

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Demandante:

Consorcio Fronocca (Contratista)

Demandada:

Gerencia Subregional Cutervo – Cajamarca (Entidad)

Materia:

Desavenencias derivadas del Contrato de Ejecución de Obra N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC

Laudo Arbitral Nacional de Derecho

Árbitros:

Mag. Jimmy Pisfil Chafloque (Presidente)
Dr. Ricardo Espinoza Rimachi (Árbitro)
Dr. Alberto Montezuma Chirinos (Árbitro)

Eduardo del Portal Ferreyros
Secretario Arbitral Ad-Hoc

Sede del Tribunal: Calle Justo Vigil N° 415. Magdalena. Lima 17

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -

GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

TRIBUNAL ARBITRAL AD-HO.

15 AGO 2014

SECRETARIA ARBITRAL
RECIBIDO

Página

I. LAS PARTES	3
II. ANTECEDENTES	3
III. DESARROLLO DEL PROCESO	5
A. ACTUACIÓN PRELIMINAR DEL TRIBUNAL ARBITRAL	5
IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL	12
1.- CUESTIONES PRELIMINARES	12
2.- MATERIA CONTROVERTIDA	13
V. CUESTIÓN PREVIA: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA	16
A. POSICIÓN DEL EXCEPCIONANTE	16
B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA	17
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	17
VI. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	25
A. POSICIÓN DEL DEMANTE	26
B. POSICIÓN DEL DEMANDADO	32
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	34
VII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO	39
A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE	39
B. POSICIÓN DEL DEMANDADO	43
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	44
VIII. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO	47
A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE	48
B. POSICIÓN DEL DEMANDADO	48
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	48
IX. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO	50
A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE	50
B. POSICIÓN DEL DEMANDADO	52
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	53
X. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO	56
A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE	56
B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA	56
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	57
XI. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO	63
A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE	63
B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA	64
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	64
XII. SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO	67
A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE	67
B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA	68
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	68
XIII. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO	70
A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE	70
B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA	71
C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	71
XIV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	72

Seguidamente se inserta el voto singular del señor Árbitro Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC

15 AGO 2014

SECRETARIA ARBITRAL
RECIBIDO

Resolución N°33

Lima, 13 de agosto de 2014

El Tribunal Arbitral, integrado en la forma señalada, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales conforme a las leyes de la materia y las normas establecidas por las partes, oídos los argumentos de ambas partes y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y sus ampliaciones y en sus contestaciones, dicta el laudo siguiente para poner fin a la controversia planteada.

I. LAS PARTES

- § **Demandante:** Consorcio Fronocca
- § **Demandado:** Gerencia Subregional de Cutervo - Gobierno Regional de Cajamarca
- § **Materia :** Desavenencias derivadas del Contrato de Ejecución de Obra N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 19 de julio de 2010, se suscribió el Contrato de ejecución de obra N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, para la **"EJECUCIÓN DEL PROYECTO CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE POR BOMBEO PARA LOS CASERIOS DEL SECTOR SUR CUTERVO - PROVINCIA DE CUTERVO-CAJAMARCA"**, entre el Consorcio Fronocca (En adelante el

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOECA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO --
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

DEMANDANTE) y la Gerencia Sub Regional- Cutervo (En adelante el DEMANDADO).

2. La cláusula Décimo Octava del Contrato establece lo siguiente:

"CLAUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

3. Las partes en el desarrollo de sus relaciones contractuales suscribieron el Acta de Conciliación N° 074-2011 de fecha 06 de enero de 2011, a efectos de dar solución a las diferencia generadas de la ejecución del contrato.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

4. Como consecuencia de las controversias relacionadas con el cumplimiento del acta de conciliación N° 074-2011 antes indicada; el DEMANDANTE, procedió a remitir a la DEMANDADA la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula CLAUSULA DECIMO OCTAVA del Contrato.

III. DESARROLLO DEL PROCESO

Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

5. El día 03 de julio del 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado-OSCE, ubicada en el Edificio El Corregidor N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, donde se reunieron el Dr. Jimmy Pisfil Chafloque, en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, en su calidad de Árbitro y, el Dr. Alberto Montezuma Chirinos, en su calidad de Árbitro, conjuntamente con la Dra. Fabiola Paulet Monteagudo en su condición de Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia, habiéndose dejado constancia de dicho acto en el Acta correspondiente.
6. Con fecha 11 de julio del 2012, la Entidad presenta un escrito de apersonamiento donde además plantea objeción al acta de instalación del Tribunal Arbitral.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

7. Mediante escrito de fecha 23 de julio del 2012, el Contratista se apersona y absuelve traslado de la objeción del acta de instalación del Tribunal Arbitral presentada por la Entidad.
8. Con fecha 24 de julio del 2012, el Contratista, presenta su escrito de demanda.
9. Mediante escrito de fecha 22 de agosto del 2012, la Entidad, presenta se apersona, deduce la excepción de cosa juzgada, contesta la demanda arbitral y, formula reconvención.
10. Con fecha 03 de setiembre del 2012, la Entidad presenta un escrito, mediante el cual amplía los fundamentos de su contestación de demanda. En la misma fecha, la Entidad presenta un segundo escrito, mediante el cual ofrece nuevos medios probatorios.
11. El día 04 de septiembre del 2012, el Contratista procede a absolver el traslado que le fuera conferido, respecto de la oposición al Acta de Instalación formulada por la Entidad.
12. Con escrito de fecha 07 de setiembre del 2012, la Entidad solicita que se re programe la audiencia especial de instalación del Tribunal Arbitral, que fuera programada inicialmente para el día 21 de septiembre del 2012 a las 17:00 horas.
13. Con fecha 24 de setiembre del 2012 se lleva a cabo la audiencia de reinstalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc, en la cual se dejan sin efecto los actos procesales anteriores a esta audiencia y se realizan las modificaciones pertinentes al Acta de Instalación de fecha 03 de julio del 2012, referidas a: (i) Notificaciones y Cómputo de Plazos,

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCOCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

- (ii) Reglas del Proceso Arbitral, (iii) Medios Probatorios, (iv) Alegatos Escritos y Plazos para Laudar, (v) Rectificación e Interpretación, Integración y Exclusión del Laudo y, (vi) Cronograma.
14. Mediante escrito presentado el 23 de octubre del 2012, el Contratista, procede a confirmar y ratificar la demanda arbitral presentada el 24 de julio del 2012, con todos sus anexos y en todos sus extremos.
15. Con escrito presentado el 11 de diciembre del 2012, la Entidad se apersona, deduce la excepción de cosa juzgada, contesta la demanda arbitral y, formula reconvención.
16. El día el 29 de enero del 2013, el Contratista presenta un escrito, a través del cual absuelve excepción de cosa juzgada deducida por la Entidad y contesta la reconvención; asimismo, a través del tercer otrosí decimos de dicho escrito, el Contratista solicita al Tribunal Arbitral la acumulación de la pretensión referida al Consentimiento de la Liquidación de Obra presentada por el Consorcio demandante.
17. Mediante escrito de fecha 27 de febrero del 2013, la Entidad absuelve el traslado conferido, referido al pedido de acumulación de pretensiones planteado por el Contratista, solicitando que el mismo sea declarado improcedente.
18. Con fecha 04 de abril del 2013 la Entidad presenta un escrito, a través del cual ofrece como medio probatorio el Acta de Constatación de la Obra contratada de fecha 23 de marzo del 2012. En la misma fecha, la Entidad presenta otro escrito, mediante el

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

cual solicita que se le tenga por desistida su ofrecimiento probatorio consistente en la elaboración de una pericia técnica y financiera.

19. El día 09 de julio del 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes; en la misma el Tribunal Arbitral las invito a propiciar un acuerdo conciliatorio entre ellas, sin embargo, manifestaron que de momento no era posible, pero dejaron abierta la posibilidad de llegar a ella en cualquier etapa del proceso; por lo que se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. Estos fueron fijados de la siguiente manera:

1. Determinar si procede que se declare nula y/o ineficaz y/o sin efecto legal y/o ni valor alguno la carta notarial de N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC, de fecha 19 de marzo de 2012, a través de la cual la Entidad declara la Resolución del Contrato N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, suscrito entre las partes, revalidando la carta N° 17-2011-GR.CAJ.GSR.C, por incumplimientos del Acta de Conciliación N° 074-2011 de fecha 06 de enero de 2011.

2. En caso se ampare el punto controvertido precedente, determinar si procede ordenar a la entidad contratante que reconozca y pague el saldo a favor del contratista la suma de S/. 124, 577.67 (Ciento Veinticuatro Mil Quinientos Sesenta y Siete y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de pago de gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo número 02, 03 y 04, que se generaron a favor

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

del Contratista, conforme a lo establecido en el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 3. En caso se ampare el punto controvertido precedente, determinar si corresponde ordenar que la entidad contratante pague a favor del Contratista los intereses correspondientes, debiéndose determinar desde cuando se computa dicho concepto hasta la fecha efectiva de pago.*
- 4. En caso se ampare el punto primer controvertido, determinar si procede que se ordene a la entidad contratante, la devolución de la suma de S/. 495,365.48 (Cuatrocientos noventa y cinco mil trescientos sesenta y cinco y 48/100 nuevos soles), retenido por la entidad por concepto de garantía de fiel cumplimiento, ello en calidad de daños y perjuicios.*
- 5. Determinar si procede que el Tribunal Arbitral ordene que el Contratista pague a la Gerencia Subregional de Cutervo-Gobierno Regional de Cajamarca, la penalidad máxima por mora de diez por ciento (10%) del monto contractual, equivalente a la suma de S/. 470,192.33 (Cuatrocientos setenta mil ciento noventa y dos y 33/100 nuevos soles)*
- 6. Determinar si procede que el Tribunal Arbitral ordene que el Contratista pague la penalidad por no permitir*

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

el acceso del cuaderno de obra, ascendente a la suma de S/. 22,652.00 (Veintidós mil seiscientos cincuenta y dos y 00/100 nuevos soles).

7. Determinar si procede que el tribunal arbitral ordene que el Contratista devuelva el monto pagado ascendente a la suma de S/. 114,504.24 (Ciento catorce mil quinientos cuatro y 24/100 nuevos soles), sin que exista culminación de obra.

8. Determinar a quién corresponde pagar las costas y costos del presente arbitraje.

20. En la mencionada Audiencia, se admitieron los documentos ofrecidos como medios probatorios por el Contratista en su escrito de demanda presentado el 24 de julio de 2012 ratificada mediante su escrito N° 4 presentado el 23 de octubre del 2012, signados en el acápite "III. Medios Probatorios", del numeral 2 al 26 de la demanda; igualmente se admitieron los medios probatorios de su escrito presentado con fecha 29 de enero del 2013, signados en el acápite "ANEXOS Y MEDIOS PROBATORIOS" del Anexo 5-A al 5-D. Además se deja constancia que la toma fotográfica así como el video a que se refiere el anexo 5-B será presentado por la demandante en el plazo de cinco (05) días hábiles.

21. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de contestación de demanda presentado el 11 de diciembre del 2012 ratificando los ofrecidos en el escrito presentado el 22 de agosto de 2012, expresado en el numeral III. Medios Probatorios, 3.1 Documentales, indicados en los numeral del

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

1) al 13); II. Medios Probatorios de la Reconvención 2.1.- Documentos, literal a). Asimismo los medios probatorios ofrecidos en el escrito presentado el 03 de setiembre de 2012, consistentes en fotografías y un video contenido en dos (02) CD y los indicados en los numerales 2.1 y 2.2 del primer otrosí del indicado escrito. Igualmente se aceptó el medio probatorio ofrecido en el escrito presentado el 04 de abril del 2013, consistente en el Acta de constatación de la Obra Construcción de Agua Potable por Bombeo del Sector Sur de Cutervo, de fecha 23 de marzo de 2012. En esta audiencia, el Tribunal Arbitral, se reservó el derecho de actuar pruebas de oficio y de disponer oportunamente la realización de tantas Audiencias de Ilustración como considere conveniente. El Tribunal Arbitral comunicó a las partes su decisión de convocarlas a una Audiencia Especial de Ilustración, la misma que fue programada para el día 02 de agosto de 2013.

22. El 02 de agosto de 2013, en la sede del Arbitraje Ad Hoc, se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración de Hechos, contando con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y de las partes involucradas en la presente controversia. En la referida Audiencia se concedió el uso de la palabra tanto a los representantes y abogada del Contratista, como a los representantes y abogados de la Entidad; asimismo se les otorgó el derecho de réplica y dúplica correspondiente.

23. El día 24 de enero del 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la participación de ambas partes, quienes hicieron uso de su derecho a sustentar oralmente sus posiciones, así como de su derecho de réplica y dúplica.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

24. Con fecha 14 de febrero del 2014, la Entidad presenta su escrito donde "presenta conclusiones de audiencia de informes orales y otro".
25. Se emite la resolución N° 32 con fecha 23 de junio de 2014, mediante la cual el Tribunal Arbitral dispuso fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la citada resolución.
26. Atendiendo a ello, el Tribunal se encuentra dentro del plazo señalado para dictar el laudo, teniendo en cuenta además que:
- 26.1 Los plazos se computan en días hábiles.
- 26.2 Los plazos fijados en resoluciones expedidas por el Tribunal comienzan a correr a partir del día siguiente de su notificación.
- 26.3 Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- 26.4 La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

27. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:
- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

- (ii) Que en momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda según ha sido explicado anteriormente.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) Que de conformidad con el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, así como con el Decreto Legislativo N° 1071, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

28. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha de 09 julio del 2013 en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.
29. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, a efectos de poder resolver la controversia corresponde al Tribunal Arbitral abordar pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.
30. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio Probatorio de "Adquisición de la Prueba", los medios probatorios ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como tales, pasaron a pertenecer al presente proceso arbitral y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

"Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, deba tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien lo adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Con el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quien las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma regulatoria de esa situación de hecho.¹

31. El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica y apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General de la Prueba judicial". Editorial ABC Santafé de Bogotá. D.C. Colombia, 1995, p. 118.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

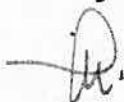
CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

32. Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

V. CUESTIÓN PREVIA: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

A. POSICIÓN DEL EXCEPCIONANTE

33. Que, de conformidad con el convenio arbitral, se verifica que las partes tuvieron el derecho de someter su controversia a un arbitraje, y facultativamente a una conciliación sin perjuicio de recurrir al arbitraje de no llegar a un acuerdo entre ellos.
34. Que, la demandante optó por la conciliación, la que trajo como consecuencia el Acta de Conciliación N° 074-2011 del 06 de diciembre del 2011.
35. Que, el contratista tenía que cumplir el íntegro del acta de conciliación, por lo que, al no haber cumplido el acuerdo conciliatorio, no da lugar para que el Consorcio Fronolca, nuevamente solicite el inicio del Arbitraje en tanto que ya existió una conciliación con acuerdo conciliatorio total lo que constituye cosa juzgada.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA

36. Que, se debe tener en claro que la comunicación por parte de la Entidad en la que revalida la carta que resolvió el contrato no corresponde al procedimiento dispuesto por la normativa para el efecto, es decir, si la Entidad pretendía resolver el contrato, debía proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 165 o 209 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

37. Que, la Carta Notarial N° 047-2012-GR.CAJ/GSRC, de fecha 19 de marzo de 2012 en la que la Entidad alude al incumplimiento del acta de conciliación N° 074-2011, como causal de incumplimiento, debió aplicar lo dispuesto en el artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado para resolver el contrato, bajo dicho contexto.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

38. Como puede darse a notar, la Entidad basándose en los efectos de cosa juzgada que produce la celebración de una Conciliación, sostiene que lo que el Contratista ha sometido a arbitraje, ha sido previamente materia de un acto Conciliatorio, razón por la cual operaría la excepción de cosa juzgada.

