

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

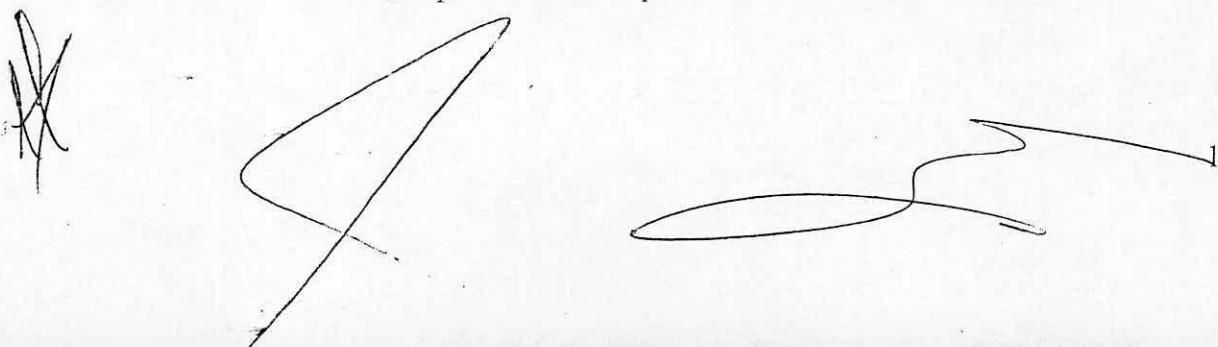
LAUDO ARBITRAL
(Resolución n.º 43)

En la ciudad de Lima, con fecha 18 de marzo de 2014, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en Avenida Arequipa n.º 2327, distrito de Lince, provincia y departamento de Lima; se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral, conformado por los doctores Gonzalo García Calderón Moreyra, en su calidad de Presidente, Mario Castillo Freyre, Árbitro, y Daniel Linares Prado, Árbitro, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por el Instituto Nacional Penitenciario en contra de Consorcio JOCA-CEDOSAC.¹

ANTECEDENTES

- Con fecha 6 de noviembre de 2009, el Instituto Nacional Penitenciario (en adelante, el INPE) y Consorcio JOCA-CEDOSAC (en adelante, el Consorcio) suscribieron el Contrato n.º CI-038-2009-INPE-DGI para la ejecución de la obra «Construcción del Nuevo Establecimiento Penitenciario de Chincha» (en adelante, el Contrato).
- Por escrito s/n, presentado con fecha 25 de marzo de 2010, el INPE interpuso su demanda arbitral. En dicho escrito, el demandante designó como árbitro al doctor Jaime Gray Chicchon.

¹ Este proceso estuvo identificado como Expediente n.º S022-2010/SNA-OSCE; sin embargo, en la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 20 de marzo de 2013, las partes acordaron que el mismo se llevara de manera ad hoc.



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Por escrito s/n, presentado con fecha 8 de abril de 2010, el INPE subsanó su demanda arbitral.
- Por escrito n.º 1, presentado con fecha 5 de mayo de 2010, el Consorcio contestó la demanda arbitral. En dicho escrito, el demandado designó como árbitro al doctor Alberto Antonio Martín Loayza Lazo.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 6 de diciembre de 2010, el INPE presentó copia del video del programa «Prensa Libre», de fecha 16 de noviembre de 2010, solicitando se admita como medio probatorio.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 23 de marzo de 2011, el INPE amplió su demanda.
- Con fecha 12 de octubre de 2012, el doctor Gray renunció al cargo de árbitro.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 29 de octubre de 2012, el INPE comunicó la designación como árbitro del doctor Mario Castillo Freyre, dada la renuncia del doctor Gray.
- Por carta s/n, presentada con fecha 3 de diciembre de 2012, el doctor Castillo aceptó la designación como árbitro.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 20 de diciembre de 2012, el INPE solicitó se remita los recibos de honorarios del actual Tribunal Arbitral y se haga efectiva la devolución del pago efectuado a los anteriores árbitros.



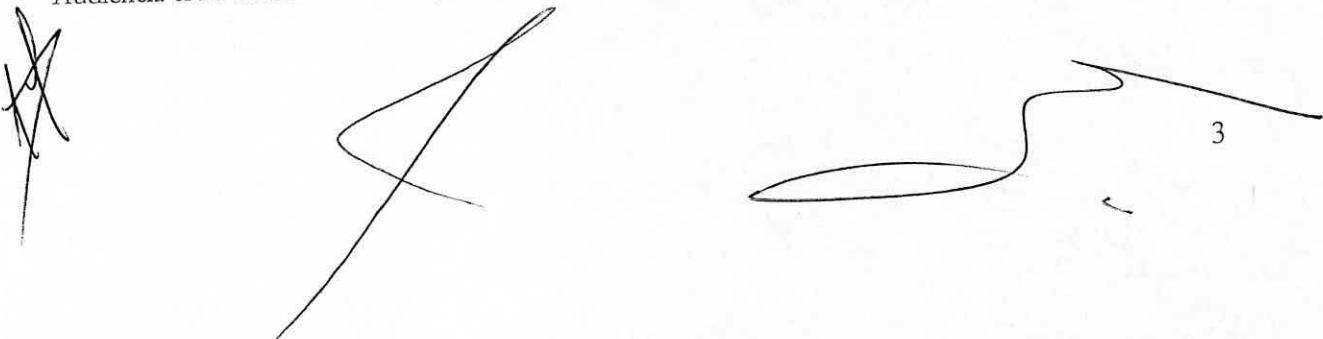
2

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Con fecha 20 de marzo de 2013,² se llevó a cabo la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios. En dicha Audiencia las partes acordaron que la Secretaría Arbitral del Tribunal se llevara de manera ad hoc, en las oficinas del doctor Castillo y se designó a la doctora Rita Sabroso Minaya como secretaria arbitral.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013, el Consorcio se pronunció sobre las pretensiones del INPE.
- Por carta s/n, presentada con fecha 26 de marzo de 2013, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Mediante Resolución n.º 01, de fecha 1 de abril de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n del doctor Castillo, presentada el 26 de marzo de 2013.
- Mediante Resolución n.º 02, de fecha 1 de abril de 2013, se tuvo presente el escrito s/n, presentado por el Consorcio con fecha 22 de marzo de 2013. Asimismo, se otorgó al INPE un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Por carta s/n, presentada con fecha 1 de abril de 2013, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.

² Por error —no advertido por los árbitros ni por las partes— se consignó como fecha de la referida Audiencia el 20 de marzo de 2012, cuando en realidad era 20 de marzo de 2013.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 03, de fecha 3 de abril de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n del doctor Castillo, presentada el 1 de abril de 2013.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 9 de abril de 2013, el INPE solicitó se amplíe el plazo para manifestar lo conveniente a su derecho, con respecto al escrito s/n, presentado por el Consorcio, con fecha 22 de marzo de 2013.
- Mediante Resolución n.º 04, de fecha 9 de abril de 2013, se otorgó al INPE un plazo adicional de tres (3) días hábiles, contado desde el vencimiento del plazo original, para que manifieste lo conveniente a su derecho respecto del escrito s/n, presentado por el Consorcio con fecha 22 de marzo de 2013.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 15 de abril de 2013, el INPE se pronunció sobre los nuevos medios probatorios presentados por el Consorcio a través de su escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013.
- Mediante Resolución n.º 05, de fecha 23 de abril de 2013, se tuvo por absuelto el traslado conferido al INPE mediante Resoluciones n.º 2 y n.º 4.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 29 de abril de 2013, el INPE solicitó la emisión de un laudo parcial, respecto de la primera pretensión de la demanda, de fecha 25 de marzo de 2010.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 06, de fecha 29 de abril de 2013, se citó a las partes a la Audiencia de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 07, de fecha 29 de abril de 2013, se otorgó al Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en relación al pedido de emisión de laudo parcial.
- Por escrito n.º 13, presentado con fecha 8 de mayo de 2013, el Consorcio manifestó su desacuerdo con la emisión de un laudo parcial.
- Con fecha 16 de mayo de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración.
- Mediante Resolución n.º 08, de fecha 16 de abril de 2013, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 7 por parte del Consorcio.
- Por escrito n.º 14, presentado con fecha 16 de mayo de 2013, el Consorcio presentó nuevos medios probatorios.
- Mediante Resolución n.º 09, de fecha 20 de mayo de 2013, se fijó el segundo anticipo de honorarios arbitrales, otorgando a las partes un plazo de diez (10) hábiles para que cumplan con el pago.
- Mediante Resolución n.º 10, de fecha 22 de mayo de 2013, se otorgó al INPE un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho, en torno al escrito n.º 14 del Consorcio.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Por escrito s/n, presentado con fecha 24 de mayo de 2013, el INPE solicitó se le remitan los recibos por honorarios respectivos, a efectos de proceder con el pago del segundo anticipo.
- Mediante Resolución n.º 11, de fecha 28 de mayo de 2013, se remitió al INPE los recibos por honorarios solicitados.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 30 de mayo de 2013, el INPE absolvío el traslado conferido mediante Resolución n.º 10.
- Mediante Resolución n.º 12, de fecha 6 de junio de 2013, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante resolución n.º 10 por parte del INPE. Asimismo, se admitieron los nuevos medios probatorios ofrecidos por el Consorcio.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 7 de junio de 2013, el INPE devolvió los recibos por honorarios, solicitando que los mismos sean emitidos a nombre de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria.
- Mediante Resolución n.º 13, de fecha 13 de junio de 2013, se remitió al INPE los nuevos recibos por honorarios. Asimismo, se otorgó al Consorcio un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para que cumpla con el pago de la parte que le corresponde del reajuste de honorarios, bajo apercibimiento de suspender el proceso.
- Por escrito n.º 15, presentado con fecha 17 de junio de 2013, el Consorcio señaló que procedería con el pago de los honorarios luego de que el INPE cancele su parte.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 14, de fecha 25 de junio de 2013, se otorgó al INPE un plazo de tres (3) días hábiles, para que manifieste lo conveniente a su derecho en torno al escrito n.º 15 del Consorcio.
- Por escrito n.º 16, presentado con fecha 28 de junio de 2013, el Consorcio absolvió el traslado conferido mediante Resolución n.º 12.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 3 de julio de 2013, el INPE solicitó prorroga para cumplir con el pago del segundo anticipo de los honorarios arbitrales.
- Mediante Resolución n.º 15, de fecha 8 de julio de 2013, se tuvo presente el escrito n.º 16 del Consorcio, con conocimiento de la contraparte.
- Mediante Resolución n.º 16, de fecha 8 de julio de 2013, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 14 por parte del INPE y se le otorgó un plazo adicional de cinco (5) días, para que cumpla con el pago del segundo anticipo de honorarios, bajo apercibimiento de suspender el proceso.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 17 de julio de 2013, el INPE informó que se ha expedido la orden de servicio para el pago de los honorarios arbitrales.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 19 de julio de 2013, el INPE presentó los cheques de pago y certificados de retenciones, correspondientes a los honorarios arbitrales.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 17, de fecha 23 de julio de 2013, se tuvo por efectuado el pago del reajuste de honorarios arbitrales a cargo del INPE. Asimismo, se otorgó al Consorcio un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que cumpla con el pago del reajuste de honorarios que le corresponde.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 25 de julio de 2013, el Consorcio solicitó una ampliación de plazo para cumplir con el pago de los honorarios arbitrales.
- Mediante Resolución n.º 18, de fecha 1 de agosto de 2013, se otorgó al Consorcio un plazo adicional de veinte (20) días hábiles para que cumpla con el pago del reajuste de honorarios que le corresponde, bajo apercibimiento de suspender el proceso.
- Por escrito n.º 18, presentado con fecha 13 de agosto de 2013, el Consorcio cumplió con el pago del reajuste de los honorarios arbitrales.
- Por carta s/n, presentada con fecha 14 de agosto de 2013, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Mediante Resolución n.º 19, de fecha 15 de agosto de 2013, se tuvo por efectuado el pago del reajuste de honorarios arbitrales a cargo del Consorcio.
- Mediante Resolución n.º 20, de fecha 15 de agosto de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n, presentada por el doctor Castillo con fecha 14 de agosto de 2013.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 21, de fecha 15 de agosto de 2013, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio, mediante escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013. Asimismo, se otorgó al INPE un plazo de tres (3) días hábiles para que indique la dirección del ingeniero Dany Daniel Rojas Cordero.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 22 de agosto de 2013, el INPE cumplió con proporcionar la dirección del ingeniero Rojas.
- Mediante Resolución n.º 22, de fecha 3 de septiembre de 2013, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 21 por parte del INPE. Asimismo, se citó a las partes a la Audiencia de Pruebas.
- Mediante Resolución n.º 23, de fecha 17 de septiembre de 2013, se reprogramó la Audiencia de Pruebas.
- Por carta s/n, presentada con fecha 14 de octubre de 2013, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Con fecha 16 de octubre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 21 de octubre de 2013, el INPE solicitó una copia del audio de la Audiencia de Pruebas.
- Mediante Resolución n.º 24, de fecha 21 de octubre de 2013, se declaró no ha lugar la solicitud del INPE, en el sentido de emitir un laudo parcial respecto de la primera pretensión principal.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 25, de fecha 21 de octubre de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n, presentada por el doctor Castillo el 14 de octubre de 2013.
- Mediante Resolución n.º 26, de fecha 21 de octubre de 2013, se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumplan con presentar sus alegatos escritos.
- Por escrito n.º 20, presentado con fecha 23 de octubre de 2013, el Consorcio efectuó comentarios en torno a la Audiencia de Pruebas.
- Mediante Resolución n.º 27, de fecha 28 de octubre de 2013, se facultó a la Secretaría Arbitral para la entrega de la copia del audio de la Audiencia de Pruebas.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 30 de octubre de 2013, el INPE presentó sus alegatos escritos y solicitó el uso de la palabra.
- Por escrito n.º 21, presentado con fecha 30 de octubre de 2013, el Consorcio presentó sus alegatos escritos y solicitó el uso de la palabra.
- Mediante Resolución n.º 28, de fecha 4 de noviembre de 2013, se tuvo presente el escrito n.º 20 del Consorcio y se otorgó al INPE un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.
- Mediante Resolución n.º 29, de fecha 4 de noviembre de 2013, se tuvo por presentados los alegatos de ambas partes y se citó a la Audiencia de Informes Orales.

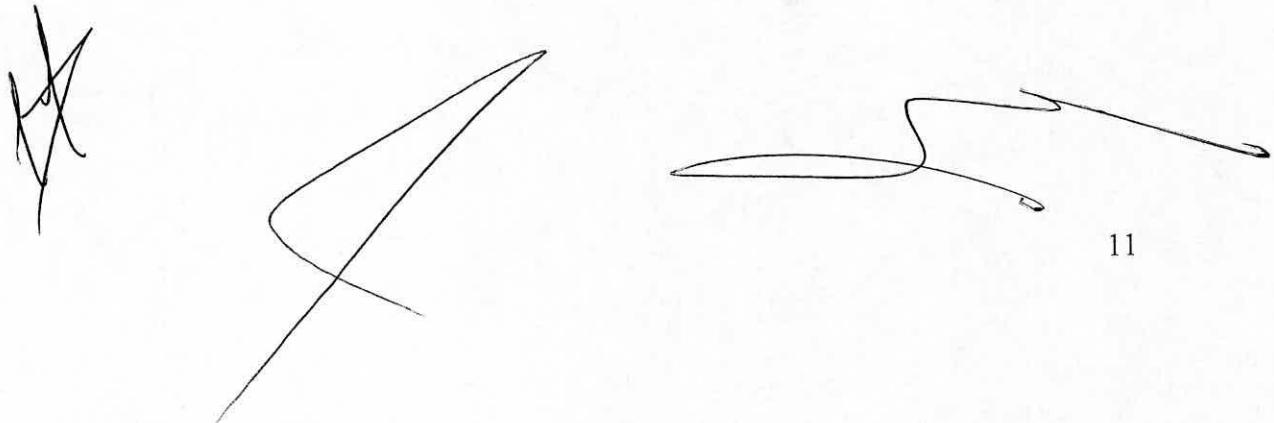
Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)

Mario Castillo Freyre

Daniel Linares Prado

- Por escrito s/n, presentado con fecha 6 de noviembre de 2013, el INPE solicitó se reprograme la fecha de la Audiencia de Informes Orales.
- Por carta s/n, presentada con fecha 8 de noviembre de 2013, el doctor García Calderón informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 12 de noviembre de 2013, el INPE absolvió el traslado conferido mediante Resolución n.º 28.
- Por escrito s/n, presentado con fecha 12 de noviembre de 2013, el INPE se manifestó en torno a los alegatos del Consorcio.
- Mediante Resolución n.º 30, de fecha 14 de noviembre de 2013, se reprogramó la Audiencia de Informes Orales.
- Mediante Resolución n.º 31, de fecha 14 de noviembre de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta presentada por el doctor García Calderón, con fecha 8 de noviembre de 2013.
- Mediante Resolución n.º 32, de fecha 15 de noviembre de 2013, se tuvo por absuelto el traslado conferido mediante Resolución n.º 28 por parte del INPE.
- Por escrito n.º 22, presentado con fecha 22 de noviembre de 2013, el Consorcio se pronunció en torno a los dos últimos escritos presentados por el INPE.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Mediante Resolución n.º 33, de fecha 29 de noviembre de 2013, se tuvo presente el escrito n.º 22 del demandado con conocimiento de la contraparte.
- Con fecha 3 de diciembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales.
- Por carta s/n, presentada con fecha 11 de diciembre de 2013, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Mediante Resolución n.º 34, de fecha 16 de diciembre de 2013, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n, presentada por el doctor Castillo el 11 de diciembre de 2013.
- Mediante Resolución n.º 35, de fecha 24 de enero de 2014, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles, contado desde la notificación de la referida Resolución. Dicho plazo venció el 26 de febrero de 2014.
- Por carta s/n, presentada con fecha 5 de febrero de 2014, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Mediante Resolución n.º 36, de fecha 13 de febrero de 2014, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n, presentada por el doctor Castillo el 5 de febrero de 2014.
- Mediante Resolución n.º 37, de fecha 13 de febrero de 2014, se otorgó al Consorcio un plazo de cinco (5) días hábiles, para que presente el



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Certificado de Rentas y Retención de Cuarta Categoría correspondiente al año 2013.

- Por carta s/n, presentada con fecha 12 de febrero de 2014, el doctor García Calderón informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Mediante Resolución n.º 38, de fecha 13 de febrero de 2014, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n, presentada por el doctor García Calderón el 12 de febrero de 2014.
- Por carta s/n, presentada con fecha 19 de febrero de 2014, el doctor García Calderón informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Por escrito n.º 37, presentado con fecha 21 de febrero de 2014, el Consorcio cumple con presentar el Certificado de Rentas y Retención de Cuarta Categoría correspondiente al año 2013.
- Mediante Resolución n.º 39, de fecha 24 de febrero de 2014, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n, presentada por el doctor García Calderón el 19 de febrero de 2014.
- Mediante Resolución n.º 40, de fecha 24 de febrero de 2014, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante Resolución n.º 37.
- Mediante Resolución n.º 41, de fecha 24 de febrero de 2014, se prorrogó el plazo para laudar en quince (15) días hábiles adicionales. Dicho plazo vencerá el 19 de marzo de 2014.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- Por carta s/n, presentada con fecha 3 de marzo de 2014, el doctor Castillo informó sobre hechos nuevos, ampliando su declaración.
- Mediante Resolución n.º 42, de fecha 17 de marzo de 2014, se puso en conocimiento de las partes la carta s/n del doctor Castillo, presentada el 3 de marzo de 2014.

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que el INPE presentó su demanda y que el Consorcio fue debidamente emplazado con la misma, ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (iii) que no se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral en su conformación actual, ni se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iv) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (v) que las partes presentaron sus alegatos escritos e hicieron uso de la palabra en la Audiencia de Informes Orales; y, (vi) que este Tribunal Arbitral ha procedido a emitir el Laudo dentro del plazo acordado con las partes.

DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia de que ha analizado los argumentos de defensa expuestos por las partes en torno a las pretensiones materia de este Laudo. Asimismo, el Colegiado deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

CONSIDERANDO

1. Que el INPE interpuso demanda³ en contra del Consorcio, a efectos de que se declaren fundadas las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la improcedencia de la resolución del Contrato por culpa de la Entidad, y se determine la responsabilidad del Consorcio contratista en la ejecución de la obra generando demoras injustificadas y conllevando a daños y perjuicios, derivados de la no ejecución oportuna de la presente obra.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la resolución del Contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

³ Ampliada con fecha 23 de marzo de 2011.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que se declare la resolución del Contrato, toda vez que el Consorcio JOCA-CEDOSAC habría acumulado el máximo de penalidad por mora en el cumplimiento de la prestación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que se declare la resolución del Contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. Que el emplazado, el Consorcio, contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.
3. Que, en tal sentido, y de conformidad a lo establecido en el Acta de la Audiencia de Instalación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, de fecha 20 de marzo de 2013, el Tribunal Arbitral deberá:

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA IMPROCEDENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CULPA DE LA ENTIDAD

Posición del INPE

- 3.1. Que, mediante Carta Notarial, de fecha 3 de febrero 2010, el Consorcio señala que existen dos obstáculos graves que impiden la ejecución de la obra de acuerdo al Contrato; a saber: (i) el amedrentamiento del señor Gilberto Giorfino; y (ii) la solicitud de paralización de la obra por parte de

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

la Municipalidad de Alto Larán. A través de dicha carta, el Consorcio otorga al INPE un plazo de 15 días para que solucione dichas situaciones, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

- 3.2. Que, por su parte, mediante Carta Notarial n.º 22-2010-INPE/11, de fecha 23 de febrero de 2010, el INPE manifiesta que no es cierto que los retrasos sean por causas imputables al INPE, siendo que obedecen a causas ajenas y exógenas a la Entidad. Además, señala que tampoco es cierto que esté incumpliendo sus obligaciones contractuales.

Que, conforme el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento), el Contratista sólo podrá solicitar la resolución del Contrato en los casos de incumplimiento injustificado de obligaciones esenciales de la Entidad, las cuales están establecidas en el numeral 2 de la Cláusula Décima del Contrato. Las referidas obligaciones sí fueron cumplidas por la Entidad.

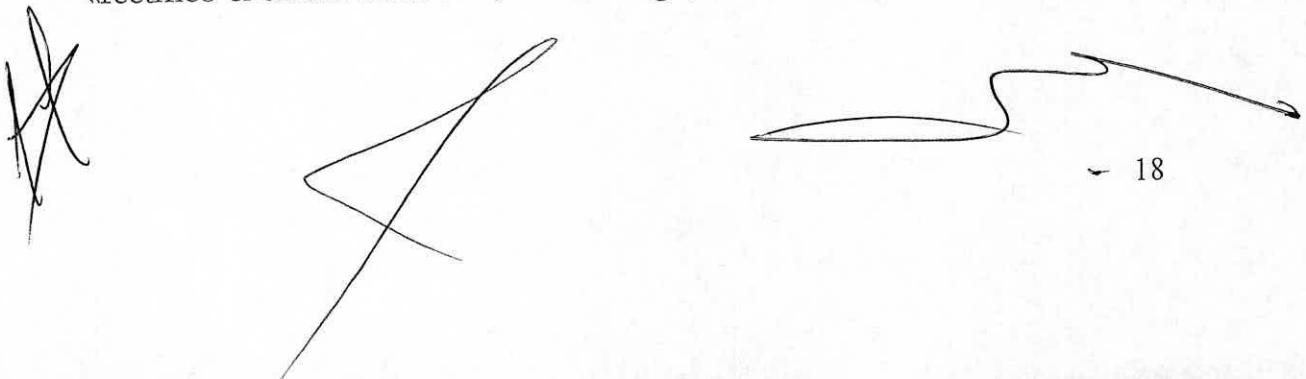
- 3.3. Que, desde la suscripción del Contrato, el Consorcio ha contado con la disponibilidad física del predio para ejecutar la obra, no existiendo impedimentos materiales para el ingreso al predio.

Que la paralización de la obra e impedimento del ingreso al predio fueron posteriores al inicio del plazo contractual. Se trata de hechos imprevisibles para las partes y no corresponden a incumplimiento alguno por parte del INPE de sus obligaciones esenciales.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, asimismo, la comunicación de la Municipalidad de Alta Larán no es un mandato imperativo; simplemente es una solicitud de paralización de la obra.

- 3.4. Que, sin embargo, mediante Carta Notarial, de fecha 11 de marzo de 2010, el Consorcio resuelve el Contrato por las razones expuestas en la Carta Notarial de fecha 3 de febrero de 2010.
- 3.5. Que mediante Carta Notarial n.º 040-2010-INPE-DGI, de fecha 20 de marzo de 2010, el INPE señala que no se cumplió con el procedimiento para la resolución del Contrato establecido por el artículo 209 del Reglamento.
- 3.6. Que mediante Carta Notarial n.º 041-2010-INPE-DGI, de fecha 20 de marzo de 2010, el INPE comunica al Consorcio su decisión de impugnar la resolución del Contrato por la vía arbitral, por no estar de acuerdo en que se le haya atribuido la responsabilidad.
- 3.7. Que, según lo señalado en los alegatos, en el presente proceso, ha existido un allanamiento expreso a la declaración de nulidad de la resolución contractual efectuada por el Consorcio. Es decir, el demandado reconoció que no cumplió con la formalidad establecida en el artículo 209 del Reglamento; además del reconocimiento expreso de dicha parte de que la paralización de la obra se debe a hechos imprevisibles para las partes.
- 3.8. Que, por otro lado, el demandado pretendió subsanar la resolución contractual efectuada, enviando otra carta notarial, a través de la cual se «rectificó el error» cometido; sin embargo, en el arbitraje administrativo no



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

cabe la subsanación del acto, en tanto el mismo es formal y ya habría surtido efectos.

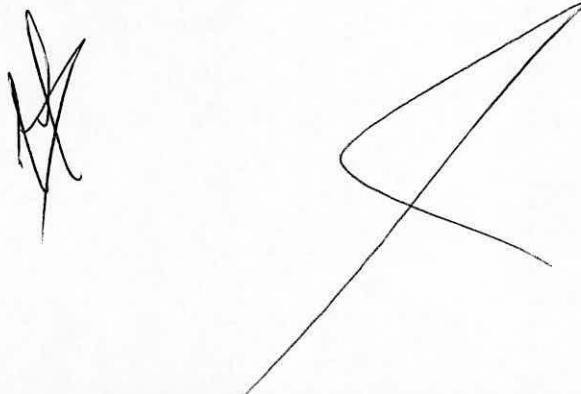
- 3.9. Que, asimismo, el demandado, sin plantear reconvención ni deducir excepción alguna, ha señalado que la carta notarial n.º 1030, de fecha 24 de marzo de 2010, habría quedado consentida con fecha 13 de abril de 2010, no pudiendo el INPE iniciar arbitraje administrativo alguno, por haber transcurrido en exceso el plazo para recurrir a este mecanismo.

Que, sin embargo, los plazos de caducidad los establece la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017 (en adelante, la Ley de Contrataciones) y la demanda ha sido presentada dentro de los plazos previstos por la citada norma, no existiendo caducidad alguna.

- 3.10. Que, por otro lado, mediante Resolución Directoral n.º 052-2010-DGI-INPE, de fecha 26 de febrero de 2010, se resolvió el Contrato por demoras injustificadas en la ejecución de la obra, en tanto el monto de la valorización acumulada era menor al 80% del monto acumulado programado de la obra.

Que, sin embargo, mediante Resolución Presidencial n.º 199-2010-INPE/P, de fecha 4 de marzo de 2010, se declara la nulidad de oficio de la referida Resolución Directoral, en razón a la importancia y necesidad de ejecutar la obra, sin contradecir en forma alguna las consideraciones de orden técnico que conllevaron a la resolución del contrato.

Posición del Consorcio



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.11. Que, mediante Carta Notarial n.º 1014, de fecha 11 de marzo de 2010, se resuelve el Contrato.

Que, mediante Carta Notarial n.º 40-2010-INPE/11, notificada con fecha 23 de marzo de 2010, la Entidad acusa recibo de la carta notarial anterior, indicando que en ella no se fijó la fecha ni la hora de la constatación física e inventario, tal como lo establece el artículo 209 del Reglamento.

Que, de esta manera, el Consorcio coincide con este extremo del petitorio de la demanda, por lo cual se encuentra de acuerdo con que el Tribunal Arbitral declare que la resolución contractual efectuada mediante Carta Notarial n.º 1014 es improcedente.

- 3.12. Que, sin perjuicio de lo anterior, mediante Carta Notarial n.º 1030, de fecha 24 de marzo de 2010, se resuelve el contrato cumpliendo con el procedimiento legal establecido en el segundo párrafo del artículo 209 del Reglamento.

Que la referida carta notarial ha quedado consentida el 13 de abril de 2010, no pudiendo el INPE, por lo tanto, iniciar arbitraje alguno, por haber transcurrido en exceso el plazo para recurrir a este mecanismo de resolución de controversias. Este plazo transcurrido es uno de caducidad, conforme a lo establecido por la Ley de Contrataciones.

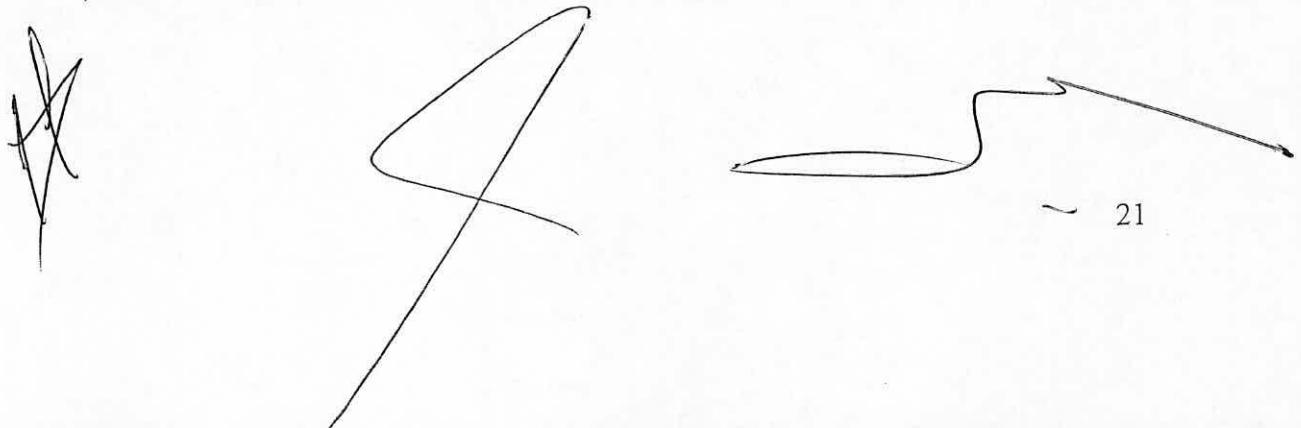
- 3.13. Que los argumentos del INPE y que supuestamente evidencian el incumplimiento del Consorcio son inexactos, puesto que la Resolución Directoral que resolvió el Contrato no debió ser emitida nunca por ser contraria a Derecho, al vulnerar el artículo 205 del Reglamento.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, en efecto, los retrasos están plenamente justificados y así lo ha reconocido el INPE en su Carta Notarial n.º 22-2010-INPE/11, de fecha 23 de febrero 2010, al señalar que los retrasos son un hecho imprevisible para las partes y que únicamente constituyen causal para la ampliación de plazo.

- 3.14. Que, en relación a los retrasos justificados, el Consorcio señala que el día lunes 11 de enero de 2010, el personal técnico y obrero no pudo ingresar a la obra, debido a que los accesos habían sido bloqueados por el señor Giorffino quien, para lograr este propósito, colocó personal armado. Hecho que fue registrado en video y que está acreditado en una constatación policial (realizada el 11 y el 12 de enero del 2010). Todo ello fue informado al INPE, mediante Cartas n.º 009-2010-CONSORCIO JOCA CEDOSAC y n.º 012-2010-CONSORCIO JOCA CEDOSAC, de fechas 12 y 13 de enero del 2010, respectivamente.
- 3.15. Que, lo anterior, no fue tomado en cuenta por el INPE en su Carta Notarial n.º 0004-2010-INPE/11, de fecha 12 de enero de 2010, en la cual otorga al Consorcio un plazo de quince (15) días para que cumpla con adecuar los avances de la ejecución al Calendario Acelerado de Avance de Obra, bajo apercibimiento de resolver el Contrato de forma total.
- 3.16. Que no es posible que la Entidad pretenda que el Consorcio subsane los supuestos incumplimientos, si el plazo otorgado para tal fin nunca pudo computarse debido a que el personal no podía ingresar al terreno donde se ejecutaba la obra. Resultaba un imposible material y jurídico.



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

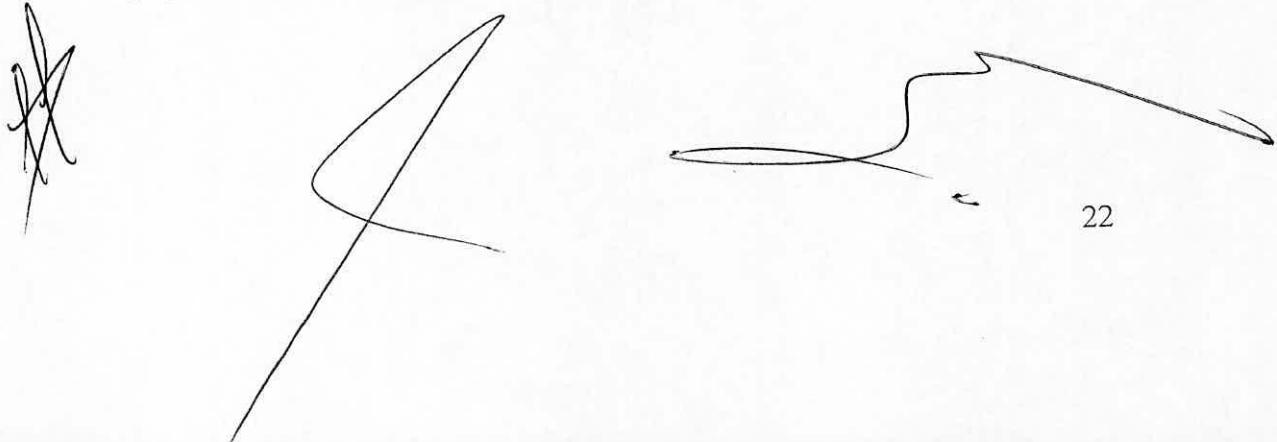
Posición del Tribunal Arbitral

- 3.17. Que, en primer lugar, el Tribunal Arbitral se centrará en analizar si el Contrato se resolvió correctamente por parte del Consorcio a través de la Carta Notarial n.º 1014, remitida con fecha 11 de marzo de 2010. Ello, en la medida de que el INPE, como se ha visto en la reseña de la posición de las partes, afirma que la referida resolución debe ser declarada improcedente porque el contratista no cumplió con las formalidades establecidas por el artículo 209 del Reglamento.
- 3.18. Que, sobre el particular, el Consorcio ha reconocido que la resolución efectuada con fecha 11 de marzo de 2010 debe ser declarada improcedente porque no se siguió el procedimiento del referido artículo 209.

Que, en efecto, en los numerales 5 y 6 del ítem A del punto I del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 5 de mayo de 2010, el Consorcio señaló lo siguiente:

«5. De acuerdo a lo señalado, mi representada coincide en este extremo del petitorio de la demanda con el INPE, motivo por el cual se encuentra de acuerdo con que el Tribunal Arbitral [...] declare que la resolución contractual efectuada por mi representada mediante Carta Notarial n.º 1014 de fecha 11 de marzo de 2010 [...] sea declarada IMPROCEDENTE por no cumplir como bien señala la entidad con el procedimiento establecido para estos efectos establece el artículo 209 [...].

6. En este orden de ideas tenemos que por ser NULA la Carta Notarial n.º 1014 del 11 de marzo de 2010 (debido a que ha vulnerado el procedimiento legal establecido en el artículo 209 del Reglamento [...]). (El subrayado es nuestro).



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, en ese sentido, la resolución del Contrato efectuada por el Consorcio mediante Carta Notarial n.º 1014, remitida con fecha 11 de marzo de 2010, no resulta ser, al momento en que se emite el presente Laudo, una materia controvertida⁴ y corresponde que el Tribunal Arbitral la declare improcedente.

- 3.19. Que, por ello, a continuación, el Tribunal Arbitral se centrará en analizar si el Contrato se resolvió correctamente por parte del Consorcio a través de la Carta Notarial n.º 1030, remitida con fecha 24 de marzo de 2010.

Que, sobre el particular, el INPE afirma que la referida resolución no puede ser admitida, en tanto el Consorcio «pretendió “subsanar” la resolución contractual efectuada por ellos mismos enviando otra carta notarial, rectificando el “error” cometido; sin embargo [...] en el arbitraje administrativo no cabe la “subsanación” del acto, en tanto que el mismo es formal y ya habría surtido efectos y, como corresponde, ya habíamos presentado la demanda para justamente impugnar la resolución contractual elaborada de manera “errónea”, sin cumplir con los requisitos establecidos como obligatorios y no disponibles en el Reglamento [...]».⁵

Que, por su parte, el Consorcio señala que la Carta Notarial n.º 1030 no es una subsanación, sino que es un nuevo acto.⁶ Asimismo, el demandado sostiene que dicha Carta Notarial habría quedado consentida con fecha 13

⁴ Incluso, en la página 3 del escrito de alegatos, presentado con fecha 30 de octubre de 2013, el Consorcio señaló que «dado que no se cumplió en esa oportunidad con los requisitos establecidos en la norma de contrataciones, reconocemos que dicha carta no tenía ningún efecto legal».

⁵ Último párrafo del numeral 1.2. del escrito s/n, presentado con fecha 15 de abril de 2013, y último párrafo del numeral 1.1.3 del escrito de alegatos, presentado con fecha 30 de octubre de 2013.

⁶ Página 3 del escrito de alegatos, presentado con fecha 30 de octubre de 2013.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

de abril de 2010, no pudiendo el INPE iniciar arbitraje alguno, al haber transcurrido el plazo de caducidad establecido en la Ley de Contrataciones.⁷

3.20. Que, en relación al tema de la caducidad, se debe tener presente que, en estricto, el Consorcio no ha deducido excepción alguna.

Que, asimismo, aun en el supuesto de que se aplicara el plazo de diez (10) días hábiles establecido por el artículo 209 del Reglamento,⁸ el Tribunal Arbitral advierte que la demanda se interpuso el mismo día en que el INPE recibió la Carta Notarial n.º 1030 (luego de haberla recibido).

Que, en efecto, en el escrito de demanda presentado con fecha 25 de marzo de 2010, se señala lo siguiente:

«2.15. Que, mediante Carta Notarial n.º 040-2010-INPE-DGI, de fecha 20 de marzo de 2010, señalamos que no se había cumplido con el procedimiento señalado para la resolución de contratos de obras, conforme al artículo 209 del Reglamento de Contrataciones del Estado. Por lo que, mediante Carta Notarial de fecha 24 de marzo de 2010, la empresa contratista comunica con señalar (sic) día y hora para la realización de la constatación física e inventario en el lugar de la obra, el que será el día 13 de abril de 2010 a la horas (sic) 11 a.m. [...].» (El subrayado es nuestro).

⁷ Numeral 7 del ítem A del punto I del escrito de contestación de demanda, presentado con fecha 5 de mayo de 2010.

