

LAUDO NACIONAL DE DERECHO

CONTROVERSIA DERIVADA DEL CONTRATO OBRA N° 002-2008-GRP "Mejoramiento de la Carretera Yunguyo -Copani - Zepita (Asfalto bicapa) Tramo I Yunguyo -Copani (00 + 000 Km. 18 +000)

Reunidos en la fecha en el local del Tribunal Arbitral sito en Calle Sinchi Roca N° 2560 - Lince, los árbitros Dr. Emilio Cassina Rivas, Dr. Richard Martin Tirado e Ing. Hermilio Málaga Amable, asistidos por la Secretaria Arbitral, Sra. Gabriela Cassina Ramón, acordaron expedir el Laudo Arbitral de derecho en los siguientes términos:

RESOLUCION N° 84

Lima, 11 de marzo del 2013

I. PARTE EXPOSITIVA.-

I.1 ANTECEDENTES.-

1. El Tribunal Arbitral se instaló en la ciudad de Arequipa el 11 de enero del 2010, según consta de las reglas establecidas en el Acta de Instalación, aprobándose con ello las reglas de procedimiento aplicables.
2. Se acordó que el Tribunal Arbitral funcionaría en la Calle Sinchi Roca N° 2560 - Lince y que la Secretaria sería la Sra. Gabriela Cassina Ramón. En dicho acto, se declaró que el arbitraje sería nacional y de derecho, otorgándose a EL CONTRATISTA el plazo de quince (15) días hábiles para que presente su demanda.
3. El CONTRATISTA presentó su demanda y la respectiva subsanación el 19 de febrero y el 5 de marzo del 2010, respectivamente, acompañando sus medios probatorios correspondientes. El resumen de sus pretensiones se expone en la parte considerativa de este Laudo, en el análisis de cada uno de los puntos controvertidos en el orden establecido por el Tribunal Arbitral.
4. LA ENTIDAD contestó la demanda y formuló reconvención el 8 de abril del 2010, acompañando los medios probatorios correspondientes.

- 5. LA ENTIDAD asimismo, solicitó que se acumulen los procesos arbitrales seguidos por ambas partes que tratan, recíprocamente, de la Resolución del Contrato de Obra antes citado.
- 6. El resumen de los fundamentos de la contestación de la demanda y reconvención se consigna en la parte considerativa, en el análisis de cada uno de los puntos controvertidos.
- 7. EL CONTRATISTA contestó la reconvención con su escrito del 26 de mayo del 2010.
- 8. Con el escrito Nº 5 del 7 de junio del 2010, EL CONTRATISTA aceptó la acumulación de procesos. En consecuencia, por Resolución Nº 9 del 8 de junio del 2010, el Tribunal Arbitral declaró fundada la petición de LA ENTIDAD, acumulándose con ello, los procesos arbitrales.
- 9. El 14 de junio del 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
- 10. En la medida en que no existían excepciones ni defensas previas, se declaró que había una relación jurídica válida y se declaró saneado el presente proceso. No habiendo podido conciliar las partes la controversia, se procedió a fijar los puntos controvertidos y a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes en los términos que aparecen del Acta a que se refiere el numeral 9. El Tribunal se reservó el derecho de solicitar la actuación de nuevos medios probatorios si lo estimase conveniente.
- 11. Las puntos controvertidos fijados por el Tribunal fueron los siguientes conforme a lo propuesto por ambas partes:

Puntos controvertidos de EL CONTRATISTA.-

- 1. Determinar si procede declarar o no, la eficacia de la resolución del Contrato de Obra 002-2008-GRP "Mejoramiento Carretera Yunguyo-Copani-Zepita (asfalto bicapa) Tramo I Yunguyo Copani (00+000 al Km. 18+000) efectuada por EL CONTRATISTA con fecha 5 de octubre del 2009, y determinar si las Valorizaciones pendientes de pago constitúan obligaciones esenciales dentro del marco contractual.

- 2. Determinar si procede o no, declarar la nulidad e ineeficacia de la resolución del contrato decidida por LA ENTIDAD con fecha 6 de noviembre del 2009.
- 3. Determinar si procede o no, ordenar el reembolso del valor de las garantías otorgada por EL CONTRATISTA, ascendentes a S/.3'364,097.67.
- 4. Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de EL CONTRATISTA de la suma de S/ 1'058,569.00 por concepto del Adicional N° 1, con sus respectivos intereses legales.
- 5. Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de EL CONTRATISTA de la suma de S/.212,891.55 por concepto de las Valorizaciones Nos. 6,7, 8, 9, 10, 11 y 12 con sus respectivos intereses legales.
- 6. Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de EL CONTRATISTA de la suma de S/. 743,700.50 por concepto de gastos generales con sus respectivos intereses legales.

Demás puntos controvertidos derivados de las pretensiones de EL CONTRATISTA.-

- 7. Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de EL CONTRATISTA de la suma de S/.1'064,240.62 por concepto de Indemnización por Lucro Cesante derivado del incumplimiento del contrato.
- 8. Determinar si procede o no, ordenar a favor de EL CONTRATISTA de la suma de S/.1'000,000 por concepto de Indemnización por daño emergente derivado de la ejecución de la Carta Fianza.

De la Reconvención planteada por LA ENTIDAD.-

- 9. Determinar si corresponde o no, ordenar el pago a favor de LA ENTIDAD de la suma de S/.5'101,734.69 por partidas no ejecutadas de conformidad con el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 11 de noviembre del 2009.

- 10. Determinar si ha existido o no, atraso injustificado de la obra por parte de EL CONTRATISTA.
- 11. Determinar si corresponde o no, validar las comunicaciones y notificaciones efectuadas al domicilio de EL CONTRATISTA sito en el Jirón Cajamarca 619, Oficina 10, 2do. Piso de la ciudad de Puno.
- 12. Definir el porcentaje de avance de la obra materia de la controversia, para lo cual se solicita la actuación de una pericia técnica y determinar si el porcentaje de avance de obra física guarda relación con las Valorizaciones presentadas por EL CONTRATISTA, comparándolas con los montos pagados por LA ENTIDAD.

Punto controvertido de la Acumulación de Procesos.-

- 13. Determinar si procede o no, declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por EL CONTRATISTA mediante cartas N° 041 y 043-2009/Consorcio Copacabana de fechas 02 y 16 de noviembre del 2009 y como consecuencia de ello, ordenar la devolución por parte de éste de la suma de S/.4'594,817.86 más los intereses correspondientes.

Punto controvertido en común.-

- 14. Determinar a quién corresponde asumir las costas y costos del proceso
- 12. Por Resolución N° 14 del 9 de agosto del 2010, se dispuso la actuación de una pericia técnica de oficio consistente en obtener el pronunciamiento técnico respecto a si el avance de ejecución de obra guarda relación con las Valorizaciones presentadas por EL CONTRATISTA, comparándolas con los montos pagados por LA ENTIDAD, proponiéndose a tres (03) profesionales y otorgándose a las partes un plazo de cinco (05), días para que se pronuncien al respecto.
- 13. Mediante Resolución N° 16 del 31 de agosto del 2010, se designó al Ing. Jaime Neyra Torres como perito, quien con su carta del

YN 4
gr

- 29 de setiembre del 2010, remitió su propuesta económica y solicitó diversa documentación a las partes.
14. El 26 de octubre del 2010, EL CONTRATISTA cumplió con abonar los honorarios periciales y remitió parte de la documentación solicitada por el perito, procediendo a completarla el 5 de noviembre del 2010.
 15. Por Resolución Nº 23 del 08 de noviembre del 2010, se requirió a LA ENTIDAD, para que cumpla con el pago de los honorarios periciales.
 16. Por Resolución Nº 24 del 23 de noviembre del 2010, se facultó a LA CONTRATISTA para que se sustituya en el pago de los honorarios del perito.
 17. Por Resolución Nº 27 del 11 de enero del 2011, se tuvo por cancelados los honorarios periciales y se notificó a las partes a fin de que alcancen la documentación faltante solicitada por el perito.
 18. El 16 de enero del 2011, LA ENTIDAD abonó los honorarios periciales que le correspondía y el perito propuso que los honorarios abonados por EL CONTRATISTA en sustitución de LA ENTIDAD fueran tomados como pago cancelatorio de la segunda parte que le correspondía abonar a EL CONTRATISTA.
 19. Mediante Resolución Nº 29 del 15 de marzo del 2011, se concede a las partes un último plazo para que completen la documentación requerida por el perito; la cual fue alcanzada finalmente por ambas partes el 14 de abril y 06 de mayo del 2011.
 20. Por Resolución Nº 35 del 16 de mayo del 2011, se pone en conocimiento de las partes, el dictamen pericial presentado por el Ing. Jaime Neyra Torres, otorgándoles un plazo de cinco (5) días para que formulen sus observaciones.
 21. El 30 de mayo del 2011, LA ENTIDAD remitió sus observaciones al dictamen pericial. Por su parte, EL CONTRATISTA formuló sus observaciones el 1 de junio del mismo año. El perito levantó las observaciones con sus cartas del 6 y 13 de junio del 2011.
 22. Por Resolución Nº 44 del 25 de julio del 2011, el Tribunal resolvió que era conveniente llevar a cabo además de la Audiencia de Debate Pericial, una Audiencia de Ilustración de Hechos.