39. Ahora bien, conviene esclarecer el concepto de excepción, para lo cual este Tribunal Arbitral considera necesario tener



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCOCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

presente la opinión del maestro Eduardo J. Couture², que al respecto señalaba:

"En su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico del que se haya investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él."

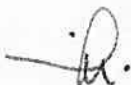
40. Refiriéndonos a la Cosa Juzgada, es pertinente traer a colación la opinión del maestro Hugo Alsina, que al respecto señala:

"Hay cosa juzgada cuando la nueva demanda pretende un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión decidida anteriormente en otro litigio"³.

41. Siguiendo la doctrina del autor citado, cabe agregar que:

"La cosa juzgada es una excepción establecida en favor de quien ha obtenido pronunciamiento favorable en un litigio. Por consiguiente, puede renunciar a ella, y, si no la opone en presencia de una nueva demanda, se presume que prescinde de ella para someterse a los efectos de un segundo pronunciamiento.

De aquí que sólo cabe tenerla en consideración cuando es alegada formalmente y no pueda ser declarada de oficio



² COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1978. Pag.89.

³ ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo III. Página 145.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

salvo que se trate de cuestiones que afecten al orden público.⁴

42. Como puede verse, la excepción de cosa juzgada, en esencia requiere que la materia sometida a debate arbitral, haya sido en una oportunidad anterior ya debatida y merecido un pronunciamiento definitivo, contenido en una sentencia judicial o en un laudo arbitral.

43. Dicho esto, y sin perjuicio del análisis que realizará este Colegiado en párrafos siguientes, se advierte la improcedencia de la excepción deducida, toda vez que como bien se ha señalado, para la procedencia de la excepción de cosa juzgada, se requiere contar con un pronunciamiento judicial (sentencia) o arbitral (laudo) que haya puesto fin de manera definitiva a la materia controvertida que se encuentra en debate, lo que no ocurre en el presente caso, toda vez que el pedido del excepcionante se sustenta en la existencia de una conciliación previa y no de una sentencia judicial o laudo arbitral; si bien la conciliación surte efectos de cosa juzgada, no es un equivalente a una sentencia judicial o laudo arbitral y el efecto tiene que ver más con los efectos de la ejecución del acuerdo conciliatorio. Debe tenerse en cuenta que la conciliación en nuestro ordenamiento legal está considerada como un mecanismo de solución de conflictos y el acuerdo conciliatorio es la fiel expresión de la voluntad de las partes y del consenso al que han llegado para solucionar sus diferencias.⁵

⁴ ALSINA, Hugo. Ob. Cit. P. 147-148.

⁵ Artículo 5° de La ley N° 26872 modificado por el Decreto Legislativo N° 1070 y artículo 3° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°014-2008-JUS.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

44. Sin embargo, a pesar de lo indicado por este Colegiado en el párrafo precedente, el Tribunal Arbitral considera necesario descartar que la cuestión controvertida sometida a debate haya sido previamente materia un acuerdo conciliatorio entre las partes, con lo cual resultaría inoficioso que se haya puesto a consideración de este Colegiado, cualquier cuestión que ya hubiere merecido un acuerdo conciliatorio.
45. Ahora bien, cabe agregar que el Acta de conciliación, es un documento con el cual se culmina el proceso de conciliación, el Acta tiene un valor legal, de título de ejecución (semejante a una sentencia, pero *-conforme se ha explicado-* no es tal), con la cual de no ser cumplida por una de las partes podrá ser ejecutada de inmediato en la Vía Judicial, pero ya no iniciando un nuevo juicio cognitivo, sino sólo solicitando que se cumpla lo pactado en el Acta.
46. Para determinar si en el presente caso, de manera concreta las partes han conciliado lo que ahora es materia arbitral controvertida, corresponde a este Colegiado traer a colación los acuerdos arribados en la citada acta de conciliación N° 074-2011, así tenemos:

ACUERDO CONCILIATORIO TOTAL:

Considerando los hechos señalados y las propuestas formuladas por las partes y/o el Conciliador, se conviene en celebrar un Acuerdo en los siguientes términos:

PRIMERO: Que, ambas partes acuerdan en suspender los efectos legales y en todos sus extremos de la Carta N° 17-



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

2011.GR.CAJ/GSRC, de fecha 02 de noviembre del 2011, que **RESUELVE EL CONTRATO DE OBRA N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC**, para la ejecución del a obra **"EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE POR BOMBEO PARA LOS CASEIROS DEL SECTOR SUR CUTERVO- PROVINCIA DE CUTERVO- CAJAMARCA"**, contrato de fecha 19 de julio del 2010.

SEGUNDO: Que, ambas partes acuerdan que el plazo de suspensión indicado en el primer acuerdo de la presente Acta, es de 15 días calendario comprendidos entre el 07 y el 21 de Diciembre del año 2011, así mismo, se concede a la solicitante-Contratista el mismo plazo, para que esta cumpla con la Ejecución total de la obra referida en el Contrato de obra N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, de fecha 19 de julio del 2010.

TERCERO: Que, en lo referente al tema de la penalidad incurrida por el Solicitante-Contratista, ambas partes acuerdan, que la Solicitante Consorcio Fronocca, una vez concluida la Obra en su integridad, presentará a la Entidad su solicitud formal (con estudios técnicos y legal) a fin de que dicha penalidad sea reducida en lo que corresponda.

CUARTO: Que, en cuanto a las pretensiones:

- A. **ADICIONAL N° 2**, ascendente a la cantidad de S/. 82,755.82.
- B. **ULTIMA VALORIZACIÓN**, ascendente a S/. 580.
- C. **GASTOS GENERALES POR AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 06**, ascendente a S/. 32,992.69; que en total asciende a la cantidad de S/. 116,328.51, será cancelada por la Entidad en la plazo más pronto

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

posible y previos los trámites administrativos correspondientes.

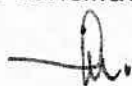
QUINTO: Que, en cuanto a las pretensiones:

- A. **ADICIONAL DREN CISTERNA DE CAPTACIÓN**, por el monto de S/. 175,672.02, se cancelará luego que se emita la Resolución de aprobación correspondiente.
- B. **GASTOS GENERALES 2, 3, 4**, El Consorcio Fronocca. Replanteará su solicitud de cobro, lo que será evaluado por la Entidad.

47. Ahora corresponde a este Colegiado dilucidar si entre lo demandado y lo que fue materia de conciliación existe identidad, de modo tal que convierta en innecesario un pronunciamiento de este Colegiado respecto de la cuestión controvertida.

48. En primer término, respecto de la conciliación arribada, se tiene que la Entidad resolvió el contrato, dando lugar a que se celebre el acto conciliatorio en el que las partes acordaron suspender provisionalmente los efectos resolutorios del contrato; sin embargo, posteriormente, la Entidad imputa al Contratista no haber cumplido con la condición para la suspensión de los efectos resolutorios, por lo que procede a validar los mismos, tal como ha sido pactado por ellas en el acuerdo conciliatorio.

49. En el presente caso, lo que se viene pretendiendo, es la declaración de nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial que revalida la Carta mediante la cual se comunicó inicialmente la decisión de la Entidad de resolver el Contrato, precisamente por no haber dado cumplimiento a los términos convenidos en el acta de conciliación.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

50. Siendo ello así, este Colegiado advierte que se trata de dos cuestiones absolutamente distintas, ya que el propósito del acuerdo conciliatorio fue absolutamente distinto a lo que es materia controvertida en el presente arbitraje.
51. Luego, el Acta de Conciliación contiene el acuerdo de las partes de que una vez concluida la obra en su integridad el Contratista presente a la Entidad una solicitud formal de reducción de penalidad; sin embargo, en el presente caso, las partes han afirmado que la obra no ha sido concluida en su totalidad, pero las razones de la falta de cumplimiento serán precisamente analizadas por este Colegiado; sin embargo, ello no restringe el derecho del Contratista a solicitar la reducción o inaplicación de la penalidad.
52. Posteriormente, el Acta de Conciliación contiene la obligación de la Entidad de pagar a favor del Contratista diversas sumas dinerarias, correspondientes al adicional de obra N° 02, una valorización y mayores gasto generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 06, todos ellos que suman un monto total de S/. 116,328.51; sin embargo, ello no es materia controvertida en el presente arbitraje.
53. Finalmente, el Acta de Conciliación, contiene el acuerdo de las partes en el que la Entidad se obliga a emitir la Resolución de aprobación del Adicional DREN Cisterna de Captación por un monto de S/. 175,672.02, que tampoco es materia controvertida en el presente arbitraje y respecto de los mayores gastos generales por las Ampliaciones de Plazo N° 02, 03 y 04, la obligación del Consorcio de replantear su solicitud de cobro.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

54. Respecto a esta última cuestión, en el presente arbitraje si bien existe discusión en relación a los mayores gastos generales por las Ampliaciones de Plazo N° 02, 03 y 04, lo que se pretende de manera efectiva no es lo que ha sido materia de conciliación, sino si corresponde a este Colegiado reconocer dicho concepto hasta por el monto demandado.
55. Las demás pretensiones controvertidas en el presente arbitraje, no tienen vinculación alguna con el Acta de Conciliación celebrada entre las partes.
56. Así entonces, tenemos que entre el acuerdo conciliatorio y las pretensiones materia del presente arbitraje no existe la identidad requerida para amparar la excepción deducida, al ser pretensiones distintas las discutidas en el presente proceso arbitral de las ventiladas en sede conciliatoria.
57. Muy por el contrario, tratándose, las cuestiones debatidas en el presente arbitraje, controversias derivadas de la ejecución del contrato celebrado entre las partes, corresponde observar el convenio arbitral contenido en el referido contrato, que textualmente refiere:

"CLAUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

previsto en los artículos 144º, 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo establecido en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

58. Por las consideraciones antes expuestas, que no existe coincidencia entre la materia propuesta, el proceso seguido entre las partes, este Tribunal Arbitral concluye que la excepción de cosa juzgada propuesta por la Entidad, debe declararse INFUNDADA en todos sus extremos.

VI. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede que se declare nula y/o ineficaz y/o sin efecto legal y/o ni valor alguno la carta notarial de N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC, de fecha 19 de marzo de 2012, a través de la cual la entidad declara la Resolución del Contrato N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, suscrito entre las partes, revalidando la carta N° 17-2011-GR.CAJ.GSR.C, por incumplimientos del Acta de Conciliación N° 074-2011 de fecha 06 de enero de 2011.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

59. Que, mediante la carta N° 017-2011-GR.CAJ.GSRC de fecha 02 de noviembre del 2011, recibida por el Consorcio Fronolca el 03 de noviembre del 2011, la Entidad señala que el Contratista llevaba un retraso de 59 días de retraso injustificados en la ejecución de la obra, señalando entre otras cosas que conforme a lo dispuesto por la norma de contratación pública y considerando que el Contratista había alcanzado el máximo de penalidad, no correspondía efectuar un requerimiento previo a efectos de llevar adelante la resolución de contrato.
60. Que, el Consorcio Fronolca solicita conciliación extrajudicial, la misma que se realizó el día 06 de diciembre de 2011, donde se llegó al siguiente acuerdo conciliatorio total:

ACUERDO CONCILIATORIO TOTAL:

Considerando los hechos señalados y las propuestas formuladas por las partes y/o el Conciliador, se conviene en celebrar un Acuerdo en los siguientes términos:

PRIMERO: Que, ambas partes acuerdan en suspender los efectos legales y en todos sus extremos de la Carta N° 17-2011.GR.CAJ/GSRC, de fecha 02 de noviembre del 2011, que **RESUELVE EL CONTRATO DE OBRA N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC**, para la ejecución de la obra **"EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE POR BOMBEO PARA LOS CASEIROS DEL SECTOR SUR CUTERVO- PROVINCIA DE CUTERVO-CAJAMARCA"**, contrato de fecha 19 de julio del 2010.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

SEGUNDO: Que, ambas partes acuerdan que el plazo de suspensión indicado en el primer acuerdo de la presente Acta, es de 15 días calendario comprendidos entre el 07 y el 21 de Diciembre del año 2011, así mismo, se concede a la solicitante-Contratista el mismo plazo, para que esta cumpla con la Ejecución total de la obra referida en el Contrato de obra N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, de fecha 19 de julio del 2010.

TERCERO: Que, en lo referente al tema de la penalidad incurrida por el Solicitante-Contratista, ambas partes acuerdan, que la Solicitante Consorcio Fronocca, una vez concluida la Obra en su integridad, presentará a la Entidad su solicitud formal (con estudios técnicos y legal) a fin de que dicha penalidad sea reducida en lo que corresponda.

CUARTO: Que, en cuanto a las pretensiones:

D. **ADICIONAL N°2**, ascendente a la cantidad de S/. 82,755.82.

E. **ULTIMA VALORIZACIÓN**, ascendente a S/. 580.

F. **GASTOS GENERALES POR AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 06**, ascendente a S/. 32,992.69; que en total asciende a la cantidad de S/. 116,328.51, será cancelada por la Entidad en la plazo más pronto posible y previos los trámites administrativos correspondientes.