⁸ Cabe precisar que en el numeral 1.8. del escrito s/n, presentado con fecha 15 de abril de 2013, el INPE hace referencia al plazo de quince días establecido por el artículo 170 del Reglamento. Sin embargo, al tratarse de un Contrato de Obra, en realidad, el plazo para someter a arbitraje está contemplado por el artículo 209.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, como se puede apreciar, el INPE está haciendo referencia, precisamente, a la Carta Notarial n.º 1030, a través de la cual se resuelve el Contrato y en cuyo numeral 5 el Consorcio cita a la Entidad a la Constatación física e inventario.

Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral sí es competente para pronunciarse en torno a la Carta Notarial n.º 1030, al momento de analizar si corresponde o no declarar «la improcedencia de la Resolución del Contrato por culpa de la Entidad».⁹

- 3.21. Que, por otro lado, cabe resaltar que no ha sido planteada como pretensión, el que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución efectuada mediante Carta Notarial n.º 1030, por lo que este Colegiado sólo se circunscribirá a determinar (resolver), como ha sido solicitado en la pretensión de la demanda, si corresponde o no declarar la improcedencia de la resolución del Contrato por culpa de la Entidad.¹⁰
- 3.22. Que, en torno al procedimiento para resolver el Contrato por causas imputables a la Entidad, cabe precisar que no está contemplado en el Contrato, cuya Cláusula Vigésima Primera se circumscribe a regular el procedimiento de resolución del contrato por causas imputables al Contratista.

⁹ Es decir, es competente para conocer la pretensión tal y como ha sido planteada en el escrito de demanda presentado con fecha 25 de marzo de 2010.

¹⁰ Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar que la demanda fue presentada el mismo día en que el INPE recibió la Carta Notarial n.º 1030 (luego de haberla recibido) y como hemos visto dicha carta fue materia de los fundamentos de hecho de la pretensión que se está analizando en el presente punto controvertido. Es decir, resulta evidente que el INPE sí ha cuestionado el contenido de la referida carta, por lo que no se podría afirmar que la misma hubiese quedado consentida.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, sin embargo, el numeral 4.17 de las Bases establecía lo siguiente:¹¹

«4.17. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento.

[...]

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c del artículo 40 de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento de Contrataciones del Estado». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, en tal sentido, nos debemos remitir a la Ley de Contrataciones y a su Reglamento.

Que, sobre el particular, el artículo 40 de la Ley de Contrataciones establece lo siguiente:

«Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

[...]

- c. Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se

¹¹ Recordemos que, en la Cláusula Quinta del Contrato, se estableció que el mismo estaría conformado, entre otros, por las Bases Integradas.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento. (El subrayado y la negrita son nuestros).

Que, por su parte, el artículo 169 del Reglamento establece lo siguiente:

*«Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato
Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

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

[...].» (El subrayado es nuestro).

- 3.23. Que, como sabemos, la resolución consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de celebración.

Que, sin duda, la resolución del contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, en tal sentido, el Derecho es absolutamente formalista cuando se trata de la resolución, tal como se puede apreciar del citado artículo 169 del Reglamento.

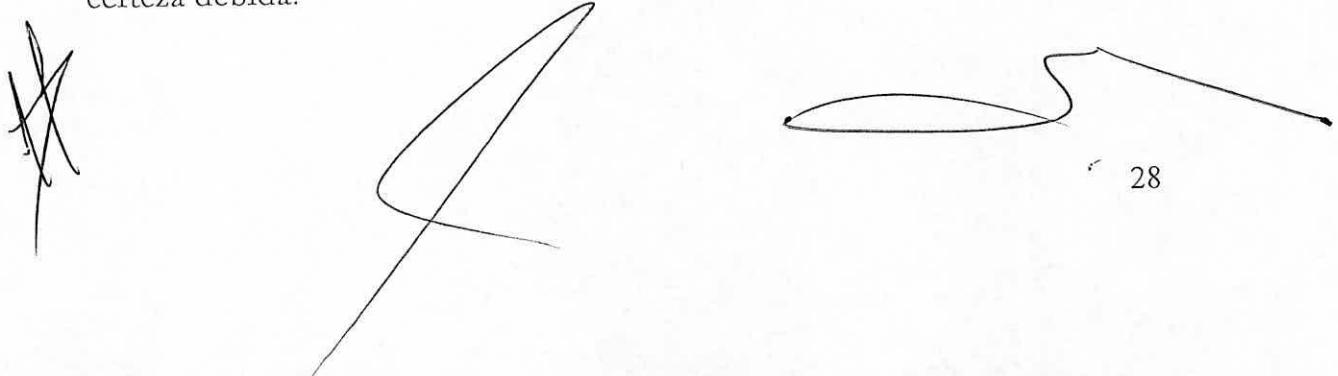
Que la parte que desea resolver el contrato, deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 169 al pie de la letra y, de no hacerlo, sin duda, el acto resolutorio será nulo.

- 3.24. Que el mecanismo establecido parte del supuesto de incumplimiento contractual de uno de los contratantes. Si esto ocurriera, no habría ningún impedimento para que la parte afectada recurra al mecanismo de resolución extrajudicial pactado en el propio contrato.

Que, si así fuere, tendrá que hacerlo requiriendo por carta notarial a la parte incumpliente para que satisfaga su prestación.

Que el requerimiento a que se refiere la norma bajo análisis es una intimación que se hace por carta notarial, con la cual se invita a la contraparte a cumplir en un plazo determinado, y que debe contener, además, la advertencia de que transcurrido inútilmente el término, el contrato se considerará resuelto sin más ni más. El efecto de esta declaración es que, de expirar el término, ante la falta de cumplimiento, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Que se exige carta notarial, a efectos de evitar la posibilidad de que se recurra a esta vía por carta simple o por otro medio que no ofrezca la certeza debida.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

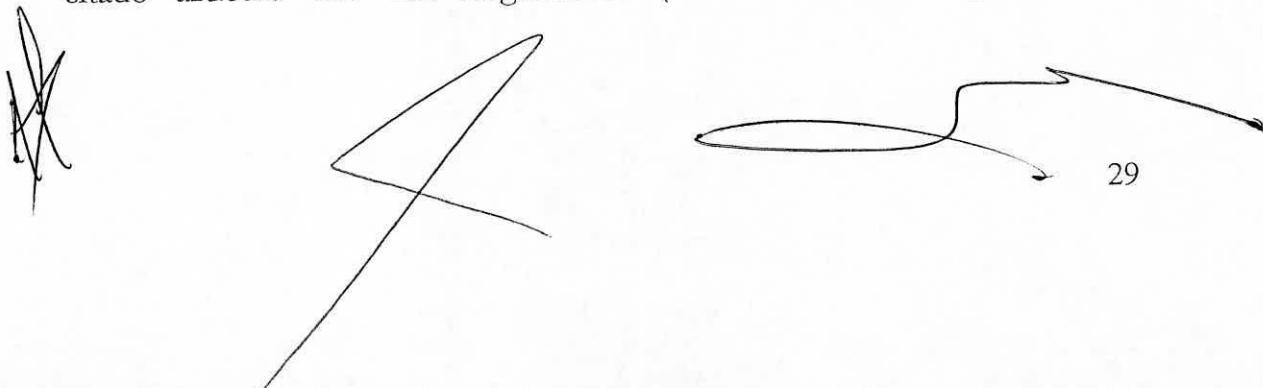
3.25. Que resulta conveniente destacar en esta parte de nuestro análisis, que el artículo 169 del Reglamento señala que la intimación debe contener necesariamente lo siguiente:

- (i) El requerimiento hecho por la parte fiel a la parte infiel para que satisfaga su prestación, precisando en qué consiste dicha prestación y cominándola para que la satisfaga.
- (ii) La fijación de un plazo que, en el caso de los Contratos de Obra, es de quince (15) días.
- (iii) El apercibimiento de que, de no satisfacer la prestación en el plazo concedido, se procederá a resolver el contrato.

Que, así, la intimación, es un acto unilateral y receptivo, sujeto a requisitos de forma y de contenido.

Que, adicionalmente, debemos subrayar el hecho de que el mecanismo resolutorio citado no pasa por la resolución inmediata del contrato, sino que a través de la carta notarial se debe requerir al deudor incumpliente para que ejecute su prestación y, de persistir dicho incumplimiento, se debe hacer efectivo el apercibimiento (es decir, se debe comunicar al incumpliente que se procede a resolver el contrato).

3.26. Que, en el presente caso, el INPE cuestiona el procedimiento seguido por el Consorcio, no porque no se haya cumplido con lo establecido por el citado artículo 169 del Reglamento (en lo relativo al plazo o al



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

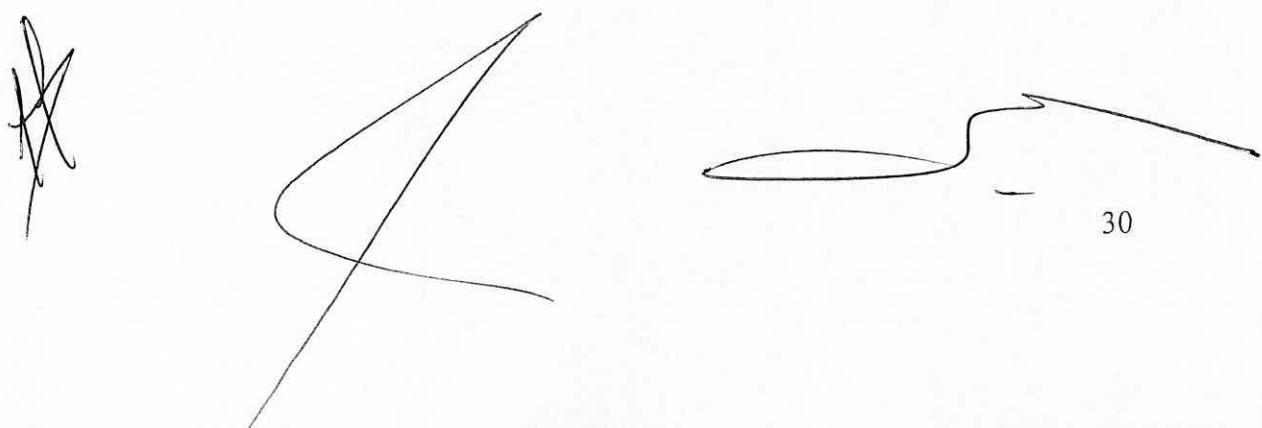
apercibimiento); sino porque en la Carta n.º 1014 no se hizo mención a la fecha y hora para la constatación física e inventario, conforme lo establece el artículo 209 del Reglamento.

Que, en ese sentido, si bien para el Tribunal Arbitral el Consorcio sí habría cumplido —a través de la Carta n.º 1014— con el procedimiento establecido por el artículo 169 del Reglamento, este Colegiado no puede desconocer que las dos partes han coincidido en señalar que dicha carta no surtió efectos, en tanto no se cumplió con lo establecido por el referido artículo 209.

Que si bien para el Tribunal Arbitral el que la Carta n.º 1014 no haya hecho mención a la fecha y hora para la constatación física e inventario, no implica que la resolución del contrato no haya cumplido con el procedimiento establecido por el artículo 169 del Reglamento, el Consorcio ha señalado expresamente que está de acuerdo con que el Tribunal Arbitral declare que la resolución contractual efectuada mediante la referida Carta Notarial sea declarada improcedente.

3.27. Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral se debe centrar en la Carta Notarial n.º 1030, a través de la cual sí se hizo referencia a la fecha y hora para la referida constatación.

Que, sobre el particular, el INPE ha señalado que no corresponde la subsanación de la resolución del contrato, es decir, que no corresponde rectificar el error incurrido por el Consorcio enviando otra carta.



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, al respecto, el Tribunal Arbitral debe reiterar que, en estricto, la resolución efectuada mediante Carta n.º 1014 fue correcta en tanto se cumplió con el procedimiento establecido por el artículo 169 del Reglamento.

Que, sin perjuicio de lo anterior, no existe norma alguna que impida que el Consorcio remita nuevamente una carta resolviendo el Contrato (en tanto considere que la anterior no surtió efectos) e incluyendo fecha y hora para la constatación física e inventario.

- 3.28. Que, por otro lado, el INPE ha cuestionado la validez de la resolución del Contrato en lo relativo a las causales. En efecto, el demandante ha señalado, en su escrito de demanda, lo siguiente:

«2.10. Que, conforme al Artículo 168 del Reglamento de Contrataciones del Estado, El (sic) contratista podrá solicitar la resolución del contrato, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato [...]. Por ello no es cierto que se haya incumplido al (sic) obligación esencial a cargo de la Entidad. (El subrayado es nuestro).

Que, en efecto, el artículo 168 del Reglamento establece lo siguiente:

«Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

[...]

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, incluso, como ya lo hemos visto, en el numeral 4.17. de las Bases también se estableció expresamente que el Contratista podía resolver el Contrato, en caso la Entidad incumpla injustificadamente alguna de las obligaciones contempladas en las Bases o en el Contrato.

3.29. Que, en tal sentido, corresponde analizar la Carta Notarial n.^o 957, de fecha 3 de febrero de 2010,¹² a través de la cual el Consorcio intimá a la Entidad, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, a efectos de ver cuál es la o cuáles son las obligaciones esenciales que habría incumplido el INPE.

Que, en la referida Carta Notarial, el Consorcio señaló lo siguiente:

«Por medio de la presente nos dirigimos a ustedes en virtud del Contrato (...), toda vez que mediante Carta Notarial de fecha 21 de enero de 2010, y diversas comunicaciones cursadas a vuestra entidad, hemos puesto en su conocimiento los obstáculos que viene sufriendo el Consorcio Joca – Cedorac (en adelante, el Consorcio) para la ejecución de la Obra materia del Contrato, de acuerdo con lo establecido en el Calendario Acelerado de Avance de la Obra.

Al respecto, debemos informarles que a la fecha, persisten dos (2) obstáculos graves que impiden al Consorcio ejecutar la Obra de acuerdo al Contrato, los cuales son:

- a. Amedrentamiento por parte del Sr. Gilberto Giorfino:
(...)
- b. Solicitud de Paralización de la Obra por parte de la Municipalidad de Alto Larán.
(...)

En virtud de lo señalado precedentemente, en vista de que el Consorcio se está viendo perjudicado en la ejecución del Contrato por causas que no le son imputables, y que son obligaciones del INPE.

¹² Notificada al INPE con fecha 9 de febrero de 2010.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

solucionar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solicitamos al INPE para que, en un plazo no mayor de quince (15) días, solucione los obstáculos señalados en los literales anteriores, a fin de que el Consorcio pueda cumplir con la ejecución de la Obra de acuerdo al Contrato (...). (El subrayado es nuestro).

- 3.30. Que, como se puede apreciar, en la citada carta se hace referencia a «obstáculos» que deben ser solucionados por la Entidad, en lugar de precisar en qué consistiría la obligación esencial que estaría incumpliendo que se le conmina a cumplir.

Que, en efecto, conforme se ha visto, sólo se puede requerir a la Entidad, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, para que cumpla con sus obligaciones esenciales, las cuales están contempladas en las Bases o en el Contrato, de conformidad con lo establecido por el citado artículo 168.

- 3.31. Que, en ese sentido, debemos revisar cuáles son las obligaciones esenciales del INPE, a efectos de ver si los denominados «obstáculos» implican un incumplimiento de aquéllas.
- 3.32. Que la Cláusula Décima del Contrato regula las responsabilidades y obligaciones de las partes. En efecto, en el numeral 10.2 de la referida Cláusula se establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMA: RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES.
(...)
10.2. OBLIGACIONES DE LA DGI-INPE
10.2.1. Entregar el terreno dentro de los quince (15) días siguientes de la suscripción del contrato.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 10.2.2. Designar al Supervisor de la obra, quien ostentará los requisitos y funciones señalados en el Artículo 190 del Reglamento.
- 10.2.3. Abonar la valorización de la obra presentada por EL CONTRATISTA y aprobada por el Supervisor o Inspector, de acuerdo al procedimiento expresado en el contrato.
- 10.2.4. Si el CONTRATISTA no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la DGI-INPE en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del CONTRATISTA. La DGI-INPE notificará la liquidación para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes, de conformidad con el Art. 211 del Reglamento.
- 10.2.5. Recepcionar (sic) la obra totalmente concluida y sin ninguna clase de observaciones, levantando el acta de recepción de obra, suscrita por los integrantes del Comité de Recepción de Obra, de acuerdo al Artículo 210 del Reglamento».

Que, como se puede apreciar, los denominados «obstáculos» no versan sobre obligaciones esenciales que la Entidad haya incumplido, por lo que no se ha presentado la causal contemplada por el artículo 168 del Reglamento.¹³

- 3.33. Que, en realidad, el Tribunal Arbitral aprecia que, en el presente caso, los denominados «obstáculos» son hechos que pudieron originar atrasos o paralizaciones en la ejecución de la obra,¹⁴ lo que da lugar a la figura de la

¹³ Si bien el obstáculo relativo al amedrentamiento por parte del Sr. Gilberto Giorfino está relacionado con el terreno (cuya entrega era obligación de esencial del INPE), la Entidad sí cumplió con entregar el terreno el 9 de noviembre de 2009.

El obstáculo se presentó luego de que se iniciara el plazo de la ejecución de la obra (lo cual sucede cuando la Entidad, entre otras obligaciones, cumple con la entrega del terreno), tal como se aprecia en lo señalado por el Consorcio en la página 15 del escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013. En efecto, el demandado señala que «(...) se debe Tener (sic) en cuenta que el plazo de ejecución de obra comenzó en noviembre, en diciembre se presentaron problemas dado que el señor Giorffino presentó una denuncia penal y en enero el referido señor interrumpió la obra metiéndose con un grupo de personas y desalojando a todos del lugar».

¹⁴ Incluso, en la página 14 del escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013, el Consorcio, haciendo referencia al tema del Amedrentamiento por parte del Sr. Gilberto Giorfino, señala lo

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

ampliación del plazo,¹⁵ pero no a la resolución del Contrato por causa imputable a la Entidad.

- 3.34. Que, dentro de tal orden de ideas, el requerimiento contenido en la Carta Notarial n.^o 957, de fecha 3 de febrero de 2010, no fue efectuado válidamente, en tanto no se hizo referencia a obligación esencial alguna que estuviese siendo incumplida por el INPE.

Que, en ese sentido, la resolución efectuada por el Contratista no es válida, en tanto no existió la causal contemplada por el artículo 168 del Reglamento y, en consecuencia, corresponde amparar este extremo de la Primera Pretensión Principal del INPE (escrito de demanda).

DETERMINAR SI, COMO CONSECUENCIA DEL PUNTO CONTROVERTIDO ANTERIOR, EXISTE O NO RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA POR DEMORAS INJUSTIFICADAS, Y SI EXISTIERON O NO DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA NO EJECUCIÓN OPORTUNA DE LA OBRA

Posición del INPE

siguiente: «(...) ha contribuido con el atraso y/o paralización de la Obra debido a que no existían acceso (sic) para la construcción de la penitenciaría (sic) de Chincha (...).» (El subrayado es nuestro).

Asimismo, en la página 3 del escrito de alegatos, presentado con fecha 30 de octubre de 2013, el Consorcio señala lo siguiente: «(...) en todo el presente arbitraje hemos demostrado que existieron tres (3) hechos que conllevan a que se demore y/o paraliza (sic) la ejecución de la obra (...).» (El subrayado es nuestro).

¹⁵ Incluso, mediante Asiento n.^o 123 del Cuaderno de Obra, de fecha 19 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente «Se deja constancia que (sic) la paralización temporal de la ejecución de la obra, iniciada el día 12/01/2010 por causas no atribuibles al contratista amerita la ampliación de plazo, tal como se establece en el numeral 1Del (sic) artículo 200 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado». (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

3.35. Que el plazo de ejecución del Contrato era de 365 días, contado desde el inicio del plazo contractual, lo que ocurrió el 18 de noviembre de 2009.