23. La Audiencia de Ilustración de Hechos tuvo lugar el 18 de agosto del 2011 y la Audiencia Debate Pericial se realizó el 19 de ese mismo mes y año.
24. Durante dichas Audiencias, las partes manifestaron su interés en presentar nuevos medios probatorios lo cual, al ser considerado por el Tribunal como positivo para la cabal solución de la controversia, fue aceptado mediante la Resolución Nº 50 del 23 de agosto del 2011.
25. El 5 de setiembre del 2011, LA ENTIDAD presentó un escrito con el cual solicitó que el perito amplíe el contenido de su informe pericial, a efectos de tener una mejor convicción de los hechos examinados por el Tribunal Arbitral, con respecto de la pertinencia de las pruebas que ofrecen para que previo estudio sea verificada, contrastada, analizada, compartida y emita su juicio profesional, para lo cual remitió cierta documentación.
26. En el otrosí digo del escrito mencionado en el numeral precedente, LA ENTIDAD presentó su oposición a documentos no escritos exhibidos por la otra parte (video); de lo cual se corrió traslado mediante Resolución Nº 53 del 8 de septiembre del 2011.
27. El 15 de setiembre del 2011, EL CONTRATISTA remitió los medios probatorios que ofreció presentar durante las Audiencias de Debate Pericial e Ilustración de Hechos antes mencionadas.
28. Por Resolución Nº 54 del 20 de septiembre del 2011, se dispuso que el perito amplíe su dictamen pericial teniendo en cuenta lo solicitado por LA ENTIDAD y los demás medios probatorios existentes en autos. Además, se tuvieron por presentados los medios probatorios acompañados por EL CONTRATISTA, excepto el signado como Anexo 13 que sólo fue una guía para la exposición hecha por éste, durante la Audiencia de Ilustración declarándose sin objeto la oposición formulada por LA ENTIDAD.
29. El 29 de setiembre del 2011, el perito remitió su propuesta para la ampliación del dictamen pericial. Como consecuencia de ello, EL CONTRATISTA mediante su escrito presentado el 7 de octubre del 2011, manifestó que siendo LA ENTIDAD quien solicita la ampliación citada, debe ser ésta quien asuma los costos correspondientes, lo cual fue aceptado por LA ENTIDAD quien cumplió con el pago total de los honorarios periciales el 26 de diciembre del 2011.

30. Mediante Resolución N° 62 del 2 de diciembre del 2011, se suspendió el proceso hasta que las partes cumplan con el reajuste de honorarios arbitrales y secretariales.
31. Por Resolución N° 65 del 19 de enero del 2012, se tuvo por cumplido el pago de los honorarios arbitrales y secretariales por parte de LA ENTIDAD.
32. Por Resolución N° 66 del 26 de marzo del 2012 se suspendió el proceso por quince (15) días hábiles bajo apercibimiento de archivarse.
33. Por Resolución N° 67 del 23 de abril del 2012, se levantó la suspensión del proceso y se prosiguió su trámite, habiendo EL CONTRATISTA cumplido finalmente con el pago de los honorarios correspondientes.
34. Por Resolución N° 71 del 28 de junio del 2012, se puso en conocimiento de las partes la carta del perito con la cual informó sobre la elaboración del Informe Pericial, las fases realizadas y que la conclusión de éste quedaba sujeta al pago que LA ENTIDAD debía realizar al Laboratorio de Suelos de la Universidad Nacional del Altiplano en Puno. Con la citada Resolución se requirió a LA ENTIDAD a fin de que realice el pago correspondiente; mandato que fue cumplido el 5 de julio del 2012.
35. Mediante Resolución N° 75 del 12 de octubre del 2012, se puso en conocimiento de las partes, la ampliación del dictamen pericial elaborada por el perito. Ambas partes formularon sus observaciones el 8 de noviembre del 2012.
36. El 15 de noviembre del 2012, el perito presentó su carta con la cual levantó las observaciones formuladas por las partes.
37. Por Resolución N° 79 del 19 de noviembre del 2012, se concedió a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que formulen sus alegatos y soliciten informar oralmente, de considerarlo conveniente.
38. LA ENTIDAD presentó sus alegatos el 27 de noviembre del 2012 y solicitó informar oralmente. Por su parte, LA CONTRATISTA, hizo lo propio el 27 de ese mes y año.

39. La Audiencia de Informes Orales se realizó el 14 de diciembre del 2012.
40. Por Resolución N° 82 del 3 de enero del 2013, se declaró cerrada la etapa probatoria y se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar.
41. La Resolución N° 83 del 15 de febrero del 2013, prorroga el plazo para laudar en quince (15) días hábiles.

II. PARTE CONSIDERATIVA DEL PRESENTE LAUDO.-

2.1. Declaración previa del Tribunal Arbitral.- De acuerdo con lo previsto en el Acta de Instalación del presente Tribunal Arbitral, la normatividad aplicable a este proceso se constituye por el Contrato y por los alcances de la Ley 26850 y su Reglamento aprobados por los Textos Únicos Ordenados contenidos en los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y 084-2004-PCM (llamados en adelante la Ley y el Reglamento). Rige también, el Decreto Legislativo 1071 - Ley General de Arbitraje.

Las partes podrán ser llamadas por sus nombres o, en el caso de EL CONTRATISTA como EL DEMANDANTE, y en el caso de LA ENTIDAD como tal o como LA DEMANDADA.

El Tribunal, para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes y/o solicitados por el Tribunal, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso arbitral, el cual se ha

desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal emite el Laudo correspondiente.

El Tribunal se avoca al análisis y resolución de los puntos controvertidos, tratándolos en forma separada o unida, como sea más conveniente al interés del proceso.

2.2. Contenido de la Demanda.-

2.2.1. EL CONTRATISTA, en función de los documentos que acompañan a la demanda interpuesta, utiliza como fundamentos de hecho, los siguientes:

El 30 de abril del 2008, EL CONTRATISTA suscribió con LA ENTIDAD, el Contrato Nº 002-2008-GRP para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la Carretera Yunguyo - Copani - Zepita (asfalto Bicapa) Tramo I - Yunguyo Copani (00 + 000 al Km, 18 + 000).

Durante la ejecución de la obra, LA ENTIDAD comenzó a demorarse en sus pagos de un modo sustancial, hasta el punto de adeudar a EL CONTRATISTA, la cantidad de S/. 212,891.65 por concepto de las Valorizaciones Nº 06, 07, 08, 09, 10, 11 y 12, impidiéndole así, la continuación normal de la obra.

Del mismo modo, EL CONTRATISTA afirma que se le debe en forma complementaria, la suma de S/. 1'058,569.00 nuevos soles por concepto del Presupuesto Adicional Nº 01, aprobado por LA ENTIDAD.

Por estos motivos, EL CONTRATISTA remitió a LA ENTIDAD, las Cartas Nº 030/2009/Consorcio Copacabana del 17 de setiembre del 2009 (**Anexo 06 de la demanda**) y Nº 032-2009/C.Copacabana del 22 de setiembre del 2009. En ésta última comunicación, EL CONTRATISTA señala que el incumplimiento contractual, es decir la falta de pago de las Valorizaciones, no le permite un normal avance de la obra.

Posteriormente, EL CONTRATISTA remite a LA ENTIDAD la Carta Notarial del 02 de octubre del 2009 (**Anexo 07 de la demanda**), solicitando la cancelación de sus

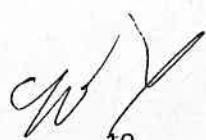
acreencias; bajo apercibimiento de resolución del contrato.

Señala EL CONTRATISTA que; al no cumplir la ENTIDAD con los pagos requeridos, le cursa la Carta Notarial N° 041-2009/Consorcio Copacabana (**Anexo 8 de la demanda**) con fecha 5 de noviembre del 2009, resolviendo el Contrato atribuyéndole la causal de incumplimiento.

- 2.2.2. EL CONTRATISTA manifiesta que el SECREX le remitió la carta notarial del 19 de noviembre del 2009, informándole que LA ENTIDAD le había solicitado la ejecución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento del Contrato y por los adelantos de dinero concedidos. En tal sentido, se menciona que la ejecución de las referidas cartas fianzas, por parte de LA ENTIDAD no le fue notificada en el domicilio señalado en el contrato y que por tanto, la conducta de LA ENTIDAD carecía de valor.
- 2.2.3. Como fundamento legal de la demanda interpuesta, EL CONTRATISTA cita las normas legales que se consignan en ella.