QUINTO: Que, en cuanto a las pretensiones:

C. **ADICIONAL DREN CISTERNA DE CAPTACIÓN**, por el monto de S/. 175,672.02, se cancelará luego que se emita la Resolución de aprobación correspondiente.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

D. GASTOS GENERALES 2, 3, 4, El Consorcio Fronocca.

Replanteará su solicitud de cobro, lo que será evaluado por la Entidad.

61. Que, sobre la suspensión de los efectos de la resolución del contrato, estos quedaron en suspenso por obra del acta de conciliación N° 074-2011.
62. Que, la suspensión de los efectos jurídicos de los actos administrativos, se realizan a través de otros actos jurídicos (como medidas cautelares, inicio de procedimiento de solución de controversias como en el presente caso) que tienen como función evitar que se efectivicen por la parte demandada.
63. Que, no es posible admitir que la resolución contractual fue suspendida en sus efectos, en razón que conforme a los hechos que se verifican, esto es, la continuación de la obra, lo que realmente se hizo fue dejar sin efecto dicha resolución.
64. Que, luego del acuerdo conciliatorio llevado a cabo el 06 de diciembre del 2011, el cual contenía el acuerdo de las partes suspender los efectos legales y en todos sus extremos de la carta N° 017-2011-GR.CAJ.GSRC, que resuelve el contrato de obra N° 071-2010-GR.CAJ-GSRC; además de, conceder al contratista 15 días calendarios comprendidos entre el 07 y el 21 de diciembre del año 2011, para que este cumpla con la ejecución total de la obra referida en el contrato de obra N° 071-2010-GR.CAJ-GSRC, de fecha 19 de julio del 2010.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

65. Que, conforme consta en el cuaderno de obra, asiento N° 045 al 428 (de fecha 21 de diciembre del 2011), el contratista procedió a la culminación de las partidas contractuales pendientes de ejecución, solicitando antes el inspector de la obra, Ing. Rachid Atuna Jumbo, la recepción parcial de la obra, en consideración que la energía eléctrica necesaria para la obra y una condición para su culminación, era de responsabilidad absoluta de la Entidad.
66. Que, como se verifica en el asiento N° 427 del cuaderno de obra, el contratista informo a la supervisión que el 0.42% que falta de avance programado correspondía a la conexión de la energía eléctrica que era total responsabilidad de la Entidad.
67. Que, la supervisión ha manifestado, en el asiento 428 del cuaderno de obra, lo siguiente: *"Se constata trabajos realizados y material en campo, faltando aun la energía eléctrica externa por motivos de que se tiene problemas con los pases de servidumbre donde se colocaran los poster que alimentarán la energía eléctrica del transformados, dichos trabajos se viene realizando por parte de la Gerencia Subregional de Cutervo para poder dar funcionamiento al Sistema y verificar sus condiciones de trabajo, de existir... en el normal funcionamiento se procederá a comunicar al contratista para sus correcciones inmediatas. Efectivamente se constató material en campo con el cual se realizará la conexión eléctrica pero no se puede solicitar la recepción total por que no está conectado dado que falta la energía externa, por lo que se sugiere se realice una recepción parcial porque mis labores concluyen el 31 de diciembre del 2011"*.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

68. Que, como se verifica la supervisión constata la culminación de los trabajos y certifica que lo faltante (energía eléctrica), era de responsabilidad de la Entidad, no del Contratista.
69. Que, de manera inexplicable mediante la Carta N° 13-2012-GR.CAJ/GSRC, la sub Gerencia Regional de Cutervo, le concede un plazo de 05 días calendarios para la culminación de la obra, bajo apercibimiento de dar cumplimiento al primer acuerdo conciliatorio, es decir, revalidar la Carta N° 017-2011-GR.CAJ-GSRC.
70. Que, a dicha carta de apercibimiento, se emitió respuesta mediante carta N° 002-2012-C.F/A.G.F. explicando cada uno de los supuestos y negados incumplimientos que la Entidad había manifestado en su carta de apercibimiento.
71. Que, en dicha carta, también se solicitó la conformación del Comité de recepción de obra para efectos que se verifique in situ la culminación de los trabajos, así también se dejó constancia la inexistencia de energía eléctrica en la obra, por causa imputables a la Entidad, llegando al punto de solicitarles nos hicieran llegar la documentación de inicio del trámite ante ELECTRONORTE, la cual nunca fue proporcionada.
72. Que, mediante la Carta Notarial N° 047-2012-GR.CAJ/GSRC de fecha 19 de marzo del 2012, recepcionada por el Consorcio Fronolca el 24 de marzo del 2012, revalida la Carta N° 017-2011-GR.CAJ.GSRC y manifiesta que queda firme la Resolución del Contrato de Obra: "CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE AGUA

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

POTABLE POR BOMBEO PARA LOS CASERIOS DEL SECTOR SUR DE CUTERVO".

73. Que, la Entidad al momento de resolver el contrato no solo ha omitido el procedimiento establecido en la norma sino que además se ha valido de una carta que resolvió el contrato y fue dejada sin efecto legal alguno, mediante Acta de Conciliación N° 074-2011- Acuerdo Total.
74. Que, dicho actuar de la Entidad, contraviene el marco legal de las contrataciones, lo cual es causal de nulidad del acto administrativo, tal y como lo establece el artículo 10 de la Ley N° 27444.
75. Que, la Entidad ha basado su decisión en hechos inexistentes e inimputables al Consorcio, ya que era necesario y requerido para que la obra finalmente funcione dependía exclusivamente de la Entidad, esto es, gestionar el suministro de energía eléctrica a cargo del concesionario (ELECTRONORTE), lo cual nunca hizo.
76. Que, en resumen, la continuidad de los trabajos a cargo del Contratista, fue consecuencia de dejar sin efecto la Carta N° 17-2011-GR.CAJ.GSRC, la misma que resolvió el contrato de obra y fue materia de conciliación, según el acta de conciliación N° 074-2011-Acuerdo Total, por ende dicho acuerdo tuvo como finalidad dar una segunda oportunidad para la culminación de la obra, dejando sin efecto legal la citada resolución contractual.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCOCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

77. Que, tal como lo ha hecho notar el supervisor de la obra, Ing. Rachif Yuseff Altuna Jumbo, mediante la Carta Nº 010-2011/RYAJ/SO, de fecha 28 de octubre del 2011, la obra debió concluirse el 31 de agosto del 2011, ello, al haber existido ampliaciones de plazo que incrementaron el plazo contractual en 381 días calendarios, existiendo un retraso de 58 días hasta el 28 de octubre del 2011.

78. Que, en el precitado documento se precisa que la obra se encuentra inconclusa y que el Consorcio no cumplió con:

1. La colocación de piezas especiales en árbol de descarga en tanque de abastecimiento que servirán para alimentar todo el sistema.
2. Colocación de las electrobombas en cisterna de almacenamiento y su respectiva instalación de tablero de control.

79. Que, el artículo 169 del decreto supremo Nº 184-2008-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Entidad podrá resolver el contratos en los casos que el contratista: (...) "haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo (...)".

80. Que, al haberse determinado que al Contratista le correspondía la aplicación de la penalidad diaria por retraso, por

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOECA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

haber superado el monto máximo de penalidad del 10% del monto contractual, se le aplico el monto máximo de penalidad ascendente a la suma de S/. 470,192.33.

81. Que, al haberse acreditado la causal de resolución de contrato establecida en la ley, la Entidad mediante la Carta Notarial N° 17-2011-GR.CAJ/GSRC de fecha 02 de noviembre del 2011, procedió a resolver el Contrato de ejecución obra N° 071-2010-GR.CAJ-GRSC.
82. Que, no se cursó carta notarial alguna al contratista puesto que este incurrió en la causal establecida en el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece: "no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato".
83. Que, mediante el informe N° 026-2012.GR.CAJ/GSRC/SGO-YDA, emitido por el Sub Gerente de operaciones, en el cual se da a conocer que el Ing. David Ricardo Vega mediante el informe N° 06-2012-GR.CAJ/GSRC/ASGO-DRVR informa respecto al estado situacional actual de la obra, adjuntando una valorización de constatación de visita de inspección, llegándose a determinar que la obra aún no se encuentra concluida y además que existe un faltante por ejecutar, ascendente a la suma de S/. 114,504.24.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

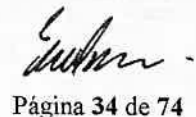
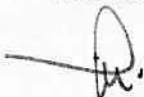
Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

84. Que, la obra no se encuentra concluida, como se demuestra no solo con las vistas fotográficas y videos, sino también con la Resolución N° 139-2012-GR.CAJ.GSRC presentada con fecha 22 de agosto de 2012, mediante la cual se aprueba la ejecución de los saldos de obra adicionales por el monto de S/. 429,200.00, ejecutándose la construcción de cajas de válvulas de aire, cámaras rompe presión, válvulas de control construcción de 01 reservorio de 100m³, sistema automatizado del reservorio y caseta de bombeo y compra de un manantial de agua con la finalidad de operativizar el sistema, dar funcionamiento y así abastecer de agua a la población.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

85. En relación al presente punto controvertido, se tiene que el 21 de diciembre del 2011, el Contratista solicita al inspector de la obra, la recepción parcial de esta, puesto que solo faltaba –a decir del Consorcio Fronocca- el 0.42% del avance programado, referente a las conexiones de energía eléctrica, hecho que además se encuentra ratificado por el asiento N° 428 del Cuaderno de Obra evacuado por el Supervisor de Obra.
86. Frente a este porcentaje pendiente de ejecución, la Entidad concede 15 días calendarios para que el Contratista culmine la obra al 100%, bajo apercibimiento de dar cumplimiento al primer acuerdo conciliatorio.
87. Previamente, este Tribunal Arbitral considera necesario indicar que un Acta de Conciliación tiene el mismo valor y efecto



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

conminante que una sentencia⁶ o un Laudo arbitral, por lo que estos no son pasibles de cumplirse parcialmente, siendo su cumplimiento total una obligación legal, todo cumplimiento parcial importa su no cumplimiento, con la atenuación -naturalmente- de la porción cumplida.

88. Así debemos remitirnos al asiento N° 426 del cuaderno de obra, donde el Supervisor señala lo siguiente:

"(...) asimismo se constató que en la caseta de válvulas aún no se ha conectado las electrobombas al tablero de control, y de conexión del tablero de control al transformador, dichos trabajos representan el 0.42 % del avance programado. (Sic)"

89. En igual sentido tenemos el asiento N° 427 escrito por el Residente de Obra, donde se indica:

"se informa a la supervisión que el 0.42% que falta del avance programado correspondiente a la conexión de la energía que es total responsabilidad de la Entidad (...)"

90. Además en virtud de la carta N° 13-2012-GR.CAJ/GSRC la Entidad reconoce que solo falta por el ejecutar el 0.42% del total de la obra, para lo cual otorga 5 días calendarios, bajo apercibimiento de dar cumplimiento al primer acuerdo conciliatorio.

⁶ El acta de conciliación por acuerdo total, es un documento privado, cocreado por las mismas partes, con la asistencia del conciliador, que contiene la manifestación de voluntad expresa emitida por ambas partes, destinada a regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, mediante el cual las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, ponen fin a un conflicto de intereses.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

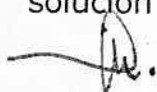
Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

91. Ahora bien, este Tribunal Arbitral debe indicar que el cumplimiento de un Acta de Conciliación es obligatorio para ambas partes, no cabiendo condicionamiento alguno; es así que el Contratista se obligó a cumplir los acuerdos arribados en la conciliación, no habiendo motivos para dejar de cumplirlos.
92. Así las cosas, al haberse cumplido parcialmente uno de los acuerdos conciliatorios por parte del Contratista, este supone en efecto el no cumplimiento del acuerdo conciliatorio en los términos convenidos por las partes.
93. Siendo ello así, nada obsta para que la Entidad, ante el incumplimiento del Contratista, haga valer el efecto resolutorio de la carta inicialmente remitida.
94. Un aspecto que a juicio de este Colegiado merece un análisis particular, es la afirmación del Contratista respecto a que con el Acta de Conciliación "no se suspendieron" los efectos resolutorios de la Carta Notarial N° 17-2011-GR.CAJ/GSRC, sino que ésta se dejó sin efecto, convirtiéndose por tanto en ineficaz e inoponible para una situación futura.
95. El cuestionamiento del Contratista radica básicamente en el hecho a través de una conciliación no puede suspenderse - temporalmente, sujeto a una condición- los efectos resolutorios de una decisión resolutoria, toda vez que ello -a decir del Contratista- únicamente podría darse como consecuencia de la dación de medidas cautelares o el inicio del procedimiento de solución de controversias como en el presente caso. Este criterio



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

esbozado por el Contratista, no es compartido por este Colegiado, toda vez que por precepto constitucional, el acuerdo de suspensión contenido en el Acta de Conciliación, es perfectamente posible; para ello, basta observar lo dispuesto por el artículo 2º inciso 24) literal a. de la Carta Magna de nuestro país que sanciona:

"Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(...)"

96. Bajo esa premisa, no existiendo restricción normativa en nuestro sistema jurídico respecto a la posibilidad de suspender temporalmente los efectos de una decisión resolutoria, el Tribunal Arbitral, no puede asentar el argumento dispensado por el Contratista. Adicionalmente debe considerarse, tal como se ha expresado en párrafos anteriores, que el acuerdo conciliatorio es la fiel expresión de la voluntad de las partes y el consenso a que han llegado para solucionar una controversia. El Contratista no puede válidamente ahora expresar que el acuerdo no era válido o que los efectos del mismo se encontraban invalidados, a fin de sostener una posición que lo pueda beneficiar, si fue el mismo Contratista quien consintió dicho acuerdo y procedió a su ejecución, la cual resultó fallida al no cumplir con la culminación de la obra.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

97. En adición a ello, el Contratista ha indicado que el 0.42% de obra pendiente de ejecutar, responde a una cuestión imputable únicamente a la Entidad; sin embargo, del material probatorio acompañado a la demanda arbitral, no se advierte elemento probatorio alguno que respalde lo afirmado por dicha parte, más aún, de la sola revisión del Acta de Conciliación suscrita entre las partes, este Colegiado considera que de ser cierta dicha afirmación, no habría razón para que el Contratista a través del acto conciliatorio se haya obligado a ejecutar el 100% de la obra, asumiendo un porcentaje (0.42%), cuya ejecución no dependía de él. Es claro para este Tribunal Arbitral que este argumento carece de valor, siendo el único objetivo justificar el incumplimiento del acuerdo conciliatorio, atribuyendo una causa que por su base argumentativa resultaría imputable a la Entidad.

