

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

**PARTES: FERNANDO TABOADA R. CONTRATISTAS GENERALES S.A
(DEMANDANTE)**

GOBIERNO REGIONAL DE HUANUCO (DEMANDADA)

TRIBUNAL ARBITRAL:

- MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ (PRESIDENTE)
- RAMIRO RIVERA REYES
- HILTHER PAUL BERNARDO SALVADOR

En la Ciudad de Lima, con fecha 17 de Julio del 2014, en la Sede Arbitral, ubicada en Av. Arequipa N° 1295 Oficina 601, Santa Beatriz, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por el Doctor Mario Manuel Silva López, quien lo preside y los Doctores Árbitros Ramiro Rivera Reyes y Hilther Paul Bernardo Salvador, a efectos de emitir el siguiente Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral iniciado por FERNANDO TABOADA R. CONTRATISTAS GENERALES S.A contra el GOBIERNO REGIONAL DE HUÁNUCO.

RESOLUCIÓN N° 22

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 07 de Marzo del 2012, Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A (en adelante EL CONTRATISTA) suscribió con el Gobierno Regional de Huánuco (en adelante LA ENTIDAD) el Contrato de Ejecución de Obra N° 288-2012-GRH/PR (en adelante EL CONTRATO) para la ejecución de la Obra **"Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema Vial de Caminos Vecinales del Distrito de Margos, Provincia de Huánuco - Huánuco"**.

A través de la Cláusula Décimo Primera de EL CONTRATO pactaron la CLÁUSULA ARBITRAL, a través de la cual señalaron lo siguiente:

11.1 Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 14 de Junio del 2013, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral conformado por los Doctores Mario Manuel Silva López (Presidente) y Hilther Paul Bernardo Salvador (Árbitro), quienes declararon haber sido debidamente designados de conformidad con el convenio arbitral previsto por las partes, señalando que no tenían ninguna incompatibilidad ni compromiso con las mismas y obligándose a desempeñar con imparcialidad, independencia y probidad su labor. Así mismo, en dicha diligencia se dejó constancia de la inasistencia del Doctor Ramiro Rivera Reyes (Árbitro) por motivos de fuerza mayor.

En esta diligencia se fijaron las reglas del presente proceso, estableciendo que éste arbitraje es Ad hoc, Nacional y de Derecho; ratificando los árbitros su aceptación al cargo, dejaron constancia de que no están sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos ni circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia que les obligara a inhibirse por haber mantenido compromiso alguno con las partes, o con los respectivos abogados, obligándose a actuar con imparcialidad, probidad e independencia, y expresando así las partes no tener cuestionamiento alguno respecto de los árbitros intervinientes, por lo que se entendió que el Demandante y el Demandado dieron su conformidad a las disposiciones contenidas en dicha acta.

Asimismo en dicha audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría del proceso al abogado Mayckol Ernesto Beteta Díaz, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Av. Arequipa N° 1295 Oficina 601, Santa Beatriz, provincia y departamento de Lima.

3. HECHOS DEL CASO

En el presente acápite, el Tribunal Arbitral procederá a describir los hechos del caso. Estos hechos se relatarán teniendo en consideración lo señalado por las partes a lo largo del presente proceso, así como teniendo en cuenta los medios probatorios ofrecidos por las mismas.

En tal sentido, su inclusión en esta sección no significa el reconocimiento de la veracidad de los mismos, aspecto éste que será recién evaluado en la parte considerativa del presente Laudo:

3.1.- DE LA DEMANDA DEL CONTRATISTA:

Que con fecha 09.07.13, la empresa Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A, presentó ante la Secretaría del Tribunal el documento sumillado "Interponemos Demanda Arbitral", a través del cual señalo lo siguiente:

PETITORIO DE LA DEMANDA

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL:

- A) Que, el Tribunal declare que no existió incumplimiento del Contrato N° 228-2012-GRH/PR por parte de Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. al no haber subcontratado al Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L.-Rumitai S.A.C.

EL CONTRATISTA argumenta sus pretensiones de la siguiente manera:

A efectos de determinar si se ha configurado un incumplimiento en la ejecución del contrato, es preciso demostrar que efectivamente el documento que ha sido presentado como contrato por parte del **CONSORCIO SERVICIOS E INVERSIONES W y S ALVARADO S.R.L. - RUMITAI S.A.C.** ante la Entidad, fue ejecutado en los términos que en él se indican, tomando para ello en consideración las declaraciones que sobre dicho aspecto realiza el Supervisor de Obra. Es decir para que la subcontratación prohibida que la Entidad considera que mi representada realizó ésta debió necesariamente haber contratado a un tercero para que realice obras vinculadas directamente con la ejecución del objeto del contrato.

Así debe indicarse que el documento presentado por el Consorcio señalado fue únicamente un borrador, un pre acuerdo si se quiere, modificado a uno de alquiler de maquinarias. El "subcontrato" no se ejecutó conforme a las cláusulas establecidas en el mismo, ni salió de la esfera privada de las partes, lo que existió fué un contrato de alquiler de maquinarias, el cual lógicamente no se encontraba prohibido.

Asimismo debemos manifestar que la prestación ejecutada por el Consorcio nunca estuvo dirigida a la ejecución de las partidas, sino más bien al **ALQUILER DE MAQUINARIAS** necesarias para el cumplimiento del contrato suscrito entre mi representada y el Gobierno Regional de Huánuco; lo cual como es de conocimiento no constituye una subcontratación; siendo que siempre fue el demandante quien estuvo a cargo de la ejecución de la obra.

En efecto, a partir de coordinaciones realizadas con la Gerencia de Administración de la Entidad se contempló la posibilidad de un subcontrato, siendo ello autorizado de palabra con la Entidad pero no concretado por escrito, razón por la cual mi representada decidió no ejecutar dicho acuerdo verbal.

En tal sentido, debe considerarse que mediante Informe N° 015-2012-GRH-GRI-SGSL/ING.JMCH/M.O, el ingeniero Walter Nestarés Polanco indica *"ni el contratista ni el sub contratista comunicaron al supervisor sobre este contrato de prestación de servicio entre ambas empresas, por este desconocimiento la supervisión NO PUDO DAR CUMPLIMIENTO a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...)"*

Al respecto, es preciso indicar que según el artículo 193° del Reglamento de Contrataciones del Estado es el supervisor *"(...) quien será responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato (...) su actuación debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo"*.

De lo dicho en el artículo citado, se desprende que el supervisor se encuentra de manera permanente en el lugar donde se ejecuta la obra, por lo que de haber ocurrido un hecho como el denunciado éste hubiese tomado conocimiento del mismo y comunicado inmediatamente a la Entidad, situación que no sucedió en el presente caso debido a que siempre fue mi representada quien estuvo a cargo de la ejecución de la obra objeto del contrato suscrito con el Gobierno Regional de Huánuco.

