

Expediente N° 301- 71- 12

LAUDO ARBITRAL

DEMANDANTE: Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora 108
(en adelante el MINEDU, la Entidad o el demandante)

DEMANDADO: Consorcio Clorinda Matto de Turner (en adelante el
CONSORCIO, el contratista o el demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: De Derecho y Ad-Hoc

TRIBUNAL ARBITRAL: Dr. Julio César Guzmán Galindo
Dr. Luis Fernando Pebe Romero
Dr. Aurelio Moncada Jiménez

SECRETARIA ARBITRAL: Silvia Rodríguez Vásquez

Resolución N° 45

En Lima, a los 23 días del mes de enero del año dos mil quince, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:



I. Existencia del Convenio Arbitral, Designación e Instalación de Tribunal Arbitral

1.1 El Convenio Arbitral:

Está contenido en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29/10/2010 (en adelante, el Contrato) sobre "Adecuación, Mejoramiento, Sustitución de la Infraestructura y Equipamiento de la Institución Educativa Clorinda Matto de Turner, Cusco-Cusco-Cusco: Concurso Oferta"; derivado de la Exoneración de Proceso N° 0116-2010 – ED/UE 108, en el cual las partes acordaron que en caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje conforme las Disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley) y su Reglamento.

1.2 Instalación de Tribunal Arbitral:

Con fecha 08/11/12 y en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, constituido por los doctores Julio César Guzmán Galindo, Luis Fernando Pebe Romero y Aurelio Moncada Jiménez; con la asistencia de ambas partes, en donde se fijaron las reglas aplicables al presente proceso.



En dicho acto, el Tribunal Arbitral encargó al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú como la secretaría encargada del presente proceso arbitral.

II. Normatividad aplicable al Proceso Arbitral:

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, será de aplicación al presente proceso la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley); su Reglamento (en adelante, el Reglamento) aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; las normas de derecho público; y las normas de derecho privado. Asimismo, se estableció la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (en adelante, simplemente LA) de manera supletoria y siempre que no se oponga a la Ley y al Reglamento.

III. De la Demanda Arbitral presentada por el MINEDU con fecha 19/12/12:

3.1 Mediante escrito de fecha 19/12/12, el MINEDU presentó su demanda arbitral contra el CONSORCIO.



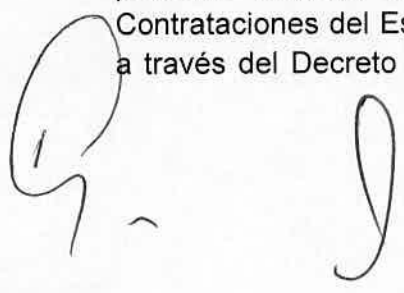
3.2 A través de las pretensiones contenidas en su demanda, el MINEDU solicita lo siguiente:

1. **Primera Pretensión Principal:** Que, el Tribunal declare que la resolución de contrato dispuesta o adoptada por el CONSORCIO a través de su Carta N° 034-2012/C MDT-L, recepcionada notarialmente por la Entidad el 15 de marzo del 2012, no resulta siendo válida y oponible a la Entidad Contratante, en virtud a que -entre otras razones- el MINEDU no incurrió en incumplimiento de obligaciones sustanciales; por lo que, en virtud a ello, encontrándose resuelto el contrato por causas imputables al CONSORCIO, se autorice al MINEDU proceder a la ejecución de la fianza de fiel cumplimiento de contrato.
2. **Segunda Pretensión Principal:** Que, se condene al CONSORCIO al pago del íntegro de costas y costos con ocasión del presente proceso arbitral.

3.3 Como **fundamentos de hecho y derecho que sustentan su primera pretensión**, el MINEDU sostiene que el argumento sustancial que fundamentó la decisión del CONSORCIO para resolver el contrato, se encuentra referido a un supuesto incumplimiento en que habría incurrido la Entidad contratante, respecto de una obligación que -en apreciación de ésta- resulta siendo esencial, la cual estaría relacionada con la entrega del adelanto de materiales, situación que -de acuerdo a lo sostenido por el propio CONSORCIO- habría originado la absoluta imposibilidad de ésta de poder continuar con la ejecución de la obra que se hallaba a su cargo.

3.4 Asimismo, alega que dado que una parte sustancial de la controversia generada por el CONSORCIO está referida a determinar si dentro de las normas que rigen el presente contrato es válido o no, aceptar la fianza emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito para Empresas Exportadoras (COOPEX) que fue entregada por el contratista para garantizar el adelanto de materiales solicitado por ésta, resulta pertinente que previa a su valoración, el Colegiado tenga presente dos aspectos considera relevantes, vitales y sustanciales para la solución de la presente controversia.

3.5 Primero, el MINEDU sostiene que de acuerdo a la norma que rige el presente contrato, es decir el Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado así como en su Reglamento que fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, la cual le es oponible al

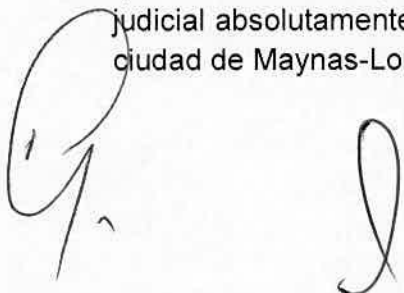


CONSORCIO, las garantías que todo contratista debe entregar en materia de contratación pública, están única y exclusivamente reservadas por mandato expreso de la ley, a aquellas que son emitidas por empresas que se encuentran dentro del ámbito de supervisión de la SBS o que se encuentra incluidas en la lista que emite periódicamente el BCR.

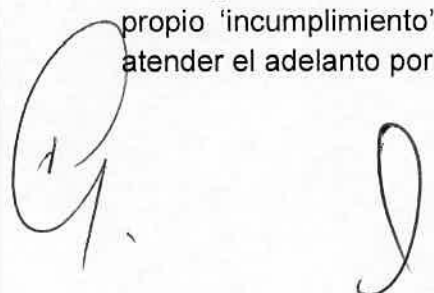
- 3.6 Segundo, el demandante alega que conforme es de pleno y absoluto conocimiento del propio contratista, la empresa COOPEX que emitió la fianza entregada por ésta a efectos de garantizar la entrega del adelanto de materiales, no es una institución que se encuentra ni supervisada por la SBS ni incluida en la lista de bancos extranjeros de primera categoría que publica periódicamente el BCR.
- 3.7 Manifiesta que de lo anterior, el Tribunal Arbitral podrá apreciar que no obstante que el artículo 39° de la Ley es absolutamente claro y su enunciado normativo absolutamente indubitable, el CONSORCIO optó y/o decidió ilegalmente por infringir, desvincularse e incumplir con las exigencias derivadas de la citada norma, a pesar que la misma fue de su absoluto conocimiento desde la fecha de presentación de su oferta y, más aún, luego de la suscripción del contrato que efectuara con el MINEDU; con lo cual se evidencia que es el propio incumplimiento de la propia contratista, lo que terminó por afectar -por causas que les son exclusivamente imputables a ésta-, la validez y/o procedencia de su solicitud de adelanto de materiales.
- 3.8 Por ello, el demandante sostiene que el contratista no puede válidamente alegar o invocar incumplimiento imputable a la Entidad, respecto a la falta de entrega del adelanto de materiales, cuando es el propio contratista quien generó la frustración de dicha entrega, al infringir una norma al que este se sometió y del que -incluso- tenía perfecto conocimiento desde la presentación de su oferta; por lo que, en virtud a ello el CONSORCIO debió entregar en lugar de una fianza emitida por COOPEX, una fianza que cumpla y se ciña estrictamente a las exigencias expresamente previstas en el segundo párrafo del artículo 39° de la ley, las cuales les son oponibles, a efectos que la Entidad pueda válidamente atender -de ser el caso- la solicitud de adelanto de materiales formulada por ésta.
- 3.9 Añade que no obstante ello y, a pesar que, la norma en mención es absolutamente clara, el CONSORCIO decidió incumplir con dicha exigencia legal que afecta a la validez de su propia solicitud de adelanto

de materiales, incumplimiento respecto del cual -entiende- el contratista es absolutamente consciente.