3.36. Que, durante el periodo del 18 al 30 de noviembre de 2009, se presentó la valorización de la obra n.º 01, la cual contemplaba un avance programado ascendente a la suma de S/. 459,398.38, con una incidencia del 0.91% de la obra y sólo se había ejecutado en este periodo la suma de S/. 25,765.53, lo que representa una incidencia de 0.05%. Es decir, se presentaba la condición de una obra atrasada.

Que el Primer Informe Mensual de la Supervisión señalaba que el Contratista no estaba ejecutando la obra tal y como se indicaba en el Calendario Programado de Avance de Obra. Asimismo, se establecía que el Contratista no estaba cumpliendo con los recursos ofertados, lo que no garantizaba un avance eficiente y permanente.

Que, ante dicha situación, en el Asiento n.º 026 del Cuaderno de Obra, de fecha 7 de diciembre de 2009, el Supervisor solicitó un calendario acelerado de trabajos, a efectos de que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo establecido en el contrato.

3.37. Que, durante el periodo del 1 al 31 de diciembre de 2009, se presentó la valorización de la obra n.º 02, la cual contemplaba un avance programado ascendente a la suma de S/. 2'383,202.99, con una incidencia del 4.76% de la obra; sin embargo, en este periodo sólo se ejecutó la suma de S/. 1'012,069.27, con una incidencia de 2.05%. Es decir, se mantenía la condición de obra atrasada.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

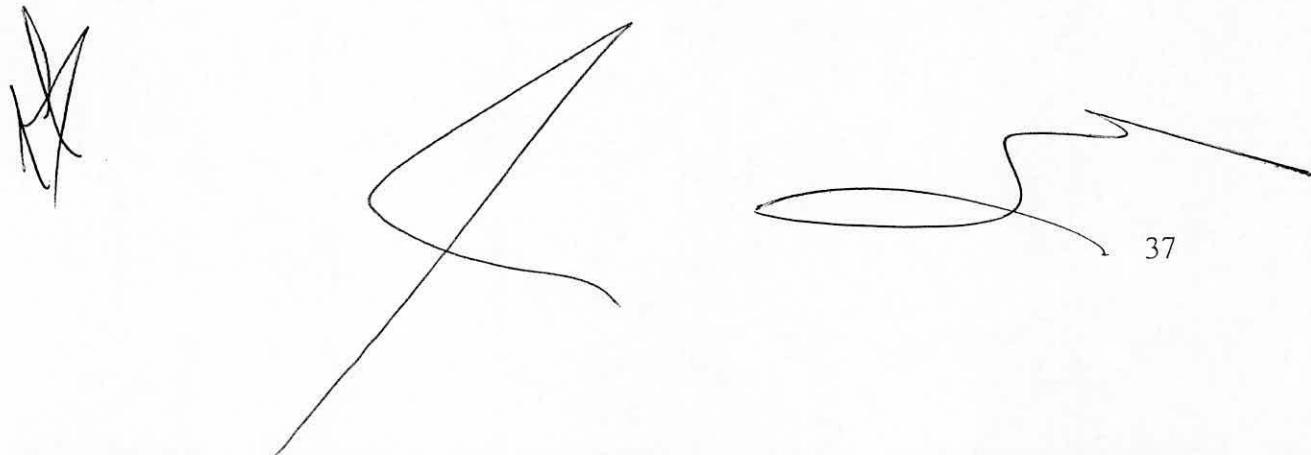
Que en el Segundo Informe Mensual de la Supervisión, se señala que el Contratista continua ejecutando la obra sin alcanzar lo programado en el calendario acelerado, existiendo un atraso del 56.93%.

Que, de esta manera, en el Asiento n.º 95 del Cuaderno de Obra, de fecha 2 de enero de 2010, el Supervisor indica que el monto de la valorización acumulada ejecutada resulta menor que el 80% del monto de la valorización acumulada programada del Calendario de Avance Acelerado. En consecuencia, propone al INPE que prefiera la intervención antes que la resolución del contrato, por razones de orden técnico y económico.

- 3.38. Que, durante el periodo del 1 al 10 de enero de 2010, existía una proyección de avance programado ascendente a la suma de S/.3'022,432.97, con una incidencia de 10.74% acumulado en la obra; sin embargo, sólo se ejecutó la suma de S/. 34,921.87 con una incidencia de 2.12% acumulado.

Que, en el Tercer Informe Mensual de la Supervisión, se señala que el Contratista continúa ejecutando sin alcanzar lo programado en el calendario acelerado y que se aprecia un atraso del 80.26%. Se reitera la recomendación de la intervención económica por parte de la Entidad.

- 3.39. Que, en ese sentido, el Contratista se encontraba con atrasos injustificados en el cumplimiento de sus obligaciones, imputables únicamente a su capacidad ejecutiva.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

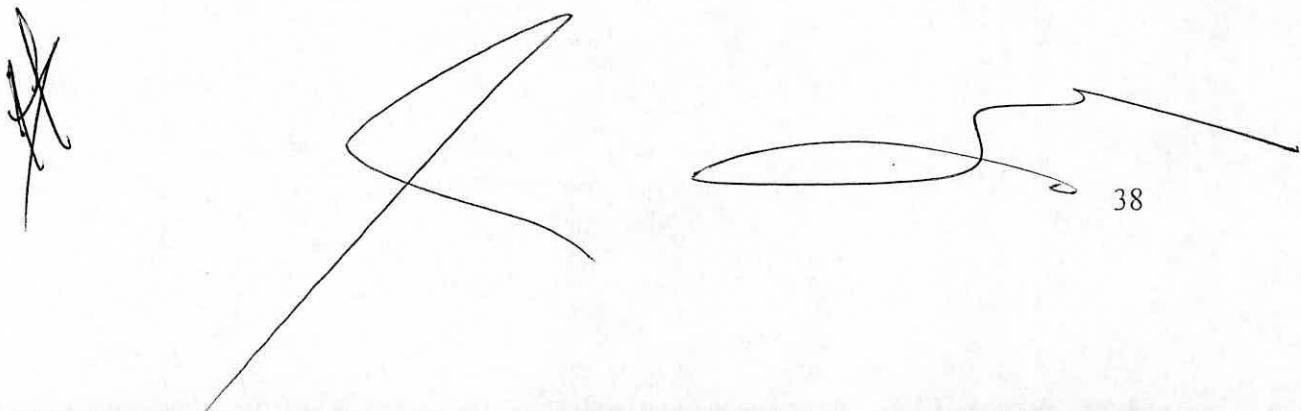
- 3.40. Que, en relación a los daños y perjuicios, el demandante no desarrolla este punto, más allá de hacer referencia a dicho concepto en la pretensión misma.

Posición del Consorcio

- 3.41. Que el Consorcio de buena fe aceptó un calendario acelerado, tal como indica el artículo 205 del Reglamento. Sin embargo, dicha aceptación no fue porque existiera un atraso imputable al demandado, sino para que la ejecución de la obra se ponga al día y, de esta manera, cumplir con el objetivo de los trabajos a su cargo.
- 3.42. Que los retrasos en la ejecución de la obra se han producido por factores ajenos a la labor que venía desempeñando.

Que el Consorcio manifestó al INPE, a través de diversas comunicaciones, cuáles eran las circunstancias que impidieron que la obra se desarrollara de acuerdo al Calendario Acelerado de Avance de Obra; circunstancias que, además, obedecen a errores en los planos y en las especificaciones técnicas elaboradas por el INPE. Los hechos y circunstancias fueron consignados en el Cuaderno de Obra.

- 3.43. Que el principal obstáculo fue la presencia de caliche en el terreno, circunstancia que no fue tomada en cuenta en los análisis de costos ni es mencionada en las especificaciones técnicas del proyecto (obra). Ello conllevó que, a pesar de las serias deficiencias, el Consorcio contratara más equipo del mínimo requerido, a efectos de revertir la situación.



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

3.44. Que, además, existieron otros hechos que perjudicaron el avance de la obra; a saber:

- (i) No se encontraban definidos en el terreno, los puntos de la poligonal 1, 2, 3 y 4;
- (ii) El hostigamiento permanente y atentados a partidas ejecutadas por parte del señor Giorffino, quien aduce ser el propietario del terreno en donde se ejecutaba la obra. Aquí el INPE no cumplió con las recomendaciones señaladas por la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (Resolución n.º 169-2009/SBN-GO-JAD). De esta manera, el señor Giorffino (beneficiario de una concesión minera) no permitió el libre acceso y tránsito a la obra, toda vez que el INPE no cumplió con sanear previamente el terreno.
- (iii) La solicitud de paralización de la obra por parte de la Municipalidad de Alto Larán, en la medida de que consideraba que la construcción del penal pondría en peligro a la población aledaña; y
- (iv) La demora en la entrega de los planos de arquitectura y estructura por parte del INPE.

3.45. Que, por otro lado, el INPE no ha acreditado los supuestos daños que ha sufrido, vulnerando lo establecido por el artículo 1331 del Código Civil, el cual señala que quien alega ser el perjudicado por la inejecución de la obligación, debe probarlo.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que el INPE no ha acreditado los elementos de la responsabilidad civil, puesto que:

- (i) No se generó daño al INPE.
- (ii) Las conductas atribuidas al Consorcio no constituyen hechos antijurídicos acreditados.
- (iii) No se acreditó que los supuestos hechos antijurídicos hayan ocasionado un daño que deba ser resarcido.
- (iv) No se ha comprobado el factor de atribución por parte del Consorcio ni de sus funcionarios.

Posición del Tribunal Arbitral

3.46. Que, como se aprecia de la reseña en torno a la posición de las partes, el INPE sustenta un retraso en la ejecución de la obra, que se apreciaría desde la valorización n.º 01¹⁶ y que se mantendría en las valorizaciones n.º 02¹⁷ y n.º 03¹⁸. De esta manera, al 11 de enero de 2010, ya habría existido un atraso del 80.26%.

Que, en lo relativo a la Valorización n.º 01 (correspondiente al periodo del 18 al 30 de noviembre de 2009), en el Informe n.º 1260-2009-INPE/11.02, de fecha 21 de diciembre de 2009, se señala lo siguiente:

¹⁶ Debía existir un avance de 0.91% de la obra, pero, en realidad, sólo se había ejecutado el 0.05%.

¹⁷ Debía existir un avance 4.76% de la obra, pero, en realidad, sólo se había ejecutado el 2.05%.

¹⁸ Debía existir un avance de 10.74% de la obra, pero, existiría un retraso del 80.26%.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«(…)

La ejecución de obra calculada al 30 de noviembre del 2009, logró un avance acumulado del 0.05% frente a un avance programado del 0.91%; por lo tanto la Obra se encuentra atrasada en un 94.40%, requiriendo calendario acelerado de avance de Obra.

(…»). (El subrayado es nuestro).

Que, en lo relativo a la Valorización n.º 02 (correspondiente al periodo del 1 al 31 de diciembre al 2009), en el Informe n.º 095-2010-INPE/11.02, de fecha 27 de enero de 2010, se señala lo siguiente:

«(…)

La ejecución de obra, informada y calculada por la supervisión, al 31 de diciembre de 2009, logró un avance acumulado del 2.00% frente a un avance programado del 4.71%; por lo que, la obra se encuentra nuevamente atrasada. Por lo cual, debe aplicarse lo indicado en el Art. 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

(…»). (El subrayado es nuestro).

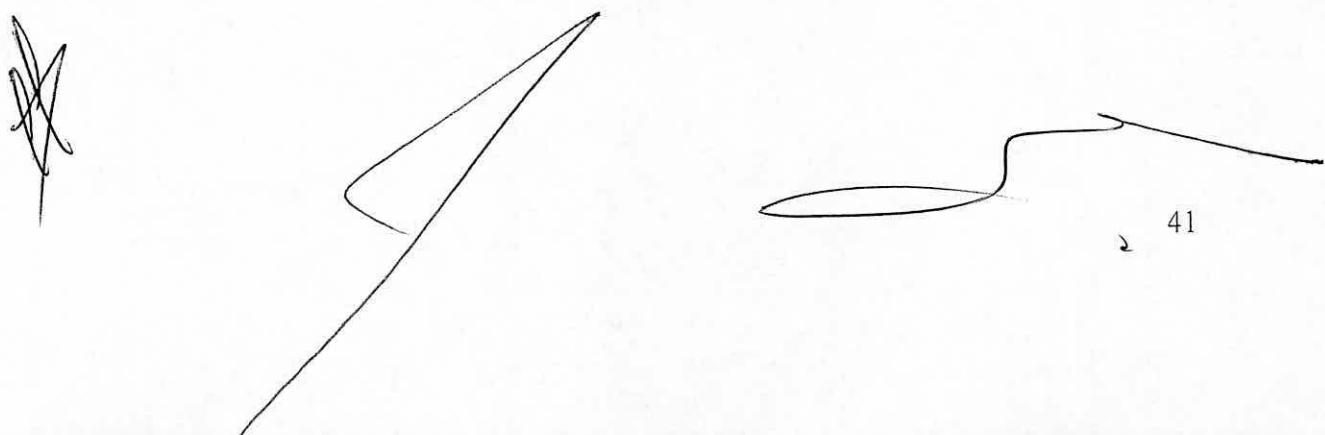
Que, en lo relativo a la Valorización n.º 03 (correspondiente al mes de enero del 2010), en el Informe n.º 217-2010-INPE/11.02, de fecha 25 de febrero de 2010, se señala lo siguiente:

«(…)

La ejecución de obra, informada y calculada por el Jefe de Supervisión, al mes de enero del 2010, logró un avance acumulado del 2.12% frente a un avance acelerado programado del 10.74%; continuando la obra atrasada (...).

(…»). (El subrayado es nuestro).

3.47. Que, según el INPE, dicho atraso es de responsabilidad del Contratista.



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que en el Informe n.º 017-2010-ARMC-JS, de fecha 26 de febrero de 2010, el Jefe de la Supervisión de Obra se dirige al Director de Infraestructura, indicando lo siguiente:

«(...)

Con fecha 19/11/09 la supervisión realizo (sic) un recorrido de la obra conjuntamente con el Ing. Ludwing Carrasco Bustamante coordinador de obras del INPE, Ing. Orlando Mavila Rodríguez y el Ing. Dante Delgado Días, personal de la contratista, constatando la ausencia del ingeniero residente, la falta de inicio de los trabajos en campo y que no se contaba con el respectivo cuaderno de obra.

La supervisión desde el 19/11/09 hasta el 25/11/09 ha solicitado de manera formal al contratista, se defina al Ingeniero residente y se apertura (sic) el cuaderno de obra, con el objetivo de realizar las anotaciones correspondientes que permitan el buen control de la obra (...). (La negrita forma parte de la cita).

Que, como se aprecia, para el segundo día de ejecución de la obra,¹⁹ la misma carecía de ingeniero residente y de cuaderno de obra; y no se había iniciado ningún trabajo de campo. Todo ello, a pesar de que según el artículo 194²⁰ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el

¹⁹ El plazo se inició el 18 de noviembre de 2009.

²⁰ «Artículo 194.- Cuaderno de Obra

En la fecha de entrega del terreno, se abrirá el cuaderno de obra, el mismo que será firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda y por el residente, a fin de evitar adulteración. Dichos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el cuaderno de obra.

El cuaderno de obra debe constar de una hoja original con tres (3) copias desglosables, correspondiendo una de éstas a la Entidad, otra al contratista y la tercera al inspector o supervisor. El original de dicho cuaderno debe permanecer en la obra, bajo custodia del residente, no pudiendo impedirse el acceso al mismo.

Si el 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.

Concluida la ejecución de la obra, el original quedará en poder de la Entidad».

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

cuaderno de obra se abre el mismo día en que se efectúa la entrega del terreno, quedando en custodia del residente de la Obra.

Que, en relación a la demora en la ejecución, el Supervisor dejó constancia del ritmo lento por parte del Consorcio. Así, por ejemplo, tenemos los siguientes asientos en el Cuaderno Obra:

- En el Asiento n.º 07, de fecha 28 de noviembre de 2009 (es decir, a los 10 días de iniciado el plazo de ejecución de la obra), el Supervisor señala lo siguiente:

«(...)

Asimismo, se deja constancia que (sic) a la fecha solo (sic) se está trabajando en levantamiento topográfico, no contándose en campo con equipos y maquinarias necesarias para el inicio físico de la obra.
(El subrayado es nuestro).

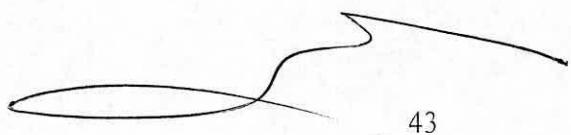
- En el Asiento n.º 08, de fecha 30 de noviembre de 2009, el Supervisor señala lo siguiente:

«Continuan (sic) los trabajos topográficos. A la fecha no han ingresado a la obra equipos y maquinarias necesarias para el inicio de la obra. (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 48, de fecha 15 de diciembre de 2009 (es decir, casi un mes después de iniciado el plazo de ejecución), el Supervisor señala lo siguiente:

«(...)

Asimismo, se deja constancia que (sic) a la fecha los trabajos que se están realizando en dichas zonas y/o plataformas, son a ritmo lento, a razón de no contar con la cantidad de maquinaria necesaria (...).
(El subrayado es nuestro).



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- En el Asiento n.º 93, de fecha 31 de diciembre de 2009, el Supervisor señala lo siguiente:

«Se ha constatado el día de hoy jueves 31/12/2009, solo la presencia de 01 excavadora Hyundai (...) y 01 excavadora CAT (...). Ambas maquinarias solo realizan trabajos en la plataforma de la futura Unidad de Internamiento 04, dejándose constancia que (sic) no se realiza trabajo alguno en la plataforma 01 (Unidad de Internamiento 01), plataforma 02 (Unidad de Internamiento 02) y en la plataforma 03 (futura Unidad de Internamiento 03).
Situación que origina mayor atraso en el avance de obra (...). (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 95 del Cuaderno de Obra, de fecha 2 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«Se deja constancia que (sic) en obra solo se está realizando excavación y/o corte en la plataforma de la futura Unidad de Internamiento 04, originándose mayor atraso en el avance de la obra. (...). (El subrayado es nuestro).

- 3.48. Que, incluso, mediante Carta Notarial n.º 0004-2010-INPE/11, de fecha 12 de enero de 2010 (es decir, a un mes y tres semanas de iniciado el plazo de ejecución), remitida al día siguiente al Consorcio, la Entidad hace referencia al «atraso del 56.93%» de la obra.

Que el alto porcentaje de atraso —según el Informe n.º 025-2010-INPE/11.02, de fecha 12 de enero de 2010, emitido por el Sub Director de la Unidad de Obras y Equipamiento (e) al Director de la Oficina de Infraestructura Penitenciaria— sería consecuencia de que el Consorcio «no cuenta con una organización ni un planteamiento adecuado para salir del atraso en el cual se encuentra».

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.49. Que, sobre el particular, el Consorcio ha sostenido que las causas que generaron las demoras no le son imputables, sino que son imputables a la Entidad. Así, en el numeral 1.5. del escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013, el Consorcio señala lo siguiente:

«(...) existieron tres (3) hechos que conllevaron a que se demore y/o paralice la ejecución de la obra (problemas con el tipo de material del suelo, intervención del señor Gilberto Giorffino e intervención de la Municipalidad de Alto Larán), ninguno de ellos es imputable al contratista (...).».

- 3.50. Que, en tal sentido, el Tribunal Arbitral analizará los hechos que, a entender del Consorcio, implicaron la demora en la ejecución de la obra, determinando (i) en qué momento se presentaron; y (ii) si le eran imputables o no al contratista.

Sobre la presencia de caliche

- 3.51. Que, según indica el Consorcio y no ha sido negado por el INPE, el Expediente Técnico²¹ indicaba que el terreno era suave y de arena normal.