Asimismo señalamos que en el supuesto negado que el borrador de la subcontratación no hubiera sido tal y esta se hubiera llevado a cabo, el Consorcio se hubiera visto en la obligación de cumplir con la entrega de la garantía señalada en la cláusula quinta del contrato de prestación de servicios como garantía mobiliaria por el adelanto, consistiendo dicha garantía en los siguientes equipos:

- Moto niveladora Caterpillar Modelo 120K, con motor Caterpillar, Modelo C7 potencia 125 a 145 HP, peso de operación 13,023.00 Kg., año 2011, la cual declara que es de su propiedad presentando Factura 012 N° 0067309.
- Rodillo vibratorio marca Caterpillar modelo CS533E, motor diesel modelo 3054C, Potencia Neta 125 HP de 2200 RPM. La cual declara que es de su propiedad presentando la factura 012 N° 0065113.

Respecto de ello debe indicarse que el Consorcio nunca otorgó la garantía mobiliaria a la que se refiere la citada cláusula, puesto que al no existir subcontratación alguna éste no se encontraba obligado a cumplir con dicha garantía.

Así, de lo hasta ahora expuesto se desprende que frente al contrato de prestación de servicios presentado por el Consorcio, debe tomarse en consideración lo manifestado por el Supervisor de la obra en el informe antes referido en el que al indicar que nunca tomó conocimiento de la existencia de un subcontrato avala lo

señalado por nuestra empresa, esto es, que es mi representada quien estaba a cargo de la ejecución de la obra y no el Consorcio, siendo que las obligaciones a su cargo se limitaron al alquiler de maquinarias.

En el mismo sentido debemos señalar que si a pesar de lo manifestado por mi representada, el Tribunal Arbitral mantendría la duda sobre el incumplimiento o no del contrato suscrito con la Entidad a partir de la negada subcontratación tomando en cuenta la existencia de medios probatorios que podrían entenderse como contradictorios, como lo son, el Informe citado emitido por la Supervisión y el supuesto contrato presentado por el Consorcio, el colegiado debe considerar que ante la falta de convicción sobre la comisión de un hecho por parte del imputado, debe considerarse la ausencia del mismo.

Siguiendo con lo expuesto manifestamos que lo señalado en el párrafo anterior no es otra cosa que la presunción de inocencia con el que cuenta el imputado y que solo puede romperse si la comisión de los delitos o infracciones que se alegan cometió pueden ser demostradas, por lo que en caso de duda u conflicto que no se pueda verificar de modo indubitable se deberá interpretar de modo más favorable a quien se le imputa la comisión del hecho.

Asimismo debemos señalar que la Entidad; a partir de la comunicación recibida por el Consorcio; ha considerado que se incumplió el contrato a partir de la supuesta subcontratación, sin embargo este hecho más allá de suposiciones o pareceres no ha podido ser demostrado, y siendo que, es precisamente quien alega la existencia de un hecho quien debe probar su existencia, la Entidad en este caso no ha probado tal hecho.

En igual sentido manifestamos que la doctrina ha señalado que la prueba, en Derecho; la cual debe ser clara y convincente; es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos en la Ley.

Así también la doctrina es clara al señalar que la prueba recae sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo.

En igual sentido ROXIN define la prueba como "el medio u objeto que proporciona al Juez el convencimiento de la existencia de un hecho".

Asimismo, señalamos que de acuerdo al artículo 196° del Código Procesal Civil:

"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 el mismo orden el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en relación al EXP. N° 8207-2006-PA/TC, indica que:

"Es principio rector en el Derecho que quien alega un hecho debe probarlo"

Así entonces, resulta claro que toda duda debe resolverse a favor del procesado, siempre y cuando no haya modo de eliminarla, en ese sentido los juzgadores en caso de encontrarse frente a vacíos, lagunas o dubitaciones que involucren las consideraciones probatorias deben resolver a favor del procesado, limitando la referida decisión a lo actuado a lo largo del proceso.

El precepto universal de resolver las dudas que aparecen en el juicio, a favor del procesado no solo debe aplicarse de manera exclusiva y excluyente al momento de expedirse la sentencia, también debe aplicarse en cualquier estadio procesal, de tal forma que el juzgador al observar en la cadena probatoria que no encuentra certeza acabada de la existencia de responsabilidad atribuida al imputado, ya sea porque aparecen motivos divergentes que disminuyen la probabilidad, por ejemplo la existencia de lagunas, insuficiencias demostrativas, declaraciones o medios probatorios contradictorios, en definitiva las referidas condiciones están muy distante de la certeza y de la prueba plena como parte del Principio Constitucional del Debido Proceso.

Así entonces, frente a la evidencia de expresiones indiciarias divergentes o antagónicas que se refieren a un mismo aspecto esencial o principal de la conducta investigada, nos encontramos frente al surgimiento de la contradicción, la duda, lo cual al no poderse resolver objetiva y racionalmente a favor de la cohesión indiciaria deberá resolverse a favor del Contratista.

La Corte Suprema de la República, a través de diversas ejecutorias supremas ha concluido que: " La prueba es un medio u objeto que proporciona al juzgador el convencimiento de la existencia de un hecho; la cual sirve para acreditar un hecho desconocido y crear la convicción o certeza que tal medio u objeto produce en la mente del Juez; sin la existencia de la prueba no es posible dictar resolución judicial que afecte el entorno jurídico de las partes, sobre todo del imputado"

Siendo entonces que el principio señalado resulta ser una garantía que tiene el sujeto a quien se le imputa un cargo, este debe ser considerando en cualquier proceso sea judicial, administrativo o arbitral, o inclusive que el imputado sea persona natural dado que la existencia de dicho principio tiene por finalidad que no

existan condenas si el delito o infracción imputada no ha sido plenamente probado plenamente, caso contrario dicha condena no solo sería arbitraria e ilegal sino que nos encontraríamos en un escenario donde bastaría con señalar responsabilidad e intentar probarlas o probarlas tibiamente para lograr la condena del supuesto infractor.

PRETENSION SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL:

Respecto a la presente pretensión debemos señalar que si el Tribunal luego de realizar el análisis respectivo a la luz de medios probatorios concluye que si existió un subcontrato entre mi representada y el Consorcio solicitamos que analice y determine si este llegó a ejecutarse, puesto que si en el supuesto negado existiera un subcontrato lo relevante del mismo no sería su mera existencia sino la ejecución del mismo dado que si nunca llegó a ejecutarse no podría existir lógicamente un incumplimiento en el contrato de ejecución de obras suscrito con la Entidad.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL:

En el Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ de fecha 04.02.13 emitido por el Director Regional de Asesoría Jurídica, éste señala que mi representada suscribió un Contrato de Prestación de Servicios con el Consorcio, por lo que al no contar con autorización de la Entidad para subcontratar, este habría infringido la normativa de contrataciones.