- 3.10 El MINEDU señala que el hecho que ésta haya presentado como garantía a su solicitud de adelanto de materiales, una fianza emitida por una empresa que no se encuentra dentro del ámbito de supervisión de la SBS y, menos aún, incluida en la lista de bancos extranjeros de primera categoría que publica el BCR, determina que la referida solicitud no sea procedente y, por tanto, no sea ni atendible ni válidamente exigible al MINEDU, en virtud a que dicha solicitud termina por infringir intencionalmente lo dispuesto en la ley, al pretender que el citado adelanto sea garantizado, a través de una fianza que no cumple y, por tanto, contraviene lo dispuesto en la norma al que la contratista se encuentra legalmente sometida.
- 3.11 En ese orden de ideas, y con el único propósito de perpetuar de forma ilegal e irregular dicho incumplimiento, el demandante alega que el CONSORCIO lejos de cumplir y someterse a las exigencias derivadas del artículo 39° de la ley, opta por intensificar y extender su propio incumplimiento, para lo cual -aunque parezca absurdo y contrario a las reglas de la buena fe- busca tutelarla y/o protegerla, a través de la perpetuación e infracción continua de diversas normas que les son legalmente oponibles y exigibles a ésta.
- 3.12 Así, el MINEDU señala como ejemplo que a pesar que es objetivamente irrefutable que el contratista se encuentra sometido a lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 39° de la ley y que -a su vez- el enunciado normativo contenido en el citado artículo es absolutamente claro, el contratista antes de cumplir con dicha exigencia legal, termina por generar innecesariamente una controversia sobre la misma, la cual lejos de conducirla a los mecanismos de solución de conflictos previstos en el contrato, opta por recurrir a la sede judicial, dejando de lado a la sede arbitral, pese a encontrarse obligado a someter cualquier controversia que se suscite durante la ejecución del contrato, a la conciliación y/o arbitraje.
- 3.13 Agrega que dicho incumplimiento se agrava aún más cuando el contratista intencionalmente buscó una instancia judicial a su medida esto es, distinta a la que legalmente resulta siendo competente, en el supuesto que no se hubiera pactado el arbitraje, es decir, recurrió a una instancia judicial absolutamente incompetente, pues planteó su acción judicial en la ciudad de Maynas-Loreto.



- 3.14 El MINEDU señala que es de pleno conocimiento del propio contratista que por un lado, ni el CONSORCIO ni las empresas que la conforman ni la Entidad Contratante poseen domicilio real en dicha jurisdicción y, por el otro, ni el contrato fue suscrito ni es ejecutado en la referida jurisdicción; por lo que, en virtud a ello, entiende que el Tribunal Arbitral podrá objetivamente advertir que es el propio contratista quien incurre en un continuo y permanente incumplimiento solo con el único propósito de eludir los efectos legales derivados del artículo 39° de la Ley, impidiendo -entonces- por sus propios actos que pueda válidamente configurarse la procedencia del adelanto solicitado por ésta.
- 3.15 Considera que de lo anterior, el Tribunal Arbitral podrá objetivamente apreciar que la conducta asumida por el contratista es manifiestamente contraria a las reglas o normas que rigen el presente contrato, así como contraria a las reglas de la buena fe contractual que a éste le resultan siendo también exigibles; por lo que, en virtud a ello, considera que el contratista no puede ilegalmente revertir su 'incumplimiento', alegando o invocando que la no entrega del adelanto de materiales se debe a una renuencia o incumplimiento imputable a la Entidad, pues lo único que exigió el MINEDU sobre esta materia, es que el contratista se ciña estrictamente al cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 39° de la ley, al cual el CONSORCIO se encuentra legalmente sometido.
- 3.16 En consecuencia, en apreciación de la Entidad sería jurídicamente absurdo y contrario a la buena fe que la parte que exige el cumplimiento de lo previsto en el contrato, incurra en 'incumplimiento', liberando indebidamente con ello a la parte que efectivamente ha incurrido de forma continua, permanente y constante en infracción a las obligaciones que les son válidamente oponibles a ésta.
- 3.17 En consecuencia, el demandante manifiesta que atendiendo a que ningún ordenamiento y/o sistema normativo actual, incluida la peruana, tutelan y/o protegen conductas contractuales que sean manifiestamente contrarias a la buena fe, como tampoco tutelan ni conceden protección a la infracción o fraude o elusión a las normas a las que se las partes se encuentran sometidas, invoca al Tribunal Arbitral que confirmen el 'incumplimiento' en que ha incurrido la propia contratista, con relación a las exigencias derivadas del artículo 39° de la ley, siendo -entonces- su propio 'incumplimiento' lo que determinó que no se pueda válidamente atender el adelanto por ésta solicitada.





- 3.18 Manifiesta que este incumplimiento más aún ha quedado legalmente confirmado, luego que la medida cautelar que el demandado obtuvo del Segundo Juzgado Civil de Maynas (Expediente N° 01092-2011-38-1903-JR-CI-02), fue revocada por la Sala Civil de Loreto, lo cual evidencia y confirma de forma concluyente, que la conducta manifiesta de la contratista ha sido intencionalmente contraria a la buena fe, a través de la cual solo se buscaba eludir de forma ilegal y fraudulenta, las obligaciones que les son vinculantes al CONSORCIO.
- 3.19 Por otro lado, indica que resulta legalmente pertinente que el Tribunal Arbitral aprecie que la entrega del adelanto de materiales no constituye en si misma una obligación esencial tipificada en la ley, pues si fuera esencial o sustancial como lo sostiene e invoca la contratista, no se explica -entonces- porque se establece que el referido adelanto "podrá" ser entregado por la Entidad (artículo 38° de la ley), lo cual evidencia que antes de constituirse en una obligación, ésta se configura más bien como una facultad que se le atribuye al Contratante, no siendo entonces propiamente una obligación que sea -a su vez- sustancialmente relevante para la ejecución de la obra a cargo de la contratista; en todo caso señala que a efectos de corroborar que la entrega del adelanto, no constituye -en sentido estricto- una obligación y, menos aún, una obligación sustancial para la ejecución de la obra, el Tribunal Arbitral podrá apreciar que, para ser tal, su exigibilidad no puede depender -en modo alguno- de la voluntad unilateral de una de las partes.
- 3.20 El MINEDU alega que se tiene entonces que si la entrega del adelanto es en esencia una facultad que legalmente se ha concedido y atribuido a la Entidad, en virtud a que no constituye ningún pago a prestación alguna que haya sido previamente ejecutada por la contratista; entonces, ésta es la razón por la que no se configura como una obligación. Ello a diferencia de lo que acontece con el pago de las valorizaciones de avances físicos de obra que haya ejecutado el contratista, en donde es una obligación legalmente oponible a la Entidad el proceder a su cancelación, no siendo -por tanto- el pago de dichas valorizaciones una mera facultad que se le haya concedido a la Entidad Contratante.
- 3.21 Agrega que más aún, si se tiene en cuenta que el pago de las mismas sí constituye una obligación sustancial oponible al Contratante, pues a través del mismo el contratista obtiene la contraprestación a sus servicios; de forma tal que una ruptura en el pago de las mismas puede válidamente conllevar a que el contratista, pueda optar entre reducir el avance físico

de la obra o suspender temporalmente su ejecución e incluso resolver el contrato, en la medida que el pago de las valorizaciones de avance de obra sí constituyen una obligación sustancial que resulta siendo oponible a la Entidad Contratante.

- 3.22 En atención a lo antes expuesto, el MINEDU entiende que al margen que en el presente caso, la no entrega del adelanto de materiales solicitados por el CONSORCIO, se debió a causas que son exclusivamente imputables a este, el hecho que dicha solicitud haya sido presentada por el contratista, no ha generado de acuerdo a lo estipulado en el artículo 39° de la ley, una obligación que sea legalmente oponible al Contratante.
- 3.23 El demandante alega que en la medida que dicha entrega es más bien una facultad que ha sido concedida a la Entidad; no es entonces el demandante quien ha incurrido en un grave incumplimiento de una obligación sustancial que le sea oponible y que -a su vez- haya imposibilitado al contratista cumplir con la ejecución de la obra; pues el hecho que la Entidad no le haya entregado al contratista, el adelanto de materiales, no ocasionó que la obra sea inejecutable, conforme a los fundamentos que irá presentado durante el desarrollo del presente proceso arbitral.
- 3.24 En todo caso, la Entidad indica que el Tribunal podrá haber advertido que si el contrato se encuentra legalmente resuelto, la misma no se debió a causas que le sean imputables, antes bien el MINEDU considera que ha sido el contratista la parte que ha incumplido con sus obligaciones sustanciales, lo cual ha generado que se frustre la finalidad y objeto del contrato, en grave perjuicio de la Entidad; por lo que, al haber incumplido el CONSORCIO con sus obligaciones derivadas del contrato, ésta debe soportar la ejecución de la fianza que precisamente garantizaba el fiel cumplimiento de contrato.
- 3.25 Por todo lo expuesto, el MINEDU solicita al Tribunal Arbitral que proceda amparar el íntegro de sus pretensiones, de modo que las mismas sean declaradas fundadas en su totalidad.