Que, sin embargo, con las excavaciones se encontró caliche muy duro, tal como se aprecia en los siguientes asientos del Cuaderno de Obra:

- En el Asiento n.º 21, de fecha 4 de diciembre de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

²¹ Con fecha 10 de noviembre de 2009, se hizo entrega del Expediente Técnico Completo de la Obra.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«Se informa a la Supervisión que en la excavación de la Unidad de Internamiento 02 hasta el nivel de subsasante, estamos encontrando una capa de arena endurecida (tipo caliche) con bastante boloneria (sic) gruesa, lo cual nos obliga al uso continuo del martillo de 1.50 ton.». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 42, de fecha 14 de diciembre de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Solicitamos a la Supervisión que nos defina si el caliche proveniente de la excavación de la plataforma de las Unidades de Internamiento 01 y 02 será empleado en la ejecución del ítem 03.01.02.01 “Conformación de terraplenes con material propio”». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 56, de fecha 17 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«Se informa a la Supervisión que a partir del día de hoy hemos iniciado la eliminación del caliche (material inadecuado para la “Conformación de terraplenes con material propio”) a un botadero en terrenos de propiedad del Sr. Gilberto Giorffino, ubicado a 1.5 Km. (aprox.) de la zona de trabajo.
(...).» (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 57, de fecha 17 de diciembre de 2009, el Supervisor señala lo siguiente:

«Se indica al Residente que la construcción del puente indicado en el asiento anterior, no es parte de la meta del Expediente Técnico, más aún si este trabajo es producto de un convenio y/o acuerdo con un tercero».

- En el Asiento n.º 59, de fecha 18 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«(…)

2.- No es que tengamos un ritmo en la excavación (sic) de las Unidades de Internamiento 01 y 02, sino que la presencia de roca suelta (caliche) nos ha obligado al uso de excavadoras con martillo, con las cuales no podemos alcanzar el rendimiento diario de 45 m³/día considerado en el análisis de precio unitario del ítem 03.01.01.01. Estructuras – Obras Exteriores, que es aplicable a una excavación en material suelto.

(…). (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 61, de fecha 19 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«Se informa a la Supervisión que estamos encontrando roca suelta (caliche) en la excavación de la futura Unidad de Internamiento n.^o 03. Solicitamos a la Supervisión su respectiva verificación y cuantificación del material que estamos eliminando al botadero autorizado por el Sr. Giorffino, en concordancia con lo indicado en el Asiento n.^o 53». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 63, de fecha 19 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«(…)

3. En concordancia con lo señalado y dispuesto por la Supervisión en el Asiento n.^o 53, todo el caliche y bolonería (sic) grande está siendo eliminado en el botadero autorizado por el Sr. Giorffino, el mismo que está fuera del límite de propiedad del INPE y cuyo costo (construcción de un puente) por el uso de dicho botadero del caliche es una prestación adicional indispensable para los trabajos del ítem 03.01.01.01 del presupuesto contratado de Obras Exteriores – Estructuras.

(…). (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 76, de fecha 26 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«Se informa a la Supervisión que luego de eliminar la capa de material fino en la plataforma de la futura Unidad de Internamiento 04, hemos encontrado roca suelta (tipo caliche), lo cual nos obliga al uso de la excavadora CAT 320 CL con su martillo (...). (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 80, de fecha 28 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«(...)

1. Conforme sustentaremos y cuantificaremos en su oportunidad, la masiva presencia de roca suelta (caliche) encontrada durante la excavación de plataforma de las Unidades de Internamiento n.º 01, 02, 03 y 04, nos ha obligado al uso de excavadoras de mayor potencia a la considerada en el Expediente Técnico. Además del uso del martillo hidráulico, cuyo costo deberá ser reconocido por el INPE como una prestación adicional indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato.
2. Asimismo, la masiva y abundante presencia de roca suelta (caliche) señalada en el punto anterior, incide en un rendimiento diario de excavación menor a los 450 m³/día, (...). (El subrayado es nuestro).

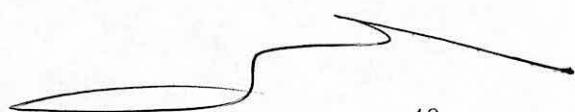
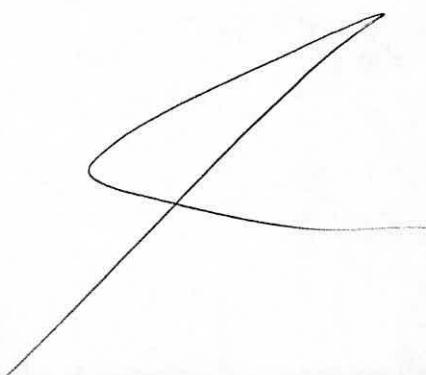
- En el Asiento n.º 83, de fecha 28 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«Tal como se muestra en la foto, en la futura Unidad de Internamiento n.º 04 continuamos excavando roca suelta (caliche). (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 96, de fecha 4 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«(...)

Con todo este equipo el día hemos (sic) iniciado la eliminación del caliche y boloneria (sic) grande al botadero ubicado a 1.50 Km



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

(aprox.) de la obra, de propiedad del Sr. Gilberto Giorffino. Solicitamos a la Supervisión verificar y darnos su conformidad para la correspondiente eliminación del caliche y boloneria (sic) grande mayor a 2"». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 99, de fecha 5 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Se deja constancia que (sic) la tarde de ayer hemos recibido en la Obra la visita del Ing. Ludwing Carrasco – Coordinador de Obras del INPE. Conjuntamente con él y con la Ing. Lucía Gutiérrez de la Supervisión hicimos un recorrido de toda la Obra verificándose lo siguiente:

- 1) La masiva presencia de caliche y conglomerado grueso en la plataforma de las unidades de internamiento n.º 01 y 02, futuras unidades de internamiento n.º 03 y 04, y en la planta de tratamiento de aguas residuales.
- 2) La eliminación del caliche y conglomerado grueso al botadero ubicado en terrenos del Sr. Gilberto Giorffino.
- 3) La construcción de obras provisionales como: oficina, cerco provisional de protección». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 101, de fecha 6 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Como es de conocimiento de la Supervisión existe masiva presencia de caliche en la excavación a nivel de plataforma de las Unidades de Internamiento n.º 01, 02, 03 y 04 y también en la planta de tratamiento de aguas residuales.

Asimismo, la ejecución del Ítem 03.01.01.01 (Estructuras – Obras Exteriores) implica la excavación hasta la subsanante en las pistas. Tomando en cuenta la presencia de caliche en la excavación de las pistas (...) la causal de ampliación de plazo por masiva presencia de caliche no tiene fecha de conclusión y, por lo tanto, en los próximos días estaremos solicitando una ampliación de plazo de dicha causal». (El subrayado es nuestro).



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- En el Asiento n.^o 125, de fecha 20 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Como puede constatar la Supervisión, en la excavación de las plataformas de las unidades ya hemos llegado en algunas zonas al NTP (nivel tope de plataformado) encontrándose a dicho nivel presencia de caliche.

Consideramos que dicho caliche al humedecerse o saturarse de agua puede convertirse en un “suelo colapsable” (...). En la medida que (sic) en el estudio de Mecánica de Suelos entregado por el INPE no existe una evaluación del potencial de colapso del suelo denominado “caliche” solicitamos (...) que el profesional responsable (Ing. Germán Tello Palacios) haga IN SITU una evaluación del potencial de colapso del caliche existente (...). (El subrayado es nuestro).

- 3.52. Que, como se puede apreciar, desde el 4 de diciembre de 2009 (es decir, dieciséis días después del inicio del plazo de ejecución de la obra), el Consorcio dejó constancia de la existencia de este material (caliche). Dicha situación nunca fue negada por el Supervisor; así como que tampoco hizo referencia a que en el Expediente Técnico sí se hubiese hecho referencia al caliche.

Que, sobre el particular, el Tribunal Arbitral estima razonable que el ritmo de trabajo no sea el mismo si se excava caliche, en lugar de arena suave.

Que, incluso, cabe señalar que la Supervisión nunca negó o refutó lo afirmado por el Consorcio, en el sentido de que la presencia de caliche en las áreas de excavación incidía «en un rendimiento diario de excavación menor a los 450 m³/día», que fue el presupuesto por el demandado. Es

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

decir, el Supervisor no indicó expresamente que el menor rendimiento se debiera a otro tema.²²

- 3.53. Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral entiende que la presencia del referido material sí implicó una demora en el cumplimiento del Calendario de Avance de Obra (incluso, en su versión acelerada).

Que, como sabemos, el Expediente Técnico de Obra es el «conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios».²³ (El subrayado es nuestro).

Que, asimismo, la aprobación del Expediente Técnico está a cargo de la Entidad, por lo que cualquier deficiencia que en él exista, es responsabilidad de la Entidad.²⁴

- 3.54. Que, en el proceso arbitral también se hizo referencia a un adicional relacionado con el tema del caliche. Sobre el particular, cabe hacer mención a los siguientes asientos del Cuaderno de Obra.

²² Con la salvedad de que en diversos asientos, el Supervisor dejó constancia de la poca maquinaria en obra, lo cual tampoco fue refutado por el Contratista. Esto se verá más adelante.

²³ Numeral 24 del Anexo Único del Reglamento de Contrataciones del Estado (Anexo de Definiciones).

²⁴ Aquí no corresponde analizar la responsabilidad del proyecto que elaboró el Expediente Técnico.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- En el Asiento n.^o 56, de fecha 17 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«Se informa a la Supervisión que a partir del día de hoy hemos iniciado la eliminación del caliche (material inadecuado para la “Conformación de terraplenes con material propio”) a un botadero en terrenos de propiedad del Sr. Gilberto Giorffino, ubicado a 1.5 Km. (aprox.) de la zona de trabajo.

Cabe resaltar que mi representada cuenta con la autorización del Sr. Giorffino, condicionada a la construcción de un puente de concreto armado de ancho 5.00 m. y longitud de 7.00 m. con capacidad de 80 ton., más la nivelación y compactación de relleno con material clasificado en ambos estribos.

Como comprenderá la Supervisión, la construcción de dicho puente no está contemplado (sic) en nuestro Contrato con el INPE, representando un adicional de obra que será solicitado apenas tengamos listo el diseño del puente en mención. (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 63, de fecha 19 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«En respuesta al Asiento n.^o 57, señalamos lo siguiente:

1. Durante la etapa de consultas del proceso de selección, el participante Conalvías S.A., en su consulta n.^o 13, preguntó lo siguiente: “Sírvase indicar si las canteras, botaderos (...) serán de libre disposición para el contratista. En caso contrario, sírvase suministrar las tarifas que deberá pagar el ejecutor por el uso de los mismos”.
2. La respuesta del INPE a la mencionada consulta de Conalvías fue la siguiente: “Todos los agregados han sido cotizados en un cantera de Pampa de Ñocos y son puestas en obra, el botadero está dentro del límite de propiedad del INPE (...”).
3. En concordancia con lo señalado y dispuesto por la Supervisión en el Asiento n.^o 53, todo el caliche y bolonería (sic) grande está siendo eliminado en el botadero autorizado por el Sr. Giorffino, el mismo que está fuera del límite de propiedad del INPE y cuyo costo (construcción de un puente) por el uso de dicho botadero

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

del caliche es una prestación adicional indispensable para los trabajos del ítem 03.01.01.01 del presupuesto contratado de Obras Exteriores – Estructuras.

4. Asimismo, la “Eliminación de material excedente al botadero del Sr. Giorffino” representa también una prestación adicional indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 80, de fecha 28 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«(…)

3. Conforme sustentaremos y cuantificaremos en su oportunidad, la masiva presencia de roca suelta (caliche) encontrada durante la excavación de plataforma de las Unidades de Internamiento n.º 01, 02, 03 y 04, nos ha obligado al uso de excavadoras de mayor potencia a la considerada en el Expediente Técnico. Además del uso del martillo hidráulico, cuyo costo deberá ser reconocido por el INPE como una prestación adicional indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato.
4. Asimismo, la masiva y abundante presencia de roca suelta (caliche) señalada en el punto anterior, incide en un rendimiento diario de excavación menor a los 450 m³/día, considerado en el análisis de precio unitario del ítem 03.01.01.01 del presupuesto de Estructuras – Obras Exteriores, lo cual nos está causando un atraso en la ejecución del ítem en mención por causas no atribuibles al Contratista y que a nuestro criterio amerita una ampliación de plazo, porque el movimiento de tierras de Estructuras – Obras Exteriores pertenece a las ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.
(...)». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 98, de fecha 5 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«El atraso señalado en el Asiento n.º 95 será revertido cuando el INPE apruebe nuestra solicitud de ampliación de plazo n.º 01, resultante a su vez de la aprobación del presupuesto adicional por

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

excavación con martillo en Caliche y Conglomerado grueso en: 1) las unidades de Internamiento n.º 01 y 02; 2) futuras unidades de internamiento n.º 03 y 04; 3) planta de tratamiento de aguas residuales». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 102, de fecha 7 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«Se indica al Residente, de acuerdo al Contrato n.º CI-038-2009-INPE-DGI en su ítem 10.1.2., que el contratista se obliga a ejecutar la obra, en estricto cumplimiento con las Bases y expediente Técnico, bajo el sistema de suma alzada».

- En el Asiento n.º 107, de fecha 8 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«En respuesta a lo indicado en el Asiento n.º 102 señalamos lo siguiente:

1.- Es cierto lo manifestado por la Supervisión, en el sentido que (sic) el sistema del contrato es a suma alzada, pero también es cierto que, en un contrato a suma alzada cuando sea necesario ejecutar obras adicionales no consideradas en el expediente Técnico y que son indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original, la entidad (INPE) deberá emitir la correspondiente resolución directoral.

(...)». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.º 134, de fecha 26 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Adjunto a LA CARTA N° 0022-2010 CONSORCIO JOCA CEDOSAC, se alcanza a la Supervisión el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional n.º 01 y de su vinculado Presupuesto Deductivo n.º 01, originado por la presencia masiva de caliche y boconería grande encontrada en el movimiento de tierras del presupuesto de estructuras – obras exteriores, de la obra (...). (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- En el Asiento n.º 136, de fecha 26 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«En relación al asiento n.º 134 del Contratista, en donde hace llegar mediante Carta n.º 0022-2010-CONSORCIO JOCA-CEDOSAC el Expediente Técnico de Presupuesto Adicional n.º 01 y de su vinculado Presupuesto Deductivo n.º 01, al respecto se indica al Residente que, de acuerdo al Contrato n.º CI-038-2009-INPE-DGI, el Contratista se obliga a ejecutar la obra, bajo el sistema a suma alzada (Asiento n.º 102 del Supervisor). Por lo tanto, el monto del contrato por ser a suma alzada, incluye todos los costos del contratista que puedan incidir en el costo de la obra y por naturaleza estén relacionados a su ejecución. La presentación de la propuesta económica implica la tacita (sic) aceptación del postor que no ha encontrado inconveniente alguno para la preparación de su oferta, ni para el inicio y ejecución de la obra dentro del plazo y por el costo programado, sometiéndose a todas las disposiciones en el respectivo proceso, sin necesidad de declaración expresa, es de entender que antes de presentar su propuesta el Contratista, ha examinado cuidadosamente los documentos del Expediente Técnico y ejercer su propio acerca (sic) de la naturaleza y cantidad de trabajo a ser ejecutado, debiendo realizar por su cuenta y riesgo todas las investigaciones necesarias sobre la zona de trabajo. Por lo tanto, no se reconoce el indicado adicional solicitado, asimismo, se devuelve el expediente técnico presentado».

- En el Asiento n.º 142, de fecha 28 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Ref.: Asiento n.º 134 del 26/01/2010 y n.º 136 del 26/01/2010

En respuesta al Asiento n.º 136 señalamos lo siguiente:

1. En aplicación de lo dispuesto en el quinto párrafo del Artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, La (sic) Supervisión no puede rechazar la solicitud de Presupuesto Adicional n.º 01, solo (sic) está facultado a recibirla y remitirla a la DGI-INPE (en un plazo de 10 días) con su opinión, para que la

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

DGI-INPE emita su Resolución en el plazo de 10 días, caso contrario será causal de Ampliación de Plazo.

2. Devolvemos a la Supervisión el Expediente Técnico del Presupuesto Adicional n.º 01, para que sea remitido a la DGI – INPE conforme a lo expuesto en el punto anterior».

Que, como se puede apreciar, el argumento para ni siquiera tramitar²⁵ el adicional presentado por el Consorcio es que el Contrato es uno a suma alzada²⁶ y que, en todo caso, previo a presentar su propuesta técnica y económica, el Contratista debió haber ido al terreno de la obra a verificar que el contenido del Expediente era el correcto.²⁷

Que, en ningún momento, se ha negado la existencia del caliche y los problemas que ello origina al ritmo de trabajo.

Que, incluso, en el numeral 1.1.8 del Informe Mensual n.º 03 (enero del 2010)²⁸, la Supervisión reitera lo siguiente:

²⁵ En el artículo 207 del Reglamento se establece que el Supervisor deberá remitir a la Entidad un informe sobre la procedencia o no de la ejecución del adicional. Y, luego, la Entidad debe emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia o no del adicional.

²⁶ Argumento que no se condice con el artículo 207 del Reglamento, en cuyo cuarto párrafo se hace referencia a los adicionales presentados cuando el contrato es a suma alzada.

²⁷ Sobre el particular, cabe señalar que, tal como se desprende de los asientos citados, la presencia del caliche se advirtió a partir del 4 de diciembre durante las excavaciones en las plataformas de las Unidades de Internamiento. En ese sentido, el Tribunal Arbitral entiende que la presencia de dicho material no se apreciaría a simple vista. Lo que, si se sigue el razonamiento de la Entidad, habría implicado que los postores tendrían que acudir al terreno con maquinaria para realizar excavaciones a efectos de comprobar si el Estudio de Suelos y/o el Estudio Geológico que deben formar parte del Expediente Técnico han sido realizados correctamente. Dicho criterio no es compartido por este Colegiado.

²⁸ Remitido por el Jefe de Supervisión al INPE, mediante Carta n.º 04-2010-ARMC-JS, de fecha 4 de febrero de 2010 y recibido el 8 de febrero de 2010.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«1.1.8. DE LOS PRESUPUESTOS ADICIONALES Y PRESUPUESTOS DEDUCTIVOS VINCULANTES

El Contratista ha solicitado el reconocimiento de Adicional n.^o 01 mediante Carta n.^o 0022-2010-CONSORCIO JOCA-CEDOSAC, al respecto mediante Asiento n.^o 136 del Supervisor, se devuelve el expediente correspondiente indicándose que no corresponde dicho reconocimiento. Asimismo mediante Informe n.^o 011-2010-ARMC-JS, dirigido al director de Infraestructura del INPE, se ha comunicado dicha devolución y se opina que no procede el adicional solicitado».

Que cabe precisar que este Colegiado no está analizando si procede o no el adicional; simplemente resalta el hecho de que la existencia del caliche y su impacto en el ritmo de trabajo no fueron negados.

- 3.55. Que, dentro de tal orden de ideas, el Tribunal Arbitral entiende que las demoras que se hubiesen podido generar por la presencia del caliche (a partir del 4 de diciembre de 2009), no son atribuibles al Contratista.

Que, sin embargo, la presencia de caliche no justifica el atraso de 94.40% que se determinó en la valorización n.^o 01 (correspondiente al periodo del 18 al 30 de noviembre de 2009) ni el atraso que pudo existir del 1 al 3 de diciembre de 2009.

Que la presencia de caliche tampoco justifica la poca presencia de maquinaria en la obra,²⁹ tema sobre el cual el Supervisor dejó constancia en diversos asientos del Cuaderno de Obra y frente a los cuales el Consorcio nunca se pronunció negando la veracidad de los mismos.