98. Por ello, este Tribunal Arbitral no puede amparar la presente pretensión puesto que sería desconocer los efectos de la conciliación válidamente celebrada entre las partes.

99. De otro lado, merece destacar que no existe medio probatorio alguno que acredite que este incumplimiento habría sido imputado a la Entidad antes de la celebración del acuerdo conciliatorio, o durante la ejecución del contrato, y que resulte ser un factor más que justificaría el retraso incurrido, y por lo tanto lo ubique en la posición de poder eximirse de responsabilidad respecto del cumplimiento de su obligación por causa no imputable directamente a esa parte, el Contratista.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

100. En base a todo lo expuesto, este Colegiado llega a la decisión que se declare INFUNDADA la pretensión demandada y por ende válida la Carta Notarial N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC.

VII. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se ampare el punto controvertido precedente, determinar si procede ordenar a la entidad contratante que reconozca y pague el saldo a favor del contratista la suma de S/. 124,577.67 (Ciento Veinticuatro Mil quinientos sesenta y siete y 67/100 nuevos soles), por concepto de pago de gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo número 02, 03 y 04, que se generaron a favor del contratista, conforme a lo establecido en el artículo 202° del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado.

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

101. Que, las ampliaciones de plazo fueron objeto de silencio administrativo por parte de la Entidad al no pronunciarse dentro del plazo dispuesto por la norma para tal efecto.
102. Que, la ampliación de plazo N° 02 presentada a la supervisión el 25 de enero del 2011, fue solicitada por un plazo de 30 días calendario, bajo el supuesto de causa imputable a la Entidad.
103. Que según el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad tenía 10 días para pronunciarse al respecto, sin embargo, no lo hizo.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

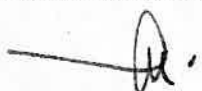
Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

104. Que, mediante la resolución N° 017-2011-GR.CAJ.GSRC de fecha 22 de febrero del 2011, se pone en conocimiento del Consorcio Fronolca la ampliación de plazo otorgada por 30 días calendarios, no estando sujeta a mayores gastos generales.
105. Que, la ampliación de plazo solicitada quedo debidamente consentida el 12 de febrero del mismo año.
106. Que, la ampliación N° 03 fue presentada a la supervisión el 15 de febrero del 2011, por un plazo de 30 días calendarios, bajo supuestos de causa imputable a la Entidad, en consideración que la Entidad no emitía la resolución que modifique la reubicación de la cisterna por lo que los trabajos correspondientes a la ubicación de la cisterna continuaban paralizados en razón que el suelo sobre el cual se trabajaba continuaba comportándose como un colchón de agua (pantano), agravándose la situación por las lluvias torrenciales.
107. Que, la Entidad debía pronunciarse hasta el 4 de marzo del 2011.
108. Que, para dicha ampliación se emitió la Resolución N° 023-2011-GR.CAJ.GSRC el 09 de marzo del 2011, mediante la cual se otorga un plazo de 15 días calendarios, sin reconocimiento de mayores gastos generales.
109. Que, al no emitirse pronunciamiento de la entidad dentro del plazo establecido en la Ley, ha quedado consentido automáticamente.


Página 40 de 74

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi


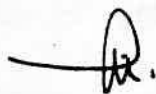
Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

110. Que, sobre la ampliación N° 04, esta fue presentada el 31 de marzo del 2011, solicitándose un plazo de 41 días calendarios, bajo el supuesto de causa imputable a la Entidad, en consideración al tiempo que la Entidad demoro en la elaboración del expediente adicional de obra referido a la reubicación de la cisterna, y ante lo cual habiéndose realizado trabajos de excavaciones para la cisterna, se tuvieron que paralizar los mismos hasta que la Entidad decida la reubicación.
111. Que, la Entidad tenía plazo para pronunciarse hasta el 18 de abril del 2011, sin embargo, al vencimiento del plazo no se pronunció.
112. Que, a dicha ampliación de plazo se emitió la resolución N° 046-2011-GR.CAJ.GSRC, el día 20 de abril, la misma que otorga un plazo de 30 días calendario, sin reconocimiento de mayores gastos generales.
113. Que, mediante la Carta N° 01-2011-GR.CAJ/GSRC de fecha 23 de mayo del 2011, la propia Entidad manifiesta lo siguiente:

"Que, conforme a la ampliación del plazo N° 04 por 41 días solicitada por el Consorcio Fronolca, esta gerencia Sub Regional de Cutervo, emitió la Resolución N° 046-2011-GR.CAJ/GSRC, de fecha 20 de abril del año en curso, la misma que aprueba la ampliación N° 04 por el plazo de 30 días; sin embargo, dicha resolución fue emitida de manera


Página 41 de 74

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

extemporánea, quedando consentida de pleno derecho la ampliación de plazo N° 04, por 41 días. (...).

114. Que, con respecto a los gastos generales estos ascienden a:

Gastos generales de la ampliación N° 2: S/. 37,003.27

Gastos generales de la ampliación N° 3: S/. 37,003.27

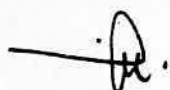
Gastos generales de la ampliación N° 4: S/. 50,571.13

115. Que, estos gastos generales que corresponden a las ampliaciones consentidas, fueron enviados a la Entidad.

116. Que, como respuesta, la Entidad nos remite la Carta N° 003-2011-GR.CAJ/GSRC de fecha 26 de mayo de 2011, en la que nos declara improcedente la solicitud de pago de los gastos generales de las ampliaciones N° 2, N° 3 y N° 4, en razón que no se reunía las condiciones establecidas en el artículo 204 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al haber sido tramitada ante la Entidad, y no ante la supervisión o inspección, según lo dispuesto en el citado artículo.

117. Que, la Entidad no cuestiona el fondo de la solicitud, es decir, la correspondencia o no de los gastos generales, sino que a través de una observación de forma pretende eludir el pago de los mismos.

118. Que, mediante la Carta N° 033-2011.I.R/C.F., de fecha 30 de mayo del 2011, se aclara a la Entidad que dichas valorizaciones de gastos generales fueron entregadas directamente a su representada debido a la ausencia de supervisión de obra, desde



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

el 11 de mayo hasta el 18 de mayo del presente año, fecha en que recién procedieron a designar al Ing. Luis Rafael Cruzado Ortiz en su calidad de inspector de la obra de la referencia, según resolución de Gerencia Sub Regional N° 072-2011-GR.CAJ.GSRC.

119. Que, durante el periodo del 11 de mayo al 18 de mayo incumplió expresamente lo establecido en el artículo 190 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que se refiere a la supervisión permanente.

120. Que, el artículo 202 del Reglamento de la ley de contrataciones del estado señala:

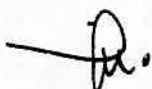
"Artículo 202: efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario (...)

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

121. Que, respecto al pago de mayores gastos generales originados a consecuencia de las ampliaciones de plazo N° 2, 3 y 4 la Entidad sostiene que estos tienen que ser debidamente acreditados.

122. Que, el segundo párrafo del artículo 202° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que: "solo en el



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados".

123. Que, las ampliaciones de plazo pretendidas por el Contratista debemos que estas, no guardan concordancia con el procedimiento de ampliación de plazo, establecido en el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual prescribe: "El contratista por intermedio de su residente deberá anotar en cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo, dentro de los 15 días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda"

124. Que, el pedido de las ampliaciones de plazo N° 02, 03 y 04 en controversia, se han realizado sin sustento técnico ni legal alguno; tan es así que estas no tiene concordancia con lo establecido en el artículo 201º precitado, puesto que, dicho pedido ha sido firmado por el residente de obra, cuando estas deberían haberse realizado a través del contratista o su representante legal. En este sentido, las ampliaciones de plazo pretendidas devienen en ilegales e improcedentes.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOSCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

125. Al respecto este Tribunal Arbitral debe reseñar previamente, las normas aplicables al presente caso, así tenemos, que conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 202°.- Efectos de la modificación del plazo contractual

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra. Sólo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal.

Artículo 204°.- Pago de Gastos Generales

Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

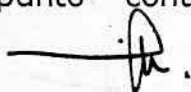
CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244º, 1245 y 1246º del Código Civil. Para el pago de intereses se formulara una valorización de intereses y se efectuara un las valorizaciones siguientes.

126. Así las cosas, tenemos que, al haberse demostrado mediante los medios probatorios obrantes en autos (anexos 12 al 22), que el Contratista remitió distintas cartas con sus pedidos de ampliación de plazo que no fueron respondidos en el plazo establecido por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los pedidos de ampliación de plazo en su totalidad (101 días calendario) fueron aprobados de pleno derecho al no haber un pronunciamiento oportuno de la Entidad, puesto que ésta dejó que se consientan de pleno derecho las citadas solicitudes de ampliación de plazo contractual.

127. Así corresponde entonces que la Entidad asuma su obligación de pagar los mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo consentidas, hasta por un total de 101 días calendario; sin embargo, debe notarse que el presente punto controvertido se encuentra condicionado a la amparabilidad del punto controvertido precedente; es decir, más allá de



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

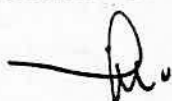
corresponder al Contratista el derecho reclamado mediante la pretensión de la cual deriva el presente punto controvertido, dicha pretensión ha sido planteada por el propio Contratista en calidad de accesoria, razón por la cual, si bien asiste al Contratista el derecho que reclama, este Colegiado únicamente podrá ordenar su pago en caso el punto controvertido precedente haya sido amparado, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

128. Como puede verse, existe una limitación formal -no sustancial- a este Colegiado, impuesta por el propio Contratista para ordenar el pago de la suma demandada; sin embargo, ello no enerva lo que por derecho le corresponde, por lo que, sin perjuicio de declarar improcedente la pretensión demandada, debe dejarse a salvo su derecho -ya reconocido- para que en un nuevo proceso arbitral se ordene el pago demandado, correspondiente a los mayores gastos generales por los 101 días calendario de ampliación de plazo, correspondientes a las Ampliaciones de Plazo N° 02, 03 y 04.

129. En ese sentido, la Entidad debe asumir su obligación contraída de pagar el monto demandado; sin embargo, no será este Colegiado quien ordene el pago de la misma; este Tribunal Arbitral concluye en declarar improcedente el presente punto controvertido, dejando a salvo el derecho del contratista para que lo haga valer en un nuevo proceso arbitral.

VIII. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se ampare el punto controvertido precedente, determinar si corresponde ordenar que la entidad contratante



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

pague a favor del Contratista los intereses correspondientes, debiéndose determinar desde cuando se computa dicho concepto hasta la fecha efectiva de pago.

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

130. Que, los interés deben calcularse tomando como base el monto total de los gastos generales, esto es, S/. 124,577.67.
131. Que, a dicho monto se le debe calcular los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago, teniendo en consideración la presentación efectuada desde el 11 de mayo de 2011. Por lo que hasta el 23 de julio de 2012, dichos intereses ascenderían a la suma de S/. 3,494.10 (desde el 16 de junio del 2011).

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

132. Que, el contratista no ha acreditado con documento idóneo su pretensión.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

133. Al tratarse de una pretensión accesorio, corresponde a este Tribunal Arbitral, referirse a sus aspectos generales, así tenemos que:

"La acumulación de pretensiones en forma accesorio se presenta cuando el sujeto titular de las pretensiones identifique a una de ellas como pretensión principal y a una



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque
Dr. Alberto Montezuma Chirinos
Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

o más como accesorias. Cabe señalar, que esta forma de acumulación se identifica por la dependencia que tienen las pretensiones accesorias de la principal, de forma tal, que lo que el juez decida sobre la pretensión principal determinará su decisión sobre las accesorias.

Lo que caracteriza a este tipo de acumulación de pretensiones y que permite la consecuencia descrita en el párrafo anterior, es la identidad de sus fundamentos (causa petendi) y la diferencia de los pedidos concretos (petitum o petitorio). Lo primero permite al juez a que, pronunciándose respecto de los fundamentos de la pretensión principal no resulte necesario pronunciarse respecto de los fundamentos de la pretensión accesorias (pues ambas tienen idéntico fundamento: identidad de causa petendi). Lo segundo, obliga al juez a pronunciarse por ambos pedidos concretos en su parte resolutive, declarando, constituyendo o condenando según corresponda, respecto de ambos petitorios.⁷

134. En se orden de ideas, cabe agregar, que:

"Se denomina también consecuencial, dependiente o secundarias. Consiste en que se formalizan o concurren en el proceso una pretensión principal y; para el caso de ser amparada, también deberán ampararse la pretensión o pretensiones interpuestas con el carácter de accesorias.⁸"

⁷ APOLÍN MEZA, Dante. Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas. Tomo I. Editorial Adrús. Arequipa. 2010. Página 417.

⁸ RANILLA COLLADO, Alejandro. La Pretensión Procesal. Revista de estudiantes de Derecho UNSA. Arequipa. Página 210.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

135. De lo que se colige, que la suerte de la pretensión accesoria depende de que se ampare la pretensión a la que va unida.

136. En ese sentido, al declararse improcedente la pretensión anterior corresponde declarar improcedente la presente pretensión.


137. Por tanto, este Colegiado conviene en declarar improcedente el presente punto controvertido por los motivos expuestos, dejando igualmente, a salvo el derecho del Contratista para que lo haga valer en un nuevo proceso arbitral.

IX. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se ampare el punto primer controvertido, determinar si procede que se ordene a la Entidad contratante, la devolución de la suma de S/. 495,365.48 (Cuatrocientos noventa y cinco mil trescientos sesenta y cinco y 48/100 nuevos soles), retenido por la entidad por concepto de garantía de fiel cumplimiento, ello en calidad de daños y perjuicios.