IV. De la Contestación a la demanda presentada por el CONSORCIO de fecha 23/01/13:



- 4.1 Mediante escrito de fecha 23/01/13, el CONSORCIO presentó su contestación a la demanda arbitral presentada por el MINEDU.
- 4.2 Sobre la **primera pretensión principal**, el CONSORCIO manifiesta que el MINEDU señala que la pretensión sustancial del CONSORCIO estaría determinada por el no cumplimiento con la entrega de adelanto de materiales, situación que habría originado la imposibilidad para continuar ejecutando el Contrato; siendo para ello necesario determinar si dentro de las normas que rigen el presente contrato, resulta válido aceptar o no las Cartas Fianzas emitidas por COOPEX, dado que las mismas incumplen, en el entender del MINEDU, el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 4.3 Al respecto y de manera preliminar, el CONSORCIO estima absolutamente pertinente y necesario que el Tribunal aprecie el contexto legal y contractual bajo el cual técnicamente se configuró el contrato suscrito por las partes y bajo el cual – a su vez- se desarrolló y prestó el servicio; aspectos que resultan siendo relevantes para poder apreciar de forma legalmente adecuada la presente controversia y evitar incurrir en una afectación al debido proceso que conlleve a eventuales nulidades que incidan sobre el laudo a emitirse.
- 4.4 En ese sentido, el CONSORCIO deja constancia expresa al Tribunal de aquellos aspectos sustanciales que no sólo no han sido mencionados por el MINEDU, sino que – además – en el fondo de dicha omisión señalan que el demandante pretendería arbitrariamente no reconocer que el Contrato es ley entre las partes; y que de conformidad con el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, este está conformado por el documento que los contiene, las Bases Integradas, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.
- 4.5 Menciona que en virtud a la modalidad y sistema de contratación pactada por la partes, las mismas que legalmente regulan el contrato, corresponde a un Concurso Oferta por Exoneración al amparo del DU 004-2009 del 09 de enero del 2009.
- 4.6 Ahora bien, indica que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, el concurso oferta se encuentra regulado en el numeral 2) del artículo 41° del Reglamento, conforme a lo siguiente: "(...) Si el postor

debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra."

- 4.7 Del artículo citado, advierte que el concurso oferta es la modalidad de ejecución contractual en la cual el postor no solo deberá ofertar la elaboración del expediente técnico, sino también la ejecución de la obra y, de ser el caso, brindar el terreno.
- 4.8 Asimismo, considera importante resaltar que el numeral 2) del artículo 41° del Reglamento establece que para el inicio de la ejecución de la obra es requisito que el expediente técnico haya sido elaborado y aprobado en su integridad.
- 4.9 En este punto, precisa que si bien la modalidad de concurso oferta tiene como finalidad la ejecución de una obra, para alcanzar esta finalidad es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: venta de una propiedad inmueble, al brindarse el terreno; servicio de consultoría de obra, al elaborarse el expediente técnico; y ejecución de obra.
- 4.10 En esa medida, señala que las disposiciones propias de la ejecución de obras se aplican de manera preponderante durante la ejecución contractual; no obstante, es inevitable que a algunos de los aspectos de la ejecución contractual deban aplicarse las disposiciones propias de servicios, o, en menor medida, las de bienes.
- 4.11 Sin embargo, el CONSORCIO alega que en lo referente a la entrega de adelantos resulta preponderante la finalidad de la modalidad de concurso oferta, esto es, la ejecución de una obra. Por tanto, el monto total entregado al contratista por adelantos no puede superar los porcentajes máximos de los adelantos establecidos en la regulación de obras (Artículo 186° del Reglamento).
- 4.12 Así, menciona que para mayor detalle sobre las reglas particulares que en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado se aplican a la ejecución contractual de una obra bajo la modalidad de concurso oferta, puede revisarse las siguientes opiniones: Opinión N° 068-2005/GTN, Opinión N° 035-2007/GNP, Opinión N° 071-2007/DOP, Opinión N° 010-



2008/DOP, Opinión N° 017-2008/DOP, Opinión N° 026-2008/DOP, Opinión N° 067-2008/DOP, Opinión N° 094-2008/DOP, Opinión N° 001-2009/DTN, Opinión N° 019-2009/DTN, Opinión N° 030-2009/DTN, Opinión N° 055-2009/DTN, Opinión N° 121-2009/DTN, Opinión N° 009-2010/DTN, y la Opinión N° 045-2010/DTN, las cuales se encuentran publicadas en la página web del OSCE.

- 4.13 El CONSORCIO señala que los adelantos constituyen medios facultativos que una Entidad puede emplear para financiar las prestaciones del contratista alternativos a los mecanismos tradicionales de financiamiento —sistema financiero o mercado de valores—, y que, indirectamente, persiguen asegurar el cumplimiento efectivo del contrato.
- 4.14 En ese sentido, indica que de conformidad con lo establecido en el artículo 38° de la Ley, a solicitud del contratista y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad puede otorgar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento, entre los cuales se menciona la obligación del contratista de garantizar el monto total del adelanto otorgado.
- 4.15 Alega que en los contratos del Estado se pueden otorgar dos tipos de adelanto: adelantos directos, el cual fue otorgado oportunamente y sin reparo alguno cancelado al contratista, a pesar que la garantía fue de la misma empresa COOPEX garantizando al contratista; y adelantos para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato en donde se puso reparos siendo la garantía de la empresa COOPEX. Así, indica que en lo que respecta a los adelantos para materiales o insumos pueden otorgarse hasta un máximo del 40% del monto del contrato original para la ejecución de obras públicas.
- 4.16 El demandado señala que atendiendo a la facultad mencionada, la cual no sólo ha sido determinada en las Bases del proceso para la ejecución de la obra por concurso oferta, sino que además ha sido prevista en el Contrato en la Cláusula Novena; es claro que el MINEDU de manera voluntaria y discrecional, optó por entregar al CONSORCIO el adelanto por materiales, siendo exigible al contratista para su entrega la previa solicitud y la garantía correspondiente, requisitos que fueron cumplidos a cabalidad por el CONSORCIO.

- 4.17 En consecuencia, indica que la Entidad ha incumplido lo estipulado en la cláusula novena del contrato y lo establecido en el numeral 4.1.1 de las



Bases integradas del proceso de selección, hecho que no puede soslayar el Tribunal, pues de lo contrario sería desconocer las disposiciones contenidas en el segundo párrafo del artículo 142° del Reglamento, el cual, señala que el Contrato es obligatorio para las partes.

- 4.18 Respecto a lo mencionado por el MINEDU en el extremo que no resulta válido aceptar o no las cartas fianzas emitidas por COOPEX, el demandado indica que a efectos de garantizar el Adelanto de Materiales el CONSORCIO presentó la Carta Fianza N° 02-220711-2011/COOPEX/GARANTIA DE ADELANTO DE MATERIALES, todas emitidas por la Cooperativa de Ahorro y Crédito para Empresas Exportadoras, por la suma ascendente a S/. 12'260,450.00 Nuevos Soles.
- 4.19 El CONSORCIO indica que es pertinente señalar que la referida garantía fue admitida por el MINEDU en una primera oportunidad, garantía por adelanto directo; y que respecto a la garantía por adelanto de materiales, ésta fue rechazada, en tanto, la misma, no se encontraría supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
- 4.20 Al respecto, el CONSORCIO señala que las Cartas Fianzas aparecían en la página del OSCE, quien por estricto cumplimiento del mandato judicial dispuso incluir a COOPEX dentro del listado publicado por ésta como institución autorizada para emitir cartas fianzas de conformidad con lo regulado en el artículo 55 de la Ley y el Reglamento; por lo que, considera necesario indicar que dicho mandato cautelar, de acuerdo a los propios términos en que fue dictada, ha sido acatado según se advierte del Comunicado N° 006-2010-OSCE/PRE, que se encuentra publicado en la página web del OSCE.
- 4.21 El CONSORCIO indica que dado que se venía vulnerando su derecho a la observancia de un debido proceso, es que recurrió a la tutela jurisdiccional, a fin de probar la idoneidad de las garantías presentadas; teniendo el CONSORCIO, ante la negativa del MINEDU, que solicitar una Medida Cautelar Innovativa a fin de no verse violentado su derecho.
- 4.22 Así, manifiesta que la concesión de la medida cautelar fue dispuesta por el Segundo Juzgado Civil – Sede Central del Distrito Judicial de Maynas, por Resolución Nro. 1 Del 20 de septiembre del 2011, y notificada con fecha 05 de Octubre 2011, mediante el cual se dispuso que las fianzas

emitidas por COOPEX a favor de la demandante cumplían con los requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento, ordenando sean aceptadas por el Ministerio de Educación; asimismo, se dispuso que tanto el OSCE como la SBS publiquen dicho mandato en sus respectivas páginas web institucionales.