Lo señalado en el documento en cuestión significaría que mi representada incumplió el contrato de ejecución de obras suscrito con la Entidad, dado que como se afirma en el informe en cuestión existió una subcontratación no autorizada por el demandado, siendo así y dado que como hemos ya señalado no existió tal subcontrato el contenido de dicho informe no se ajustaría a los hechos por lo que debe ser declarado nulo y/o ineficaz.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL:

Considerando los fundamentos expuestos que demuestran que mi representada no subcontrató y por tanto no existió incumplimiento en la ejecución del contrato suscrito, el Tribunal debe declarar fundada la presente pretensión, señalando que corresponde a la Entidad asumir el pago de las costas y costos del presente arbitraje

3.2. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contradicción a la primera pretensión:

1. Que, el demandante sostiene como primera pretensión principal: *se declare que no existió incumplimiento del Contrato N° 228-2012-GRH/PR por parte de Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. al no haber subcontratado al Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L. Rumitai S.A.C.*

2. Que, sin embargo, líneas más adelante sostiene que con fecha 14 de Agosto del 2012 ha celebrado el Contrato de Dirección Técnica, Suministro y Prestación de Servicios con el Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L. Rumitai S.A.C.
3. En el ámbito del derecho probatorio se tiene la figura de la *declaración asimilada*, figura legal por el cual las afirmaciones contenidas en las actuaciones procesales o escritos de las partes se tiene como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo.
4. En el caso de autos, el demandante expresamente está reconociendo que efectivamente ha celebrado un contrato con el Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L. Rumitai S.A.C. con lo que queda acreditado que efectivamente ha subcontratado las prestaciones que estaban a su cargo. Es más en el propio escrito de demanda sostiene de manera contradictoria, temeraria y tratando de soliviantar las cosas que "...el documento presentado por el Consorcio señalado fue únicamente un borrador, un pre acuerdo si se quiere, modificado a uno de alquiler de maquinarias". Línea seguido sostiene: "El subcontrato no se ejecutó conforme a las cláusulas establecidas en el mismo ni salió de la esfera privada de las partes, lo que existió fue un contrato de alquiler de maquinarias..."
5. Tal como fácilmente se puede colegir, el demandante con artilugios pretende disfrazar la real situación de los hechos, tergiversando y tratando de encubrir una subcontratación denunciado por la propia parte con quien en su momento ha subcontratado, para ahora pretender hacer ver que se trató de un simple contrato de alquiler de maquinarias, incluso en inconsistencia lógica señala que en todo caso si se trató de una subcontratación este no habría salido de la esfera privada de las partes. Es decir, por un lado afirma que solo fue un contrato de alquiler de maquinarias y por otro lado afirma que si es una subcontratación, pero que no salió de la esfera privada de las partes.

Contradicción a la pretensión subordinada:

6. Que, para tratar de ocultar la subcontratación el demandante formula su pretensión subordinada y señala que habiendo existido la subcontratación esta no se ejecutó; es decir, al final acepta que si hubo subcontratación, pero ahora alega que este no se ejecutó.
7. Es principio general del derecho probatorio que quien afirma hechos debe probarlos, en el presente caso, el demandante en los recaudos que anexa en ninguno de ellos ha adjuntado el acuerdo de subcontratación, así también no tiene como probar que supuestamente no se ha ejecutado la subcontratación.

8. En su creencia de que está probando sus pretensiones el demandante ha adjuntado el Informe N° 015-2012-GRH-GRI-SGSL/ING. JMCH/M.O de fecha 26 de noviembre del 2012. De dicho documento se desprende que efectivamente el demandante ha subcontratado, en efecto, literalmente la Monitor de obra señala: "**La paralización de los trabajos en el tramo I de la obra en referencia (1), según se verificó en la visita de campo el día jueves 22 de noviembre del 2012 por mi persona en calidad de monitor de obra, además de debe tener en cuenta del documento de la referencia (5), donde indica que la empresa sub contratante informa a la entidad sobre la paralización de tramo contratado en este caso el Tramo I: PAMPAS – YACUS (24.67 Km), por incumplimiento en sus obligaciones contractuales de pago.**" (Resaltado y subrayado agregado).
9. Es decir, con el propio medio probatorio presentado por el accionante se tiene acreditado y contradicho lo que viene sosteniendo; pues, queda demostrado que si se ha ejecutado la obra por el subcontratista y que si este último ha dejado de realizar la prestación correspondiente, fue porque el ahora demandante estaba incumpliendo con los pagos.

Contradicción a la segunda pretensión principal:

10. Que, el demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ de fecha 04 de febrero del 2013 emitido por el Director Regional de Asesoría Jurídica.
11. Que, el demandante no tiene en cuenta que dicho informe por principio en el presente expediente no tiene existencia, pues no se encuentra aparejado en el escrito de demanda como anexo. Es decir, hasta este momento está pidiendo se declare nulo y/o ineficaz un documento inexistente en el proceso, por lo que liminarmente es improcedente por improbanza de la pretensión.
12. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, ingresando al ámbito jurídico, un informe no puede constituir un acto jurídico, pues no tiene las cualidades de ejecutividad y ejecutoriedad. Es un mero pronunciamiento interno de la Entidad, que de ninguna manera es una decisión definitiva, toda vez que tan solo el Titular del Pliego puede o no acoger la recomendación y finalmente materializarlo en un acto administrativo.
13. En tal sentido, la pretensión del demandante es un imposible jurídico, que de ninguna manera puede ser acogido positivamente por el Tribunal Arbitral, lo que en definitiva lleva a que inexorablemente sea declarado improcedente de plano.

Contradicción a la tercera pretensión principal:

Que, en lo que respecta a los costos y costas del proceso arbitral, esta debe ser resuelto teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 73° del Decreto Legislativo N° 1071; toda vez que el Tribunal Arbitral tendrá que evaluar la distribución y

prorratio en función al principio de razonabilidad y sobre la base de los hechos que objetivamente viene apreciando. Así, en el presente caso, está más que claro que el demandante tan solo está usando el arbitraje como instrumento para escudarse frente al ilícito administrativo que ha cometido y que definitivamente va a tener que ser sancionado por el organismo administrativo competente. En tal sentido, proceder de este tipo que colisionado con la buena fe, implica que los costos

4. DEL PROCESO ARBITRAL

Mediante Resolución N° 07 de fecha 23 de setiembre del 2013 y conforme a los argumentos vertidos en la misma, el presente Tribunal Arbitral procedió a fijar los puntos controvertidos otorgándoles a las partes un plazo de cinco días a fin de que expresen su conformidad por lo que una vez vencido dicho plazo y no habiendo cuestionamiento por la Demandante y Demandada, el presente Colegiado tuvo por fijados los puntos controvertidos en los términos siguientes:

SANEAMIENTO:

En este acto quedó establecido que la Excepción de Incompetencia presentada por la DEMANDADA en su escrito de Contestación de Demanda, sería resuelto por el Tribunal Arbitral al momento de Laudar.

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que no existió incumplimiento del Contrato N° 228-2012-GRH/PR por parte de Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. al no haber subcontratado al Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L-Rumitai S.A.C.