A. POSICIÓN DEL DEMANDANTE

138. Que, mediante la Carta Notarial N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC de fecha 19 de marzo del 2012, recepcionada por Consorcio Fronolca el 24 de marzo del mismo año, la Entidad manifiesta que queda firme la resolución de Contrato de Obra.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

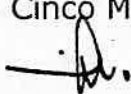
139. Que, mediante la Carta N° 005-2012 remitida por el Consorcio Fronocca, el 27 de marzo del 2012, se solicita arbitraje conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la cláusula décima octava del contrato.

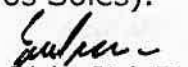
140. Que, la solicitud de arbitraje se ingresó dentro del plazo de caducidad establecido por el reglamento, por lo tanto dicho acto jurídico no quedo consentido.

141. Que, la Entidad de manera inexplicable procede a la ejecución de la Carta Fianza N° 1164-8, la misma que garantizaba el fiel cumplimiento del contrato. Esto se llevó a cabo mediante carta notarial N° 49-2012-GR.CAJ/GSRC de fecha 20 de marzo del 2012, recepcionada por el Banco Santander el 26 de marzo del 2012.

142. Que, se colige, que un día después de tomada la decisión de resolver el contrato, la Entidad, ya había tomado la decisión de ejecutar la carta fianza en total contravención a lo dispuesto en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

143. Que, el mismo día que el consorcio Fronocca ingresaba la solicitud de arbitraje conforme al contrato, la entidad ingresaba la carta a través de la cual efectivizaba la carta fianza N° 1164-8, argumentado la resolución del contrato. Lo cual se corrobora con la carta S/n de fecha 30 de mayo de 2012 que el banco Santander les remite informándoles el honramiento de la carta fianza N° 1164-8 por la suma de S/. 495,365.48 (Cuatrocientos Noventa y Cinco Mil Trescientos Sesenta y Cinco con 48/100 Nuevos Soles).




Página 51 de 74

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

144. Que, mediante la Carta N° 001-2012 recepcionada el 26 de marzo, se le informo a la Entidad que las cartas fianzas presentadas por el Consorcio Fronocca se encontraban plenamente vigentes y además, que si se producía la resolución contractual, para ejecutar la carta fianza debía quedar consentida.
145. Que, queda claramente establecido que la Entidad no podía proceder a ejecutar las garantías sin verificar el cumplimiento de algunas de las condiciones establecidas en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
146. Que, de manera ilegal y en total contravención a las normas que regulan el supuesto de la ejecución de la Carta Fianza, la Entidad procedió a la ejecución de las mismas, causando un evidente daño económico ascendente a la suma de S/. 495,365.48 (Cuatrocientos Noventa y Cinco Mil Trescientos Sesenta y Cinco con 48/100 nuevos soles).
147. Que, conforme a las normas del Código Civil, artículo 1321° y 1331°, corresponde que la Entidad, ante el incumplimiento de inejecución de las cartas fianzas objeto de su custodia, resarcir al consorcio Fronocca procediendo a la devolución del monto indebidamente retenido.

B. POSICIÓN DEL DEMANDADO

148. Que, es falso que la Entidad haya retenido indebidamente el importe pretendido por la Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

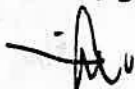
149. Que, el contratista no ha esbozado de modo alguno, los presupuestos y/o factores de atribución establecidos en la ley que ameritarían la configuración de la figura jurídica de indemnización por daños y perjuicios como son: El daño, la antijuridicidad, el nexo causal, etc.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

150. Verificada la demanda interpuesta por el Consorcio, se advierte que éste, reseñando la pretensión que da origen al punto controvertido que es materia de análisis sostiene que una vez que la Entidad le comunica la Carta Notarial N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC de fecha 19 de marzo del 2012, de manera casi inmediata (un día después), sin que la decisión de resolver haya quedado consentida, procedió a ejecutar la Carta Fianza N° 1164-8 que garantizaba el Fiel Cumplimiento del Contrato.

151. Asimismo, es de destacar que la pretensión propuesta por el Contratista es una pretensión compuesta que por un lado pretende la restitución del monto ejecutado, lo que supone necesariamente declarar la indebida ejecución de la Carta Fianza, y por otro lado, pretende que el monto restituido le sea otorgado al Contratista a título indemnizatorio.

152. En relación al primer extremo de la pretensión demandada, debe tenerse a vista la legislación aplicable al supuesto controvertido; para estos efectos, tenemos que el artículo 164º inciso 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

"Artículo 164°.- Ejecución de garantías

Las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la Entidad en los siguientes supuestos:

(...)

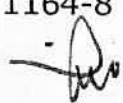
2. *La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. **El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.***

(...)." (Énfasis agregado)

153. De acuerdo a la norma invocada, se advierte que una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento únicamente puede ser ejecutada cuando:

- i) La Resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al Contratista, haya quedado consentida.
- ii) La Resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al Contratista, haya sido declarada procedente mediante un laudo arbitral consentido y ejecutoriado.

154. Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte a todas luces que la ejecución por parte de la Entidad de la Carta Fianza N° 1164-8 que garantizaba el Fiel Cumplimiento del Contrato,



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

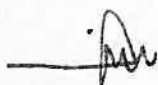
Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

resultaba prematura, toda vez que la petición de arbitraje remitida por el Contratista data del 27 de marzo del 2011, fecha en la cual, la decisión resolutoria de la Entidad no había quedado consentida, ni había merecido pronunciamiento arbitral alguno declarando procedente la decisión de la Entidad.

155. Siendo ello así, correspondería en efecto que la Entidad proceda a la restitución del monto ejecutado, volviendo las cosas al estado original, cual era, el de contar con una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento vigente.

156. Sin embargo, no está de más recordar: *primero.-* que el propósito de la Carta Fianza en mención es el de asegurar que, una vez consentida la decisión resolutoria de la Entidad o declarada procedente mediante laudo arbitral consentido y ejecutoriado, la Entidad pueda hacer suyo el monto resultante de la ejecución de la misma en calidad indemnizatoria, toda vez que conforme al artículo 164º acotado, la Garantía de Fiel Cumplimiento tiene la condición de penalidad previamente acordada por el incumplimiento (cláusula penal), por lo que no requiere acreditación del daño que pudiera haber irrogado a la Entidad el incumplimiento del Contratista; *segundo.-* que mediante el presente laudo arbitral se está convalidando la decisión resolutoria de la Entidad, por lo que una vez consentido y ejecutoriado el mismo, resultará inconducente el hecho de efectuar una restitución de la carta fianza para proceder a su inmediata ejecución, toda vez que con la dación del presente laudo arbitral, se convalida además el derecho que asiste a la Entidad de ejecutar la Carta Fianza materia de análisis.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

157. Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye en declarar infundado el presente punto controvertido.

X. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede que el Tribunal Arbitral ordene que el contratista pague a la Gerencia Subregional de Cutervo-Gobierno Regional de Cajamarca, la penalidad máxima por mora de diez por ciento (10%) del monto contractual, equivalente a la suma de S/. 470,192.33 (Cuatrocientos setenta mil ciento noventa y dos y 33/100 nuevos soles).

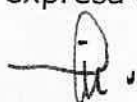
A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE

158. Que, la causal de resolución del contrato es, que el contratista ha acumulado el máximo de penalidad del 10% del monto contractual ascendente a la suma de S/. 470,192.33 Nuevos Soles, este monto deberá ser cancelado por el contratista.

159. Que, se determina que la pretensión tiene sustento legal.

B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA

160. Que, la imposibilidad de culminar los trabajos fue absoluta responsabilidad de la entidad conforme ha sido expuesto en el presente documento, y fue puesto a conocimiento a la entidad, aún después de resuelto el contrato, Carta N° 006-2011-C.F/A.G.F., por lo que manifestamos la inaplicabilidad de la penalidad referida, ya que el artículo 165° del RLCE hace alusión expresa a retraso injustificado.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCOCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO --
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

161. Que, si el término de la obra dependía de la gestión para el suministro de energía eléctrica por parte de la entidad, no es aplicable la penalidad bajo dicho contexto.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

162. Para efectuar un correcto análisis de este punto controvertido, este Tribunal Arbitral considera necesario dejar en claro el concepto de cláusula penal; por ello, al respecto tenemos que:

*"Se denomina cláusula penal a la estipulación accesoria a una obligación principal por la cual el deudor deberá satisfacer una cierta prestación si no cumpliere lo debido, o si lo cumpliere tardíamente"*⁹.

163. En otros términos, entendemos que, la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.

164. En ese sentido, debe tenerse en cuenta la opinión del maestro Felipe Osterling Parodi, que sobre la cláusula penal señala claramente:

"Cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado y el deudor

⁹ LLAMBIAS, Jorge J. Manual de Derecho Civil. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1997. Página 125.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

incurre en mora o viola dicho pacto, entonces el acreedor tendrá el derecho de exigir, conjuntamente con el cumplimiento de la obligación principal, el pago de la pena estipulada (artículo 1342° del Código Civil). En el primer caso, en la mora, la indemnización fijada por la cláusula penal resarcirá los daños y perjuicios moratorios. En el segundo caso, cuando se trata de asegurar el cumplimiento de un pacto determinado, la indemnización reparará, al igual que en el caso de inexecución total, los daños y perjuicios compensatorios.¹⁰

165. Asimismo, a fin de aplicar el análisis de la viabilidad de la penalidad pretendida por la Entidad al presente caso, corresponde a este Tribunal Arbitral citar las normas de Contrataciones del Estado aplicables al caso de autos:

Artículo 48°.- Intereses y penalidades¹¹

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.



¹⁰ OSTERLING PARODI, Felipe. Obligaciones con cláusula penal. Página 302.

¹¹ Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación¹²

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = 0.10 \times \text{Monto}$$

$$F \times \text{Plazo en días}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o **ítem que debió ejecutarse** o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución

¹² Decreto Supremo N° 184-2008-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente. (Énfasis agregado)

Artículo 166.- Otras penalidades¹³

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

166. Al respecto, de todo lo mencionado, este Colegiado puede arribar a las siguientes conclusiones preliminares:

- i) La aplicación de penalidades procede únicamente cuando existe un incumplimiento **injustificado** por parte del Contratista en la ejecución de sus obligaciones.
- ii) Las penalidades pueden ser calculadas sobre la base del monto contractual o sobre la base del valor del ítem que debió ejecutarse.
- iii) Teniendo definida el monto que servirá como base para el cálculo de penalidades, deberá aplicarse la misma por cada día de atraso.

¹³ Decreto Supremo N° 184-2008-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

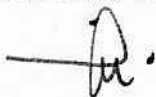
167. Así las cosas, toda aplicación de penalidad pretendida debe superar los tres filtros antes detallados para su fundabilidad, caso contrario, deberá desestimarse.

168. En relación al primer filtro, se aprecia que al Contratista le faltó cumplir con el 0.42% del total de su prestación, lo que evidencia que en efecto, ha existido un incumplimiento; sin embargo, para superar el primer filtro, debe determinarse si el incumplimiento fue injustificado, lo cual no ha sido materia de análisis en el presente proceso arbitral.

169. A pesar que ya no correspondería continuar el análisis de los dos filtros siguientes para determinar la fundabilidad de lo pretendido, este Colegiado, estima pertinente, realizar dicho análisis a fin de descartar la fundabilidad o no de la pretensión propuesta por la Entidad.

170. Por ello, debe señalarse que se pretende el pago de una penalidad ascendente a la suma de S/. 470,192.33, que correspondería al 10% del monto contractual; sin embargo, asumiendo –la hipotética posición– que el incumplimiento del Contratista hubiere sido injustificado, habría que preguntarse si la base de cálculo para la determinación de la penalidad es el monto contractual o el valor del ítem no ejecutado.

171. Al respecto, debe recordarse que la obra tiene un saldo por ejecutar ascendente al 0.42% del total de la obra, correspondiendo dicho porcentaje –según se detalla en el cuaderno de obra– a:



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

"(...) asimismo se constató que en la caseta de válvulas aún no se ha conectado las electrobombas al tablero de control, y de conexión del tablero de control al transformador, dichos trabajos representan el 0.42 % del avance programado. (Sic)" (Asiento del Supervisor)

"se informa a la supervisión que el 0.42% que falta del avance programado correspondiente a la conexión de la energía que es total responsabilidad de la Entidad (...)". (Asiento del Residente)

172. Siendo así las cosas, y atendiendo a lo único que se encontraba pendiente de ejecutar, lo pretendido por la Entidad deviene en inatendible pues, no es racional imponer al Contratista una sanción económica, tomando como base para el cálculo el monto contractual, cuando el saldo de obra por ejecutar únicamente alcanza el 0.42% del total de la obra, resultando a todas luces desproporcionado tomar el monto contractual como base de cálculo, más aún si conforme señala la propia supervisión la obra se encontraba técnicamente culminada, estando pendiente únicamente el suministro de energía eléctrica para su puesta en funcionamiento.

173. Por ello, este Tribunal Arbitral concluye que toda penalidad aplicable al Contratista por el incumplimiento incurrido, en caso este fuere injustificado, debe recalcularse tomando como base el valor económico del saldo de obra por ejecutar (0.42%).



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOECA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

174. En relación al tercer filtro, debe indicarse que de acuerdo al Acta de Conciliación celebrada entre las partes, la obra debió culminarse el 21 de diciembre del 2011, por lo que deberá tomarse dicha fecha como referencia para el cálculo del total de días de atraso.

175. Por tanto, este Tribunal Arbitral concluye que debe declararse **IMPROCEDENTE** la pretensión propuesta referida al presente punto controvertido, por no corresponder su determinación en este estado.

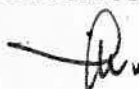
XI. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede que el tribunal arbitral ordene que el contratista pague a la Gerencia Subregional de Cutervo-Gobierno Regional de Cajamarca, la penalidad por no permitir el acceso al cuaderno de obra, ascendente a la suma de S/. 22,652.00 (Veintidós mil seiscientos cincuenta y dos y 00/100 nuevos soles).

A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE

176. Que, mediante el informe N° 026-2012-GR.CAJ/GSRC/SGO-YDA, emitido por el sub Gerente de operaciones informa que se desconoce la ubicación del cuaderno de obra pese a que este debió permanecer en obra bajo la custodia del residente de obra.

177. Que, en atención a ello se debe aplicar una penalidad consistente en la suma S/. 22,652.00 nuevos soles, tal como lo establece el artículo 194º del RLCE, el cual menciona: "Si el



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

contratista no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias, será causal de aplicación de multa del cinco por mil (5/1000) del monto de la valorización por cada día de dicho impedimento".