- 4.23 Alega que no obstante lo anterior, la Oficina de Administración y Finanzas del MINEDU, se negó a recibir la misma desconociendo el mandato judicial mediante Oficio de fecha 21 de septiembre de 2011, a través del cual el Segundo Juzgado Civil de Maynas dispone dar cumplimiento al mandato ordenado en la Resolución Nro. 1 del 20 de septiembre de 2011; esto es que se acepten las fianzas emitidas por COOPEX, mandato que fuera reiterado a través de la Resolución Nro. 03 del 06 de enero del 2012.
- 4.24 En ese sentido, el demandado indica que dado que durante la ejecución del contrato y el inicio del procedimiento resolutorio estuvo vigente la Medida Cautelar que amparaba la admisión de las cartas fianzas emitidas por COOPEX, correspondía que el MINEDU procediera a la entrega de los adelantos por materiales conforme a lo estipulado en la Cláusula Novena Del Contrato; máxime si el OSCE en estricto cumplimiento del mandato judicial dispuso incluir a COOPEX dentro del listado publicado por ésta como institución autorizada para emitir cartas fianzas de conformidad con lo regulado en el artículo 55 de la Ley y el Reglamento. Por todo ello, manifiesta nuevamente que dicho mandato cautelar, de acuerdo a los propios términos en que fue dictada, ha sido acatado según se advierte del Comunicado N° 006-2010-OSCE/PRE, que se encuentra publicado en la página web del OSCE.
- 4.25 De otro lado, el CONSORCIO considera lamentable que el MINEDU no haya hecho notar al Tribunal, que el Poder Judicial se encuentra legitimado a dictar medidas cautelares fuera del proceso arbitral, conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 47° del Decreto Legislativo Nro. 1071, y que las mismas se dirigen a las partes (en éste caso a la parte demandante), lo cual ha ocurrido en el presente caso, al ordenarse al Ministerio de Educación, parte en el presente proceso arbitral, que acepten las fianzas emitidas por COOPEX.
- 4.26 En ese orden de ideas, señala que el arbitraje es considerado una jurisdicción excepcional dentro del contexto de la Constitución Política del Estado y que goza de independencia e imparcialidad en su función,



- según lo ha considerado el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC; considerando respecto de éste extremo que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el Sistema Judicial.
- 4.27 El demandado señala que resulta impertinente lo señalado por el MINEDU en su demanda, cuando ha pretendido señalar que el CONSORCIO ha actuado de mala fe, al solicitar la medida cautelar, en tanto, la misma resultaba ser el medio más idóneo para preservar sus derechos e intereses, siendo el Poder Judicial el único competente para resolver dicha pretensión, y promover los recursos que la Ley le franquea, las cuales se encuentran sustentadas en el Derecho, la Doctrina y la Jurisprudencia existente en la materia.
- 4.28 Como **fundamentación jurídica**, el CONSORCIO indica que ampara sus fundamentos en lo dispuesto por el D.L. N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (Artículo 40° literal c), su Reglamento (Artículo 169°), aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, el D. L. 1071 que norma el Arbitraje y las normas del Código Civil.
- 4.29 Asimismo, alega que ampara su contestación, contradicción de la demanda y reconvención demandada en lo dispuesto en el Código Civil sobre las disposiciones generales y especiales de los contratos de prestaciones recíprocas y en las sentencias casatorias y jurisprudenciales vinculantes. Además, señala que se ampara en la doctrina sobre contrataciones con el estado e incumplimiento de obligaciones esenciales contractuales.
- 4.30 Sobre la **reconvención** presentada incluida como otrosí digo N° 1 en su escrito de contestación de demanda arbitral de fecha 23/01/13, el CONSORCIO formula reconvención a fin que el MINEDU cumpla con honrar y pagar los daños y perjuicios causados por el accionar negligente y doloso de sus funcionarios en el ejercicio deficiente de su cargo; los cuales dieron mérito y causaron la paralización dolosa de la obra y consiguientemente la resolución del contrato de obra. Asimismo, formula reconvención a fin que la entidad asuma y pague los conceptos de Lucro Cesante y Daño Emergente, sin perjuicio de los gastos financieros, administrativos y legales en que tuvo que incurrir el CONSORCIO en defensa de sus derechos, los cuales serían

oportunamente cuantificados, fundamentados y sustentados en el plazo más próximo.

- 4.31 Mediante escrito presentado con fecha 13/02/13, el **CONSORCIO modifica y amplía su contestación de demanda** alegando que es de pleno conocimiento del Tribunal que el MINEDU y el CONSORCIO se encontraban obligatoriamente vinculados a través de las estipulaciones contenidas en el contrato de ejecución de obra N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29 de Octubre del 2010; estipulaciones y compromisos contractuales adquiridos por las partes de obligatorio cumplimiento y por las cuales se encuentran indefectiblemente vinculadas a razón de lo regulado en el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF concordante con lo estipulado sustancialmente en el Artículo 1361 del Código Civil.
- 4.32 Así, alega que surgió de la estipulación pactada por las partes en la Cláusula Novena del Contrato referida a los adelantos, que el MINEDU a solicitud del contratista entregaría a éste, adelanto directo y adelanto para materiales e insumos, por los porcentajes de 20% y 40%, respectivamente. Obligación contractual legalmente avalada por la norma regulatoria expresada en el Artículo N° 188 del Reglamento de La Ley de Contrataciones del Estado.
- 4.33 Mediante Carta N° 01-CCMT-2011 de fecha 05/11/11 y recepcionada por la Entidad con fecha 12/11/11, el CONSORCIO presentó su solicitud de adelanto directo. Asimismo y mediante Carta N° 02-CCMT-2011 de fecha 16/11/11 y recepcionada por la Entidad con fecha 18/11/11, se adjuntó la documentación complementaria de la solicitud de adelanto directo, adjuntando para tal efecto la carta fianza original N° 07-111110/2010-COOPEX/ADELANTO DIRECTO por un monto ascendente y garantizable de S/. 6'130,255.00 nuevos soles. Carta expedida con las características de solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y realización automática por COOPEX, la cual fue recibida, aprobada y pagada sin reparo u objeción alguna por la Entidad.
- 4.34 Respecto a ello, señala que la obligación contractual estipulada en la Cláusula Novena del contrato, fue cumplida oportunamente por la Entidad, al no existir impedimento o razón alguna para desdeñar o rechazar la carta fianza expedida por COOPEX.