Segundo punto controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar que en caso no se declare fundada la primera pretensión principal, se declare que si en caso existió el subcontrato, éste no se ejecutó.

Tercer punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ de fecha 04.02.13 emitido por el Director Regional de Asesoría Jurídica.

ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Asimismo, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

DE LA CONTRATISTA

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en la demanda, presentados mediante Escrito N° 01 el 09 de Julio del 2013 y que se encuentran identificados como Anexos N° 2, 3 y 4; el medio probatorio ofrecido mediante escrito N° 06, presentado el 23 de enero del 2014 y que se encuentra identificado como Anexo N° 1; los medios probatorios ofrecidos mediante escrito N° 08, presentados el 22 de abril del 2014 y que se encuentran identificados como Anexos N° 1,2,3,4,5,6,7,8,9,10 y 11; y los medios

Caso Arbitral: Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. – Gobierno Regional de Huánuco.
Contrato de Obra derivado del Contrato N° 228-2012-GRH/PR: "Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema Vial de Caminos Vecinales del Distrito de Margos, Provincia de Huánuco - Huánuco".

probatorios ofrecidos mediante escrito N° 10, presentados el 16 de Mayo del 2014 y que se encuentran identificados como Anexos N° 1,2,3 y 4.

DE LA ENTIDAD

Se admiten los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda presentado el 21 de Agosto de 2013, y que se encuentran identificados en el Acápite III de la sección "Medios Probatorios".

CIERRE DE ETAPA PROBATORIA

De otro lado, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 13, de fecha 24 de enero del 2014, declaró concluida la etapa probatoria y otorgó a las partes cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos y además estableció fecha para los informes orales.

AUDIENCIAS

- Mediante Resolución N° 07, de fecha 23 de setiembre del 2013, el Tribunal Arbitral fijó los puntos controvertidos y admitió los medios probatorios presentados por el Contratista y la Entidad.
- El día 11 de Abril de 2014, se llevó adelante la audiencia de informes orales; con la asistencia del representante de LA CONTRATISTA y la representante de LA ENTIDAD. Se le otorgó al representante de LA CONTRATISTA un plazo de 10 minutos para que exponga sus alegatos. Asimismo, se le otorgó al representante de LA ENTIDAD un plazo de 10 minutos para que exponga oralmente sus alegatos. Asimismo, el Tribunal otorgó a ambas partes el derecho de réplica y duplica por el lapso de cinco minutos y luego el Tribunal formularon una ronda de preguntas las cuales fueron absueltas por los representantes indicados.
- A través de la Resolución N° 19, de fecha 25 de Abril de 2013, se estableció el plazo para laudar en 30 días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, prorrogable de estimarlo así el Tribunal Arbitral por treinta (30) días hábiles adicionales. Luego de su expedición la Secretaría contará con cinco (05) días adicionales para notificar el Laudo a las partes.
- A través de la Resolución N° 20, de fecha 21 de Mayo del 2014, se admitió como medios probatorios de oficio los documentos presentados por el Contratista.
- Mediante Resolución N° 21, de fecha 11 de Junio del 2014, se prorrogó el plazo para laudar por veinte (20) días hábiles adicionales que se contarían a partir del día siguiente de la notificación de dicha resolución.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo dispuesto.

III. CONSIDERANDO:

III.1. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral ANTES transcrito a solicitud del CONTRATISTA.
2. En ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del presente proceso.
3. Que la demanda fue presentada dentro del plazo correspondiente y de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
4. Que LA ENTIDAD presentó la contestación de la demanda en el plazo correspondiente.
5. Este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
6. Respecto a las normas aplicables a EL CONTRATO, éste mismo estableció en su Cláusula primera que el presente Contrato está regido por el Decreto Legislativo N° 1017 Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
7. En virtud del convenio arbitral contenido en la cláusula Décimo Primera del Contrato N° 228-2012-GRH/PR suscrito el 07 de marzo del 2012 y en aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado normado por el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el presente arbitraje será **AD HOC, NACIONAL** y de **DERECHO**.
8. El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil estipula que los jueces – léase árbitros – no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.
9. Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador – léase árbitros – respecto de los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la misma, entre otros.

10. 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 tomada en cuenta para la decisión.

SOBRE LA EXCEPCIÓN

El punto controvertido que debe resolver el Tribunal es el siguiente:

- 1.- Determinar si corresponde o no, declarar fundada la excepción de incompetencia deducida por el Gobierno Regional de Huánuco.

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

Posición de la Entidad:

Que, en el presente caso, resulta claramente demostrable por la sola naturaleza del conflicto, que esta controversia no es de competencia de un Tribunal Arbitral, toda vez que este no puede imponer sanciones previa calificación de conductas contraventoras.

En efecto, en el presente caso, tal como ya se tiene expuesto ni siquiera existe un acto administrativo con el cual se le sanciona al demandante por haber subcontratado, sino tan solo una opinión legal emitido con el Informe N° 130-213-GRH/ORAJ de fecha 04 de febrero del 2013 por el Director Regional de Asesoría Jurídica.

En tal sentido, no existe un pronunciamiento formal y actual acerca del Contrato para la Ejecución de la Obra: "Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema Vial de Caminos Vecinales del Distrito de Margos, Provincia de Huánuco – Huánuco N° 226-2012-GRH/PR de fecha 07 de marzo del 2012.

En efecto, a la fecha la Entidad no tiene un pronunciamiento acerca del contrato en mención, es decir requerimientos de cumplimiento estricto del contrato ni mucho menos resolución del mismo. Lo único que se tiene es una probable sanción al demandante.

Al respecto, siendo que existe una probable sanción al demandante esta situación de ninguna manera es de competencia de un Tribunal Arbitral, pues esta no tiene facultades sancionatorias ni disciplinarias, tan solo su competencia abarca a las cuestiones propiamente contractuales, es decir, a los conflictos que surgen de la relación jurídica contractual, más no es competente para calificar conductas y a partir de ellas aplicar sanciones.

En efecto, conforme al Art. 235° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF se tiene literalmente:

Artículo 235°.- Potestad sancionadora del Tribunal

La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, o sanción económica, a que se contraen los artículos 51° y 52° de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal

Ahora, conforme a los hechos la conducta imputada al demandante es la tipificada en el literal g) del Artículo 237°, esto es, conforme al dispositivo legal se tiene que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que **REALICEN SUBCONTRATACIÓN SIN AUTORIZACIÓN DE LA ENTIDAD O POR UN PORCENTAJE MAYOR AL PERMITIVO EN EL REGLAMENTO.**

En el presente caso las pretensiones del demandante giran estrictamente a que se declare que no ha existido subcontratación y que en todo caso de haber existido este no se habría ejecutado.

En tal sentido, el caso materia de controversia precisa de actos de investigación con el cual se llegue a la determinación de si hubo o no subcontratación y en su caso, como dice el demandante, se concluya que no se ejecutó la subcontratación.

