controvertido, en consecuencia, ordénese a ALE Contratistas SRL que pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405,034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de fiel cumplimiento y dispóngase la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 361,291.00, como parte de pago del fiel cumplimiento.

DÉCIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el vigésimo segundo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar que ALE Contratistas SRL pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 14,330.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir del 12 de marzo de 2010, por concepto de gastos notariales de constatación física de inventario.

DÉCIMO NOVENO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el vigésimo tercero punto controvertido, en consecuencia, ordénese a ALE Contratistas que pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 405, 034.93, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010- por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación.

VIGÉSIMO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el vigésimo cuarto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar a ALE Contratistas SRL que pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 234,741.00, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores gastos administrativos por demora en la subsanación de observaciones contractuales, demora en la gestión de servidumbre y resolución de contrato y/o daño emergente.

VIGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión contenida en el vigésimo quinto punto controvertido, en consecuencia, ordénese a ALE Contratistas SRL que pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 971.83, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de deducción de servicios no prestados de residente de obra.

VIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el vigésimo sexto punto controvertido, en consecuencia, ordénese a ALE Contratistas SRL que pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 35,639.94, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvención – 30 de abril de 2010-, por concepto de mayores servicios de supervisión en el periodo del 14 de diciembre de 2006 al 24 de enero de 2007, que corresponde al atraso en la finalización de la obra.



VIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones contenidas en el vigésimo séptimo y vigésimo octavo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar que ALE Contratistas S.R.L. ejecutó la obra con la existencia de vicios ocultos y tampoco corresponde ordenar que esta parte procesal que pague a favor de Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 7,181.74, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de la demanda arbitral y formulación de la reconvencción -30 de abril de 2010-, por concepto de vicios ocultos en el transformador ubicado en la localidad de Agua Blanca y la reposición del mismo y/o daño.

VIGÉSIMO NOVENO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el vigésimo noveno punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar a ALE Contratistas SRL que pague a favor del Gobierno regional de Cajamarca la suma de S/. 27, 364.75, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de daños y perjuicios generados por el incumplimiento de obligaciones del Contratista en la subsanación de observaciones en el periodo de garantía inicial.

TRIGÉSIMO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión contenida en el trigésimo punto controvertido, en consecuencia, ordénese a ALE Contratistas SRL que pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca la suma de S/. 966,019.70, incluido IGV, más los respectivos intereses legales hasta la fecha efectiva de pago y calculados a partir de la fecha de contestación de demanda arbitral y formulación de reconvencción – 30 de abril de 2010-, por concepto de saldo de la Liquidación del Contrato de ejecución de obra.

TRIGÉSIMO PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo primer punto controvertido, en consecuencia, declárese nulas e ineficaces las Cartas N° 0152/2009, N° 005/2010 y N° 038/2010, mediante las cuales ALE Contratistas SRL solicita el pago de gastos por demora en la recepción de obra.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo segundo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde disponer que los gastos arbitrales sean asumidos mediante liquidaciones separadas.

TRIGÉSIMO TERCERO: A la pretensión contenida en el trigésimo tercer punto controvertido **ESTÉSE A LO RESUELTO** en el presente voto.

TRIGÉSIMO CUARTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo cuarto punto controvertido, en consecuencia, declárese que la recepción de la obra comprende la recepción provisional, el periodo de operación experimental, el periodo de garantía inicial y recepción definitiva.

TRIGÉSIMO QUINTO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo quinto punto controvertido, en consecuencia, declárese que el trámite de constitución de derecho de

Q



servidumbre es una obligación contractual esencial de ALE Contratistas S.R.L. la cual debió ejecutarse dentro del plazo contractual de ejecución.

TRIGÉSIMO SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo sexto punto controvertido, en consecuencia, no corresponde ordenar que ALE Contratistas SRL pague a favor del Gobierno Regional de Cajamarca el 10% del monto del Contrato, más los intereses legales computados desde la fecha de interposición de la reconvención – 2 de agosto de 2010- hasta la fecha efectiva de pago, por concepto de penalidad máxima por mora en la ejecución de la prestación relacionada con el trámite de constitución de derecho de servidumbre.

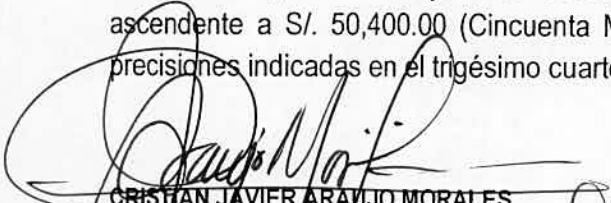
TRIGÉSIMO SÉPTIMO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo séptimo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar nula y/o ineficaz la Carta N° 052/2010 de fecha 24 de marzo de 2010, mediante la cual se solicita la acumulación de nuevas pretensiones.

TRIGÉSIMO OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el trigésimo octavo punto controvertido, en consecuencia, no corresponde declarar nulo y/o ineficaz el escrito N° 8 presentado por ALE Contratistas S.R.L. el 25 de mayo de 2010, mediante el cual solicita la acumulación de una nueva pretensión – referida a la resolución del Contrato.

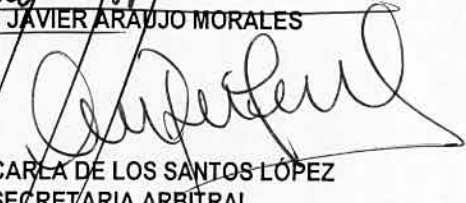
TRIGÉSIMO NOVENO: A las pretensiones contenidas en el trigésimo noveno y cuadragésimo punto controvertido, **ESTÉSE A LO RESUELTO** en el presente voto.

CUADRAGÉSIMO: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el cuadragésimo primero punto controvertido, en consecuencia, declárense nulas de pleno derecho la Carta N° 067/2010, la Carta N° 094/2010, la Carta N° 0104/2010 y la Carta N° 0106/2010 dirigidas al Gobierno Regional de Cajamarca al haberse presentado en un domicilio legal distinto al señalado en el Contrato

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En cuanto a la pretensión común contenida en el cuadragésimo segundo punto controvertido **DISPÓNGASE** que tanto la ALE Contratistas S.R.L así como el Gobierno Regional de Cajamarca, asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral. En consecuencia, ordénese al Gobierno Regional de Cajamarca devolver a la empresa Ale Contratistas S.R.L., la suma ascendente a S/. 50,400.00 (Cincuenta Mil Cuatrocientos con 00/100 Nuevos Soles) con las precisiones indicadas en el trigésimo cuarto considerando del presente voto.


CRISTIAN JAVIER ARAUJO MORALES
ÁRBITRO

Ante mí


CARLA DE LOS SANTOS LÓPEZ
SECRETARIA ARBITRAL