- 4.35 Indica que en atención a lo estipulado en la Cláusula Novena del Contrato; el CONSORCIO mediante Carta CMDT de fecha 21 de Septiembre solicitó oportunamente la atención por adelanto de materiales, remitiendo para tal efecto la Carta Fianza N° 02-220711/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES de fecha 22/07/11, por el monto de S/. 12'260,450.00 nuevos soles; expedida con las características de solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y realización automática por COOPEX; sin embargo la Entidad soslayando e incumpliendo culposa-dolosamente sus obligaciones contractuales retrasó inicialmente el pago por adelanto de materiales con argumentos evidentemente dilatorios, sin prever que el pago para materiales era de necesidad vital y esencial para la ejecución de los trabajos en una obra de la importancia, especificidad y envergadura que se venía ejecutando. Asimismo, infiere que la conducta adoptada por la Entidad estaba destinada a privar de eficacia la relación jurídica obligacional y consecuentemente a soslayar y desconocer sus obligaciones contractuales en perjuicio de la progresión de los trabajos y del CONSORCIO.
- 4.36 Resalta que de lo inferido o estipulado en la Cláusula Novena del Contrato se verificará que era obligación sustancial por parte del MINEDU el de entregar al contratista, adelanto para materiales e insumos que se utilizarían en la obra; siendo que el CONSORCIO, solicitó con arreglo a Ley el adelanto para materiales e insumos, habiendo compelido y conminado reiteradamente a la Entidad a fin que cumpla con sus obligaciones contractuales y proceda a honrar y efectuar el pago por el concepto de adelanto de materiales. No obstante, la Entidad a través de argumentación dilatoria se negó a cumplir con su obligación sustancial estipulada en el Contrato.
- 4.37 Por otro lado, el demandado señala que existió un desacato flagrante a un mandato jurisdiccional en vía de amparo cuando de este se desprendían efectos de cumplimiento inmediato.
- 4.38 Vinculado a lo anteriormente mencionado, el CONSORCIO sostiene que a razón que la Entidad radicalizó el incumplimiento de sus obligaciones contractuales soslayando el pago por adelanto de materiales bajo el argumento de presuntas-negadas falencias en la empresa afianzadora, es que el demandado plenamente legitimado recurrió a la vía jurisdiccional solicitando una acción de garantía y medida preventiva de

ejecución inmediata (medida cautelar innovativa), la cual resultaba indispensable y urgente para ejercer su derecho.

- 4.39 Mediante Resolución N° 01 de fecha 20/09/11 el 2° Juzgado de Maynas concedió la medida cautelar innovativa a favor del CONSORCIO, ordenándose al MINEDU suspender la inhabilitación de la cual había sido afectada, ordenándose admita las cartas fianzas que presentó el demandado; y como consecuencia de ello se ordenó que la medida cautelar sea publicada en la página web del OSCE y a la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP - SBS.
- 4.40 Ante el incumplimiento de la Entidad y las razones dilatorias argumentadas por esta última, el Juzgado de mérito expidió la Resolución N° 3 de fecha 06/01/11, requiriendo al MINEDU cumpla con admitir la Carta Fianza N° 02-220711/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES, bajo apercibimiento de Multa; sin embargo el MINEDU haciendo caso omiso y en flagrante delito de desacato al mandato judicial con apercibimiento de multa, se negó rotundamente a honrar la carta fianza a sabiendas que este adelanto de materiales era para utilizarse en la ejecución de la obra.
- 4.41 De otro lado, manifiesta que el MINEDU no ha hecho notar al Tribunal, que el Poder Judicial se encuentra legitimado a dictar medidas cautelares fuera del proceso arbitral, conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 47° del Decreto Legislativo Nro. 1071, y que las mismas se dirigen a las partes (en éste caso a la parte demandante), lo cual ha ocurrido en el presente caso, al ordenarse al MINEDU, parte en el presente proceso arbitral, que aceptara las fianzas emitidas por COOPEX.
- 4.42 La Entidad mediante Oficio N° 1998-2011-ME/SG-OGA de fecha 02/11/11 remitido al 2° Juzgado Civil de Maynas, con conocimiento de la Procuraduría del MINEDU dio cuenta e hizo de conocimiento del 2° Juzgado Civil de Maynas, que había cumplido con lo ordenado mediante Resolución N° 01 de fecha 20/09/11; sin embargo, el CONSORCIO alega que la Entidad no cumplió con lo ordenado, es decir con admitir y honrar las fianzas de adelanto de materiales.
- 4.43 Menciona que la Procuraduría Pública del MINEDU, mediante Oficio N° 375-2012-ME/DM-PP de fecha 12/01/12 remitida al Jefe de la Oficina de Administración, señaló en su tercer y penúltimo párrafo que la

resolución N° 01 de medida cautelar del Expediente 1092-2011 de amparo había ordenado suspender la inhabilitación de la empresa Sanson SRL y ordenaba al MINEDU admitir las cartas fianzas que ella presentó, entre otros; por lo que debía ser cumplida por la Entidad. Asimismo, se señaló que la interposición del recurso impugnativo de apelación no suspendía su vigencia, pues fue concedida sin efecto suspensivo, tal como lo prescribe el artículo 15 de la Ley N° 28237, modificada por Ley 28946, por lo que la necesidad de cumplirla era inexorable. Agrega que también se consignó en dicho oficio que una vez cumplida con la medida cautelar, debía remitirse, con carácter de urgente, copia certificada que pruebe el acto de cumplimiento, con la finalidad de interponer el recurso impugnativo correspondiente.

- 4.44 Indica que la Oficina General de Administración absolviendo el oficio de la Procuraduría, remitió el Memorándum N° 067-2012-ME/SG-OGA de fecha 16/01/12 señalando que vista la aclaración emitida por la mencionada judicatura, y de conformidad con lo opinado por la Procuraduría Pública del sector mediante Oficio N° 375-2012-ME/DM-PP de fecha 12/01/12, se remitía a dicha judicatura los actuados adjuntos al presente, a fin que se sirviera iniciar las acciones administrativas necesarias para el cumplimiento de lo ordenado por el 2° juzgado Civil de Maynas, de considerarlo pertinente.
- 4.45 De lo señalado precedentemente, señala que se evidencia que tanto la Procuraduría como asimismo el MINEDU tenían pleno y oportuno conocimiento de las resoluciones judiciales que ordenaban la admisión de las fianzas de adelanto directo y adelanto de materiales y que a través de las comunicaciones antes citadas se allanaban al cumplimiento; sin embargo y en evidente desacato a su autoridad y en perjuicio del demandado, no se cumplió con honrar la carta fianza de adelanto de materiales ni con sus obligaciones contractuales.
- 4.46 Retomando lo referido al incumplimiento de obligaciones, el CONSORCIO señala que es pertinente referir que el CONSORCIO mediante Carta N° 016-2011 CMDT-L, de fecha 02/12/11, reingresó su solicitud de atención de adelanto de materiales conjuntamente con la documentación complementaria y de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Novena del Contrato; siendo que la entidad absolviendo su Carta N° 016-2011 CMDT-L de fecha 02/12/11 remitió el Oficio N° 6925-ME/VMGI-OINFE de fecha 13/12/11, señalando como única

observación que esta debía estar acorde con el 2° párrafo de Artículo 188 del Reglamento por lo que debía ser subsanarla.

- 4.47 El CONSORCIO mediante Carta N° 018-2011/CMDT-L, de fecha 13/12/11, absolvió el Oficio N° 6925-ME/VMGI-OINFE de fecha 13/12/11, remitiendo el expediente de solicitud de adelanto de materiales totalmente subsanado en atención a lo señalado en el oficio precedente; sin embargo y en claro abuso de posición dominante, la Entidad contestó la Carta N° 018-2011/CMDT-L a través del Oficio N° 7034-2011-ME/VMGI-OINFE de fecha 16/12/11, señalado que para pagar el adelanto de materiales debían remitir una carta notarial con firma legalizada en el cual se convalide las firmas consignadas en los documentos.
- 4.48 Manifiesta que de lo señalado y exigido por la Entidad se colige su dolosa intención de soslayar sus obligaciones contractuales, y no honrar el adelanto de materiales como obligación con consecuencias esenciales. Así, menciona que se evidencia que los reparos señalados en nada se referían a las presuntas negadas falencias de COOPEX.
- 4.49 Para concluir, el demandado considera pertinente señalar que la Entidad de manera culposa/dolosa obvió y soslayó sus obligaciones contractuales; y como consecuencia directa de su arbitrariedad se produjo la pérdida de capacidad para dotar de materiales a la obra, la pérdida de créditos obtenidos con anterioridad para dotar de materiales a la obra y el atraso y suspensión consecuente y simultánea de los trabajos en obra por falta de materiales.
- 4.50 Asimismo, expresa que la Entidad soslayó dolosa y flagrantemente un mandato jurisdiccional a pesar que mediante Oficio N° 1998-2011-ME/SG-OGA, de fecha 02/11/11, remitido por la Entidad al 2° Juzgado Civil de Maynas y con conocimiento de la Procuraduría del MINEDU, se daba cuenta que había cumplido con lo ordenado en la Resolución N° 01 de fecha 20/09/11; siendo esta una falacia que demuestra la actitud dolosa de la entidad para distraer, soslayar y desfinanciar la obra en lo que respecta a los materiales como elemento esencial para toda construcción.
- 4.51 El CONSORCIO indica que lo anteriormente señalado y atendiendo al principio de legalidad, al debido proceso y a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 40 de la Ley concordante con el artículo 169 del