B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA

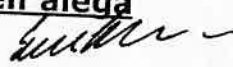
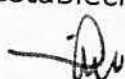
178. Que, a través de todo el transcurso de la obra, el cuaderno de obra estuvo a disposición del supervisor de obra, incluso del inspector que posteriormente la Entidad nombro.

179. Que, no existe reclamo alguno de partes de dichos profesionales en el cuaderno de obra, ello en razón que tanto el supervisor como el inspector llenaron el cuaderno conforme a la presencia que tuvieron en obra y esta fue conforme a los hechos que transcurrieron la misma.

180. Que, la Entidad debe probar que el cuaderno de obra no estuvo a disposición del supervisor o inspector durante el transcurso de esta, a fin que el reclamo al que alude pueda ser sustentado en base al artículo al que aluden (art. 194 del RLCE).

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

181. A efectos de resolver el presente punto controvertido, debe recordarse -como ya se dijo al analizar un punto controvertido anterior- que, para el Derecho, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, la prueba recae sobre quien alega



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO --
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

182. Esto responde al denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que "lo normal se presume, lo anormal se prueba" y ha sido recogido en los ordenamientos procesales bajo el principio que "todo aquel que afirma un hecho debe probarlo".

183. Por tanto, previo a realizar cualquier análisis indemnizatorio, la Entidad debe necesariamente acreditar con material probatorio objetivo que el Contratista le negó el acceso al cuaderno de obra, pues ello constituye el sustento de su pretensión reconvencional.

184. Dicho ello, este Tribunal Arbitral debe indicar que en el expediente no obran pruebas objetivas que acrediten fehacientemente que el Contratista haya negado el acceso al cuaderno de obra a la Entidad.

185. Los documentos presentados por la Entidad no califican como medios probatorios idóneos para acreditar y cuantificar los daños y perjuicios que ha sufrido la Entidad. Debe precisarse que por la naturaleza de lo pretendido y sin los respectivos medios probatorios que sustenten la pretensión de la Entidad de modo idóneo y que aseguren de modo real que la afirmación expresada en la pretensión tiene su correlato en el medio probatorio que lo sostiene todo esto se conoce como la pertinencia de la prueba.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

este Tribunal considera que la pretensión no ha sido acreditada, toda vez que el material probatorio no sustenta debidamente la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

186. Al respecto, debe también considerar ello en el contexto de la obligación que tienen las partes de probar, así la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:

*"La carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho, de manera que su incumplimiento determina la absolución de la contraria. Las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, por cuanto que solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso"*¹⁴.

187. En igual sentido debemos tener presente el siguiente pronunciamiento de nuestra Corte Suprema, el cual señala que:

*"La carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos, en ese sentido, para que se ampare la demanda el demandante debe acreditar sus preces, de no suceder así se declarara infundada"*¹⁵.

¹⁴ Exp.: 99-23263, 5ta Sala Civil de Lima, 06/12/01 (LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Jurisprudencia Actual, Lima, 2005, T. 6 p. 461).

¹⁵ CAS. Nº 342-2002-Arequipa, publicada el 01-09-2003; Jurisprudencia Procesal Civil. Tomo II, 2003; p. 165.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

188. — Así las cosas, la Entidad ha caído en un supuesto de improbanza de la pretensión, puesto que las pruebas aportadas al proceso no generan convicción en este Colegiado.

189. Por tanto, este Tribunal Arbitral concluye que esta pretensión referida al punto controvertido en comentario debe declararse INFUNDADA.


XII. SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si procede que el tribunal arbitral ordene que el contratista devuelva el monto pagado ascendente a la suma de S/. 114,504.24 (Ciento Catorce Mil Quinientos Cuatro y 24/100 Nuevos Soles), sin que exista culminación de obra.

A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE

190. Que, mediante el informe N° 026-2012-GR.CAJ/GSRC/SGO-YDA, emitido por el sub Gerente de operaciones, informa que el Ing. David Ricardo Vega mediante el informe N° 06-2012-GR-CAJ/GSRC/ASGO-DRVR ha efectuado un informe del estado situacional actual de la obra, en donde adjunta una valorización de constatación de visita de inspección, en el cual, se ha llegado a determinar que la obra aún no se encuentra concluida.

191. Que, de lo precitado se tiene que existe un faltante por ejecutar ascendente a la suma de S/. 114,504.24 Nuevos Soles, monto que corresponde a :



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

- i. Tarrajeos de todas las estructuras pequeñas,
- ii. Complementación de accesorios de válvulas.
- iii. Cámaras rompe presión
- iv. Cajas de distribución de caudales y sistema de control del llenado del reservorio para facilitar el ahorro de energía eléctrica.

192. Que, en el precitado informe se precisa, que pese al faltante por ejecutar, el Consorcio Fronocca ha recibido el total del monto contractual sin que la obra haya sido culminada en su totalidad desconociendo las causas que justificaron su pago.

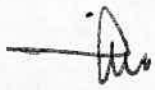
193. Que, lo faltante por ejecutar de la obra que asciende a S/. 114,504.24 Nuevos Soles, constituye un pago indebido a favor del Consorcio Fronocca; situación que amerita solicitar su devolución.

194. Que, el mencionado hecho se evidencia mediante el informe N° 002-2011-GR.CAJ-GSRC/SGO/RVAL, emitido por el supervisor de obra de ese entonces el Ing. Rachid Yussef Altuna Jumbo.

B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA

195. Que, al respecto, la Entidad debe acreditar con pruebas contundentes que el Consorcio Fronocca incumplió lo ordenado por el expediente técnico.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

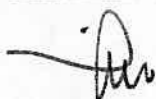
Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

196. En primer lugar, ha quedado debidamente demostrado que el Contratista cumplió parcialmente con su prestación, restando solo el 0.42% del total de la obra.
197. El reconviniente alega que el Contratista debe devolver el pago efectuado, ascendente a S/. 114,504.24 (ciento catorce mil quinientos cuatro y 24/100 Nuevos Soles), puesto que no ha cumplido con el total de su prestación.
198. Así las cosas, este Tribunal Arbitral considera que el pedido de devolución de dinero reclamado por la Entidad debe guardar relación y proporcionalidad con lo no ejecutado. Así, deberá verificarse si el monto reclamado en efecto encuentra coincidencia con el saldo de obra pendiente de ejecutar.
199. En ese sentido, si bien el Contratista no ejecutó la totalidad de la prestación a su cargo *-lo que ha sido reconocido por el propio Contratista, independientemente de a quién le sea imputable la imposibilidad de concluir el encargo-*, ello no da pie para que la Entidad pretenda que se le restituya la totalidad del monto contractual pagado o una suma mayor al equivalente del saldo de obra por ejecutar, pues de ocurrir ello, éste constituiría un pedido abusivo y desproporcionado por parte de la Entidad, dado que con ello se pretendería no reconocer los gastos en que hubiere incurrido el Contratista para ejecutar la obra.
200. Por ello, si el contratista no cumplió con el 0.42% del total de su prestación corresponde que este devuelva un monto equivalente a lo no ejecutado, no existiendo posibilidad de que



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

éste restituya un monto superior al equivalente a dicho porcentaje.

201. Por todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que debe declararse INFUNDADO la pretensión que refiere el presente punto controvertido.

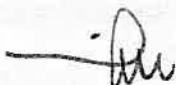
XIII. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde pagar las costas y costos del presente arbitraje

A. POSICIÓN DEL RECONVINIENTE

202. Que, el contrato suscrito con el contratista, consorcio Fronolca fue resuelto por el incumplimiento de dicho contratista por lo que, se determina que la Gerencia Subregional de Cutervo – Gobierno Regional de Cajamarca, ha sido obligada a recurrir al arbitraje y como tal, corresponde que el Tribunal Arbitral ordene que el contratista pague el integro de los gastos arbitrales, a fin de evitar perjuicio a los intereses del Gobierno Regional de Cajamarca.

203. Que, el contratista deberá reconocer a favor del Gobierno Regional de Cajamarca los intereses legales calculados desde la fecha de inicio del arbitraje hasta la fecha efectiva de pago; esta petición está amparada por lo señalado en el último párrafo del artículo 49º del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por DS N° 083-2004-PCM.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

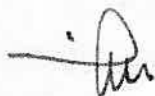
B. POSICIÓN DEL CONTRATISTA

204. Que, dicha pretensión es totalmente infundada considerando que el consorcio Fronocca sustenta y fundamenta sus derechos que han sido lesionados, por lo que el Tribunal Arbitral deberá tener en consideración las posiciones de las partes para determinar la imputación de costas y costos del proceso.

C. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

205. El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

206. En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque
Dr. Alberto Montezuma Chirinos
Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

207. Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes que han demostrado mediante sus declaraciones contenidas en los diversos actuados que obran en el expediente arbitral; y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje en partes iguales; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

208. En tal sentido, estando a la decisión del Tribunal Arbitral de que ambas partes asuman, en montos equivalentes, los gastos arbitrales del presente arbitraje.

XIV. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **LAUDA:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de Cosa juzgada propuesta por la Gerencia Subregional Cutervo - Cajamarca (la Entidad), por lo motivos expuestos en la parte considerativa del presente laudo arbitral.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda y por ende válida la Carta Notarial N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC.

TERCERO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión de la Demanda; dejando a salvo el derecho del Contratista a exigir el pago de la suma de S/. 124, 577.67 (Ciento Veinticuatro Mil Quinientos Sesenta y Siete y 67/100 Nuevos Soles), por concepto gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo número 02, 03 y 04, para que lo haga valer en un nuevo proceso arbitral.

CUARTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Tercera Pretensión de la Demanda; dejando a salvo el derecho del Contratista a exigir el pago de los intereses devengados por el no pago de los gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo número 02, 03 y 04, para que lo haga valer en un nuevo proceso arbitral.

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADO la Cuarta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, **NO PROCEDE** ordenar a la Gerencia Sub Regional de Cutervo la restitución de S/. 495,365.48 (Cuatrocientos Noventa y Cinco Mil Trescientos Sesenta y Cinco y 48/100 Nuevos Soles) correspondientes a la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.

SEXTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Primera Pretensión de la Reconvención.

SÉTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO –
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

OCTAVO.- DECLARESE INFUNDADA la Tercera Pretensión de la Reconvención.


NOVENO.- DISPONGASE en relación al octavo punto controvertido, que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, así como las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

DECIMO.- ESTABLECER los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

UNDÉCIMO.- REMÍTASE un ejemplar del presente laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para su publicación en la página web del portal institucional.

Notifíquese a las partes.


Jimmy Pisfil Chafloque
Presidente del Tribunal Arbitral


Alberto Montezuma Chirinos
Árbitro


Eduardo del Portal Ferreyros
Secretario Arbitral Ad-Hoc

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

*El Secretario Arbitral Ad
Hoc que suscribe, deja constancia
que el voto singular del señor
Arbitro doctor Marcos Ricardo
Espinoza Rimachi es como
sigue:*



Eduardo del Portal Ferreyros

~~Secretario Arbitral Ad-Hoc~~

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

TRIBUNAL ARBITRAL AD-HOC

20 AGO 2014

SECRETARIA ARBITRAL
RECIBIDO

Secretario

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRANCOISA con GERENCIA SUBREGIONAL DE QUITO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI

Lima, 20 de agosto de 2014

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que en momento alguno se recusó al Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda según ha sido explicado anteriormente.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar todas sus alegaciones y exponerlas ante el Tribunal Arbitral.


Página 2 de 32

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros


CONSORCIO FRONOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

- (vi) Que de conformidad con el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, así como con el Decreto Legislativo N° 1071, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, en caso éstas hubieren incurrido en inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha de 09 julio del 2013 en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a las pretensiones presentadas por las partes tanto en su escrito de demanda (Consortio Fronocca) como en su escrito de reconvención (Municipalidad Provincial de Cutervo).

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, a efectos de poder resolver la controversia corresponde al Tribunal Arbitral abordar pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challeque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Feareyros

CONSORCIO FRONDECA con GERENCIA SUBREGIONAL DE QUITARVO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción en el árbitro respecto de tales hechos.

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

"Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, deba tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien lo adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Con el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quien las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chalique

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PRONONCA CON GERENCIA SUPERREGIONAL DE INTERVENCION
GOBIERNO REGIONAL DE CALAMARCA

convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma regulatoria de esa situación de hecho.¹

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica y apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

Ahora bien, se ha establecido mediante sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que los árbitros tienen las facultades de aplicar el derecho aunque las partes no lo hayan previsto, por cuanto el error

no crea derecho, ello se encuentra recogido en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil que establece: **"Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no**

¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Teoría General de la Prueba judicial". Editorial ABC Santafé de Bogotá. D.C. Colombia, 1995, p. 118.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO MONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE OTERO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

haya sido invocada en la demanda". En este orden, antes de analizar las pretensiones de las partes, es decir, de la demanda y reconvención, se debe establecer si las mismas están arregladas a derecho, lo cual se desarrollará como cuestión previa.

3. CUESTIÓN PREVIA

En atención a lo establecido en la Ley de Arbitraje respecto del derecho de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, este Tribunal Arbitral como CUESTIÓN PREVIA señala lo siguiente:

3.1.- Que, se está acreditado en autos que las partes antes de iniciar el proceso arbitral arribaron a un **ACUERDO CONCILIATORIO EXTRAJUDICIAL** mediante el cual solucionaron las controversias derivadas del contrato materia de litis, por lo que el suscrito, de manera previa, analizará la institución jurídica de la conciliación extrajudicial, así como su normativa y sus efectos. Asimismo, de conformidad con el artículo 41º de la LGA, determinará la competencia del Tribunal Arbitral para resolver las controversias antes resueltas mediante dicho acuerdo conciliatorio.

3.2.- La conciliación es un método alternativo de resolución de conflictos (alternativo al procedimiento judicial²) que por la vía consensual busca solucionar un conflicto. Su base de apoyo se encuentra en la satisfacción de los intereses y necesidades de las partes con la ayuda de un tercero facilitador o conciliador. Como dice

² Se debe recordar que la institución del arbitraje también proviene o es parte de los llamados MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FUNDICIA POR GERENCIA SUBREGIONAL DE CUETIVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

Morello, "la conciliación se constituye en un medio convencional o negocial directo de eliminación de la incertidumbre en las relaciones o situaciones de derecho material en conflicto, en el sentido que las partes se obligan a considerar entre sí y para el futuro como definitivos y sobre las nuevas bases acordadas, la figura histórica jurídica de una relación o de una situación preexistente de derecho material".