Tales cuestiones de hecho definitivamente nos llevan a la persuasión de que estando frente a conductas calificados como infracción administrativa, estas definitivamente no son de competencia del Tribunal Arbitral pues esta no tiene competencia para calificar conductas y menos imponer sanciones, en este caso, administrativas.

Posición del Contratista:

El Contratista manifiesta lo siguiente:

Que, respecto a lo referido por la demandada, debemos señalar que de nuestro escrito de demanda puede perfectamente comprobarse que no se ha solicitado que el colegiado imponga, modifique o levante sanción alguna puesto que como es de conocimiento el ius puniendi en materia de contrataciones ha sido delegado por ley al Tribunal de Contrataciones del Estado, razón por lo cual afirmar lo contrario resultaría un total sin sentido pues la potestad sancionadora no es materia arbitrable.

La demandada ha señalado que la inexistencia de un acto administrativo que sanciona a mi representada por la supuesta "subcontratación", pues afirman que solo se ha emitido opinión legal en el Informe N° 130-2013-GRH-ORAJ de fecha 04 de Febrero del 2013 por el Director Regional de Asesoría Jurídica, documento calificado en sus descargos como "mero pronunciamiento interno", ante ello debemos recordar que las controversias analizadas en el presente arbitraje versan sobre el supuesto

incumplimiento contractual por parte de mi representada señalado por el Gobierno Regional de Huánuco en el informe en cuestión.

Debe considerarse que el Informe implicó el inicio de un procedimiento sancionador a mi representada ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, lo cual ha afectado directamente la esfera jurídica del contratista, pues este informe indica un incumplimiento (la subcontratación sin autorización) respecto al contrato N° 288-2012-GRH/PR de fecha 03 de Marzo de 2012 y que no es necesario que exista o se defina que un pronunciamiento de la parte publica constituya un acto administrativo, de acuerdo a la normativa basta solo que se deduzca una controversia ya sea por opinión o acto de administración interna o administrativo o meros actos de coordinación.

En el mismo orden, señalamos que doctrinariamente el acto administrativo es definido como "acto unilateral de la administración pública que produce efectos jurídicos individuales o individualizables de modo directo". Además la ley de procedimiento administrativo general – Ley N° 27444 no señala que un acto administrativo solo pueda ser dado por una resolución, por lo que podría estar contenido dentro de un informe, a condición de que dicho acto cumpla con todas las características admitidas por doctrina. El Informe N° 130-2013-GR/ORAJ fue a) un acto unilateral de Asesoría Jurídica (Administración Publica), ha producido efectos individuales en tanto que dicho informe recomienda que se remita al Tribunal de Contrataciones el supuesto caso de "subcontratación" que constituiría un incumplimiento y alterando nuestra esfera jurídica y c) fue de modo directo e inmediato que nuestra situación ha cambiado. Por lo que se afirma que se ha emitido un acto administrativo de fondo con forma de acto de administración que expresa el incumplimiento del Contrato por nuestra empresa.

Por otro lado, el Informe N° 130-2013-GR/ORAJ ha generado claramente una controversia entre las partes respecto a la ejecución de contrato, la cual debe ser resuelta por el Tribunal puesto que conforme a lo señalado en el numeral 11.1 de la cláusula decima del contrato N° 228-2012-GRH/PR "Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado", ello en conformidad con lo establecido en el artículo 52° de la ley de contrataciones del Estado.

Posición del Tribunal:

De la revisión de los argumentos esbozados por la Demandada, respecto a la excepción deducida, este Colegiado considera que el presente análisis se centra en establecer si el Tribunal Arbitral, tendría competencia o no para resolver la presente controversia, debido a que no podría imponer sanciones teniendo en cuenta que dicha potestad es atribuida al Tribunal de Contrataciones del Estado, tal como lo establece el artículo 235° del D.S. N° 184-2008-EF – Reglamento de Contrataciones del Estado.

Señala también que, en el presente caso las pretensiones del Demandante giran estrictamente a que se declare que no ha existido subcontratación y que en todo caso de haber existido, esta no se habría ejecutado.

Finalmente, la Demandada señala que el presente Tribunal, no tiene facultades sancionatorias ni disciplinarias, tan solo su competencia abarca a las cuestiones propiamente contractuales, es decir, los conflictos que surgen de la relación jurídica contractual, más no es competente para calificar conductas y a partir de ellas aplicar sanciones.

Que, respecto a este extremo, el Tribunal considera que debe iniciar su análisis, indicando en primer lugar lo que dispone el numeral 3 del artículo 3° de la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

Que, asimismo, debemos tener presente que la naturaleza de la excepción de incompetencia planteada, está recogida en el primer párrafo del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, el cual hace referencia al Principio Kompetenz Kompetenz, tal como se manifiesta a continuación:

"Artículo 41°. - Competencia para decidir la competencia del Tribunal Arbitral

- 1) El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, **incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.** Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)"

Respecto al principio Kompetenz Kompetenz, el doctor Roque Caivano¹ expresa que:

¹ CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Editorial: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor. Argentina, 2000. pp. 159-160.

Caso Arbitral: Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. – Gobierno Regional de Huánuco.
Contrato de Obra derivado del Contrato N° 228-2012-GRH/PR: "Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema Vial de Caminos Vecinales del Distrito de Margos, Provincia de Huánuco - Huánuco".

"Se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta hay sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto".

Asimismo, Roger Rubio Guerrero² en relación al Artículo 40° de la Ley de Arbitraje la cual refiere sobre la Competencia de los Árbitros, precisa que:

"El Artículo 40° de la ley, sin salir del universo de la competencia de los árbitros, plantea ahora un enfoque distinto, nos presenta dos escenarios diferenciados, de un lado, la competencia sobre el fondo de la controversia, que comprende las cuestiones "conexas y accesorias" vinculadas a la materia principal y, de otro lado, la competencia para dictar reglas arbitrales complementarias."

En ese orden de ideas, debemos tener presente que la competencia es la determinación específica para administrar justicia, (labor que le corresponde a un Tribunal Arbitral por mandato expreso de la Constitución del Estado peruano), que no es otra cosa que la jurisdicción especializada.

Por otro lado, este Colegiado, considera que es menester precisar lo que establece la cláusula décimo primera del Contrato de Obra N° 228-2012-GRH/PR, suscrito entre la Entidad y el Contratista, cuyo texto hace referencia a lo siguiente:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado"

Siendo esto así, cualquiera de las partes podía someter a arbitraje las discrepancias suscitadas entre ellas derivadas de la ejecución e interpretación del contrato; por lo que siendo que la controversia existente tiene como origen la supuesta subcontratación sin autorización que habría realizado el Contratista, para ejecutar parte de sus obligaciones contractuales, resulta evidente el cumplimiento del supuesto señalado en la cláusula citada.

Siguiendo con lo expuesto, el Tribunal debe manifestar que su competencia se circunscribe en determinar si existió o no la ya señalada subcontratación más no en pronunciarse respecto a infracción alguna a la norma de contrataciones pues ello, como bien lo han señalado las partes, es competencia del Tribunal de Contrataciones del Estado; por lo que tratándose entonces de dos encargos totalmente distintos seguidos en vías procedimentales diferentes, la actuación de una no impide la eventual realización de la otra.