2.3. Contestación de la Demanda y Reconvención.-

- 2.3.1. LA ENTIDAD afirma que el presunto atraso en el pago de las valorizaciones, fue materia de debate en mérito de la carta notarial N° 073, notificada a EL CONTRATISTA el 16 de octubre de 2009. LA ENTIDAD afirma que las Valorizaciones se presentaron fuera del plazo, incompletas, con errores de cálculos en las amortizaciones de los adelantos de materiales y que, por la carta N° 073, le recordó a EL CONTRATISTA que sólo le estaba reteniendo la suma de S/. 83,519.30 nuevos soles y se encontraba realizando contrastaciones de calidad en el Laboratorio de Suelos de la Universidad del Altiplano.



- LA ENTIDAD agrega que EL CONTRATISTA ha recibido de LA ENTIDAD, la cantidad de S/.2'128,481.24 como Adelanto Directo y S/.4'256,962.40 como Adelanto de materiales, con un total de S/6'385,443.73. En consecuencia, solicita que este monto le sea restituido.
- 2.3.2. El 06 de octubre del 2009, mediante la carta Nº 047, LA ENTIDAD deniega la aprobación del Presupuesto Adicional Nº 02. El 16 de octubre del 2009, con carta Nº 068, LA ENTIDAD deniega nuevamente la solicitud de aprobación del referido Presupuesto Adicional.

- 2.3.3. Mediante carta notarial Nº 091 del 03 de noviembre del 2009, LA ENTIDAD resolvió el contrato previo requerimiento cursado por carta Nº 053 del 13 de octubre del 2009 y que fuera entregada el 15 de ese mismo mes y año.

El inventario y constatación física se realizó el 11 de noviembre del 2009, es decir, fue efectuado dentro del plazo legal.

LA ENTIDAD ha reconvenido con el objeto que EL CONTRATISTA le pague S/. 5'101,734.69, suma que es equivalente, a su juicio, al importe total de las partidas no ejecutadas por EL CONTRATISTA. Igualmente, solicita que se penalice a EL CONTRATISTA por mora y asuma el pago del total de las costas y costos del proceso.

Posteriormente, LA ENTIDAD presentó una demanda que contiene los mismos puntos de la reconvenión, la cual se acumuló en este proceso y se ha subsumido con la contestación de la demanda y la mencionada reconvenión.

2.4 Análisis y decisiones del Tribunal.-

Puntos Controvertidos Nº 01 y 02 de EL CONTRATISTA y Nº 13 de LA ENTIDAD.-



De EL CONTRATISTA.-

- 1. Determinar si procede declarar o no, la eficacia de la resolución del Contrato de Obra 002-2008-GRP "Mejoramiento Carretera Yunguyo-Copani-Zepita (asfalto bicapa) Tramo I Yunguyo Copani (00+000 al Km. 18+000) efectuada por EL CONTRATISTA con fecha 5 de octubre del 2009, y determinar si las Valorizaciones pendientes de pago constitúan obligaciones esenciales dentro del marco contractual.**
- 2. Determinar si procede o no, declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del contrato decidida por LA ENTIDAD con fecha 6 de noviembre del 2009.**

De LA ENTIDAD.-

- 1. Determinar si procede o no, declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesto por EL CONTRATISTA mediante cartas N° 041 y 043-2009/Consorcio Copacabana de fechas 02 y 16 de noviembre del 2009 y como consecuencia de ello, la devolución por parte de éste de la suma de S/.4'594,817.86 más los intereses correspondientes.**

El Tribunal procede a continuación al análisis desde el punto de vista formal de los argumentos y medios probatorios aportados por EL CONTRATISTA, en función de los cuales, se procedió a resolver el contrato celebrado entre las partes, y en mérito del cual, se le imputa a LA ENTIDAD, el incumplimiento de sus obligaciones esenciales.

Con el objeto que se pueda evaluar la legalidad del procedimiento de resolución utilizado por EL CONTRATISTA, éste se ampara en lo dispuesto en el literal c) del art. 41 de la Ley N° 26850, norma en la cual se establece que la parte afectada por el incumplimiento de la otra parte, debe requerir a ésta para que lo subsane, concediéndole un plazo para ello.

Una vez vencido el plazo para subsanar, sin que se haya efectuado la subsanación, el afectado puede resolver el contrato mediante la remisión de una carta notarial a su contraparte, manifestando en ella la decisión y el motivo que justifica la aplicación de la causal de resolución. A partir del cumplimiento de estos requisitos, el contrato queda resuelto de pleno derecho desde el momento en que la parte que incumple recibe la comunicación del afectado.

En este orden de ideas, el Reglamento de la Ley Nº 26850, complementa el artículo 41º de ésta norma, al señalar en los artículos 226º y 267º, el plazo de requerimiento a la contraparte.

En el caso de los contratos de obra, el plazo es de quince (15) días naturales. En dicha comunicación, se debe indicar la fecha y la hora en las que se efectuará la constatación física en el lugar de la obra con una anticipación no menor de dos (2) días, con presencia de ambas partes y de un notario o juez de paz si corresponde, levantándose un acta. Una vez culminado este acto, la obra queda bajo la responsabilidad de LA ENTIDAD, y se procede a efectuar la liquidación del contrato.

2.4.1 De acuerdo a los criterios expuestos, EL CONTRATISTA resolvió el contrato aplicando el siguiente procedimiento:

En primer lugar, se cursó a LA ENTIDAD, la carta simple Nº 030-2009/C.Copacabana del 17 de setiembre del 2009, manifestando en la misma su preocupación por la falta de pago de las Valorizaciones Nº 6, 7, 8, 9, 10, 11 así como la Valorización por el Adicional Nº 1.

En segundo lugar, EL CONTRATISTA remitió la carta Nº 032-2009/C.COPACABANA del 22 de setiembre del 2009, en la cual vuelve a manifestar su preocupación por la falta de pago de las citadas Valorizaciones y Adicional Nº 1, indicando que de no solucionarse esa situación a la brevedad, se verán obligados a paralizar la obra por falta de fuentes de trabajo y desabastecimiento de insumos.

En tercer lugar, EL CONTRATISTA, mediante carta notarial del 2 de octubre del 2009, manifestó su preocupación a LA ENTIDAD, por la falta de pago de las mencionadas Valorizaciones y Adicional Nº 1, otorgándole el plazo de ley

13

8/

bajo apercibimiento de resolver el contrato (**Anexo 7 de la demanda**).

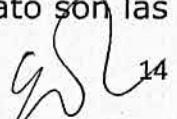
En cuarto lugar, EL CONTRATISTA remitió a la ENTIDAD su carta N° 035-2009/C.COPACABANA en la cual manifiesta su preocupación por la falta de pago de Valorizaciones y 01 Adicional, problemática que no permite la conclusión de la obra, la misma que se encuentra en un ritmo mínimo de avance por falta de liquidez; solicitando en dicha carta una reunión de trabajo para el día 23 de octubre de 2009, con el objeto de exponer y aclarar el estado de la obra y definir las alternativas de solución.

En quinto lugar, con Carta Notarial N° 041-2009/CONSORCIO COPACABANA del 2 de noviembre del 2009 remitida por EL CONTRATISTA a LA ENTIDAD y que fuera recibida por esta última el 5 de ese mismo mes y año, le notifica la resolución del Contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales requeridas en su oportunidad y solicita fijar fecha y hora para la Constatación Física e Inventory correspondiente.

En sexto lugar, con Carta Notarial N° 043-2009/CONSORCIO COPACABANA del 16 de noviembre del 2009, EL CONTRATISTA notifica nuevamente a la ENTIDAD el 19 de ese mismo mes y año, la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales requeridas en su oportunidad con carta notarial del 2 de octubre del 2009, ratificando asimismo su domicilio legal y procesal en la Av. Prolongación Javier Prado N° 9051, donde indica, deberá notificarse cualquier documentación.

Cabe indicar que en el asunto de la carta mencionada en el párrafo precedente, el CONTRATISTA ha señalado "**Se notifica bajo formalidad notarial la resolución del contrato N° 0002-2008-GRP por incumplimiento por parte de la Entidad, de las obligaciones esenciales debidamente requeridas en su oportunidad. Y se solicita fijar fecha y hora para realizar la Constatación Física e Inventory en el lugar de la obra con presencia del juez de Paz de la zona**".

2.4.2 El Tribunal advierte que, de todas las comunicaciones cursadas por EL CONTRATISTA, las únicas que podrían tener efectos legales para decidir la resolución del contrato son las


14


de fecha 02 de octubre del 2009 y la carta N° 043-2009 del 16 de noviembre del 2009.

En el primer caso, EL CONTRATISTA le concede a LA ENTIDAD, el plazo legal para que se proceda al pago de las Valorizaciones y el importe del Presupuesto Adicional N° 01. En este sentido, el plazo legal equivalía a otorgar un plazo de quince (15) días, el mismo que coincide con el plazo previsto en el artículo 226º del Reglamento de la ley, constituyéndose así en un requerimiento real y efectivo.

En el segundo caso, con la carta N° 043-2009, se resolvió el contrato y se pidió a LA ENTIDAD, fecha y hora para efectuar la constatación física y el inventario de la obra. En rigor, esta segunda comunicación no se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 267º del Reglamento de la ley, puesto que EL CONTRATISTA en lugar de fijar la fecha y hora para realizar dicha diligencia, le solicitó a LA ENTIDAD, que sea esta última la que efectúe la citación.