El profesor MONTERO AROCA, señala que la conciliación puede ser definida como "la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia, traten de solucionar el conflicto que las separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido."

Adicionalmente a lo señalado por los tratadistas mencionados en los párrafos anteriores, se sabe que nuestro ordenamiento jurídico prevé dos clases de conciliaciones: la judicial que se realizan dentro del proceso judicial y la extrajudicial. En ese orden de pensamientos, pasaremos a analizar la figura jurídica que es materia del presente arbitraje, entiéndase la *conciliación extrajudicial*.

3.3.- La *Conciliación Extrajudicial*, denominada también previa o preprocesal, tiene naturaleza preventiva por cuanto se encamina a evitar la contienda procesal; a diferencia de la conciliación judicial que tiene carácter extintivo, por ser su objeto ponerle fin al proceso ya iniciado, constituyendo así esta última una forma especial de ponerle término a la litis.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Farreyros

CONSORCIO REGIONAL DE GERENCIA SUBREGIONAL DE CUSCO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

Marianella Ledesma sostiene al respecto que "(...) la conciliación previa se orienta a prevenir el litigio solucionando el conflicto por medios diversos a la Justicia ordinaria (...)"

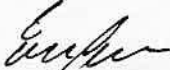
Para Manuel De la Plaza la conciliación es "una verdadera actuación preliminar, con la que se pretende evitar el proceso, llegando por su medio a la composición amistosa de la litis en proyecto".

3.4.- Una de las características de la conciliación es que se basa en la no confrontación; es decir, en que la resolución de la disputa se produzca a través del acuerdo entre las partes. Por ello, se puede conceptualizar como un método de resolución de controversias pre-procesal, auto-compositivo y no adversativo.

3.5.- Habiendo desarrollado el marco doctrinario y/o conceptual, respecto de la Conciliación Extrajudicial, pasaremos a señalar el marco normativo de la misma señalando como exponentes la Ley de Conciliación -Ley N° 26872- y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-98-JUS.

El artículo 5° de la Ley N° 26872 define a la conciliación como "(...) un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto".

3.6.- El carácter consensual en que se funda la conciliación es puesto de manifiesto en el artículo 3 de la Ley N° 26872, el mismo que establece que "la Conciliación es una institución consensual, en tal


Página 8 de 32

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rímachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSEJO NACIONAL DE CONCILIACIÓN
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes".

3.7.- Asimismo, el artículo 5º del D.S. N° 001-98-JUS señala lo siguiente: *"La autonomía de la voluntad a que hace referencia el Artículo 3º de la Ley, no se ejerce irrestrictamente. Las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres"*, es decir, la norma importa o exige una limitación de las materias a conciliar.

3.8.- Por otro lado, la conciliación extrajudicial no constituye un acto jurisdiccional, según lo preceptúa el artículo 4 de la Ley N° 26872.

3.9.- Ahora, pasaremos a analizar los efectos que se generan tras una *Conciliación Extrajudicial*, analizándolos desde un marco doctrinario. En ese sentido, se tiene que el efecto inmediato de la conciliación extrajudicial es poner término al conflicto de intereses existente entre las partes, siempre que aquélla haya sido total, por lo que no podrá promoverse un proceso que verse sobre dicho conflicto.

Si fue parcial la conciliación extrajudicial o no se llegó a acuerdo alguno, entonces, se podrá solicitar tutela jurisdiccional efectiva por las diferencias no resueltas o por la integridad de las pretensiones en cuestión, respectivamente.

3.10.- Que, si bien la Ley de Conciliación (Ley N° 26872) como su Reglamento (D.S. N° 001-98-JUS) omiten referirse a la prohibición de iniciar un proceso en que se ventilen pretensiones que han sido objeto de conciliación extrajudicial. Se tiene que, inexplicablemente no está

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Ramachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOVIDA CON GERENCIA SUPLENTE DEL CUITERVO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

contemplada en forma expresa tal prohibición, lo que no significa que sea posible debatir en juicio materias conciliadas con anterioridad.

Ello resalta de la lectura del artículo 17º de la Ley N° 26872, el mismo que permite solicitar tutela jurisdiccional efectiva sólo por las diferencias no resueltas en caso de conciliación parcial, se desprende, *contrario sensu* que no es factible solicitar dicha tutela jurisdiccional tratándose de pretensiones resueltas por las partes vía conciliación extrajudicial.

3.11.- Frente a estos casos de incumplimiento de acuerdo contenido en Actas de Conciliación, la Ley de manera taxativa establece la posibilidad de acudir al Poder Judicial para que un juez obligue a la parte renuente a cumplir lo dispuesto en lo pactado vía Acta de Conciliación a honrar su compromiso.

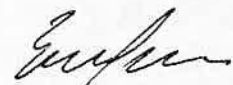
3.12.- A continuación, se señala tanto las normas como la OPINIÓN del OSCE, mediante las cuales se respalda el presente fallo, en el sentido que las materias conciliadas deberán examinar su cumplimiento o incumplimiento en sede judicial.

Al respecto, nuestro Código Procesal Civil en su artículo 688º enuncia lo siguiente:

Artículo 688.- Títulos ejecutivos

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes;



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO MINOCCA con GERENCIA SUPERVISIONAL DE INTERVENCIÓN
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

2. Los laudos arbitrales firmes;

3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley (...)

Por su parte, la Ley 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial dispone:

Artículo 18.- Mérito y ejecución del acta de conciliación.

El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

En el Reglamento de la Ley de Conciliación Extrajudicial, aprobado por D.S. 014-2008-JUS, publicado en agosto de 2008, se prescribe:

Artículo 22.- Acta y acuerdo conciliatorio

(...)El Acta de Conciliación se ejecutará a través del proceso único de ejecución.

Asimismo, la opinión N° 046-2012 del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE señala:

OPINIÓN N° 046-2012/DTN

Entidad:

Ingeniería de la Informática S.A. -
INFORDATA

Asunto:

Resolución del contrato y
conciliación extrajudicial

Referencia: Comunicación recibida el 19.OCT.2011

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONTERA con GERENCO 9 SUPERREGIONAL DE CUYERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General de INFORDATA formula varias consultas sobre la resolución del contrato y la conciliación extrajudicial.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal i) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la "Ley"), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el "Reglamento").

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1 "¿La resolución de un contrato por parte de la entidad contratante, es posible ser sometida a un procedimiento de Conciliación Extrajudicial donde se acuerda la modificación de los términos contractuales, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 26872 modificada por el Decreto Legislativo N° 1070?" (sic).



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisil Chaffoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOCORA con GARCÍA SUBREGIONAL DE ENTERRÍA
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

2.1.1 Como se ha señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por consiguiente, al absolver una consulta este Organismo Supervisor no puede opinar sobre los acuerdos específicos adoptados en una conciliación extrajudicial en particular, pues ello excede su ámbito de competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad; mientras que la Entidad, por su parte, se obliga a pagar al contratista la contraprestación pactada. En estos términos, el contrato se entiende cumplido cuando ambas partes ejecutan sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes.

Conforme a lo señalado, el cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre se verifica durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes podría incumplir parcial o totalmente de sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la figura de la resolución del contrato, cuando resulte imposible ejecutar las prestaciones pactadas, o como paliativo ante el incumplimiento de estas.

A mayor abundamiento, es pertinente indicar que García de Enterría precisa que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rinachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferrayros

CONSEJO PROMOCIA DE GERENCIA SUBREGIONAL DE CUYO, P.V.C. -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte".³

2.1.2 Ahora bien, el primer párrafo del artículo 44 de la Ley establece que "Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato." (El subrayado es agregado).

De esta manera, el artículo 44 de la Ley prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando, debido a una causa de caso fortuito o fuerza mayor, resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera definitiva.

El referido artículo también precisa que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones.

Ahora bien, es la parte que solicita la resolución del contrato por esta causa la que debe probar la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor. Para tal efecto, debe tenerse en consideración el artículo 1315 del Código Civil⁴, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan

³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

⁴ "Artículo 1315º.- Caso Fortuito o Fuerza Mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso." (El subrayado es agregado).

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO REGIONAL DE GERENCIA SUBREGIONAL DE CUERPO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, según el artículo 142 del Reglamento⁵.

Adicionalmente, la parte que solicita la resolución del contrato por esta causa, también debe probar que el caso fortuito o fuerza mayor le impide ejecutar las prestaciones objeto del contrato de manera definitiva.

2.1.3 Por su parte, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que en los contratos celebrados bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado debe incluirse una cláusula referida a la resolución del contrato por incumplimiento.

Asimismo, el referido literal precisa que en caso el contratista incumpla alguna de sus obligaciones, la Entidad podrá resolver el contrato en forma total o parcial, según corresponda, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, quedando el contrato resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El mismo derecho le otorga al contratista ante el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad.

En ambos casos, previamente a la resolución del contrato, la parte que sufre el incumplimiento debe requerir a su contraparte el cumplimiento de la obligación u obligaciones incumplidas; solo si el incumplimiento

⁵ "Artículo 142º.- Contenido del Contrato

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado."

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO REGIONAL DE CATERING Y SERVICIOS DE CATERING

GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

persiste podrá resolverse el contrato conforme al procedimiento y plazos establecidos en el artículo 169 del Reglamento.

Cabe precisar que, el artículo 168 del Reglamento establece las causales por las que una Entidad puede resolver el contrato por incumplimiento del contratista.

2.1.4 Por último, resulta importante señalar que el primer párrafo del artículo 52 de la Ley establece que "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. (...)". (El subrayado es agregado).

Como se aprecia, la conciliación es uno de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia⁶, a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual a la controversia.

Al respecto, debe indicarse que la conciliación implica que, con asistencia especializada y neutral, las partes planteen sus posturas en conflicto hasta alcanzar una solución consensual que sea beneficiosa para ambas⁷; evitándose

⁶ De conformidad con el artículo 214 del Reglamento.

⁷ El artículo 5 de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1070, define a esta intuición en los siguientes términos: "La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto."



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challeque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSEJO PRONOCIA CON GERENCIA REGIONAL DE GOBIERNO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

de esta manera incurrir en los costos que representaría para cada una de ellas la interposición de un arbitraje.

De esta manera, en el marco de una conciliación, una Entidad podría, en una decisión de su exclusiva responsabilidad, modificar alguna de las disposiciones del contrato con la finalidad de alcanzar una solución consensual a la controversia surgida con el contratista; no obstante, para ello debe tener en consideración las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, así como los principios que la inspiran; entre estos, el Principio de Eficiencia⁸ y el de Moralidad⁹.

2.2 "¿Qué efectos tiene el ACTA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL CON ACUERDO TOTAL entre las partes contratantes y sus implicancias legales en caso de incumplimiento?" (sic).

Como se ha indicado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y al alcance de la normativa de contrataciones del Estado planteadas sobre temas genéricos sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo que, este Organismo Supervisor no puede emitir opinión sobre los efectos de un acta de

⁸ "Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia." Literal f) del artículo 4 de la Ley.

⁹ "Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad." Literal b) del artículo 4 de la Ley.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rinachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOCIA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CATEAYO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

conciliación extrajudicial, dado que no es parte de la normativa de contrataciones del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, modificada mediante Decreto Legislativo N° 1070, establece en su artículo 18 lo siguiente: "El Acta con acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución. Los derechos, deberes u obligaciones ciertas, expresas y exigibles que consten en dicha Acta se ejecutarán a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.". Como se aprecia, el "Acta con acuerdo conciliatorio" tiene valor legal de título de ejecución; con lo cual, de no ser cumplida, puede solicitarse su ejecución en la vía judicial, conforme a las normas que regulan el proceso único de ejecución¹⁰.

2.3 "¿En qué términos se ejecuta el ACTA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL?" (sic).

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Organismo Supervisor no puede emitir opinión sobre la forma en que se ejecuta un acta de conciliación extrajudicial, dado que no es parte de la normativa de contrataciones del Estado.

No obstante, debe reiterarse que, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley N° 26872, el "Acta con acuerdo conciliatorio" tiene valor legal de título de ejecución; con lo cual, de no ser cumplida, puede solicitarse su ejecución en la vía judicial, conforme a las normas que regulan el proceso único de ejecución.

¹⁰ Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 768, modificado por Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 de junio de 2008.

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rímachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOTORA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUVERO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

3. CONCLUSIÓN

3.1 La normativa de contrataciones del Estado ha previsto los supuestos en los que las partes de un contrato celebrado bajo su ámbito pueden resolverlo, siendo que cualquier controversia que surja entre la Entidad y el contratista sobre la causal aplicable para la resolución del contrato, la extensión de la resolución (total o parcial), la determinación de daños y perjuicios o su cuantía; entre otros, debe ser resuelta mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley.

3.2 En el marco de una conciliación, una Entidad podría, en una decisión de su exclusiva responsabilidad, modificar alguna de las disposiciones del contrato con la finalidad de alcanzar una solución consensual a la controversia surgida con el contratista; no obstante, para ello debe tener en consideración las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, así como los principios que la inspiran; entre estos, el Principio de Eficiencia y el de Moralidad.

3.3 **De acuerdo con el artículo 18 de la Ley N° 26872, el "Acta con acuerdo conciliatorio" tiene valor legal de título de ejecución; con lo cual, de no ser cumplida, puede solicitarse su ejecución en la vía judicial, conforme a las normas que regulan el proceso único de ejecución.** (LO SUBRAYADO EN CURSIVA Y NEGRILLA REALIZADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL)

3.13.- En este punto, se debe resaltar que tratándose de un arbitraje de derecho y normado por la Ley de Contrataciones del Estado y su

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOLCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CULTIVO

GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

Reglamento, resulta de aplicación de manera supletoria, lo señalado por el OSCE en sus distintas OPINIONES, por cuanto resultan ser vinculantes en lo que corresponda. Así pues, tenemos que en la OPINIÓN transcrita, se aprecia que un acuerdo conciliatorio realizado bajo las normas de contrataciones del Estado deberá ser visto y/o resuelto en la vía judicial.