² RUBIO GUERRERA, Roger. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Editorial: Instituto Peruano de Arbitraje. Perú, 2011. pp. 454 - 468.

Asimismo, si pretendiéramos un análisis más profundo que la mera constatación de lo que expresa la legislación, apreciaríamos que válidamente puede argumentarse, que las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado no forman, ni pueden formar parte del ámbito de convenio arbitral alguno, en razón de su naturaleza y de su contenido, al tratarse del ejercicio de una de las atribuciones del Estado consistente en imponer una pena ante la comisión de un ilícito tipificado como infracción.

Por consiguiente, este Tribunal considera que esta relación procesal deriva de la relación contractual entre ambas partes, por lo cual las pretensiones formuladas en el presente proceso, se encuentra dentro de los alcances comprendidos en el ámbito de la materia arbitrable establecida en el convenio arbitral.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto en los considerandos precedentes, el Tribunal Arbitral declara **INFUNDADA** la excepción de incompetencia interpuesta por la Entidad.

III.2. ANÁLISIS DE LAS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMERO: Determinar si corresponde o no declarar que no existió incumplimiento del Contrato N° 228-2012-GRH/PR por parte de Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. al no haber subcontratado al Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L-Rumitai S.A.C.

SEGUNDO: Determinar si corresponde o no ordenar que en caso no se declare fundada la primera pretensión principal, se declare que si en caso existió el subcontrato, éste no se ejecutó.

Que, teniendo en cuenta que la primera y segunda pretensión se encuentran vinculadas a la supuesta subcontratación efectuada por el Contratista a un tercero, este Colegiado considera pertinente realizar un análisis en conjunto de los hechos y medios probatorios presentados por ambas partes en el presente proceso arbitral.

Que, con fecha 02.12.11 se convocó la Licitación Pública N° 037-2011/GRH "Ejecución de Obra "Mejoramiento y Rehabilitación del sistema vial de caminos vecinales del distrito de Margos" con un valor referencial de S/. 5'372,117.29 Nuevos Soles.

Que, con fecha 19.01.12 se otorgó la Buena Pro a la empresa Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A., por el monto de S/. 5'796,514.33 Nuevos Soles.

Que, con fecha 07.03.12 se suscribió el Contrato N° 228-2012/GRH/PR "Mejoramiento y Rehabilitación del sistema vial de caminos vecinales del distrito de Margos".

Caso Arbitral: Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. – Gobierno Regional de Huánuco.
Contrato de Obra derivado del Contrato N° 228-2012-GRH/PR: "Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema Vial de Caminos Vecinales del Distrito de Margos, Provincia de Huánuco - Huánuco".

Que, con fecha 14.08.12 se celebró el "Contrato de Dirección Técnica, Suministro y Prestación de Servicios" entre Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. y el Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L. – Rumitai S.A.C (en adelante el Consorcio).

Posición del Contratista:

Que, al respecto, el Contratista sostiene que el documento aludido por la Entidad denunciado por el consorcio y que probaría la subcontratación fue únicamente un borrador o pre acuerdo de una intención inicial de contratar al Consorcio, el cual no llegó a ejecutarse en los términos señalados en dicho documento por contarse solo con el permiso verbal de la Entidad, y no el formal por escrito requerido; razón por la cual fue modificado oportunamente a uno de alquiler de maquinarias, el cual no se encontraba prohibido de realizar, siendo éste el único vínculo contractual que mantuvo con el Consorcio.

Que, asimismo, manifiesta el Contratista, que en el Informe N° 015-2012-GRH-GRI-SGSL/ING.JMCH/M.O, se pone en evidencia que el Supervisor de Obra no conocía ni advertía ningún hecho que le hiciera presumir que existía subcontratación alguna por parte del Contratista debido a que éste se encontraba de manera permanente en el lugar donde se ejecuta la obra, por lo que de haber ocurrido un hecho como el denunciado por el Consorcio, el Supervisor lo hubiera advertido y puesto en conocimiento de la Entidad, situación que no sucedió porque el Contratista siempre estuvo a cargo de la ejecución de la obra.

Que, de igual manera, el Demandante sostiene que prueba de que se encargó de la ejecución de toda la obra, son las valorizaciones que le fueron pagadas por la Demandada, en razón de la verificación de los trabajos realizados, así como el hecho que tanto el Ingeniero Residente como los trabajadores destacados en la obra fueron contratados por éste.

Que, así también, el demandante indica que en el supuesto negado que se hubiera ejecutado el borrador de la subcontratación, el Consorcio se hubiera visto en la obligación de cumplir con la entrega de la garantía requerida en la cláusula quinta del contrato como garantía mobiliaria por el adelanto, la cual consistía en la entrega de una moto niveladora Caterpillar modelo 120 K y de un rodillo vibratorio marca Caterpillar modelo CS53E, ambas de propiedad del Consorcio, lo cual nunca ocurrió y tampoco ha sido probado por el denunciante.

Posición de la Entidad:

Por otro lado, la Entidad, ha señalado que el demandante con artulugios pretende disfrazar la real situación de los hechos, tergiversando y tratando de encubrir una subcontratación denunciado por la propia parte con quien en su momento ha

subcontratado, para ahora pretender hacer ver que se trató de un contrato de alquiler de maquinarias, incluso en inconsistencia lógica señala que en todo caso si se trató de una subcontratación esta no habría salido de la esfera privada de las partes.

Que, asimismo, la Demandada indica que quien afirma hechos debe probarlos, y al no haber anexado el Demandante, el acuerdo de subcontratación, no tiene como probar que supuestamente no se ha ejecutado la Subcontratación.

Posición del Tribunal:

Que, de acuerdo a lo expuesto por las partes respecto al presente punto, se deberá analizar si el Contratista subcontrató sin autorización de la Entidad al Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L-Rumitai S.A.C para ejecutar parte o todas las labores que a su vez le fueron encargadas por el demandado producto del contrato suscrito con el Contratista.

Respecto al contrato que habría suscrito el Contratista con el Consorcio servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L-Rumitai S.A.C

Que, respecto a este extremo del análisis de la presente controversia, se debe precisar que la Demandada no ha presentado como medio probatorio, el supuesto Contrato suscrito entre la empresa Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. y el Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L-Rumitai S.A.C, tal como se aprecia de las pruebas aportadas al proceso y que están contenidas en el Expediente Arbitral.