²⁹ Ver asientos n.^o 07, de fecha 28 de noviembre de 2009, n.^o 08, de fecha 30 de noviembre de 2009, n.^o 11, de fecha 01 de diciembre de 2009, del Cuaderno de Obra.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Sobre el amedrentamiento del señor Giorffino

- 3.56. Que, con fecha 9 de noviembre de 2009, se hizo entrega del terreno, conforme consta en la respectiva Acta, en donde se señaló lo siguiente:

«(…)

Luego de hacer el recorrido de toda la extensión del terreno y de verificar lo señalado como Obra por efectuar con respecto al Expediente Técnico Aprobado, se constató la disponibilidad del terreno para el inicio de los trabajos.

(…»). (El subrayado es nuestro).

- 3.57. Que, sin embargo, luego el acceso al terreno fue difícil, conforme se aprecia de los siguientes asientos Cuaderno de Obra:

- En el Asiento n.º 14, de fecha 2 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«Adjunto al presente alcanzamos a la Supervisión copia de la constatación policial realizada el día ayer a las 10:00 a.m. (...), en la cual se describe la destrucción de un cerco provisional de palos (...). Solicitamos que dicha destrucción (por parte de una maquinaria del Sr. Gilberto Giorffino Neyra) sea puesta en conocimiento del INPE, para las acciones legales que correspondan».

- En el Asiento n.º 24, de fecha 5 de diciembre de 2009, el Contratista señala lo siguiente:

«Por medio del presente se alcanza a la Supervisión, copia de la Carta Notarial remitida por el Sr. Gilberto Giorffino Neyra a mi representada, requiriéndonos por única vez, que en el acto de recepción de dicha carta, paralizemos (sic) la ejecución de la obra, caso contrario el Sr. Giorffino interpondrá contra mi representada y

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

otras personas, una denuncia penal y demanda civil de indemnización por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extra – contractual.

Mucho agradeceremos a la Supervisión que ponga en conocimiento del INPE lo señalado en la referida carta notarial».

- En el Asiento n.º 103, de fecha 7 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Se alcanza a la supervisión copia de una carta remitida a mi representada por el Sr. Gilberto Giorffino donde nos requiere para que en un plazo de máximo de 48 horas cumplamos con suspender nuestras actividades inherentes a la obra y que no utilicemos los accesos y caminos de la concesión minera “Mina Cantera pampa de Ñoco”, caso contrario de conformidad al artículo 920 del código Civil el Sr. Giorffino hará uso de la fuerza para repeler nuestra presencia en sus terrenos».

- En el Asiento n.º 104, de fecha 8 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«Se ha tomado conocimiento de lo indicado en el asiento n.º 103 del contratista».

- En el Asiento n.º 105, de fecha 8 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Se alcanza a la Supervisión una copia de la carta n.º 005-2010-CONSORCIO-JOCA-CEDOSAC remitida el día de hoy al INPE por nuestro gerente de Proyecto, relacionada a la denuncia penal efectuada por el Sr. Giorffino ante el Ministerio Público de Chincha en contra del suscrito y de nuestros representantes legales».

- En el Asiento n.º 111, de fecha 11 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«Se ha constatado la presencia de personas extrañas a la obra, que impiden el ingreso de vehículos. El ingreso y/o acceso se encuentra bloqueado con montículos de tierra y piedra (desmonte). Asimismo, no se está permitiendo el ingreso de trabajadores y/o persona alguna a la zona de trabajo. (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 112, de fecha 12 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«El día de hoy por causas no atribuibles al contratista nos hemos vistos (sic) en la imperiosa necesidad de paralizar temporalmente la Obra, debido a que el personal Obrero ni nuestros vehículos que abastecen el combustible a los equipos pueden acceder al terreno de la obra sin poner en riesgo la integridad física de los Ingenieros, técnicos y obreros en general.

Como prueba de lo antes dicho se adjunta copia de una constatación policial realizada por personal de la comisaría (sic) PNP de Alto Laran (sic). (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 113, de fecha 12 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«La obra continua (sic) paralizada a razón de el (sic) impedimento de ingreso a la obra, por personas extrañas a la obra, quienes han bloqueado el acceso con montículos de tierra y piedra, asimismo se encuentra estacionado al centro de dicha vía y/o acceso un cargador frontal de propiedad del Sr. Mario Giorffino Neyra». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 114, de fecha 12 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Se deja constancia de dos (02) fotos del bloqueo del acceso a los terrenos de la Obra, el cual se inicio (sic) antes del mediodía del Lunes 11/01/2010, y que continua (sic) hasta el día de hoy». (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- En el Asiento n.^o 15, de fecha 15 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Continua (sic) la obra paralizada por causas no atribuibles al contratista». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 116 , de fecha 15 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«La tarde de hoy hemos recibido la visita del Ing. Daniel Rojas – Coordinador de obras del INPE. Como se aprecia en la Foto el Ing. Rojas Constata (sic) la paralización de la Obra por causas no atribuibles al contratista». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 118, de fecha 16 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Continúa el Bloqueo de las vías de acceso al terreno de la Obra, lo cual ocasiona la paralización temporal de la ejecución de la Obra por causas no atribuibles al contratista». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 124, de fecha 19 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«La obra continua (sic) paralizada, sin trabajo alguno se encuentra bloqueado el ingreso a obra». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 126, de fecha 20 de enero de 2010, el Supervisor señala lo siguiente:

«Continua (sic) la obra paralizada, se deja constancia que (sic) a la fecha el contratista ha desmovilizado maquinarias y herramientas. Asimismo, solo (sic) se tienen (sic) la presencia del Ing. Residente, 01 administrador, 01 Ing. Asistente, 01 Asistente Administrativo, 02 guardianes de día y 02 guardianes de noche». (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- En el Asiento n.^o 132, de fecha 22 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Para conocimiento de la Supervisión y de la DGI – INPE se adjunta una copia certificada de la constatación policial efectuada el día de hoy en la cual consta que el acceso a la obra se encuentra bloqueado en todo su ancho por piedras de gran tamaño y acumulación de desmonte, siendo imposible el transito (sic) y/o circulación vehicular por dicho acceso». (El subrayado es nuestro).

- En el Asiento n.^o 135, de fecha 26 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Continúa paralizada la ejecución de la Obra por causas no atribuibles al contratista (bloqueo de los accesos). (El subrayado es nuestro).

Que, como se aprecia, desde el 11 de enero de 2010 (es decir casi dos meses después del inicio del plazo de ejecución de la obra), el Contratista se vio obligado a paralizar la obra.

- 3.58. Que, sobre el particular, en el antepenúltimo párrafo de la Carta n.^o 22-2010-INPE/11, de fecha 23 de febrero de 2010, el INPE señaló lo siguiente:

«El hecho descrito demuestra que la presente paralización e impedimento al ingreso del predio ha sido un elemento posterior al inicio del plazo contractual, imprevisible a las partes, y que de ninguna forma significa incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Entidad (...).» (El subrayado es nuestro).

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, en ese sentido, la Entidad reconoce que la paralización no es imputable al Consorcio (al señalar que era imprevisible para las partes).³⁰

- 3.59. Que, sin embargo, el Tribunal Arbitral debe tener presente que las demoras que la Entidad atribuye al contratista (y que se aprecian en las valorizaciones n.^o 01, 02 y 03) se dan desde el inicio del plazo de ejecución de la obra y no recién a partir del 11 de enero de 2010.

Que si bien durante el mes de diciembre, el Contratista dejó constancia del actuar del señor Giorffino (cartas y denuncias), en estricto, eso no implicaba una demora en la ejecución de la obra. Incluso, durante un tiempo, el Consorcio estuvo empleando como botadero el terreno que el señor Giorffino indica como de su propiedad (con consentimiento del referido señor).

³⁰ Sobre el particular, cabe hacer referencia a la Resolución n.^o 169-2009/SBN-GO-JAD, de fecha 23 de noviembre de 2009 (emitida ante la solicitud de afectación en uso formulada por el INPE ante la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales), en donde se señala lo siguiente:

«(...)

Que, con Oficio n.^o 986-2009-INPE/01 de fecha 23 de noviembre de los corrientes, el Presidente del Consejo Nacional Penitenciario, al haber tomado conocimiento que (sic) mediante Partida n.^o 1102883 de la Oficina Registral de Chincha se ha inscrito a nombre del Estado Peruano – Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, el terreno descrito en el tercer considerando, reitera su pedido de afectación en uso a favor del Instituto Nacional Penitenciario – INPE; asimismo, señala que ante la posibilidad de que exista alguna concesión minera en la zona indicada, efectuarán las coordinaciones necesarias con quien resulte titular de la misma, a efectos de viabilizar la afectación en uso solicitada. (El subrayado es nuestro)

Como se aprecia, el INPE se había comprometido a efectuar las coordinaciones necesarias con aquel que resulte titular de la concesión minera; a saber: el señor Giorffino. Sin embargo, mediante Carta s/n, de fecha 30 de diciembre de 2009, remitida al Consorcio, el señor Giorffino —haciendo referencias, precisamente, al párrafo citado, en donde se indica que el INPE se comprometía a efectuar las coordinaciones necesarias— indica que ello «no se ha cumplido, toda vez que el INPE no tiene ninguna autorización por escrito de mi parte como tampoco Ustedes».

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.60. Que, en tal sentido, el Tribunal Arbitral entiende que la paralización de la obra a partir del 11 de enero de 2010 no es imputable al Consorcio. Sin embargo, ello no justifica el atraso de 94.40% que se determinó en la valorización n.º 01 (correspondiente al periodo del 18 al 30 de noviembre de 2009), ni el ritmo lento que se aprecia en las siguientes valorizaciones, que implicó que al 10 de enero de 2010 se hubiese logrado únicamente un avance acumulado del 2.12% frente a un avance acelerado programado del 10.74%.

Que, asimismo, el actuar del señor Giorffino tampoco justifica la poca presencia de maquinaria en la obra, tema sobre el cual el Supervisor dejó constancia en diversos asientos del Cuaderno de Obra³¹ y frente a los cuales el Consorcio nunca se pronunció negando la veracidad de los mismos.

Sobre la solicitud de la Municipalidad Distrital de Alto Larán

- 3.61. Que, mediante Carta n.º 005-10-MDAL, de fecha 15 de enero de 2010, remitida al Consorcio, con fecha 16 de enero de 2010, la Municipalidad Distrital de Alto Larán solicita —«apelando a su buen sentido de comprensión y solidaridad para con los intereses de nuestra población»— la paralización de la obra en ejecución, debido a que no se ha sometido a Consejo Vecinal, el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental.

³¹ Ver asientos n.º 07, de fecha 28 de noviembre de 2009, n.º 08, de fecha 30 de noviembre de 2009, n.º 11, de fecha 01 de diciembre de 2009, del Cuaderno de Obra.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, en razón a dicha comunicación, en el Asiento n.º 117 del Cuaderno de Obra, de fecha 16 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Para conocimiento de la Supervisión se adjunta copia de la CARTA n.º 005-10-MDL (sic) recibida la mañana de hoy, mediante la cual el alcalde distrital de Alto Laran (sic) nos solicita paralizar la ejecución de la Obra debido a que no se ha sometido a consulta vecinal el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental (EIA) del proyecto “Construcción del Nuevo establecimiento penitenciario Chincha”. Mucho agradeceremos que la Supervisión ponga en conocimiento del INPE la carta en mención y solicitar instrucciones al respecto».

Que, luego, mediante Asiento n.º 138 del Cuaderno de Obra, de fecha 28 de enero de 2010, el Contratista señala lo siguiente:

«Ref. Asiento n.º 117 del 16/01/2010
Solicitamos el pronunciamiento de la DGI-INPE a la paralización de la Obra solicitada por el Alcalde Distrital de Alto Laran (sic) mediante carta n.º 005-10-MDL recibida el 16/01/2010».

- 3.62. Que, como se aprecia, el Consorcio recibió el pedido de paralización de obra por parte de la Municipalidad, el 15 de enero de 2010, cuando ya la obra se encontraba paralizada desde el 11 de enero de 2010, como se ha visto en los considerandos referidos al tema del señor Giorffino.

Que, en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que dicha carta no justifica el atraso de 94.40% que se determinó en la valorización n.º 01 (correspondiente al periodo del 18 al 30 de noviembre de 2009), ni el ritmo lento que se aprecia en las siguientes valorizaciones que implicó que al 10 de enero de 2010 se hubiese logrado únicamente un avance acumulado del 2.12% frente a un avance acelerado programado del 10.74%.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, asimismo, la referida carta tampoco justifica la poca presencia de maquinaria en la obra, tema sobre el cual el Supervisor dejó constancia en diversos asientos del Cuaderno de Obra³² y frente a los cuales el Consorcio nunca se pronunció negando la veracidad de los mismos.

- 3.63. Que, dentro de tal orden de ideas, si bien los hechos aludidos por el Consorcio, en el numeral 1.5. del escrito s/n, presentado con fecha 22 de marzo de 2013,³³ no le serían imputables, el atraso en la ejecución de la obra del 18 de noviembre al 3 de diciembre del 2009 (que se evidenció en la primera y segunda valorización) no ha sido desvirtuado ni se ha acreditado causa justificante no imputable al Contratista.

Que, en consecuencia, corresponde amparar parcialmente este extremo de la Primera Pretensión Principal del INPE (escrito de demanda), señalando que ha existido demora imputable al contratista del 18 de noviembre al 3 de diciembre de 2009.

- 3.64. Que, finalmente, el INPE ha señalado que dicha demora le ha ocasionado daños y perjuicios, sin especificar cuál habría sido el daño ni su cuantía.³⁴

³² Ver asientos n.º 07, de fecha 28 de noviembre de 2009, n.º 08, de fecha 30 de noviembre de 2009, n.º 11, de fecha 01 de diciembre de 2009, del Cuaderno de Obra.

³³ «(...) existieron tres (3) hechos que conllevaron a que se demore y/o paralice la ejecución de la obra (problemas con el tipo de material del suelo, intervención del señor Gilberto Giorffino e intervención de la Municipalidad de Alto Larán), ninguno de ellos es imputable al contratista (...).»

³⁴ Cabe precisar que en el único documento en el que se hace referencia a la cuantía (sin acreditarla) es en el Oficio n.º 250-2010-INPE/11, presentado con fecha 25 de marzo de 2010, remitido por el Director del INPE a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, en donde se señala que «pretendiendo que se declare la responsabilidad por la inejecución de la obra, de cargo de la empresa contratista, debiendo resarcir a la Entidad los gastos efectuados los que ascienden a dos millones de soles, más los daños y perjuicios generados». A través de dicho Oficio presenta una solicitud de arbitraje, a pesar de que en el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE el arbitraje se inicia con la demanda (la que cumple las veces de solicitud de arbitraje).

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.65. Que, como sabemos, el artículo 1331 del Código Civil establece que «la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

Que el Tribunal Arbitral entiende que la tutela resarcitoria en el ámbito contractual sólo es posible si existe un daño producto de la inejecución de una obligación que afecte el interés subjetivo del acreedor.

Que, en efecto, puede existir un incumplimiento de una obligación sin que exista necesariamente un daño para el acreedor y, por tanto, la tutela resarcitoria resulta inaplicable al no existir un perjuicio.

Que, sobre el particular, Larroumet³⁵ refiere que si la inejecución o la mala ejecución de una obligación originada por un contrato no acarrean daño para el acreedor, no habrá responsabilidad del deudor. Y es que el daño es considerado como el factor principal de la responsabilidad civil, ya que sin éste no existe posibilidad de reparación.

- 3.66. Que, en el presente caso, el INPE no ha indicado —ni mucho menos acreditado— en qué habría consistido el daño que el Consorcio le habría ocasionado, a pesar de tener la carga de la prueba.

Que, en consecuencia, corresponde desestimar este extremo de la Primera Pretensión Principal del INPE (escrito de demanda).

³⁵ LARROUMET, Christian. *Teoría general del Contrato*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993, volumen II, pp. 73 y 74.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)

Mario Castillo Freyre

Daniel Linares Prado

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO,
DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 205 DEL REGLAMENTO
DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Posición del INPE

- 3.67. Que es claro que las partes no desean continuar con la presente relación contractual.

Que más allá de la pretensión misma, en el escrito de ampliación de demanda no existe desarrollo de los fundamentos de hecho y de derecho de esta pretensión.

Que el INPE señala únicamente que ampara esta pretensión en los fundamentos de hecho y de derecho de su escrito de demanda, los cuales ya han sido reseñados en los considerandos previos relativos a los dos primeros puntos controvertidos.

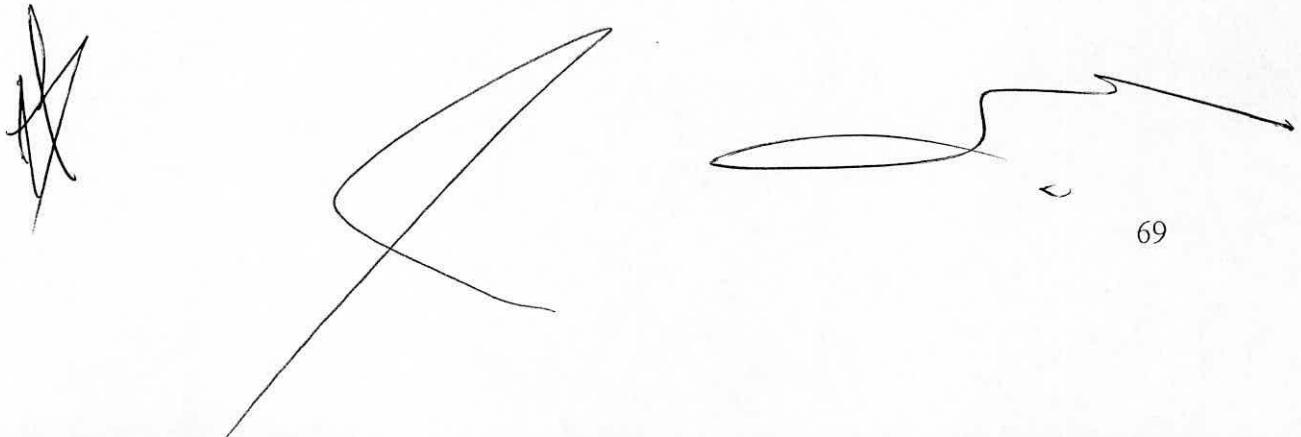
- 3.68. Que, en el escrito de alegatos, tampoco se desarrolla esta pretensión.

Posición del Consorcio

- 3.69. Que el Consorcio, de buena fe, aceptó un calendario acelerado, tal como lo establece el artículo 205 del Reglamento. No fue porque existiera un atraso imputable al Contratista, sino para que la ejecución de la obra se ponga al día y para cumplir con el objetivo de los trabajos a su cargo, a pesar de que los atrasos se debieron a razones no imputables al demandado.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.70. Que, sin embargo, el INPE pretende que se resuelva el Contrato por un atraso en la ejecución de la obra, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 205. Pero los retrasos se han producido por factores ajenos a la labor desempeñada por el Consorcio, tal como se puede apreciar de las diversas comunicaciones dirigidas al INPE.
- 3.71. Que el Consorcio nunca pudo terminar de ejecutar el cronograma de obra acelerado, debido a las interferencias que ocasionaron que la obra se ejecute a un ritmo menor y posteriormente se detenga definitivamente. En ese sentido, no se ha cumplido lo establecido en el último párrafo del artículo 205 para resolver el Contrato, en tanto dicha norma hace referencia al nuevo calendario acelerado, el cual nunca se pudo terminar de ejecutar.
- 3.72. Que los atrasos de la obra son imputados al INPE, ya que durante la ejecución de la misma, surgieron tres graves problemas que son atribuibles a la Entidad; a saber:
 - (i) Las condiciones de excavación inicial del terreno, no se ajustaban a lo señalado en el Expediente. Se indicaba terreno suave y arenal, sin embargo, se encontró caliche muy duro.
 - (ii) La deficiencia en el saneamiento físico legal del terreno. El beneficiario de la concesión minera no permitió el libre acceso y tránsito a la obra.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- (iii) La solicitud de paralización de la obra por parte de la Municipalidad de Alto Larán.