3.14.- Que, de lo expuesto en los puntos precedentes se tiene que cuando las partes han arribado a un acuerdo plasmado en el acta de conciliación, dicho acuerdo debe ser respetado por las partes y solo en caso de incumplimiento de los acuerdos, la vía correspondiente a la que se debe acudir o solicitar es el proceso de ejecución del acta de conciliación en la vía judicial.

3.15.- Tras el sustento jurídico, normativo y doctrinario de los considerandos precedentes respecto de la *Conciliación Extrajudicial*, sus efectos y su impugnación, corresponde verificar o no la competencia del Tribunal Arbitral respecto del análisis de las pretensiones derivadas del Acuerdo Conciliatorio.

3.16.- En primer término, se aprecia que de lo señalado por las partes en sus escritos de demanda y contestación de demanda respectivamente, se aprecia que ninguna de ellas cuestionó la competencia del Tribunal Arbitral; no obstante, se debe aplicar el principio *iura novit curia*, el cual establece que el juez conoce de derecho, el mismo que está amparado en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el juez, entiéndase árbitro, está facultado para aplicar el derecho aunque éste no haya sido invocado por las partes.



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Arbitros:

Dr. Jimmy Pisfil Chafloque
Dr. Alberto Montezuma Chirinos
Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rianachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSEJO REGIONAL DE CALAMARCA
GOBIERNO REGIONAL DE CALAMARCA

3.17.- Siguiendo esa línea de pensamiento y entrando de pleno al análisis consecuente de los considerandos precedentes, el Artículo 41º de la LGA establece lo siguiente:

Artículo 41º de la LGA.

El artículo 41º de la Ley establece lo siguiente:

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".
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.
3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CATAMARCA

de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. *Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.*

5. *Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse*

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros


CONSORCIO REGIONAL DE GOBERNANCIA SUBREGIONAL DE INTERVENCION
GOBIERNO REGIONAL DE CALAMARCA

el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia".

Que, de la lectura del artículo en comento, se tiene que la ley faculta al propio tribunal a resolver los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible alegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia competencia.

3.18.- Que, el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC ha establecido:

"(...) es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la "kompetenz-kompetenz" previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje -Ley N.º 26572-, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la



Página 23 de 32

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rinachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PRINOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE OUTFITTING
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional."

3.19.- Que, estando a la norma acotada este Tribunal Arbitral está facultado para decidir su propia competencia de oficio.

3.20.- Que, a efectos de definir la competencia del Tribunal Arbitral, se analizará el convenio arbitral que se encuentra inserto en el contrato en su cláusula 18°, la misma que señala:

Clausula décimo octava.- Solución de Controversias.

"Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar un arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presentan, durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previstos en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 del reglamento o, en su defecto en el artículo 52° de la ley de contrataciones del estado.

Facultativamente cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambos, según lo señalado en el artículo 214° del reglamento de la ley de contrataciones del estado" (lo sombreado es nuestro)



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONCOZA con GERENCIA SUPLENATORIA DE QUITO
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

3.21.- Que, estando a la interpretación del citado convenio arbitral, se tiene que solo será competente el Tribunal Arbitral cuando existan controversias, *contrario sensu* cuando este presupuesto no se da, no deberá acudir a sede arbitral. Asimismo, el segundo párrafo señala que podrá someterse a conciliación las controversias surgidas en la ejecución del contrato y solo si no existirá acuerdo entre las partes se deberá recurrir al arbitraje.

3.22.- Que, en el caso de autos se tiene acreditado que las partes llegaron a pactar acuerdos conciliatorios; por lo que este Tribunal Arbitral debe hacer el análisis respecto si dichos acuerdos conciliatorios, se encuentra incluidos de manera directa o si provienen como consecuencia de los acuerdos pactados, al revisar las pretensiones tanto en la demanda como de la reconvención. De ser positiva la respuesta el Tribunal no es competente para resolver dichas pretensiones.

3.23.- Para realizar dicho análisis, pasaremos a revisar el acuerdo conciliatorio en concreto.

ACUERDO CONCILIATORIO TOTAL:

PRIMERO: Que, ambas partes acuerdan en suspender los efectos legales y en todos sus extremos de la Carta N° 17-2011.GR.CAJ/GSRC, de fecha 02 de noviembre del 2011, que **RESUELVE EL CONTRATO DE OBRA N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, para la ejecución del a obra "EJECUCIÓN DEL PROYECTO DE CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE POR BOMBEO PARA LOS CASEIROS DEL SECTOR**

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Runachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA CON GERENCIA REGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

SUR CUTERVO - PROVINCIA DE CUTERVO-CAJAMARCA",
contrato de fecha 19 de julio del 2010.

SEGUNDO: Que, ambas partes acuerdan que el plazo de suspensión indicado en el primer acuerdo de la presente Acta, es de 15 días calendario comprendidos entre el 07 y el 21 de Diciembre del año 2011, así mismo, se concede a la solicitante-Contratista el mismo plazo, para que esta cumpla con la Ejecución total de la obra referida en el Contrato de obra N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, de fecha 19 de julio del 2010.

TERCERO: Que, en lo referente al tema de la penalidad incurrida por el Solicitante-Contratista, ambas partes acuerdan, que la Solicitante Consorcio Fronocca, una vez concluida la Obra en su integridad, presentará a la Entidad su solicitud formal (con estudios técnicos y legal) a fin de que dicha penalidad sea reducida en lo que corresponda.

CUARTO: Que, en cuanto a las pretensiones:

A. **ADICIONAL N°2**, ascendente a la cantidad de S/. 82,755.82.

B. **ULTIMA VALORIZACIÓN**, ascendente a S/. 580.

C. **GASTOS GENERALES POR AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 06**, ascendente a S/. 32,992.69; que en total asciende a la cantidad de S/. 116,328.51, será cancelada por la Entidad en el plazo más pronto posible y previos los trámites administrativos correspondientes.

QUINTO: Que, en cuanto a las pretensiones:



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO FRONOCCA CON GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

A. ADICIONAL DREN CISTERNA DE CAPTACIÓN, por el monto de S/. 175,672.02, se cancelará luego que se emita la Resolución de aprobación correspondiente.

B. GASTOS GENERALES 2, 3, 4, El Consorcio Fronocca, replanteará su solicitud de cobro, lo que será evaluado por la Entidad.

3.24.- Ahora, corresponde determinar qué pretensiones de la demanda y de la reconvencción han sido materia de acuerdo conciliatorio, lo cual determinaría la falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse al respecto.

3.25.- En relación al primer punto controvertido: "Determinar si procede que se declare nula y/o ineficaz y/o sin efecto legal y/o ni valor alguno la carta notarial de N° 47-2012-GR.CAJ/GSRC, de fecha 19 de marzo de 2012, a través de la cual la Entidad declara la Resolución del Contrato N° 071-2010-GR-CAJ-GSRC, suscrito entre las partes, revalidando la carta N° 17-2011-GR.CAJ.GSR.C, por incumplimientos del Acta de Conciliación N° 074-2011 de fecha 06 de enero de 2011.

3.25.1.- Al respecto, de la revisión de las alegaciones de las partes, así como de la valoración de la carta notarial N° 047-2012-GR-CAJ/GSRC se aprecia lo siguiente:

"(...) b) Que, su representada no ha cumplido con el Acuerdo Total de la Acta de Conciliación, es decir, el plazo de suspensión de 15 días calendarios acordado para que cumpla con la Ejecución total de la Obra, (...) c) Por lo antes expuesto, la Entidad Gerencia Sub Regional de Cutervo - Gobierno Regional



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PRONOCOA con GERENCIA SUBREGIONAL DE OTERO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

*de Cajamarca, REVALIDA la Carta N° 17-2011-GR.CAJ.GSRC. de fecha 02 de Noviembre de 2011 que Resuelve el Contrato de Obra (...)" , es decir, del tenor transcrito se constata y/o acredita que el primer punto controvertido proviene del primer acuerdo conciliatorio firmado por las partes. En consecuencia, los actos derivados del primer acuerdo conciliatorio deben ser revisados y/o discutidos y/o analizados en la vía judicial mediante el proceso de ejecución de título ejecutivo, debiendo señalar que los actos y/o acciones derivados del primer acuerdo conciliatorio, en vista de la discrepancias surgidas, deberán ser revisados en sede judicial, precisando que cualquiera de las partes deberá de recurrir al Poder Judicial e interponer la demanda de acción que corresponda, por cuanto este Tribunal Arbitral **SE DECLARA INCOMPETENTE** para conocer dicha materia por ser de exclusiva competencia de la sede judicial, por mandato de Ley.*

***3.26.-** En relación al segundo punto controvertido: "En caso se ampare el punto controvertido precedente, determinar si procede ordenar a la entidad contratante que reconozca y pague el saldo a favor del contratista la suma de S/. 124, 577.67 (Ciento Veinticuatro Mil Quinientos Sesenta y Siete y 67/100 Nuevos Soles), por concepto de pago de gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo número 02, 03 y 04, que se generaron a favor del Contratista, conforme a lo establecido en el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."*

***3.26.1.-** Conforme se encuentra acreditado en el Acuerdo Conciliatorio, los gastos generales provenientes de las ampliaciones de plazo 02, 03 y 04 deberán ser resueltas en igual sentido de lo*

Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rianachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOCORA con GERENCIA SUBREGIONAL DE QUITO -
GOBIERNO REGIONAL DE CALAMARCA

señalado en el numeral 3.25.1 precedente, por cuanto es parte del acuerdo Quinto literal B), por tanto el Tribunal Arbitral **SE DECLARA INCOMPETENTE** para conocer dicha materia controvertida.

3.27.- En relación al tercer punto controvertido: *"En caso se ampare el punto controvertido precedente, determinar si corresponde ordenar que la entidad contratante pague a favor del Contratista los intereses correspondientes, debiéndose determinar desde cuándo se computa dicho concepto hasta la fecha efectiva de pago."*

3.27.1.- En el presente caso, tratándose de una pretensión accesoria al segundo punto controvertido, el mismo que proviene del acuerdo conciliatorio, en igual sentido, el Tribunal Arbitral **SE DECLARA INCOMPETENTE**, por el carácter de accesoriedad.

3.28.- En relación al cuarto punto controvertido: *"En caso se ampare el punto primer controvertido, determinar si procede que se ordene a la entidad contratante, la devolución de la suma de S/. 495,365.48 (Cuatrocientos noventa y cinco mil trescientos sesenta y cinco y 48/100 nuevos soles), retenido por la entidad por concepto de garantía de fiel cumplimiento, ello en calidad de daños y perjuicios."*

3.28.1.- En el presente caso, si bien es cierto, el tenor del cuarto punto controvertido aparenta ser una pretensión accesoria al primer punto controvertido, lo cierto es que no resulta así, ya que se trata de un punto controvertido autónomo, por ende, el análisis de este



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Chafloque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rúaachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO RINDECA con GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTERVO -
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA

Tribunal Arbitral **ES ADHERIRSE A LO RESUELTO EN EL LAUDO ARBITRAL EXPEDIDO EN MAYORÍA.**

3.29.- En relación al quinto punto controvertido: *"Determinar si procede que el Tribunal Arbitral ordene que el Contratista pague a la Gerencia Subregional de Cutervo-Gobierno Regional de Cajamarca, la penalidad máxima por mora de diez por ciento (10%) del monto contractual, equivalente a la suma de S/. 470,192.33 (Cuatrocientos setenta mil ciento noventa y dos y 33/100 nuevos soles).*

3.29.1.- De la revisión y análisis de este punto controvertido, se aprecia que el mismo se encuentra recogido en el acuerdo conciliatorio tercero, por tanto el Tribunal Arbitral **SE DECLARA INCOMPETENTE**, por los argumentos desarrollados para el primer punto controvertido.

3.30.- En relación al sexto punto controvertido: *"Determinar si procede que el Tribunal Arbitral ordene que el Contratista pague la penalidad por no permitir el acceso del cuaderno de obra, ascendente a la suma de S/. 22,652.00 (Veintidós mil seiscientos cincuenta y dos y 00/100 nuevos soles).*

3.30.1.- En igual sentido que el desarrollo del numeral 3.29.1.- por tratarse de materias iguales, respecto del tema de penalidad, el Tribunal Arbitral **SE DECLARA INCOMPETENTE.**

3.31.- En relación al octavo punto controvertido: *"Determinar si procede que el tribunal arbitral ordene que el Contratista devuelva el monto pagado ascendente a la suma de S/. 114,504.24 (Ciento*



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoe

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PROMOCIÓN CON GERENCIA SUBREGIONAL DE CUTervo -
GOBIERNO REGIONAL DE CALAMARCA

catorce mil quinientos cuatro y 24/100 nuevos soles), sin que exista culminación de obra.

3.31.1.- Respecto de este punto controvertido, en primer lugar se debe señalar que existe un error material en la determinación del numeral del punto controvertido, plasmado en el acta de fecha 09 de julio de 2013, debiendo ser considerado como sétimo punto controvertido.

3.31.2.- Ahora bien, se aprecia de la fundamentación de la Entidad y del tenor mismo de su pretensión que pretende el pago de la suma señalada, como consecuencia del incumplimiento de los acuerdos conciliatorios, entre ellos resalta el hecho que el Consorcio no cumplió con terminar la obra dentro del plazo acordado en el segundo acuerdo conciliatorio, por ende, se aprecia que su pretensión y por ende este punto controvertido es consecuencia de los acuerdos conciliatorios, siendo por ello que la vía para exigir el cumplimiento es la vía judicial, conforme se ha desarrollado en el primer punto controvertido, por tanto el Tribunal Arbitral **SE DECLARA INCOMPETENTE.**

3.32.- En relación al noveno punto controvertido: *"Determinar a quién corresponde pagar las costas y costos del presente arbitraje.*

No siendo un acuerdo conciliatorio, este Tribunal Arbitral **SE ADHIERE AL VOTO DE LA MAYORÍA.**



Tribunal Arbitral Ad-Hoc

Árbitros:

Mg Jimmy Pisfil Challoeque

Dr. Alberto Montezuma Chirinos

Dr. Marcos Ricardo Espinoza Rimachi

Secretario:

Eduardo del Portal Ferreyros

CONSORCIO PRONOCCA con GERENCIA SUBREGIONAL DE OJIVAY
GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA



Marcos Ricardo Espinoza Rimachi
Árbitro



Eduardo del Portal Ferreyros
Secretario Arbitral Ad-Hoc