- Reglamento, constituyó la razón por la que el CONSORCIO mediante carta notarial N° 034-2012/CMDT de fecha 14/03/12 remitió a la Entidad su decisión de resolver el Contrato por causas netamente imputables a la Entidad contratante y referidas al incumplimiento de obligaciones contractuales-esenciales que imposibilitaban la prosecución natural de los trabajos en obra.
- 4.52 Al respecto, indica que la resolución, por ser el modo anormal de extinción del contrato, se produce por causas distintas al cumplimiento de éste y que fue bajo este contexto que el CONSORCIO decidió resolver el contrato por causas netamente imputables a la Entidad contratante.
- 4.53 Como **fundamentación jurídica de la ampliación y modificación de la contestación de la demanda**, el CONSORCIO señala que se ampara en el artículo 142° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF; en el artículo 1361° y 1150° del Código Civil.
- 4.54 Sobre la **reconvención y pago indemnizatorio** por daño patrimonial y extrapatrimonial, el CONSORCIO señala como antecedentes legales el artículo 44° de la Ley, artículo 170° del Reglamento, artículo 1321°, 1428°, 1969°, 1985° del Código Civil, artículo 238.1° y 238.5° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el numeral 14 consignado en la fundamentación jurídica de la sentencia del Expediente N° 4972-2006-PA/TC; y en la Cláusula Novena sobre los adelantos del Contrato N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29/10/10.
- 4.55 Mediante contrato administrativo N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29/10/10, suscrito por el MINEDU y el CONSORCIO se contrató a este último para la ejecución de la obra denominada "Adecuación, Mejoramiento, Sustitución de Infraestructura e Equipamiento de I.E. Clorinda Matto de Turner, Cusco-Cusco-Cusco - Concurso Oferta.
- 4.56 Alega que en la Cláusula Novena del Contrato referida a los adelantos, el MINEDU a solicitud del contratista entregaría a éste, adelanto directo y adelanto para materiales e insumos, por los porcentajes de 20% y 40%, respectivamente. Dicha obligación contractual se encuentra legalmente avalada por la norma regulatoria expresada en el Artículo N° 188 del Reglamento.

- 4.57 Mediante Carta N° 01-CCMT-2011 de fecha 05/11/11 y recepcionada por la Entidad con fecha 12/11/11; el CONSORCIO presentó su solicitud de adelanto directo. Asimismo y mediante Carta N° 02-CCMT-2011 de fecha 16/11/11y recepcionada por la Entidad con fecha 18/11/10, se adjuntó la documentación complementaria de la solicitud de adelanto directo, adjuntando para tal efecto la Carta fianza original N° 07-111110/2010-COOPEX/ADELANTO DIRECTO por un monto ascendente y garantizable de S/. 6'130,255.00 *nuevos soles*. Carta expedida con las características de solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y realización automática por COOPEX; la cual fue recibida, aprobada y pagada sin reparo u objeción alguna por la Entidad. Dicha obligación contractual estipulada en la Cláusula Novena del Contrato fue cumplida oportunamente por la Entidad, al no existir impedimento o razón alguna para desdeñar o rechazar la carta fianza expedida por COOPEX.
- 4.58 Mediante Carta CMDT de fecha 21/09/11, el CONSORCIO en atención a lo estipulado en la Cláusula Novena del Contrato solicitó oportunamente la atención por adelanto de materiales remitiendo para tal efecto la Carta Fianza N° 02-220711/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES, de fecha 22/07/11, por el monto de S/. 12'260,450.00 nuevos soles. Dicha carta fue expedida con las características de solidaria, irrevocable, incondicional, sin beneficio de excusión y realización automática por COOPEX; sin embargo la Entidad soslayando e incumpliendo de manera culposa/dolosa sus obligaciones contractuales retrasó inicialmente el pago con argumentos dilatorios, sin prever que el pago para materiales era de necesidad vital y esencial para la ejecución de los trabajos en una obra de la importancia, especificidad y envergadura que se venía ejecutando. Asimismo, señala que la conducta adoptada estaba destinada de privar de eficacia la relación jurídica obligacional y consecuentemente generante de los daños y perjuicios ocasionados a la recurrente, para ultimadamente negarse dolosamente a pagar el adelanto solicitado.
- 4.59 El demandado indica que habiendo compelido y conminado reiteradamente a la Entidad mediante sendas misivas notariales a fin que cumpla con sus obligaciones contractuales y proceda a honrar y efectuar el pago por el concepto de adelanto de materiales bajo apercibimiento de Ley; es que la Entidad se negó de forma culposa/dolosa a cumplir con sus obligaciones contractuales y como

consecuencia directa de su arbitrariedad, se produjo la pérdida de capacidad para dotar de materiales a la obra, la pérdida de créditos obtenidos con anterioridad para dotar de materiales a la obra y el atraso y suspensión consecuente y simultánea de los trabajos en obra por falta de materiales.

- 4.60 Asimismo, menciona que la Entidad el demandado considera pertinente señalar que la Entidad de manera culposa/dolosa obvió y soslayó sus obligaciones contractuales; y como consecuencia directa de su arbitrariedad se produjo la pérdida de capacidad para dotar de materiales a la obra, la pérdida de créditos obtenidos con anterioridad para dotar de materiales a la obra y el atraso y suspensión consecuente y simultánea de los trabajos en obra por falta de materiales.
- 4.61 Asimismo, expresa que la Entidad soslayó dolosa y flagrantemente un mandato jurisdiccional a pesar que mediante Oficio N° 1998-2011-ME/SG-OGA, de fecha 02/11/11, remitido por la Entidad al 2° Juzgado Civil de Maynas y con conocimiento de la Procuraduría del MINEDU, se daba cuenta que había cumplido con lo ordenado en la Resolución N° 01 de fecha 20/09/11; siendo esta una falacia que demuestra la actitud dolosa de la entidad para distraer, soslayar y desfinanciar la obra en lo que respecta a los materiales como elemento esencial para toda construcción.
- 4.62 El CONSORCIO indica que lo anteriormente señalado y atendiendo al principio de legalidad, al debido proceso y a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 40 de la Ley concordante con el artículo 169 del Reglamento, constituyó la razón por la que el CONSORCIO mediante carta notarial N° 034-2012/CMDT de fecha 14/03/12 remitió a la Entidad su decisión de resolver el Contrato por causas netamente imputables a la Entidad contratante y referidas al incumplimiento de obligaciones contractuales-esenciales que imposibilitaban la prosecución natural de los trabajos en obra.
- 4.63 En relación con lo anterior, precisa que el segundo párrafo del artículo 44° de la Ley establece que cuando se resuelva el Contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados. En esa medida, señala que cuando el contrato es resuelto debido al incumplimiento de una de las partes, la parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por su contraparte. Para tal efecto, la parte perjudicada

debe probar la existencia de los daños y perjuicios sufridos, así como su cuantía, conforme a lo establecido en el artículo 1331º del Código Civil.



- 4.64 Alega que tanto la Ley de Contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Código Civil y la Ley de Procedimiento Administrativo General, disciernen y son coincidentes en señalar la procedencia, reconocimiento y pago de una indemnización que comprenda el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño incluyendo el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral; sin perjuicio de indemnizar a la recurrente por los daños causados a la reputación y buen nombre de la sociedad, por los daños irrogados como consecuencia de su accionar erróneo (incumplimiento de obligaciones). Indica que todo ello constituye la razón por la cual se evidencia la procedencia y atención del pago por las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas y debidamente sustentadas.
- 4.65 Por otro lado, señala que existió ineficacia sobrevenida y resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones. Así y amparándose en lo señalado por la doctrina indica que para que el deudor de una obligación contractual sea responsable de su incumplimiento es necesario la constatación de 1) un hecho generador por parte del deudor; 2) la existencia de un daño sufrido por el acreedor; 3) la existencia de un vínculo causal que una al hecho generador con el daño sufrido por el acreedor y 4) la constitución en mora del deudor.
- 4.66 El demandado manifiesta que, de los hechos materiales expuestos y materia demandada, se infiere que todos estos elementos se encuentran debidamente contenidos.
- 4.67 En ese sentido, menciona que la Entidad es responsable por su incumplimiento, ya que se verifica que el hecho generador del daño se ha producido por el accionar erróneo de la Entidad traducido en los actos y acciones destinados a privar de eficacia la relación jurídica obligacional nacida de un contrato recíproco y de sus cláusulas de carácter obligatorio incumplidas dolosa o culposamente. Respecto a los daños sufridos por el acreedor, indica éstos se hayan debidamente contenidos en los conceptos de lucro cesante, daño emergente y daños a la persona según lo expuesto anteriormente. También existe vínculo causal contenido en el incumplimiento doloso/culposo por parte de la Entidad de sus obligaciones contractuales que derivaron

inexorablemente en la resolución del Contrato vinculante. Finalmente, alega que existió la constitución en mora a la Entidad producida a través de sendas cartas rogatorias, conminatorias y ultimadamente de apercibimiento, con arreglo a Ley, remitidas oportunamente por el CONSORCIO.