Posición del Tribunal Arbitral

3.73. Que el artículo 205 del Reglamento establece lo siguiente:

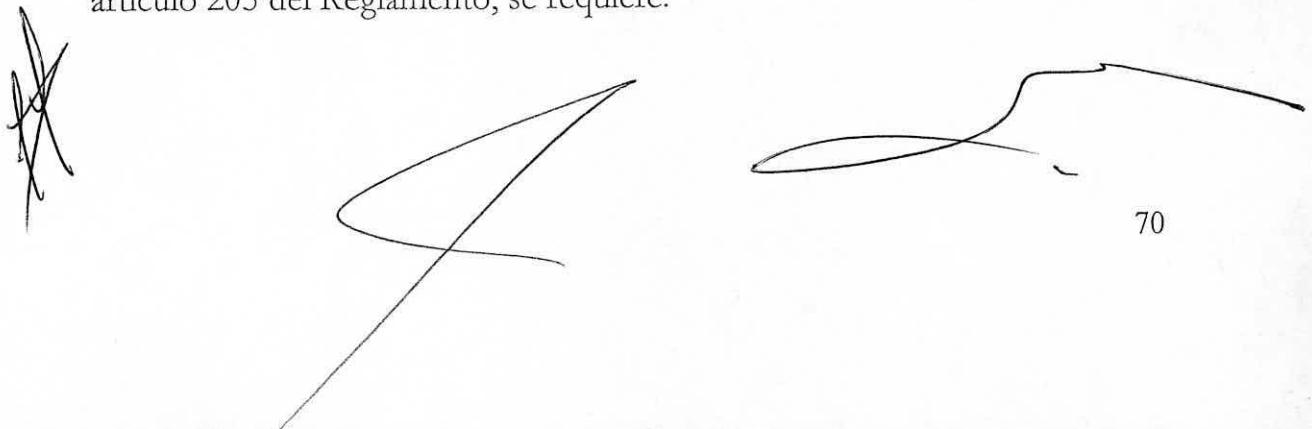
«Artículo 205.- Demoras injustificadas en la Ejecución de la Obra

Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordenará al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.

La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado en el párrafo precedente podrá ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. El nuevo calendario no exime al contratista de la responsabilidad por demoras injustificadas, ni es aplicable para el cálculo y control de reintegros.

Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor anotará el hecho en el cuaderno de obra e informará a la Entidad. Dicho retraso podrá ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra».

Que, como se puede apreciar, para que opere la resolución del Contrato (sin necesidad de apercibimiento al contratista), en virtud del citado artículo 205 del Reglamento, se requiere:



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)

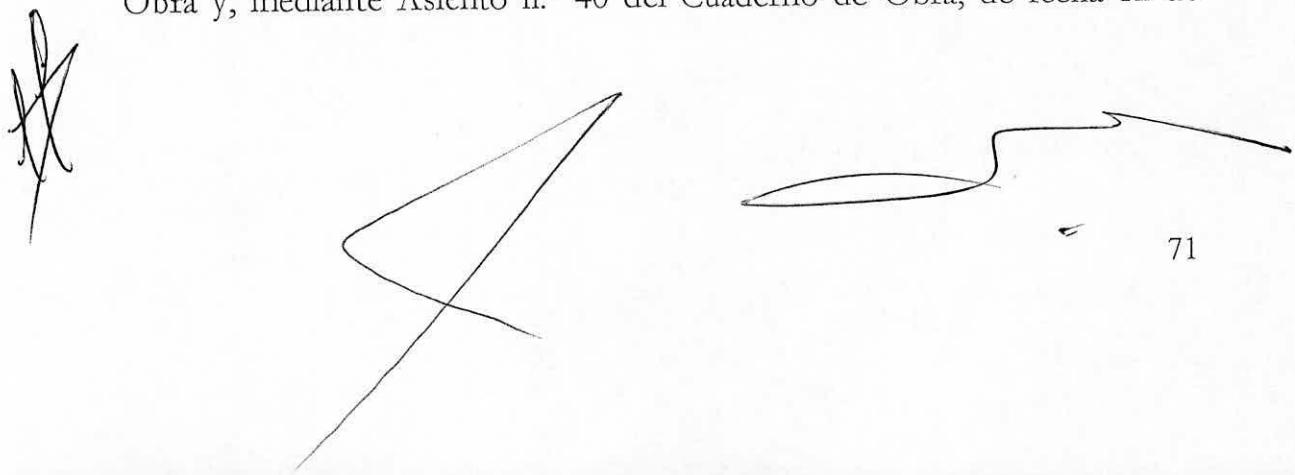
Mario Castillo Freyre

Daniel Linares Prado

- Retraso injustificado por parte del Contratista;
 - El monto de la valorización acumulada ejecutada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario (es decir, del Calendario Acelerado de Avance de Obra); y
 - El supervisor anote tal hecho en el cuaderno de obra e informe a la Entidad.
- 3.74. Que, en el presente Laudo, se ha determinado que existió un retraso imputable al contratista del 18 de noviembre al 3 de diciembre de 2009. A entender del Tribunal Arbitral, a partir del 4 de diciembre de 2009, la presencia de caliche implicó un ritmo lento en la ejecución de la obra y dicha situación no podía ser considerada imputable al demandado, en tanto la aprobación del Expediente Técnico está a cargo de la Entidad.
- 3.75. Que, en el Asiento n.º 38 del Cuaderno de Obra, de fecha 11 de diciembre de 2009, el Contratista señala que:

«Entrega (...) el Calendario Acelerado de Avance de Obra, garantizando el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto en el Contrato. Mucho agradeceremos la revisión y conformidad de la Supervisión al presente Calendario».

Que, luego, mediante Asiento n.º 39 del Cuaderno de Obra, de fecha 11 de diciembre de 2009, la Supervisión observa el Calendario Acelerado de la Obra y, mediante Asiento n.º 40 del Cuaderno de Obra, de fecha 12 de



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

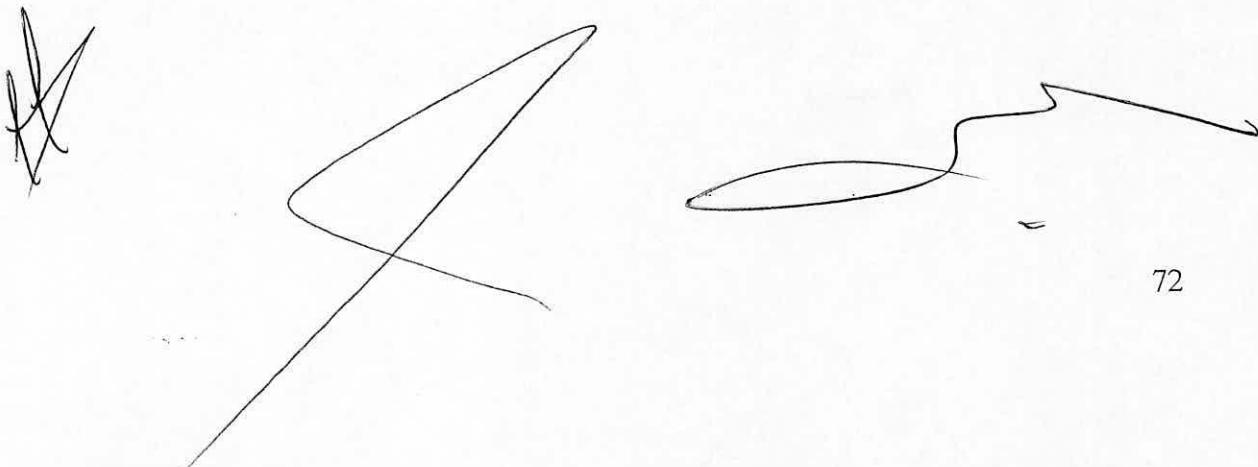
diciembre de 2009, el Contratista presenta uno nuevo, en atención a las observaciones de la Supervisión.

- 3.76. Que, como se aprecia, durante el periodo del 18 de noviembre al 3 de diciembre de 2009 (en el cual no existe justificación para el retraso en la obra), no estaba vigente el Calendario Acelerado de Avance de Obra, por lo que no se presenta el supuesto de hecho contemplado por el citado artículo 205 del Reglamento, para que se proceda con la resolución del Contrato.

Que, de igual manera, tampoco existe en el expediente prueba alguna que acredite que la Entidad decidió resolver el Contrato basado en un retraso injustificado del Contratista, por lo que, atendiendo a que la resolución contractual consignada en el mencionado artículo 205 es facultativa, corresponde desestimar la Segunda Pretensión Principal del INPE (escrito de ampliación de demanda).

EN EL SUPUESTO QUE SE DESESTIME EL PUNTO CONTROVERTIDO PREVIO,
DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO
PORQUE EL CONTRATISTA ACUMULÓ EL MÁXIMO DE PENALIDAD POR MORA EN
EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO
POR EL ARTÍCULO 165 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL
ESTADO

Posición del INPE



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.77. Que más allá de la pretensión misma, en el escrito de ampliación de demanda no existe desarrollo de los fundamentos de hecho y derecho de esta pretensión.

Que el INPE señala únicamente que ampara esta pretensión en los fundamentos de hecho y de derecho de su escrito de demanda, los cuales ya han sido reseñados en los considerandos previos relativos a los dos primeros puntos controvertidos.

- 3.78. Que, en el escrito de alegatos, el INPE señala que, a la fecha de los supuestos «reclamos» del Consorcio, éste ya había acumulado el monto máximo de penalidad por mora y no había comprado materiales con el adelanto recibido.
- 3.79. Que, asimismo en la Audiencia de Pruebas, el ingeniero Dany Daniel Rojas Cordero señaló que el Consorcio en todo momento buscó «pretextos» para no ejecutar el Contrato, ya que carecía de la capacidad operativa para hacerlo.

Que, de acuerdo al testimonio del ingeniero Rojas, se ha constatado diversos hechos que no fueron materia de objeción por parte del Consorcio; a saber:

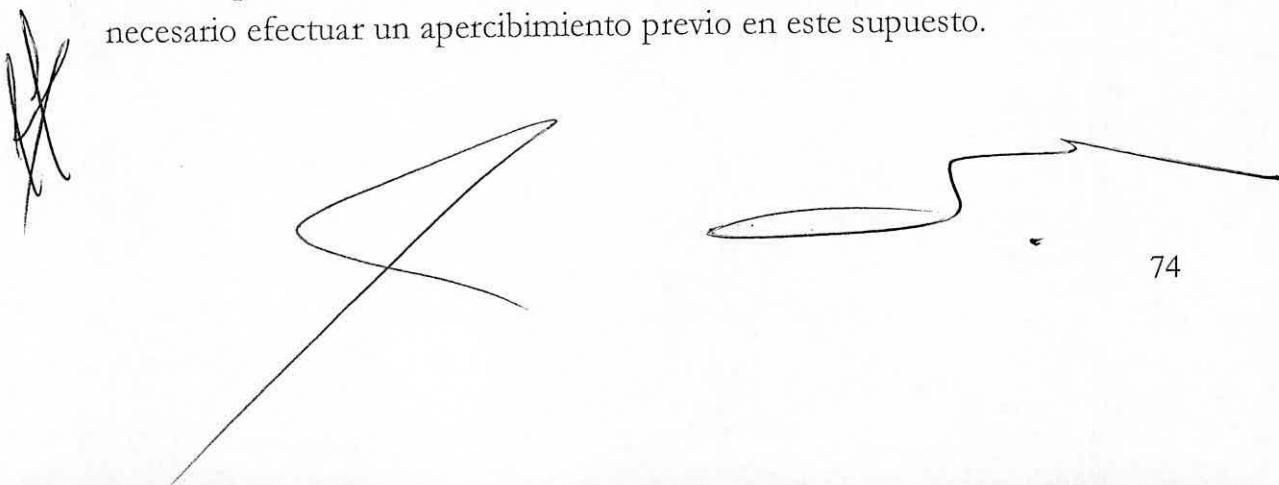
- Es el Consorcio quien, en los hechos, incurre en la paralización de labores.
- La Supervisión no autoriza la paralización.
- El Consorcio carecía de capacidad operativa.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- El presunto «bloqueo» atribuido al señor Giorfino no era más que un montículo de arena y no las piedras que alega la contraria.
 - La Supervisión rechazó el argumento de que el caliche constituía un impedimento para ejecutar la obra.
 - Cuando el testigo ingresa a la obra, a más de dos meses de iniciada la ejecución del Contrato, sólo había dos personas y dos máquinas que no se justificaban para la magnitud de la obra a ejecutar.
 - El puente sí estaba en el expediente técnico.
 - La Municipalidad de Alto Larán no ordena la paralización de la obra.
 - El Consorcio estaba buscando argumentos para no ejecutar la obra.
- 3.80. Que, en tal sentido, corresponde que el Tribunal declare la resolución del Contrato en base a la causal contemplada por el inciso 2 del artículo 168 del Reglamento, ya que hasta el 11 de enero de 2010 (fecha en la cual se denuncian los hechos), la obra se encontraba atrasada en un 80.26%.
- 3.81. Que el INPE no tiene la obligación legal ni reglamentaria de imputar penalidades de manera previa, conforme al artículo 165 del Reglamento. Por lo tanto, las penalidades pueden imponerse en cualquier momento de la relación contractual.

Que se ha acreditado que el Consorcio llegó a acumular el máximo de penalidad por mora (10%) y, en caso se desestime la segunda pretensión principal, corresponde al Tribunal declarar resuelto el Contrato por la causal contemplada por el inciso 2 del artículo 168 y por lo establecido en el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento, que establece que no es necesario efectuar un apercibimiento previo en este supuesto.



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Posición del Consorcio

3.82. Que el INPE nunca imputó penalidad alguna al Consorcio y tampoco es posible de ella en virtud a que el retraso no le es imputable.

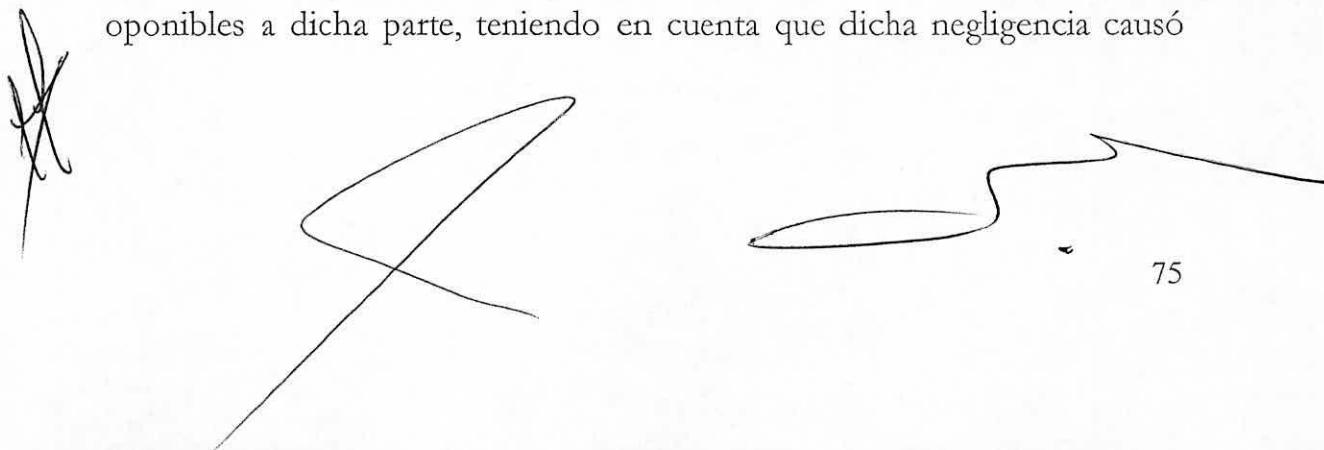
3.83. Que en obra no se debe aplicar penalidades si no es hasta finalizar el plazo de ejecución de la obra, fecha en la cual recién se podrá determinar si, efectivamente, existe o no retraso, salvo que haya existido pacto en contrario.

Que en obra no se debe aplicar penalidades si no es hasta finalizar el plazo de ejecución de la obra, fecha en la cual recién se podrá determinar si efectivamente existe o no retraso.

Que, en ese sentido, no se puede imputar penalidad cuando no se ha podido concluir el Calendario Acelerado de Avance de la Obra, por causas no imputables al Consorcio.

3.84. Que la obligación del INPE era subsanar estas contingencias pendientes (las cuales fueron notorias con posterioridad a la entrega del terreno), toda vez que la simple entrega del terreno no es todo lo que debía cumplir el INPE, sino que, en base a la buena fe y diligencia, dicha entidad debió entregar un terreno saneado, siendo ésa una obligación esencial del INPE.

Que interpretar lo contrario, significaría aceptar que las consecuencias de la falta de diligencia de una parte (en este caso, el INPE), no le son oponibles a dicha parte, teniendo en cuenta que dicha negligencia causó



Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

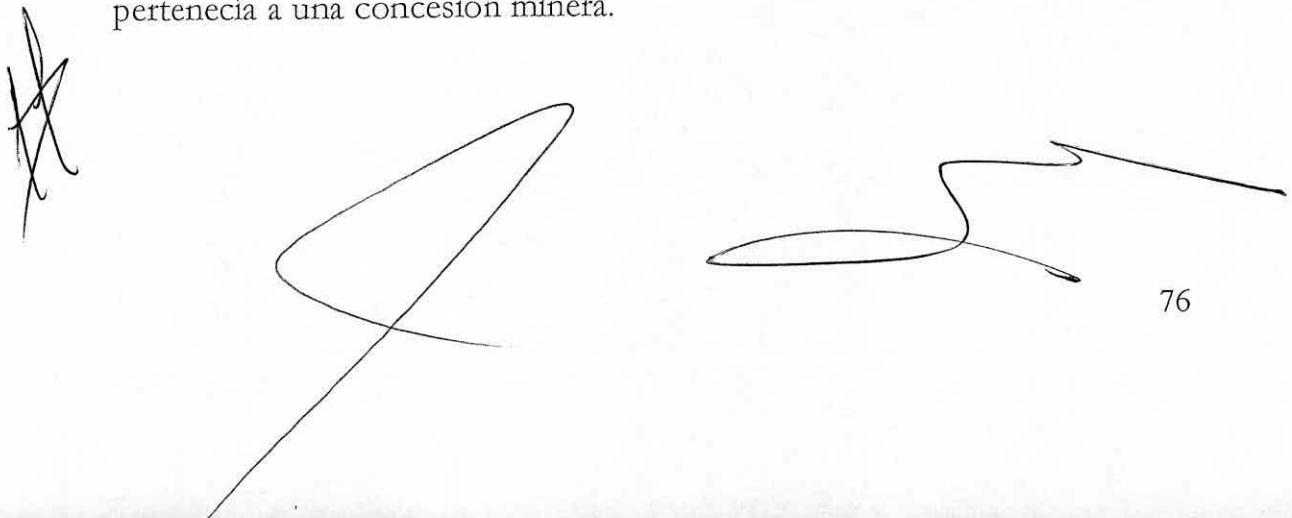
que posteriormente no se pudiera seguir adelante con la ejecución de las obligaciones del Contrato.

- 3.85. Que, además, el Expediente Técnico se encontraba incompleto al momento de iniciarse la obra, ya que faltaba el plano de ubicación del puente peatonal y de acceso al terreno, lo que hubiera evitado los problemas con el señor Giorffino.

Que, asimismo, faltaron los planos de arquitectura y estructura, conforme se encuentra acreditado en el Asiento n.º 120 del Cuaderno de Obra, de fecha 18 de enero de 2010.