No obstante, resulta conveniente precisar que de los hechos expuestos por ambas partes, el análisis del Tribunal abarca dos puntos a tratar:

- a) El supuesto objetivo de la existencia del contrato de subcontratación.
- b) El supuesto subjetivo de la presunción de la existencia del contrato de subcontratación.

a) El supuesto objetivo de la existencia del contrato de subcontratación

Respecto al primer supuesto, este Colegiado considera que si no existe contrato o el mismo no ha sido presentado como medio probatorio por la Entidad, no podría pronunciarse sobre los argumentos o afirmaciones presentadas por las partes, teniendo en cuenta que a quien le corresponde la carga de la prueba para poder verificar la validez o invalidez de este documento, es a la Entidad. En ese sentido, resulta imprescindible para este Tribunal, la presencia de esta prueba, a efectos de analizar si se configuró una causal de incumplimiento de contrato como lo es la subcontratación, por lo que objetivamente para este Tribunal no se generaría convicción de la existencia de la supuesta subcontratación, para que pueda pronunciarse respecto a esta

pretensión, debido a que los dichos expresados por ambas partes no ha sido sustentado ni corroborado por las mismas pruebas que debieron ofrecerse en su oportunidad.

b) El supuesto subjetivo de la presunción de la existencia del contrato de subcontratación

Respecto a este punto, se puede observar de los medios probatorios presentados por la Entidad, que no existe el documento de la denuncia presentada por el Representante del Consorcio Servicios e Inversiones W y S Alvarado S.R.L. – Rumitai S.A.C, ni tampoco el testimonio o informe del referido Consorcio.

Asimismo, se puede observar la no existencia en el expediente de los descargos del Ingeniero Residente de la empresa Fernando Taboada R. Contratistas Generales SAC, ni el Informe del Supervisor de Obra, pronunciándose sobre la supuesta subcontratación efectuada por el Contratista, tal como se ha podido verificar de la revisión del expediente.

Solamente se puede observar el Informe N° 015-2012-GRH-GRI-SGSL/ING. JMCH/M.O del Monitor de Obra Ing. Jesica Francisca Mendoza Chipana, cuya obligación se centraba en monitorear la ejecución de obra, dicho informe no está sustentado con los medios probatorios que permitan sustentar las afirmaciones efectuadas.

En ese orden de ideas, una vez que la Entidad tomo conocimiento de todos los hechos que hacían presumir una subcontratación, debió iniciar un proceso administrativo que permitiera que todas las partes involucradas representadas por las personas que intervenían en la Obra presentaran sus descargos relacionados con la denuncia recibida, descargos que una vez evaluados hubiesen permitido a la demandada tomar una decisión respecto a si existió o no incumplimiento contractual. Si existió incumplimiento del Contrato, por parte del Contratista, cuya conducta se encuentra inmersa en el supuesto normativo del Reglamento de Contrataciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF, la Entidad tenía la potestad legal y la debida motivación, para resolver el Contrato, cuestión que no lo hizo, incumpliendo con las atribuciones conferidas por Ley, procediendo de manera errónea a trasladar al OSCE hechos de una relación contractual que en caso de incumplimiento de una de las partes correspondía aplicar las cláusulas del contrato y de no estar contemplados o establecidos los supuestos y causales de resolución del contrato debió recurrirse a la ley y Reglamento de Contrataciones para cumplir con el procedimiento establecido y una vez resuelto por causal imputable al contratista recién correspondía comunicar al OSCE de estos hechos para la sanción administrativa correspondiente.

Siendo esto así, es decir, al no cumplir con lo señalado precedentemente, permite al Tribunal inferir relatividad de las circunstancias o hechos alegados por la Demandada, no generándose incumplimiento contractual del Contratista, en consecuencia, el

Tribunal no podría afirmar con la documentación alcanzada y que obra en el expediente que el Contratista subcontrato al Consorcio parte o la totalidad de la Obra contratada por el Gobierno Regional de Huánuco, el hacerlo vulneraría el principio de legalidad que es un principio Constitucional que debe estar presente en toda decisión de un Tribunal Arbitral.

En ese sentido, la Entidad no ha cumplido con el procedimiento establecido en las normas de control interno, aplicables para todas las instituciones del Estado. Por consiguiente, para efectuar una afirmación objetiva e imparcial, la entidad no ha cumplido con los lineamientos que enmarcan el debido proceso, derecho constitucional que ampara a toda persona natural o jurídica que intervenga en un determinado contrato.

En consecuencia, al tener la carga de la prueba la Demandada y no haber aportado al proceso arbitral todos los medios probatorios que permitan crear convicción en este Colegiado, respecto a que el Contratista haya subcontratado al Consorcio denunciante y asimismo al no cumplir con el procedimiento plasmado en las normas de control interno, este Tribunal no encuentra elementos suficientes que permitan concluir que haya existido incumplimiento de contrato y por ende una subcontratación.

Finalmente, se debe indicar que el Contratista ha negado en su Demanda que se trate de una subcontratación, puesto que el documento presentado como contrato de prestación de servicios por la Entidad nunca fue ejecutado, afirmando que éste se trataba solo de un borrador o un pre acuerdo o proyecto de una manifestación de voluntad inicial que existió, pero que nunca llegó a materializarse ni concretarse, existiendo únicamente una relación contractual de alquiler de maquinaria con el Consorcio, sin embargo, estas afirmaciones no han sido probadas en el presente proceso arbitral.

En el mismo sentido ha señalado el Contratista que prueba de que el borrador del contrato no se habría llegado a ejecutar y que al Consorcio nunca se le entregaron las garantías mobiliarias por adelanto señaladas en la cláusula quinta (moto niveladora Caterpillar y Rodillo vibratorio marca Caterpillar (ni tampoco las pólizas de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo –SCTR señaladas en la cláusula séptima. Siendo este tema ajeno al proceso, no corresponde al Tribunal pronunciarse respecto a estas afirmaciones.

Por todas estas consideraciones, este Tribunal considera que se debe declarar FUNDADA la primera pretensión principal e IMPROCEDENTE la primera pretensión subordinada.

TERCERO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o Ineficacia del Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ de fecha 04.02.13 emitido por el Director Regional de Asesoría Jurídica.

Posición del Contratista:

El Contratista manifiesta que el Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ de fecha 04.02.13 emitido por el Director Regional de Asesoría Jurídica señala que éste suscribió con el Consorcio un contrato para la prestación de servicios sin autorización de la Entidad con lo cual se habría infringido la normativa de contrataciones.

Asimismo indica el demandante, que la opinión contenida en el señalado informe significaría que éste incumplió el contrato de ejecución de obra, dado que como se afirma existiría una subcontratación no autorizada por el demandado, siendo así y dado que afirman que ello no ocurrió y por tanto dicho informe no se ajustaría a los hechos debe ser declarado nulo y/o ineficaz.

Posición de la Entidad:

La Entidad ha señalado que un informe no puede constituir un acto jurídico pues no tiene las cualidades de ejecutividad y ejecutoriedad; siendo por tanto un mero pronunciamiento interno de la Entidad que de ninguna manera es una decisión definitiva, toda vez que sólo el Titular del Pliego puede acoger o no la recomendación y formalmente materializarla en un acto administrativo.