2.4.3 Sin perjuicio de los criterios expuestos, y para una mejor sustentación del contenido del presente laudo, corresponde que el Tribunal se avoque al estudio de la resolución del contrato decidida por LA ENTIDAD.

Antes de resolver el contrato, LA ENTIDAD remitió a EL CONTRATISTA, las siguientes cartas notariales:

- Carta Notarial N° 043 del 28 de setiembre del 2009, por la cual LA ENTIDAD apercibe al CONTRATISTA por incumplimiento injustificado del Contrato en relación a las dos últimas verificaciones de obra realizadas el 12 y 18 de setiembre del 2009, verificando que existen partidas valorizadas pero no ejecutadas físicamente por EL CONTRATISTA. Hace conocimiento que no se encontró al Ing. Residente de Obras, Ing. Orlando Tapia Anglés, evidenciándose que la obra carecía de dirección técnica.
- Carta Notarial N° 053 del 13 de octubre del 2009, por la cual hace referencia a la carta notarial remitida por el CONTRATISTA el 2 de octubre sobre incumplimiento injustificado del Contrato. En esta carta, LA ENTIDAD

reitera que existen partidas valorizadas mas no ejecutadas, menciona que ha realizado estas verificaciones durante sus visitas de 12 y 18 de setiembre del 2009 y que no se encontró en obra al Ing. Residente, volviendo a apercibir por incumplimiento injustificado del contrato.

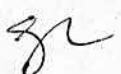
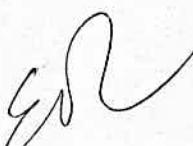
- Carta Nº 073 del 15 de octubre del 2009, dando respuesta a la carta notarial del 5 de octubre del 2009 remitida por EL CONTRATISTA. En dicha carta, LA ENTIDAD precisa que las valorizaciones no ingresaron en su debida oportunidad a la Entidad, se remitieron incompletas, con errores de cálculo, motivo por el cual LA ENTIDAD se ha visto perjudicada al momento de regularizar los trámites administrativos.

Le recuerda también AL CONTRATISTA que se le ha otorgado diversos adelantos que ascienden a la suma de S/6'385,443.73.

Afirma LA ENTIDAD que las Valorizaciones se encuentran retenidas y que está realizando los ensayos de calidad en el Laboratorio de la Universidad Nacional del Altiplano.

Finalmente, LA ENTIDAD señala que EL CONTRATISTA no sustenta la falta de liquidez que objeta por lo cual no existe incumplimiento contractual, ya que EL CONTRATISTA se encuentra regularizando el monto no amortizado al 19 de enero del 2009.

- Carta Nº 081 del 23 de octubre de 2009, notificada con formalidad notarial el 26 de ese mismo mes y año por el Notario Edgar Lezano Zúñiga, por la cual LA ENTIDAD apercibe bajo resolución de contrato a EL CONTRATISTA por incumplimiento de obligaciones contractuales, legales y reglamentarias. Esta carta se menciona en el escrito de contestación de la demanda, pero no está en el expediente.



- Mediante la Carta Notarial N° 091 dejada bajo la puerta de EL CONTRATISTA el 4 de noviembre del 2009, LA ENTIDAD ratifica los términos de su carta N° 053 y nuevamente lo apercibe por incumplimiento injustificado del contrato y le reitera que resolverá el contrato de pleno derecho en su totalidad, al no haber sido atendida.
- Obra también en el expediente la Carta Notarial N° 092 dejada bajo la puerta del CONTRATISTA el 4 de noviembre del 2009, con la cual LA ENTIDAD ratifica los términos de su Carta N° 043, apercibiéndolo nuevamente por incumplimiento injustificado del Contrato. Esta carta está redactada en los mismos términos que la N° 091 indicada en el punto precedente.
- Posteriormente, el 06 de noviembre del 2009, LA ENTIDAD remitió a EL CONTRATISTA, a la dirección de Cajamarca N° 619 - segundo piso, Oficina 10, la Carta Notarial N° 095 con la cual resuelve el contrato en forma total al no haber dado atención a las Cartas Notariales Nos. 043 y 053 del 28 de setiembre y 13 de octubre del 2009, respectivamente, señalando como fecha para la Constatación Física e Inventario el 11 de noviembre del 2009 a las 10:00 a.m. para lo que - indica- se contará con la presencia de Notario Público o Juez de Paz. Con este acto, dice LA ENTIDAD, la obra queda bajo su responsabilidad, habiéndose dado las instrucciones del caso para proceder a la Liquidación del Contrato.
- El 11 de noviembre del 2009, se llevó a cabo el Acto de Constatación Física e Inventario de la obra con la presencia del Juez de Paz Jacinto Chipana Sanjinés, quien manifiesta en el Acta que el representante legal de EL CONTRATISTA no ha estado presente en dicha diligencia, dejando constancia a su vez que éste ha sido notificado mediante Carta Notarial N° 095, en la cual se le comunicó hora y fecha.

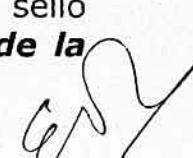
2.4.4 Tal como se ha indicado, las cartas de LA ENTIDAD, fueron notificadas en el Jirón Cajamarca segundo piso oficina Nº 10. En algunas de ellas, no hay indicación del Notario Público sobre certificación de entrega y en otras, existe la siguiente nota: "**La presente carta notarial me fue presentada por el interesado la que a su solicitud se cursó el día de la fecha a su destinatario, en su domicilio, quien al no ser habido, se dejó debajo de la puerta**".

Es importante señalar, que EL CONTRATISTA con su Carta Notarial Nº 041-2009/Consorcio Copacabana del 2 de noviembre del 2009, consignó en la parte final de ésta bajo la firma del representante legal, que la Dirección del remitente es la Avenida Prolongación Javier Prado 9051 - Ate, Lima (**Anexo 8 de la Demanda y Anexo 9 de la Contestación de la Demanda**).

El CONTRATISTA contestó las Cartas Notariales Nº 047 y 073. La primera con su Carta Notarial del 07 de octubre del 2009; la segunda con Carta Notarial del 23 de octubre del 2009. Obra también en el expediente, la Carta Notarial Nº 068 del 16 de octubre del 2009 remitida por LA ENTIDAD al CONTRATISTA, en la cual se alude a la Carta Notarial del 12 de octubre de este último, respondiendo la Carta Notarial Nº 050 de la ENTIDAD; todo lo cual indica que las recibió y actuó en consecuencia con ello, pues de otro modo, si las desconociese o no las hubiese recibido, no podría haberlas contestado.

En el caso de la Carta Notarial Nº 095 del 06 de noviembre del 2009 (resolución del contrato), no ocurre lo mismo. La indicada carta fue entregada por el Notario Público debajo de la puerta el 06 de ese mismo mes y año en la oficina de Jirón Cajamarca Nº 619 - Segundo piso, Oficina Nº 10.

Nótese que no era posible efectuar en esa fecha ninguna notificación válida a EL CONTRATISTA, porque LA ENTIDAD remitió sus Cartas Notariales Nos. 091 y 092 el 4 de noviembre del 2009, en las cuales el Notario Dr. Edgar Lezano Zúñiga deja constancia mediante un sello "**.....quienes al no ser habidos, se dejó debajo de la puerta a Hrs. 12.40 p.m. del día 04.11.09**".



Esta dirección, Jirón Cajamarca Nº 619 - segundo piso, Oficina Nº 10, pudo haber sido una dirección eventual o de trabajo de EL CONTRATISTA y en dicha sede, podría habersele notificado válidamente de un modo real y efectivo o en su defecto en la dirección que figuraba en la parte introductoria del contrato, y que a saber debía efectuarse en la Av. Prolongación Javier Prado Nº 9051 – Ate – Lima y Av. Boulevard Nº 498 – San Borja – Lima. Ésta es la dirección contractual y como según el art. 35º del Código Civil: **"A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos"**. No cabe la menor duda que siempre existe la posibilidad de tener más de un domicilio, coligiéndose así que EL CONTRATISTA, podía ser notificado válidamente tanto en la dirección de Ate como en la de San Borja, como también en el citado Jirón Cajamarca.

Es cierto, que en los documentos emitidos por EL CONTRATISTA, se consignan en unos casos la dirección de Javier Prado Nº 9051 (como en las facturas) mientras que en otros aparece el Jirón Cajamarca Nº 619 - segundo piso, Oficina Nº 10. Sin embargo, y dado el hecho de que la Oficina del Jirón Cajamarca 619, no podía utilizarse para efectuar notificaciones porque el 4 de noviembre del 2009, EL CONTRATISTA ya no estaba allí y la Entidad lo sabía, pues comprobadamente, no había nadie que atendiese según lo certificado por el Notario Público a su pedido. Debía entonces recurrirse a notificar la resolución del contrato en el domicilio fijado en el Contrato ya que, inclusive, así lo había indicado previamente EL CONTRATISTA con su carta ya referida.