- 4.68 Señala el que el artículo 1428 del Código Civil señala que en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.
- 4.69 En lo referente al resarcimiento/indemnización por daños y perjuicios ocasionados, incluyendo lucro cesante, daño emergente y daños a la persona, el CONSORCIO señala que el artículo 1985° del Código Civil señala que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.
- 4.70 El demandado indica que el nexo causal o relación de causalidad se haya constituido en primer orden por la vinculación contractual que tuvieron la Entidad y el CONSORCIO respecto al Contrato Administrativo N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29/10/10 para la ejecución de la obra denominada "Adecuación, Mejoramiento, Sustitución de Infraestructura e Equipamiento de I.E. Clorinda Matto de Turner, Cusco-Cusco-Cusco - Concurso Oferta" de cuya Cláusula Novena se infiere la obligación contractual que la Entidad soslayo e incumplió culposa/dolosamente, trayendo como consecuencia directa la Resolución del Contrato por causas netamente imputables al demandante y los daños y perjuicios ocasionados.
- 4.71 En lo que atañe al lucro cesante, la doctrina comparada es unánime al señalar que constituye principio básico para su determinación que este se limite por un JUICIO DE PROBABILIDAD. En ese sentido, el CONSORCIO alega que la resolución del Contrato por causas netamente imputables a la Entidad y por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, generó un empobrecimiento del demandado por el no incremento en su patrimonio de las utilidades que percibiría a razón de la ejecución del contrato de obra. Indica que existió un daño causado en la perspectiva de ganancia patrimonial dejada de percibir por el cual debe resarcírsele pecuniariamente.

- 4.72 Respecto a la indemnización por daño emergente, señala que hasta antes de resolver el Contrato, y en aras de preservarlo, es que el CONSORCIO comprometió créditos bancarios (Scotiabank) y directos para dotar de material a la obra (casos como los proveedores de fierro de construcción: ACEROS AREQUIPA, COMASA y proveedores de combustibles para maquinarias que trabajaban en la obra), en la firme creencia que la Entidad honraría sus obligaciones y pagaría la fianza por adelanto de materiales. Sin embargo y habiéndose resuelto el Contrato por causas imputables a la Entidad, es que el CONSORCIO se vio empobrecido al tener que afrontar estos créditos y el gasto financiero que involucra, habiendo sido demandado y denunciado, civil y penalmente por los proveedores, transportistas, centros de servicios; y retenido su maquinaria y equipo en la ciudad del Cusco por dichos proveedores.
- 4.73 Respecto a los daños extrapatrimoniales (daño a la persona), el CONSORCIO manifiesta que la persona jurídica, atendiendo a los fundamentos vinculantes expresados por el Tribunal Constitucional en el numeral 14 de la fundamentación jurídica del Expediente. N° 4972-2006-PATC, es titular de situaciones jurídicas existenciales como el derecho a la identidad, buena reputación y otros; y como tal es sujeta de derecho para la protección de sus derechos fundamentales y por correspondencia factible de ser indemnizada ante la ofensa o daño que se le causare. Así, señala que la persona jurídica tiene la potestad y el derecho de ser indemnizada por los daños causados y ante la lesión de sus derechos no patrimoniales en concordancia con el artículo 1985° del Código Civil.
- 4.74 Indica que la doctrina italiana ha sido clara en admitir que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo del denominado daño no patrimonial. El Tribunal Constitucional en los últimos años, y a través de sendas resoluciones, ha reconocido los derechos fundamentales de la persona jurídica bajo la teoría de la extensión de los derechos fundamentales de las personas naturales que las conforman. En este orden de ideas, señala que el Protocolo 1 de la Convención de Europa sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1 que toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes y que nadie puede ser privado de su propiedad excepto por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y por los principios generales del derecho internacional.

- 4.75 En tal sentido, sostiene que no quedan dudas de que las personas jurídicas también pueden tener urgencia de acudir a procesos de estas naturaleza para resguardar sus derechos fundamentales, a nivel nacional o supranacional, como asimismo proteger los derechos fundamentales de las personas que las integran (propiedad, libertad de contratar, derecho del (al) trabajo, buena reputación etc.) o de las personas que trabajan para la misma.
- 4.76 El demandado manifiesta que a través de sendas comunicaciones realizadas por funcionarios de la Entidad ante los diarios de la ciudad del Cusco (diario el Sol, diario el Correo y diario La República, edición del Cusco) se creó una corriente de desinformación y difamación ante la opinión pública de esta ciudad y las autoridades del sector, entorpeciendo y causando cisma y secesión en el demandado. Dicho hecho afectó en forma especial la relación contractual que se sostenía con el MINEDU, hasta el grado de sufrir el cierre de créditos, la persecución personal, la retención arbitraria y hurto de su maquinaria y equipos; así como la intervención de la fiscalía de prevención del delito, ante la denuncia calumniosa causada dolosamente por los funcionarios de la Entidad. Por todo ello, indica que lo anteriormente señalado sustenta los daños causados al buen nombre de la sociedad denominada SANSON SRL y por el cual debe resarcírsele pecuniariamente.
- 4.77 Alega que de las informaciones proferidas y declaraciones tendenciosas realizadas por el Sr. Santos Alberto Pisfil Capuñay, Coordinador de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa (OINFE) del Ministerio de Educación, difundidas en diversos diarios de la Ciudad del Cusco con el evidente ánimo de causar daño, se puede inferir que estas estuvieron conducidas a desinformar, instigar e incitar dolosamente a la opinión pública en contra de la recurrente. Sobre todo, señala que se emitió falsas declaraciones en un proceso contractual (artículo 411° del Código Penal) y a sabiendas de la existencia de controversias surgidas con la Entidad sobre el contrato de obra en ejecución, buscando dolosamente tergiversar la realidad en un claro abuso de su cargo y logrando entorpecer las labores de ejecución de obra, la paralización de los trabajos que tuvo como ulterior fin el que el CONSORCIO no cumpla sus obligaciones de ejecución de obra.



- 4.78 El demandado indica que, en salvaguarda de su integridad, remitió con fecha 26/03/12 una comunicación indubitable al funcionario difamador conminándole a rectificarse sobre las declaraciones difamatorias y tendenciosas proferidas en la ciudad de Cusco y a través de medio de difusión público y masivo. Además le hizo saber la responsabilidad civil y penal sobre las consecuencias de su accionar delictuoso y lo apercibió de dar inicio a las acciones legales pertinentes; sin embargo, el denunciado nunca ofreció las satisfacciones y muy lejos de amilanarse prosiguió con sus actos difamatorios en contra de la recurrente; razón por la cual con fecha 07/04/12 se le reiteró notarialmente el apercibimiento, otorgándole un plazo perentorio de 5 días, antes de iniciar las acciones legales penales y civiles en salvaguarda de su honorabilidad y patrimonio. No obstante, vencido el plazo, el denunciado nunca ofreció las satisfacciones solicitadas ni se rectificó; razón por la cual considera que corresponde se le indemnice a la recurrente en sede arbitral.
- 4.79 El CONSORCIO señala como **fundamentación jurídica** respecto a estos puntos el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado; el artículo 170° del Reglamento; los artículos 1321°, 1428°, 1969°, y 1985 del Código Civil; el artículo 238 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y el numeral 14 consignado en la fundamentación jurídica de la sentencia del Expediente N° 4972-2006-PA/TC sobre la protección de los derechos fundamentales de las personas jurídicas.
- 4.80 Finalmente, el CONSORCIO solicita al Tribunal Arbitral tener por modificada y ampliada su escrito de contestación de demanda y por debidamente fundamentada su demanda en vía de reconvención.
- 4.81 Mediante escrito de subsanación de fecha 26/02/13, el CONSORCIO se pronuncia respecto a la determinación del quantum indemnizatorio.
- 4.82 Así, en lo referido al lucro cesante señala que la ganancia frustrada o dejada de percibir por los actos dañosos en su perjuicio asciende al importe de S/ 1'477,750.00 (Un Millón Cuatrocientos Setenta y Siete Mil Setecientos Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles).
- 4.83 Por otro lado, indica que el quantum indemnizatorio por el concepto de daño emergente, como la pérdida sobreviniente en el patrimonio del CONSORCIO y los conformantes de ella causadas por el incumplimiento

de obligaciones por parte de la Entidad, asciende a S/ 1'500,000.00 (Un Millón Quinientos Mil y 00/100 Nuevos Soles).