Análisis del Tribunal:

El Tribunal considera necesario iniciar su análisis determinando si el informe señalado es o no un acto administrativo. Al respecto de acuerdo al artículo 1° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

"1.1. Son actos administrativos, 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"

1.2. No son actos administrativos:

1.2 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente lo establezcan (...)"

De acuerdo al señalado artículo, el informe en cuestión si bien tendría la naturaleza de acto interno de la administración, los efectos emanados de este y recaídos en el Contratista lo asemejarían a un acto administrativo, puesto que dicho informe concluyó que el demandante subcontrató con el Consorcio razón por la cual recomendó que los actuados sean remitidos al Tribunal de Contrataciones del Estado.

Asimismo, el Tribunal debe manifestar que siendo que el informe en cuestión fue emitido en razón de analizar y determinar si el Contratista subcontrató sin autorización, ello lógicamente implicó un juicio de valor sobre la conducta de un administrado, juicio que debió ser emitido en el informe cuestionado luego de contar con los descargos del Contratista, puesto que aunque no se encontrara dentro de un procedimiento administrativo sancionador, si se le estaba atribuyendo responsabilidad por un comportamiento supuestamente realizado cuyos efectos inmediatos fueron el incumplimiento en la ejecución del contrato y más allá de las eventuales sanciones administrativas que el Tribunal del OSCE considerara imponer, debió necesariamente seguirse el debido proceso.

Siguiendo con lo expuesto, resulta pertinente citar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 03122-2012-PA/TC:

Al respecto con relación al debido proceso en sede administrativa, este Tribunal en la STC 4289-2004-AA/TC ha expresado en los fundamentos 2 y 3, respectivamente, que "(...) *el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. ...*"; y que "El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)"

Posteriormente, en lo que se refiere al contenido constitucional del derecho al debido proceso este Colegiado, ha establecido en la STC 0023-2005-AI/TC, fundamento 43 que: "(...) *los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que*

fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)"y fundamento 48 que : "(...) este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer"

De acuerdo a ello, el debido proceso no está reservado a procesos judiciales, sino también debe ser observado en procesos seguidos ante la Administración Pública, como lo es en el presente caso.

Asimismo, es menester precisar que si bien, este Tribunal ha manifestado que el Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ no fue emitido en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, el Director de Asesoría Jurídica determinó una responsabilidad en el Contratista de manera unilateral sin posibilidad de que éste negara o contradijera los hechos que se le imputan, lo que claramente constituye una flagrante violación al derecho de defensa y al debido proceso, derechos constitucionales protegidos por nuestra Constitución, los cuales deben estar presentes en todo momento y no solo si formalmente se inicia un procedimiento administrativo sancionador, sino siempre que se le impute la comisión de algún acto con la respectiva responsabilidad por ello.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, el Tribunal considera que no habiéndose configurado una subcontratación de acuerdo a lo expuesto en el análisis realizado previamente, así como que el informe en cuestión fue emitido sin seguir el debido proceso, este debe ser declarado ineficaz y por tanto declararse FUNDADA la presente pretensión.

Pronunciamiento sobre Costos y Costas

Respecto a los costos y costas del presente proceso arbitral, las partes acordaron establecer en el numeral 45) de las reglas del proceso del Acta de Instalación, lo siguiente:

"El Laudo Arbitral es definitivo e inapelable y se sujetará a los dispuesto en el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 y en el numeral 6.3.6 de la Directiva que regula el procedimiento de Instalación de tribunales ad hoc, debiendo obligatoriamente usarse los formatos de presentación aprobados por dicha Directiva. Asimismo, el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo arbitral sobre los costos del arbitraje."

Que, en ese sentido a fin de determinar cuál de las partes deberá pagar los costos y costas del presente proceso arbitral, este Tribunal deberá considerar las siguientes variables: i) El resultado final de este arbitraje; ii) El buen comportamiento procesal de las partes y iii) La incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

Que el artículo 73° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, D. Leg. N° 1071 señala respecto a la distribución del pago del costo del arbitraje lo siguiente:

"Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

1. *El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".*

Que, en ese sentido este Tribunal Arbitral ha decidido que atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que en apreciación del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

Por lo que el Tribunal Arbitral en **DERECHO**;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la primera pretensión, declarándose que al no poder obtenerse certeza de la subcontratación, no existió incumplimiento del Contrato N° 228-2012-GRH/PR.

SEGUNDO: Declarar IMPROCEDENTE la primera pretensión subordinada.

TERCERO: Declarar FUNDADA la segunda pretensión y por tanto declararse ineficaz el Informe N° 130-2013-GRH/ORAJ.

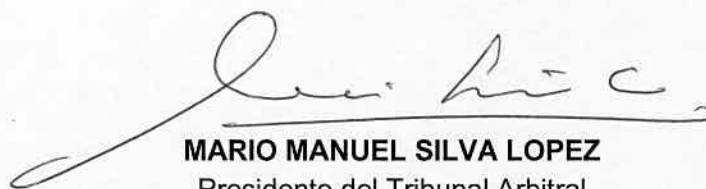
CUARTO: DISPONGASE que tanto la empresa Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. y el Gobierno Regional de Huánuco asuman en partes iguales (50% - 50%), los costos y costas que les haya irrogado el presente proceso arbitral.

Caso Arbitral: Fernando Taboada R. Contratistas Generales S.A. – Gobierno Regional de Huánuco.
Contrato de Obra derivado del Contrato N° 228-2012-GRH/PR: "Mejoramiento y Rehabilitación del Sistema Vial de Caminos Vecinales del Distrito de Margos, Provincia de Huánuco - Huánuco".

CUARTO: SE ORDENA que la Demandada pague a la Demandante la suma neta de S/. 36,310.00 (Treinta y seis mil trescientos diez con 00/100 Nuevos Soles) en calidad de reintegro del 50% de los gastos arbitrales decretados (Reajustes de honorarios del Tribunal y Secretaría Arbitral), cuyo pago se encontraba a cargo de la Demandada y que fueron íntegramente cancelados por el Demandante.

QUINTO: AUTORIZASE al Secretario Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente laudo.

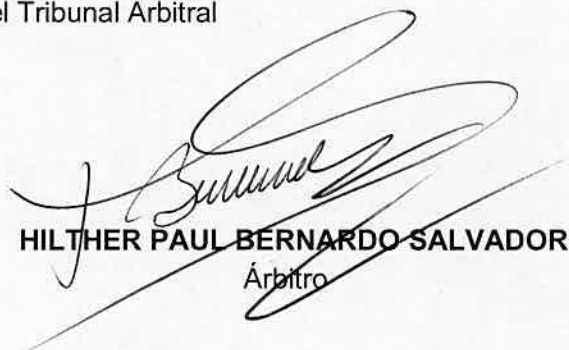
Notifíquese.-



MARIO MANUEL SILVA LOPEZ
Presidente del Tribunal Arbitral



RAMIRO RIVERA REYES
Árbitro



HILTHER PAUL BERNARDO SALVADOR
Árbitro



MAYCKOL ERNESTO BETETA DIAZ
Secretario Arbitral