- 3.86. Que uno de los requisitos indispensables para el inicio del plazo de ejecución de la obra es que el Expediente Técnico se encuentre completo, de conformidad con lo establecido por el artículo 184 del Reglamento. En ese sentido, el plazo de ejecución de las prestaciones a cargo del Consorcio nunca debió iniciarse. Y, como consecuencia, el cómputo de penalidades nunca se inició, en tanto no había comenzado a correr el plazo de ejecución.

- 3.87. Que, además, el señor José Luis Pérez Guadalupe, Presidente del INPE, en una entrevista con Rosa María Palacios señaló de manera fehaciente que el Expediente Técnico para la construcción de la penitenciaría de Chincha se encontraba con más de 100 fallas técnicas. Además, señaló que uno de los problemas más graves era que el terreno donde se ejecutaba la obra pertenecía a una concesión minera.



Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- 3.88. Que era inviable la construcción del penal en el terreno entregado, por lo que esta imposibilidad llevó a cambiar la locación del penal para realizar la construcción.
- 3.89. Que no es posible que el INPE pretenda resolver el Contrato por acumulación de penalidades si el plazo de ejecución no se había iniciado, siendo que el expediente técnico no estaba completo y nunca se imputó penalidad alguna, sin siquiera haberse tomado en cuenta la liquidación presentada por la supervisión.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.90. Que el numeral 2 del artículo 168 del Reglamento establece que la Entidad podrá resolver el contrato, cuando 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».

Que, por su parte, el artículo 169 del Reglamento establece que «(...) 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 (...)».

- 3.91. Que, en tal sentido, si bien es cierto que se puede resolver el Contrato por la acumulación del monto máximo de penalidad, corresponde determinar si en el presente caso se aplica el supuesto de hecho del artículo 165 del Reglamento, precepto que establece lo siguiente:

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

«Artículo 165.- *Penalidad por mora en la ejecución de la prestación*
En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por 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:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{\text{F} \times \text{Plazo en días}}$$

(...)

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 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. (El subrayado y la negrita es nuestro).

- 3.92. Que, en el presente Laudo, se ha determinado que existió un retraso imputable al contratista del 18 de noviembre al 3 de diciembre de 2009. A entender del Tribunal Arbitral, a partir del 4 de diciembre de 2009, la presencia de caliche implicó un ritmo lento en la ejecución de la obra y dicha situación no podía ser considerada imputable al demandado, en tanto la aprobación del Expediente Técnico está a cargo de la Entidad.

Que, sin embargo, más allá de la existencia del ritmo lento en la ejecución de la obra y de quién sería el responsable de dicho retraso, el Tribunal

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Arbitral entiende que el cálculo de días de retraso se da una vez finalizado el plazo establecido en el Contrato.

Que, en efecto, si bien puede existir retraso en la ejecución de las partidas contempladas en el Contrato, el contratista bien podría incrementar su ritmo de trabajo (con mayores obreros o con mayor cantidad de máquinas y equipos) y, de esta manera, cumplir con entregar la obra dentro del plazo establecido en el Contrato.

- 3.93. Que, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Segunda del Contrato, el plazo para la ejecución de la obra era de 365 días calendario contado desde el cumplimiento de las condiciones establecidas por el artículo 184 del Reglamento.

Que, en el presente caso, el plazo de ejecución se inició el 18 de noviembre de 2009, por lo que el mismo debió vencer el 17 de noviembre de 2010. De esta manera, para poder aplicar válidamente una penalidad, la misma debió computarse desde el 18 de noviembre de 2010, en tanto desde ahí existiría incumplimiento en el plazo.

Que, sin embargo, el 25 de marzo de 2010, el INPE inició el presente arbitraje, con la interposición de la respectiva demanda.

- 3.94. Que, en este sentido, corresponde desestimar la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del INPE (escrito de ampliación de demanda).

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

EN EL SUPUESTO DE QUE SE DESESTIME LOS DOS PUNTOS CONTROVERTIDOS PREVIOS, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Posición del INPE

- 3.95. Que más allá de la pretensión misma, en el escrito de ampliación de demanda no existe desarrollo de los fundamentos de hecho y derecho de esta pretensión.

Que el INPE señala únicamente que ampara esta pretensión en los fundamentos de hecho y de derecho de su escrito de demanda, los cuales ya han sido reseñados en los considerandos previos relativos a los dos primeros puntos controvertidos.

- 3.96. Que, en el escrito s/n, presentado con fecha 15 de abril de 2013, el INPE señala que habiéndose acreditado que la causal alegada no es imputable al INPE y así también lo ha señalado el Contratista, se remite estrictamente a lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones.
- 3.97. Que, en el escrito de alegatos, tampoco se aprecia el desarrollo en estricto de este punto controvertido.

Posición del Consorcio

- 3.98. Que la existencia de la concesión minera del señor Giorffino no puede ser considerada como una causal de fuerza mayor, sino que es una imputable

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

al INPE, en razón a que el terreno entregado para construcción del penal debió estar saneado física y legalmente, por ser ésta una obligación esencial del INPE.

Que el INPE fue quien determinó a través de la aprobación del Expediente Técnico, el lugar de ubicación original del penal de Chincha. Por ello era claro que iban a surgir problemas por cuanto existía la concesión minera, la cual limitaba el acceso y el uso del terreno.

- 3.99. Que, en ese sentido, la Entidad no puede afirmar que la existencia de una concesión minera es una causal de imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor, en tanto no estamos frente a un hecho imprevisible, extraordinario e irresistible. Ello, habida cuenta de que la concesión minera estaba inscrita en la Partida n.º 41837039 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Lima.

Que, de acuerdo al principio de publicidad, existe la presunción *iuris et de iure* de que toda la información inscrita en Registros Públicos es de público conocimiento y no se puede alegar el desconocimiento de lo inscrito ahí, de conformidad con el artículo 2012 del Código Civil.

Posición del Tribunal Arbitral

- 3.100. Que el artículo 44 de la Ley de Contrataciones establece lo siguiente:

«Artículo 44.- Resolución de Contratos

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.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo». (El subrayado es nuestro).

3.101. Que, como se aprecia, existe la posibilidad de resolver el Contrato, en tanto se haya presentado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Que, como hemos visto, la paralización de la obra desde el 11 de enero de 2010 se dio a consecuencia del actuar del señor Giorffino, quien bloqueó los accesos al lugar de la obra.

Que, incluso, la Entidad reconoció que la paralización no era imputable al Consorcio (al señalar que era imprevisible para las partes).³⁶

Que, sin embargo, el Consorcio no coincide con la demandante y ha sostenido que la paralización sí es imputable al INPE.

3.102. Que, sobre el particular, cabe hacer referencia a la Resolución n.º 169-2009/SBN-GO-JAD, de fecha 23 de noviembre de 2009 (emitida ante la solicitud de afectación en uso formulada por el INPE ante la

³⁶ Carta Notarial n.º 22-2010-INPE/11, de fecha 23 de febrero 2010.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Superintendencia Nacional de Bienes Estatales), en donde se señala lo siguiente:

«(...)

Que, con Oficio n.º 986-2009-INPE/01 de fecha 23 de noviembre de los corrientes, el Presidente del Consejo Nacional Penitenciario, al haber tomado conocimiento que (sic) mediante Partida n.º 1102883 de la Oficina Registral de Chincha se ha inscrito a nombre del Estado Peruano – Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, el terreno descrito en el tercer considerando, reitera su pedido de afectación en uso a favor del Instituto Nacional Penitenciario – INPE; asimismo, señala que ante la posibilidad de que exista alguna concesión minera en la zona indicada, efectuarán las coordinaciones necesarias con quien resulte titular de la misma, a efectos de viabilizar la afectación en uso solicitada. (El subrayado es nuestro)

Que, como se aprecia, el INPE se comprometió a efectuar las coordinaciones necesarias con quien resultase titular de la concesión minera; a saber: el señor Giorffino.

Que, en este punto es preciso mencionar que la concesión minera sólo otorga al titular, el derecho para ejercer actividades mineras en un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicado, requiriéndose además para su ejercicio, de un acuerdo previo con el propietario. De ahí que la titularidad de la concesión minera por parte del señor Gilberto Giorffino, es totalmente ajena a la propiedad del terreno que ostenta el Estado y cuyo uso fue solicitado por el INPE, razón por la cual, no es posible cuestionar la afectación en uso concedida al INPE por parte del Estado, basado en la verificación de la existencia de una concesión minera.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, dentro de este marco, el Tribunal Arbitral entiende que el INPE se encontraba en plena facultad para afectar en uso el terreno y destinarlo para la construcción de la obra, como en la práctica sucedió al momento de otorgar la buena pro al Contratista.

Que, mediante Carta s/n, de fecha 30 de diciembre de 2009, remitida al Consorcio, el señor Giorffino —haciendo referencias, precisamente, al párrafo citado, en donde se indica que el INPE se comprometía a efectuar las coordinaciones necesarias— indica que ello «no se ha cumplido, toda vez que el INPE no tiene ninguna autorización por escrito de mi parte como tampoco Ustedes».

3.103. Que el INPE —al momento de solicitar la afectación en uso del terreno— conocía de la posibilidad de que existiera alguna concesión minera en la zona indicada, con lo cual pudo efectuar las coordinaciones necesarias con el señor Gioffino, teniendo en cuenta que la concesión minera estaba inscrita en la Partida n.º 41837039 del Registro de Propiedad Inmueble de la Oficina Registral de Lima. Sin embargo, ello no implicaba que la obra no se pudiera ejecutar según lo establecido en el Contrato, más aún cuando de las pruebas que obran en el Expediente, y tal como se ha señalado, el Contratista incluso había acordado con el señor Giorffino el traslado y colocación de un botadero en una zona distinta y ajena a terreno afectado en uso a favor del INPE.

Que el Tribunal Arbitral entiende también que la posibilidad de que ocurriera una discrepancia o desacuerdos con el titular de la concesión minera no implica, *per se*, que la ejecución de la obra sea inviable. No obstante, su verificación sí podía acarrear una serie de dificultades que

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

retrasaran la normal ejecución de la obra pues, como hemos señalado, el terreno había sido afectado en uso a favor del INPE.

Que, a pesar de ello, es menester señalar que este hecho sí acarreaba la posibilidad de que ocurrieran ciertos acontecimientos que justifiquen el retraso en la ejecución de la obra y, por tanto, el incumplimiento contractual en relación a las obligaciones asumidas y al plazo convenido; acontecimientos justificantes que se derivan del hecho de que las circunstancias que motivaron este incumplimiento, no pueden ser jurídicamente imputables al Contratista; y entonces, ante tal evento, se estaría ante un supuesto eximiente de responsabilidad.

Que nos referimos entonces a aquellos eventos que se enmarcan dentro del caso fortuito o fuerza mayor.

3.104. Que, sobre las características del caso fortuito o de fuerza mayor, Osterling y Castillo³⁷ señalan que éste debe revestir la característica de «anormal», es decir, las circunstancias en que se presenta deben ser extraordinarias y no ordinarias ni «normales». El hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. En otras palabras, el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión. Finalmente, para que un evento sea irresistible quiere decir que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.

³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2008, pp. 828-831.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)

Mario Castillo Freyre

Daniel Linares Prado

Que, en efecto, el caso fortuito o de fuerza mayor puede actuar como causa justificativa de incumplimiento contractual, eximiendo de responsabilidad al Contratista, en tanto los hechos —debidamente comprobados— que lo configuren, entrañen una imposibilidad material para ejecutar con normalidad la prestación debida, al existir una relación estrecha y directa de causa a efecto entre los hechos alegados como justificación y la imposibilidad de ejecutar la prestación, tal y como fue pactada en el contrato.

Que así, el caso fortuito o de fuerza mayor se concreta en un acontecimiento ajeno a la voluntad de los contratantes, que impide de forma temporal o absoluta la ejecución de las obligaciones contractuales.

Que de esta manera los acontecimientos que dan lugar al caso fortuito o de fuerza mayor deben ser en primer lugar un acontecimiento exterior; es decir, ajeno a la persona obligada y a su voluntad. Ello supone que el contratante no tenga participación alguna en la producción de la circunstancia que invoca como el evento que configura el caso fortuito o de fuerza mayor.

Que, en segundo lugar —como bien describen los autores citados— el hecho debe revestir la condición de ser uno imprevisto o imprevisible; o sea, que no pudo ser razonablemente considerado al momento de celebrar el contrato. No obstante, el Tribunal Arbitral entiende que la imprevisibilidad no es una noción absoluta; y, en razón a ello, tal elemento debe ser apreciado conforme a las circunstancias que envuelven este contrato.

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

Que, otro de los elementos a tener en cuenta, es que el hecho debe ser inevitable, irresistible o insuperable, de tal forma que coloque al Contratista en la imposibilidad parcial o absoluta de cumplir con sus obligaciones, de ahí que una mera dificultad para ejecutar la prestación (en este caso, del Contratista) no hace que el hecho califique como insuperable o irresistible.

3.105. Que, como resulta evidente, desde la perspectiva del Consorcio (como deudor de la obligación de ejecutar la obra) no es posible imputarle responsabilidad alguna por los hechos generados a partir del 10 de enero de 2010, fecha en que el señor Giorffino imposibilitó el ingreso a la obra, hecho que contiene los elementos del caso fortuito o de fuerza mayor, es decir, que era un evento imprevisible, extraordinario e irresistible.

Que, en cuanto a la relación del INPE con el hecho generador de la paralización de la obra —tal como hemos señalado— esta Entidad se obligó frente a la Superintendencia de Bienes Nacionales, a efectuar las coordinaciones necesarias con quien resultase titular de la concesión minera (en este caso, con el señor Giorffino), tal como se ha verificado con el Oficio nº 986-2009-INPE/01 de fecha 23 de noviembre de 2009 y, por tanto, existía la posibilidad de que se presenten dificultades durante la ejecución de la obra por parte del Contratista.

Que, no obstante, la total paralización de la obra debido a la conducta desplegada por parte del señor Giorffino y de las personas contratadas por éste, imposibilitaron de manera absoluta la continuidad de la ejecución de la obra, configurándose de esta manera, un hecho imprevisible,

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

extraordinario e irresistible, haciendo imposible las coordinaciones con el titular de la concesión minera.

Que, en ese sentido, si bien la existencia de la concesión minera pudo dificultar la ejecución de la obra, generando con ello una imposibilidad temporal de cumplimiento de la obligación por parte del Contratista, ésta luego se transformó en una imposibilidad absoluta, pues a pesar de que el INPE tenía el derecho de afectar en uso el terreno, no fue posible continuar con la ejecución de la obra, en tanto el obstáculo que dificultaba su ejecución —léase, la existencia de una concesión minera— se tornó en un hecho imprevisible, extraordinario e irresistible —léase, los obstáculos y montículos que impidieron la entrada a la obra, así como las presencia de sujetos armados no identificados que pusieron en riesgo la integridad física de las personas— con lo cual, el Tribunal Arbitral entiende que en el presente caso sí se ha configurado una causal de caso fortuito o fuerza mayor.

3.106. Que, conforme ha quedado expresado en líneas precedentes, la Resolución del Contrato por fuerza mayor o caso fortuito, libera a la parte que debía cumplir la prestación de responsabilidad, y en el caso de la contratación pública, conforme al artículo 44, a ambas partes, en función al hecho de la intervención de un tercero que hace imposible el desarrollo de la prestación, debiendo delimitarse estrictamente cuál es el evento o el acontecimiento que resulta ser imprevisible e irresistible, a efectos de establecer la oportunidad en que el contrato queda resuelto.

Que, conforme a las opiniones vertidas por el Organismo Supervisor de la Contratación Estatal – OSCE (opiniones n.º 077-2010/DTN y n.º 080-

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

2008/DOP), la existencia de causales de fuerza mayor o caso fortuito deben ser probadas a efectos de establecer cuáles son los supuestos que generan el incumplimiento, los mismos que además determinan la oportunidad en que el contrato debe ser resuelto.

- 3.107. Que, en tal sentido, queda establecido que los incumplimientos a los que hace mención el contratista respecto de las obligaciones de la entidad,³⁸ no representan supuestos de fuerza mayor ni caso fortuito, por lo que los mismos no pueden ser tomados en cuenta a efectos de establecer la existencia de eventos de exención de responsabilidad. La intervención del señor Giorfino es la que configura la existencia de un supuesto de fuerza mayor,³⁹ debiendo entenderse, en tal sentido, resuelto el contrato desde dicha oportunidad.
- 3.108. Que, dentro de tal orden de ideas, sí se ha presentado el supuesto de hecho contemplado por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado y, en consecuencia, corresponde amparar la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del INPE (planteada en el escrito de ampliación de demanda).
- 3.109. Que, finalmente, el Tribunal Arbitral aprecia que a lo largo del proceso ambas partes han demostrado su intención de no continuar vinculadas en una relación contractual, no siendo interés de ninguna de las partes, la

³⁸ En relación a la entrega de un terreno que no se encontraba saneado o que el Expediente Técnico tenía severas deficiencias, como la existencia de caliche; hechos que han sido aceptados por la entidad (los que además pudieron haber sido reclamados como adicionales o ampliaciones de plazo conforme lo establece la Ley y su Reglamento).

³⁹ Siendo el evento de la intervención de la citada persona con armas de fuego y personas extrañas que imposibilitaron el acceso a la obra del Consorcio, el hecho generador de la causal de fuerza mayor.

Tribunal Arbitral:
Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

resolución de contrato efectuada por el Contratista y, por el otro, en el hecho de que la Entidad ha dispuesto la ejecución de la obra por parte de un tercero.

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS COSTOS ARBITRALES.

Posición del Tribunal Arbitral

3.110. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071, dispone que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

3.111. Que atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, y, en razón a que el Tribunal Arbitral considera el comportamiento procesal de las partes, a efectos de regular el pago de tales conceptos, se estima razonable:

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que cada parte asuma el 50% de los honorarios del Tribunal y de la secretaría arbitral.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** —en parte— la Primera Pretensión Principal del escrito de demanda del Instituto Nacional Penitenciario y, en consecuencia, se declara:

- (i) Que la resolución del Contrato por culpa de la Entidad, efectuada por Consorcio JOCA CEDOSAC es improcedente;
- (ii) Que Consorcio JOCA CEDOSAC es responsable por la demora generada del 18 de noviembre al 3 de diciembre de 2009; y.
- (iii) Que no se ha acreditado el daño ocasionado por Consorcio JOCA CEDOSAC.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal del escrito de ampliación de demanda del Instituto Nacional Penitenciario.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del escrito de ampliación de demanda del Instituto Nacional Penitenciario.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del escrito de ampliación de demanda del Instituto Nacional Penitenciario y, en consecuencia, se declara la resolución del Contrato

Tribunal Arbitral:

Gonzalo García Calderón Moreyra (Presidente)
Mario Castillo Freyre
Daniel Linares Prado

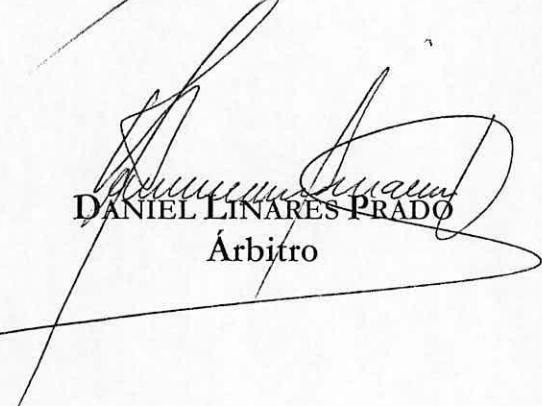
n.º CI-038-2009-INPE-DGI, a partir de la oportunidad y alcances señalados en los considerandos del presente laudo.

QUINTO: En cuanto a los costos arbitrales, se ordena:

- (i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Que cada una de las partes asuma en partes iguales los honorarios del Tribunal y de la secretaría arbitral.


GONZALO GARCÍA CALDERÓN
Presidente del Tribunal Arbitral


MARIO CASTILLO FREYRE
Árbitro


DANIEL LINARES PRADO
Árbitro


RITA SABROSO MINAYA
Secretaria