Además, la notificación producida por LA ENTIDAD, aun cuando se produzca dentro de una relación contractual, es en esencia un acto administrativo y, en ese sentido, los artículos 20.1 y 21.1 de la Ley Nº 27444, establecen que la notificación personal al interesado efectuada en su domicilio, debe entenderse con la persona a ser notificada o con su representante legal y, en caso de no hallarse presente ninguno de ellos, debe entregarse la notificación a quien se encuentre presente consignándose sus datos. Pero estas normas ni siquiera podían aplicarse y menos aún existía la posibilidad de subsanar notificaciones defectuosas, pues LA ENTIDAD sabía que en la referida dirección no había ninguna persona, y lo sabía de antemano.

En efecto, aun cuando en este proceso no ha sido presentada la constancia notarial adjunta a la carta N° 095 de LA ENTIDAD con la cual resuelve en forma total el contrato, no puede soslayarse que en el expediente seguido entre LA ENTIDAD y el Consorcio Zepita, que ha participado en la ejecución de la obra correspondiente al **Contrato de Obra N° 003-2008-GRP "Mejoramiento de la Carretera Yunguyo -Copani - Zepita (Asfalto bicapa) Tramo II Yunguyo -Copani (18 + 000 Km. 31 al 140)**, está incorporada la constancia notarial a que hacemos referencia emitida por el Notario Público, Dr. Edgard Lezano Zúñiga, según la cual EL CONTRATISTA - CONSORCIO COPACABANA ya no tenía oficina en el Jirón Cajamarca 619 - 2º Piso, Oficina 10 el 4 de noviembre del 2009.

En consecuencia, LA ENTIDAD no podía notificarle en dicho domicilio ningún acto.

2.4.5 El hecho real y actual es que LA ENTIDAD ha tomado posesión final de la obra llevando adelante la resolución del contrato.

Esta resolución contractual, cuando se trata de una ejecución de obra se regula por el art. 267º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la misma que ordena que esta medida determina la inmediata paralización de la obra y que se realice la constatación física y el inventario de la misma, después de lo cual ésta quedará bajo la responsabilidad de LA ENTIDAD.

En el presente caso, queda claro que ello no ha ocurrido pues de acuerdo a una lectura atenta de la carta notarial N° 095 remitida en su oportunidad por LA ENTIDAD, ésta resolvió el contrato y procedió a efectuar las referidas diligencias tomando posesión física de la obra e incluso ha hecho otros trabajos sobre ella, de modo tal, que la reversión de los efectos del acto resolutivo nulo es algo materialmente imposible.

2.5 Punto Controvertido N° 3.-

Determinar si procede o no, ordenar el reembolso del valor de las garantías otorgadas por el Consorcio Copacabana, ascendentes a S/. 3'364,097.67.-

2.5.1 Posición de EL CONTRATISTA.-

EL CONTRATISTA solicita la restitución total del valor de las garantías ascendentes a S/. 3'364,097.67, ante el supuesto hecho de que LA ENTIDAD haya procedido a ejecutar ilegalmente las cartas fianzas presentadas.

2.5.2 Posición de LA ENTIDAD.-

LA ENTIDAD manifiesta que el **CONTRATISTA** ha incumplido sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias, perjudicándola y por lo tanto debe recuperar el dinero, por lo cual solicita al Tribunal disponer la ejecución de las Cartas Fianzas por Fiel Cumplimiento y Adelantos.

2.5.3 Análisis y Decisión del Tribunal.-

El CONTRATISTA entregó a LA ENTIDAD, las cartas fianzas siguientes:

- Carta N° EO858-05-2008 por S/.. 1'709,023.59 garantizando el adelanto de Materiales concedido por la ENTIDAD.
- Carta N° EO811-06-2008 por S/. 590,833.48 garantizando los adelantos directos concedidos por LA ENTIDAD.
- Carta N° EO806-06-2008 por S/. 1'064,240.60 garantizando el adelanto de Fiel Cumplimiento.

Se encuentra acreditado en autos, que el emisor de las referidas garantías fue el grupo SECREX - Seguros de Créditos y Garantías, el cual por carta notarial N° SGN 0455-209 del 19 de noviembre del 2009, emplazó a EL CONTRATISTA a pedido de LA ENTIDAD, para que entregase el importe de dichas garantías bajo apercibimiento de ejecución.

A solicitud de EL CONTRATISTA, el Tribunal dictó una medida cautelar mediante la Resolución N° 01 del Cuaderno Cautelar, conforme al artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, disponiendo que se suspenda la ejecución de las referidas garantías hasta que el proceso arbitral culmine.

Conforme al resultado del proceso, no es procedente ejecutar la garantía de fiel cumplimiento del contrato. Por el contrario, las garantías por los adelantos recibidos por EL CONTRATISTA, deben permanecer vigentes hasta que éste proceda a devolver a LA ENTIDAD el monto total recibido con deducción de las sumas que resulten después de realizada la Liquidación Final del Contrato y que se refieren a los puntos controvertidos Nos. 4, 5 y 6 de este Laudo y de las cantidades amortizadas con las valorizaciones que le han sido pagadas y las aprobadas para su pago en este Laudo; en caso de no hacer dicha devolución con la liquidación del Contrato, LA ENTIDAD debe ejecutarlas conforme a ley.

Queda sin efecto de este modo la Resolución N° 01 emitida en el Cuaderno Cautelar.

2.6 Punto Controvertido N° 04.-

Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de la demandante de la suma de S/.1'058,569.00 por concepto del Adicional N° 1 con sus respectivos intereses legales.

2.6.1 Posición de EL CONTRATISTA.-

EL CONTRATISTA afirma que dicho Adicional se encuentra aprobado y facturado, sin embargo, LA ENTIDAD caprichosamente no cumple con honrar su obligación de pago.

2.6.2 Posición de LA ENTIDAD.-

El Presupuesto Adicional N° 01 por S/. 1'048,569.00 fue aprobado por LA ENTIDAD con Resolución N° 127-2009-GRP-GR.PUNO del 22 de mayo del 2009, pero no puede ser pagado porque no se ejecutó

EL CONTRATISTA presentó para fines de la Valorización N° 1 por el Presupuesto Adicional N° 1, las planillas y resúmenes de metrados con la opinión favorable de la Supervisión y luego la revisión y aprobación (o desaprobación) de LA ENTIDAD, con copia tanto a la Supervisión como a EL CONTRATISTA; estando éste último al tanto de su trámite, por lo que sabe que la no cancelación obedece a las razones ya expuestas.

2.6.3 Análisis y Decisión del Tribunal.-

Obra en el Expediente la Resolución N° 127-2009-GGR-GR-PUNO del 22 de mayo del 2009, por la que el Gobierno Regional de Puno aprueba el Adicional N° 1 con un Deductivo Vinculante de S/.1'893,417.44 y S/.856,487.78, respectivamente; aduciéndose errores u omisiones del Expediente Técnico.

En la parte considerativa (tercer párrafo) de dicha resolución, se menciona que las prestaciones adicionales de obra así aprobadas, permitirán cumplir con el objetivo del contrato lo que hace colegir que, si esas prestaciones adicionales no se hubieran realizado, no se hubieran podido empezar los trabajos de las otras prestaciones ordinarias.

Por otro lado, LA ENTIDAD, en su alegato (numeral A.4) ha admitido que EL CONTRATISTA ha presentado la Valorización N° 1 de este Presupuesto Adicional con planillas y resúmenes de metrados y tiene la opinión favorable del Supervisor pero que no se pagó por las razones que EL CONTRATISTA conoce.

En estas circunstancias, el Tribunal considera que este punto debe dilucidarse durante la Liquidación del Contrato, etapa en la cual, se debe acreditar si se ejecutaron las prestaciones consideradas en éste.

- 2.7 Por necesidad de guardar el orden apropiado de este Laudo, a continuación se procederá al examen y decisión de los

puntos controvertidos Nos. 6, 7 y 8, reservando el tercero para más adelante.

2.7.1 Punto Controvertido Nº 05.-

Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de la demandante de la suma de S/. 212,891.55 por concepto de las Valorizaciones Nos. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 con sus respectivos intereses legales.

2.7.2 Posición de EL CONTRATISTA.-

EL CONTRATISTA afirma que LA ENTIDAD durante la ejecución de la obra, realizó sus pagos con una demora sustancial al punto de adeudarle la suma de S/. 212,891.55 por concepto de las Valorizaciones Nos. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12, lo cual impidió la ejecución normal y permanente de la obra.

EL CONTRATISTA ha remitido las facturas correspondientes a las Valorizaciones de la 6 a la 11.

Mediante Carta Nº 032-2009/C.Copacabana del 22 de setiembre del 2009 y carta notarial del 2 de octubre remitida a LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA manifestaba su preocupación por la falta de pago de las mencionadas valorizaciones, situación que no le permitía un normal desarrollo de la obra. Con la última carta, se le otorga el plazo de ley, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

2.7.3 Posición de LA ENTIDAD.-

LA ENTIDAD con su Carta 073 del 16 de octubre del 2009, le indica a EL CONTRATISTA que respecto de las Valorizaciones 6 y 7 reclamadas, éstas han sido retenidas, ya que EL CONTRATISTA al 19 de enero del 2009, tenía el 78.26% del monto del contrato y un avance físico de 34.88 al 31 de enero del 2009, según lo valorizado por EL CONTRATISTA y la Supervisión, siendo la suma de estas valorizaciones un monto no significativo equivalente a la suma de S/83,519.30.

Con respecto a las Valorizaciones Nos. 8 a la 11, LA ENTIDAD señala que éstas no ingresaron a tiempo, y que la

suma de estas valorizaciones no resultaba significativa pues equivalía a la suma de S/101,822.51. LA ENTIDAD afirma adicionalmente, que "su representada no hizo las amortizaciones que correspondían de acuerdo a ley, el Avance Físico al 31 de julio del 2009 por su representada (Consorcio Copacabana) y la Supervisora Externa (Consorcio Copani) es del 66.97%, la cual fue observada por la Entidad según verificaciones que realizó *in situ* encontrado partidas valorizadas más no Ejecutadas..."

Para tal efecto, se muestra un cuadro en el cual se indica que las Valorizaciones 12 y 13 no habían sido presentadas por EL CONTRATISTA.

2.7.4 Análisis y Decisión del Tribunal.-

Sobre éste y otros puntos el Tribunal requirió una pericia técnica, la misma que fue realizada por el Ing. Jaime Neyra, Torres. Dicho dictamen ha sido analizado conforme a las reglas de la crítica recogiéndose, en su mayor parte, los aportes que causan convicción al Tribunal.

En esencia, LA ENTIDAD manifiesta haber aprobado algunas de las Valorizaciones 6, 7, 8, 9, 10 11 y 12, pero ha retenido el pago porque de un lado, ingresaron a LA ENTIDAD extemporáneamente y fueron mal elaboradas y, por otro lado, correspondían a prestaciones de ejecución de base realizadas con deficiencias, pues no cumplían estándares técnicos como lo indican los resultados de laboratorio. Por último, LA ENTIDAD afirma que se justifica no haber pagado esas Valorizaciones, puesto que el demandante mantenía en su poder cantidades entregadas por LA ENTIDAD, por montos superiores al trabajo ejecutado.

Para el Tribunal, independientemente de si EL CONTRATISTA había recibido los importes por los adelantos concedidos conforme al Contrato, el derecho de éste a cobrar las Valorizaciones presentadas a LA ENTIDAD por los trabajos ejecutados es indiscutible, tal como lo es también la obligación de LA ENTIDAD de pagarlas.

En efecto, en aplicación del art. 255º del Reglamento de la Ley 26850, las Valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y se elaboran, el último día de cada período previsto en las Bases o en el Contrato por EL CONTRATISTA y el

Supervisor (éste en calidad de representante de la Entidad según el art. 48 de la Ley 26850) y se presentan a LA ENTIDAD para que ésta las pague en una fecha no posterior al último día de cada mes. Despues de este día, se devenga el interés legal a favor de EL CONTRATISTA si no se produce el pago.

Ahora bien, LA ENTIDAD no puede negar el pago de las Valorizaciones ni retenerlo si éstas han sido elaboradas con el concurso del Inspector o Supervisor y si éste las ha tramitado y controlado puesto que es su representante (art. 48 de la Ley).

En este caso, dice el art. 257º del Reglamento de la Ley 26850, que cuando se produce una discrepancia respecto a la Valorización de metrados entre EL CONTRATISTA y el Supervisor o LA ENTIDAD, esta diferencia debe deslindarse en la etapa de la Liquidación del Contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

No es admisible, que LA ENTIDAD retenga el pago de las Valorizaciones así aprobadas, independientemente de los adelantos concedidos a EL CONTRATISTA, pues se tratan de prestaciones distintas y que tienen sus propios alcances en la normatividad legal y el contrato.

En términos formales, LA ENTIDAD incumplió su obligación respecto al pago de las Valorizaciones, motivando que EL CONTRATISTA exigiese el pago y manifestase que ese hecho le estaba causando problemas para continuar la ejecución de la obra, lo que está previsto en el art. 1428 del Código Civil.

En lo que se refiere al hecho alegado por LA ENTIDAD en el sentido de que las prestaciones consistentes en la ejecución deficiente de la base de la carretera, el perito se pronunció en la páginas 13 y 14 de su dictamen, en el cual después de analizar una serie de variables, manifiesta que la mezcla de los materiales de las canteras Chocopamba (70%) y Lampagrande (30%) cumplirían los requisitos de las Especificaciones Técnicas y serían aptos para su uso en obra. Luego en la página 14, concluye diciendo sobre la capa base lo siguiente:

"Capa Bases.- De acuerdo al Acta de la Constatación Física e Inventory, los materiales que conforman la capa base no cumplirían las exigencias de las Especificaciones Técnicas. Sin embargo, y como se analiza anteriormente, no es

factible ni técnicamente correcto sustentar esta afirmación con la información disponible. Así, a efectos, de la determinación de la valorización final de la obra".

Si bien el perito ha emitido varios informes posteriores, cambiando y rectificando posiciones mediante un lenguaje condicional y subjetivo, esto es hablando de posibilidades y alternativas ante observaciones de las partes, por lo que no causa convicción en el Tribunal y se prioriza el dictamen original.

Por ejemplo, el perito emite las siguientes conclusiones en su dictamen del 16 de mayo del 2011 (pág. 14):

- **"El material a emplear en la Capa Base correspondería según el diseño de mezcla realizado por el Gobierno Regional de Puno y Consorcio Copacabana, a una mezcla del 70% de material de la Cantera Chocopampa con 30% de material de la Cantera Lampagrande."**
- **"El material utilizado para la Capa Base no habría tenido finalmente origen en una mezcla de las canteras Chocopampa y Lampagrande, sino en materiales proveniente de las Canteras Molino Kapia e Imicati y, de las cuales no se dispone de un diseño de mezcla."**
- **"Los resultados de ensayos sobre muestras obtenidas en 4 puntos en 18 km. no son representativas para calificar la calidad de la Capa Base."**
- **"Se habría ejecutado y valorizado (por la Supervisión) totalmente la partida de Capa Base, desconociéndose la calidad de materiales y calidad de ejecución".**

En esta situación no es factible descalificar la validez de las Valorizaciones y, por tanto, se considera que LA ENTIDAD debe pagar la cantidad puesta a cobro que asciende a S/212,891.55 más los intereses legales computados desde la notificación con la demanda.

2.7.5 Punto Controvertido N° 06.-

Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de la demandante de la suma de S/. 743,700.50 por concepto de gastos generales con sus respectivos intereses legales.-

2.7.6 Posición de EL CONTRATISTA.-

Sobre este asunto, EL CONTRATISTA sólo se ha limitado a hacer un enunciado en el sentido de que LA ENTIDAD le debe S/. 743,700.50, por concepto de Gastos Generales, acompañando una liquidación que justificaría este monto.

2.7.7 Posición de LA ENTIDAD.-

LA ENTIDAD niega la procedencia de esta pretensión pues no habrían existido atrasos o paralizaciones en la obra.

2.7.8 Análisis y Decisión del Tribunal.-

Si bien EL CONTRATISTA ha presentado una liquidación mencionando la existencia de Ampliaciones de Plazo aprobadas por LA ENTIDAD, señalando el número de las Resoluciones respectivas aprobatorias, el Tribunal no puede pronunciarse sobre ellas y decide que se resuelva en la etapa de liquidación del contrato con un análisis completo de la documentación existente sobre estas Ampliaciones de Plazo.

2.7.9 Puntos Controvertidos Nos. 07 y 08.-

- Determinar si procede o no, ordenar el pago a favor de la demandante de la suma de S/1'064,240.62 por concepto de Indemnización por Lucro Cesante derivado del incumplimiento del contrato.
- Determinar si procede o no, ordenar a favor de la demandante de la suma de S/1'000,000.00 por concepto de Indemnización por daño emergente derivado de la ejecución de la Carta Fianza.

2.7.10 Posición de EL CONTRATISTA.-

EL CONTRATISTA afirma que las consecuencias del accionar irregular de LA ENTIDAD, así como la persistencia injustificada de ésta en resolver en forma arbitraria e ilegal el contrato, notificando en el domicilio distinto señalado en el contrato, le ha generado daño por lo cual solicita la indemnización.

2.7.11 Posición de LA ENTIDAD.-

LA ENTIDAD señala que no cabe la indemnización por lucro cesante ya que EL CONTRATISTA no concluyó la obra con el consecuente perjuicio.

En cuanto a la Indemnización por Daño Emergente derivada de la ejecución irregular e ilegal de la carta fianza, afirma que este supuesto no se ha dado.

2.7.12 Análisis y Decisión del Tribunal.-

En la medida en que existe incumplimiento del contrato por ambas partes, no es procedente las indemnizaciones por lucro cesante solicitadas por EL CONTRATISTA.

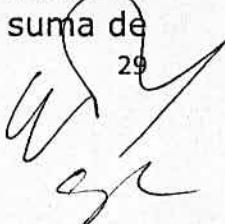
2.8 DE LA RECONVENCION.-

Primer Punto Controvertido.-

Determinar si corresponde o no, ordenar el pago a favor del Demandado de la suma de S/.5'101,734.69 por partidas de obras no ejecutadas, de conformidad con el Acta de Constatación Física e Inventario de fecha 11 de noviembre del 2009.-

2.8.1 Posición de LA ENTIDAD.-

LA ENTIDAD menciona la Carta N° 073 del 16 de octubre de 2009 en la que da respuesta al documento que le envía el CONTRATISTA referido a la falta de pago de las Valorizaciones. En dicha carta N° 073, la ENTIDAD le recuerda a EL CONTRATISTA que cuando regulariza las amortizaciones, sólo está pagando los adelantos utilizados para el fin con que fueron otorgados. Además se indica en esta carta, que el monto total de las Valorizaciones retenidas en cheque a EL CONTRATISTA, alcanza la suma de



S/.85,519.30 en tanto que EL CONTRATISTA tiene en su poder el 78.26% del monto del contrato y tan sólo acredita un avance físico del orden del 34.88% y por ello, le hace conocer que se encuentra realizando controles de calidad en el Laboratorio de Suelos de la Universidad Nacional del Altiplano.

Para LA ENTIDAD, queda claro que EL CONTRATISTA no sustenta la pretendida falta de liquidez que objeta y el retraso injustificado de la obra, con lo que demuestra que no existe incumplimiento del Contrato.

LA ENTIDAD sostiene que en mérito a la Carta Notarial N° 081 del 23 de octubre del 2009 (con la cual apercibe al CONTRATISTA bajo resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales), que tiene las facultades suficientes para verificar la obra en la ejecución y verificación del cumplimiento de la normatividad respecto de las Especificaciones Técnicas en la obra, las que deben ser cumplidas a satisfacción de LA ENTIDAD. Asimismo, agrega la ausencia del Ingeniero residente, constituyendo esto un desacato agravado, por haberse repetido en las verificaciones de los días 12 y 18 de setiembre del 2009.

LA ENTIDAD alega el contenido de la Carta 035-2009 remitida por EL CONTRATISTA, con la cual se solicita el pago de las Valorizaciones antes citadas y el Presupuesto Adicional 01.

Posteriormente, el 29 de octubre del 2009, LA ENTIDAD remite su respectiva Carta Notarial con la cual se confirma los resultados efectuados por la Universidad Nacional del Altiplano, es decir, que la Capa Base no cumple con las especificaciones técnicas según el Expediente Técnico y por lo tanto deben ser corregidas inmediatamente.

En consecuencia, LA ENTIDAD sostiene que no adeuda a EL CONTRATISTA las sumas reclamadas, quedando demostrada la maniobra del cambio de Tratamiento Superficial Bicapa por Carpeta Asfáltica en Caliente de 3 cms., lo que hubiera significado un Presupuesto Adicional N° 2

Además, señala LA ENTIDAD que el CONTRATISTA resuelve el contrato mediante Carta 041-2009 del 5 de noviembre del 2009, es decir, días después de haber tomado conocimiento de los resultados del Laboratorio de la Universidad Nacional

del Altiplano de Puno, en el que se descalifica el material y proceso constructivo de la Base.

Finalmente, LA ENTIDAD sostiene que ha efectuado la Valorización de la obra según Acta de Constatación Física e inventario del 11 de noviembre del 2009, y que los trabajos realmente ejecutados y reconocidos por LA ENTIDAD son los siguientes:

- Monto del contrato : S/10'642,406.21
- Monto ejecutado : S/ 5'540,671.44
- Diferencia no Ejecutada : S/ 5'101,734.69

2.8.2 Posición de EL CONTRATISTA.-

EL CONTRATISTA señala que la afirmación de LA ENTIDAD en lo referente a que el avance es solo del 34.88, es una posición falsa ya que según EL CONTRATISTA tiene un avance de 69%.

Se afirma que la pretensión de LA ENTIDAD es infundada, toda vez que existe un status moratorio de pago de LA ENTIDAD, lo que ha impedido el avance de la obra.

2.8.3 Análisis y Decisión del Tribunal.-

Con motivo de los actos que siguieron a la resolución del contrato por parte de LA ENTIDAD, la paralización de la obra ha sido inmediata y ésta tomó posesión de la misma. En consecuencia, las partidas que a dicha fecha no se hayan ejecutado, ya no son de responsabilidad de EL CONTRATISTA.

2.8.4 Segundo Punto Controvertido.-

Determinar si ha existido o no, atraso injustificado de la obra por parte del Contratista.-

2.8.5 Posición de LA ENTIDAD.-

31

34

LA ENTIDAD señala que el plazo contractual fue de 215 días. Las Ampliaciones de Plazo fueron por 233 días calendario, lo cual genera 448 días calendario.

Según LA ENTIDAD, el plazo real insumido entre el 27 de junio del 2008 y el 11 de noviembre del 2009, es de 503 días calendario, existiendo un atraso injustificado de obra de 215 días calendario, por cuanto la penalidad asciende a S/. 1,064,240.62, siendo el avance de obra reconocido 52.06%.

2.8.6 Posición de EL CONTRATISTA.-

Indica que no existe retraso ya que el causante del presunto atraso es LA ENTIDAD por su falta de pago.

2.8.7 Análisis y Decisión del Tribunal.-

Al haber quedado resuelto el Contrato por responsabilidad de ambas partes, no es procedente la aplicación de la penalidad por atraso injustificado en la ejecución de la obra.

2.8.8 Tercer Punto Controvertido.-

Determinar si corresponde o no, validar las comunicaciones y notificaciones efectuadas al domicilio del Contratista, sito en el Jr. Cajamarca N° 619- Oficina N° 10, Segundo Piso de la ciudad de Puno.

2.8.9 Posición de LA ENTIDAD.-

Los documentos anexados demuestran que EL CONTRATISTA ha recibido infinidad de documentos en el domicilio de Cajamarca 619, Oficina 10, Segundo Piso- Puno, y que sólo la resolución del contrato se le ha hecho fuera de su domicilio. Para ello, se acogen a la regulación establecida en el Código Civil, en mérito de la cual, se indica que cuando una persona (en este caso persona jurídica), tiene varios domicilios, se encuentra válidamente notificada cuando se cursa el diligenciamiento en cualquiera de ellos.

2.8.10 Posición de EL CONTRATISTA.-

Se advierte que existe un vicio en el procedimiento de notificación de la resolución contractual, por lo cual solicita su validación. Para EL CONTRATISTA se trata de un acto *ad solemnitatem*.

2.8.11 Análisis y Decisión del Tribunal.-

Este punto ha quedado resuelto con la decisión tomada por el Tribunal respecto al punto controvertido 2 del Demandante.

2.8.12 Cuarto Punto Controvertido.-

Definir el porcentaje de avance de la obra materia de la controversia, para lo cual se solicita la actuación de una pericia técnica y determinar si el porcentaje de avance de obra física guarda relación con las Valorizaciones presentadas por el Contratista, comparándolas con los montos pagados por la Entidad.

2.8.13 En función de la solicitud de EL CONTRATISTA para que se realice una pericia, LA ENTIDAD solicitó se incluya este punto controvertido durante la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos.

2.8.14 Posición de EL CONTRATISTA.-

Se afirma que las partidas de la obra que se dejaron de ejecutar, son el tratamiento bicapa y cuneta revestida que equivale al 31% de la obra, la misma que no se pudo ejecutar ante el reiterado incumplimiento de LA ENTIDAD y porque se resolvió el contrato por este mismo motivo. Indica que lo ejecutado es el 60% del total de la obra.

2.8.15 Análisis y Decisión del Tribunal.-

De acuerdo al Dictamen Pericial del Ing. Jaime Neyra Torres, emitido el 16 de mayo del 2011, el avance de obra es el siguiente:

Concepto	Total (S/.)	Total (%)
Monto del contrato	10'642,406.21	-
Total pagado	9'147,529.16	85.95%
Total ejecutado	7'223,196.95	67.87%

En consecuencia, el avance ejecutado por EL CONTRATISTA es de 67.87% y por lo tanto, este asunto debe resolverse en la Liquidación del Contrato, teniendo en cuenta lo analizado y dispuesto por el Tribunal en la integridad de la controversia.

2.9. Punto controvertido referido a la Acumulación de Procesos.-

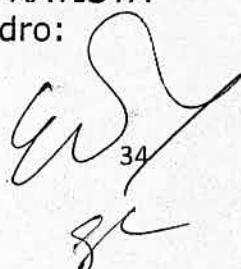
Determinar si procede o no, declarar la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por EL CONTRATISTA mediante cartas N° 041 y 043-2009/Consorcio Copacabana de fechas 02 y 16 de noviembre del 2009 y como consecuencia, la devolución por parte de éste de la suma de S/.4'594,817.86 más los intereses correspondientes.

El Tribunal reitera que la primera parte de este punto ya ha sido resuelto con el punto controvertido N° 13 de LA ENTIDAD, que declara fundada la nulidad de la resolución del contrato dispuesta por EL CONTRATISTA.

En lo que respecta a la segunda parte del punto controvertido, en el sentido de que LA ENTIDAD solicita la devolución de S/.4'594,817.86 más los intereses correspondientes, según el informe del perito del 16 de mayo del 2011, (página 18) se establece que EL CONTRATISTA ha cobrado la suma de S/.9'147,529.16 de acuerdo a lo siguiente:

Concepto	Total S/.
Adelanto Directo	2'128,481.24
Adelanto Materiales	4'256,962.40
Valorizaciones N° 1 a N° 5	2'762,529.16
Total	9'147,529.16

Asimismo, según el perito lo ejecutado por EL CONTRATISTA ha sido S/.7'223,196.95, de acuerdo al siguiente cuadro:



34
gj

Concepto	Total (S/.)	Total (%)
Monto del contrato	10'642,406.21	-
Total pagado	9'147,529.16	85.95%
Total ejecutado	7'223,196.95	67.87%

En consecuencia, EL CONTRATISTA debe devolver a LA ENTIDAD el monto que resulte de la Liquidación Final del Contrato, tomando en consideración lo dispuesto en este Laudo, con los intereses legales correspondientes.

2.10 Punto Controvertido en común.-

El pago de los gastos y costas del proceso deben ser asumidos en proporciones iguales por las partes.

III PARTE RESOLUTIVA.-

Por lo expuesto, el Tribunal por mayoría resuelve los puntos controvertidos en la forma siguiente:

PRIMERO: Puntos Controvertidos N° 01 y 02 de la parte demandante.-

- a) Se DECLARA INFUNDADA la pretensión de EL CONTRATISTA para que se declare válida la resolución del Contrato de Obra N° 002-2008-GRP "Mejoramiento Carretera Yunguyo-Copani-Zepita (Asfalto Bicapa – Tramo I Yunguyo – COPANI- 00+000 al Km. 18+000) decidida por su parte, con la carta notarial 041-2009 notificada el 5 de noviembre del 2009.
- b) Se DECLARA FUNDADA la pretensión de EL CONTRATISTA para que se declare nula y sin efecto legal, la resolución del mencionado Contrato decidida por LA ENTIDAD, según la carta notarial N° 095 del 6 de noviembre del 2009.

SEGUNDO.- Punto Controvertido N° 13 de la Demandada.-

Se DECLARA FUNDADA la pretensión de LA ENTIDAD, para que se tenga como nula la resolución del Contrato antes referido y que fuera decidida por EL CONTRATISTA, mediante la carta notarial N° 041-2009 Consorcio Copacabana del 2 de noviembre del 2009 y que fue notificada el día 5 del mismo mes y año.

TERCERO.- Punto Controvertido N° 04.- SE DISPONE que la pretensión de EL CONTRATISTA para que LA ENTIDAD reconozca el importe de S/.1'058,569.00 por concepto del Adicional N° 01 con sus respectivos intereses legales, se resuelva en la etapa de liquidación del contrato con un análisis completo de la documentación existente sobre el referido Presupuesto Adicional.

CUARTO.- Punto Controvertido N° 05.- SE DECLARA FUNDADA la pretensión de EL CONTRATISTA y se ordena que LA ENTIDAD le reconozca la suma de S/.212,891.55 por concepto de las Valorizaciones Nos. 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 con sus respectivos intereses legales, computados desde la notificación con la demanda, debiendo descontar este monto del importe que resulte cuando se efectúe la Liquidación Final del Contrato.

QUINTO.- Punto Controvertido N° 06.- SE DISPONE que lo relativo a la pretensión de EL CONTRATISTA para que LA ENTIDAD le abone la suma de S/.743,700.50 por concepto de gastos generales se resuelva en la etapa de liquidación del contrato con un análisis completo de la documentación existente.

SEXTO.- Puntos Controvertidos Nos. 07 y 08.- Se DECLARA INFUNDADA la pretensión de EL CONTRATISTA para que LA ENTIDAD le pague S/. 1'064,240.62 como indemnización por lucro cesante, ya que ninguna de las partes ha cumplido a cabalidad el Contrato. Asimismo, **SE DECLARA INFUNDADA** la pretensión de EL CONTRATISTA para que se le pague la suma de S/.1'000,000 por concepto de Indemnización por daño emergente derivado de la ejecución de la Carta Fianza.

SETIMO.- Punto Controvertido N° 01 de la Reconvención.- SE DECLARA INFUNDADA la pretensión de LA ENTIDAD, teniendo en cuenta que, con motivo de los actos que siguieron a la resolución del Contrato decidida y ejecutada defectuosamente por LA ENTIDAD, ésta paralizó la obra y tomó posesión de ella. En consecuencia, las

partidas no ejecutadas a partir de ese momento no son de responsabilidad de EL CONTRATISTA.

OCTAVO.- Punto Controvertido N° 02 de la Reconvención.- SE DECLARA INFUNDADA la pretensión de LA ENTIDAD, pues el Contrato se ha extinguido por responsabilidad de ambas partes.

NOVENO - Punto Controvertido N° 03 de la Reconvención.- SE DECLARA INFUNDADA la pretensión de LA ENTIDAD, para que se determine si corresponde validar las comunicaciones y notificaciones efectuadas al domicilio de EL CONTRATISTA sito en el Jr. Cajamarca N° 619 – Oficina 10, Segundo Piso, en la ciudad de Puno, conforme a lo dispuesto en el punto controvertido N° 2 de EL CONTRATISTA.

DECIMO.- Punto Controvertido N° 04 de la Reconvención.- SE DECLARA que este asunto debe resolverse en la Liquidación del Contrato teniendo en cuenta lo analizado y dispuesto por el Tribunal en la integridad de la controversia.

DECIMO PRIMERO.- Punto Controvertido de la Acumulación de Procesos.- SE DECLARA que el Tribunal ya ha resuelto la pretensión de LA ENTIDAD en lo referente a la nulidad de la resolución del Contrato dispuesta por EL CONTRATISTA (Punto Controvertido 13); y en lo que respecta a la devolución por parte de EL CONTRATISTA de la suma de S/.4'594,817.86, el monto que corresponda devolver será el que resulte de la Liquidación Final del Contrato, tomando en consideración lo dispuesto en este Laudo.

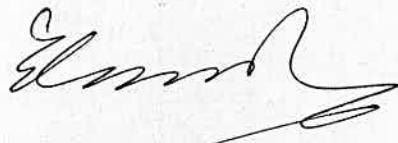
DECIMO SEGUNDO.- Punto Controvertido N° 03 del Demandante.- Debido a que ninguna de las dos partes ha cumplido debidamente con los términos del Contrato y han efectuado resoluciones defectuosas de éste, el Tribunal estima que se ha producido el quebrantamiento de la resolución del vínculo contractual por ambas partes. Siendo ello así, se debe entender que existe una responsabilidad recíproca. Por ello, no es procedente ejecutar la Carta Fianza que representa la garantía de fiel cumplimiento del Contrato.

- a) En cuanto a las garantías por la devolución de los adelantos directo y para materiales, el Tribunal dispone que deben continuar vigentes hasta que, producida la

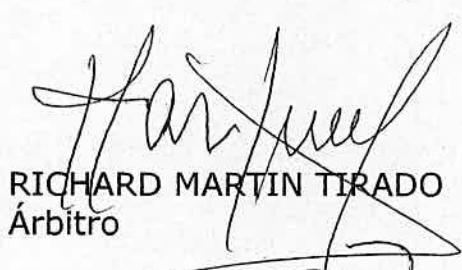
liquidación del contrato, EL CONTRATISTA proceda a devolver a LA ENTIDAD, con intereses legales la suma que resulte aplicable, después de deducir las montos reconocidos a su favor, según lo resuelto para los puntos controvertidos Nos. 4, 5 y 6 y el monto deducido por LA ENTIDAD sobre las valorizaciones ya canceladas. En caso de no hacerlo, LA ENTIDAD podrá ejecutar las Cartas Fianzas antes mencionadas.

- b)** Se deja sin efecto la Medida Cautelar decretada por el Tribunal por Resolución N° 01 del Cuaderno Cautelar.

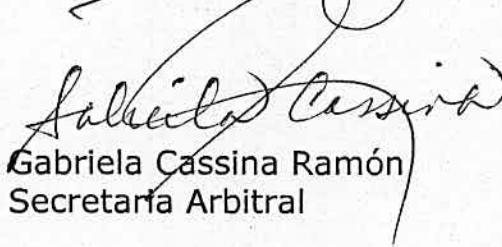
DECIMO TERCERO.- Punto Controvertido Común.- SE DECLARA
que cada parte debe asumir las costas y costos que les hayan irrogado sus defensas en esta controversia.



EMILIO CASSINA RIVAS
Presidente



RICHARD MARTIN TIRADO
Árbitro



Gabriela Cassina Ramón
Secretaria Arbitral

Nota: El Ing. Gumerindo Hermilio Málaga Amable ha emitido un voto singular, cuyo contenido se incluye como Anexo.