- 4.84 Finalmente, manifiesta que el quantum indemnizatorio por el concepto de daño a la persona, derivados de los actos dañosos causados en perjuicio del CONSORCIO y las personas que la conforman, asciende a S/1'200,000.00 (Un Millón Doscientos Mil y 00/100 Nuevos Soles).
- 4.85 Mediante escrito de fecha 16/05/14, el CONSORCIO se desiste en parte de su reconvención, específicamente en lo referido a los daños a la persona por el monto de S/1'200,000.00 (Un Millón Doscientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) señalando que deja incólume todas las otras pretensiones así como sus respectivos montos. Asimismo, cabe indicarse que mediante Resolución N° 33 de fecha 30/05/14 se aprobó dicho desistimiento y se señaló que dicho concepto no sería objeto de pronunciamiento del Tribunal Arbitral al momento de emitir el laudo arbitral.

V. De la contestación a la Reconvención presentada por el MINEDU con fecha 22/04/13:

- 5.1 El MINEDU alega que la pretensión invocada por el CONSORCIO a manera de reconvención supone o parte del hecho que la resolución de contrato adoptada por ésta es legalmente válida, pretensión que alega ha sido plenamente rebatida por su parte a través de los fundamentos que han sido expuestos en su demanda arbitral; por lo que, atendiendo al hecho que dicha resolución carece de validez, la Entidad considera que las indemnizaciones que pretende oponer la contratista al Contratante, no resultan siendo ni válidas ni vinculantes.
- 5.2 El MINEDU sustenta lo anteriormente dicho en la medida que aún en el hipotético caso de haberse configurado los daños invocados, hecho que en todo caso deberá objetivamente acreditar el CONSORCIO, los mismos se habrían generado como consecuencia directa del propio incumplimiento en que incurrió la propia contratista; pues si como ésta invoca el adelanto de materiales le era imprescindible para el cumplimiento de sus obligaciones, la entrega del mismo no se verificó por causas que les son exclusivamente imputables al propio CONSORCIO, puesto que de forma consciente e intencional incumplió con lo prescrito en la parte final del segundo párrafo del artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1017, norma que indica fue de su absoluto conocimiento, incluso desde mucho antes de suscribirse el contrato.

- 5.3 En consecuencia, el MINEDU considera que así como resulta siendo totalmente ilegal e inválido que la parte que resuelve el contrato sustente dicha decisión sobre la base de su propio incumplimiento, también lo es que la parte que incumpla (en este caso, la contratista) pretenda luego oponer a la Entidad unos supuestos daños ocasionados como consecuencia directa del incumplimiento en que la propia contratista ha incurrido.
- 5.4 Por lo tanto, el MINEDU estima, en atención a lo antes expuesto, que las pretensiones contenidas en la reconvención planteada por la contratista, no son -en modo alguno- amparables, más aún si se tiene presente la decisión que fue adoptada por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, la cual a través de la Resolución N° 03 emitida el 28 de agosto de 2012, en el Expediente N° 2012-727-81-01092-2011-81-1903-JR-CI-02, dejó sin efecto no solo la medida cautelar invocada por el contratista, sino además confirmó la validez de la posición expuesta por el contratante.
- 5.5 De lo anterior, el demandante señala que el Tribunal Arbitral podrá legalmente advertir que si el propio Poder Judicial dejó sin efecto la medida cautelar que fue obtenida irregularmente por la contratista, sobre la base de los mismos argumentos por los que el MINEDU no aceptó la fianza emitida por la empresa COOPEX, entonces queda claro que ha sido el incumplimiento de la propia contratista lo que impidió que el Contratante accediera a la entrega del adelanto de materiales solicitados por el CONSORCIO, siendo -entonces- de exclusiva responsabilidad de ésta, la no entrega del referido adelanto, al haber infringido la contratista y/o no haberse sometido a la norma contenida en la parte final del segundo párrafo del artículo 39° del Decreto Legislativo N° 1017, norma al que ésta se sometió desde la fecha en que participó del proceso de selección del cual derivó el contrato que suscribió con el MINEDU.
- 5.6 En consecuencia, la Entidad considera que no resulta -en modo alguno- válido que el demandado pretenda oponer supuestos daños que se han derivado de su propio incumplimiento respecto de la cual el contratista fue plenamente consciente, en la medida que ésta pretendió perpetuar de forma intencional su propio incumplimiento, a través de la obtención irregular de una medida cautelar; irregularidad que incluso ha llevado a que el juez que la concedió sea sometido a la ODECMA por conducta disfuncional.
- 5.7 El MINEDU indica que en atención a las consideraciones antes expuestas, ninguna de las indemnizaciones que pretende oponerle el

CONSORCIO puede ser válidamente vinculante a la Entidad y, menos aún, ser amparada por el Tribunal, pues el incumplimiento sobre la cual se sustenta dichas indemnizaciones **han sido ocasionadas por causas que les son enteramente imputables a la propia contratista**, no pudiendo -entonces- la Entidad contratante asumir o soportar los efectos derivados de un incumplimiento que escapa a la esfera de su responsabilidad legal.

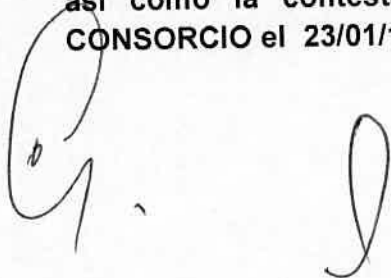
- 5.8 Por lo antes expuesto, el demandante solicita al Tribunal Arbitral se sirva admitir a trámite la presente contestación y, en su oportunidad, declarar infundada la totalidad de las pretensiones contenidas en la reconvencción presentada por el CONSORCIO, por las consideraciones que han sido expuestas.

VI. De la Excepción de Incompetencia interpuesta por el CONSORCIO con fecha 23/01/13.

- 6.1 El CONSORCIO en su escrito de contestación de demanda de fecha interpuso excepción de incompetencia en atención a las pretensiones planteadas en la demanda arbitral, así indica que conforme a lo indicado en la demanda arbitral, y al existir evidencia indubitable, el Tribunal podrá observar que, el extremo de la pretensión planteada se encuentra judicializada, por lo que el Tribunal Arbitral carece de competencia para decidir sobre una controversia que las partes han sometido al órgano jurisdiccional. Por tanto, indica que procede amparar la excepción planteada y declarar improcedente la demanda arbitral.
- 6.2 No obstante, mediante escrito de fecha 26/02/13 el CONSORCIO indicó desistirse de esta; por lo que en la Resolución N° 10 de fecha 04/03/13 se tuvo presente lo solicitado.

VII. Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos

- 7.1 Con fecha 24/07/13, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos; con la asistencia de ambas partes se procedió a continuar con la Fijación de Puntos Controvertidos, siendo éstos los siguientes:
- a. **Respecto a la demanda (presentada por el MINISTERIO el 19/12/12), así como la contestación de la demanda (presentada por el CONSORCIO el 23/01/13):**



Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar que la resolución de CONTRATO dispuesta o adoptada por el CONSORCIO a través de su Carta N° 034-2012/C MDT-L, recibida notarialmente por el MINISTERIO el 15/03/12, no resulta siendo válida y oponible al MINISTERIO, debiendo verificarse si el MINISTERIO incurrió o no en incumplimiento de obligaciones sustanciales o si la resolución del contrato obedece a causas imputables al CONSORCIO, así como determinar si corresponde o no que el MINISTERIO proceda a la ejecución de la fianza de fiel cumplimiento de contrato.

Segundo Punto Controvertido: Determinar a quién corresponde asumir el pago de costos y costas que el presente proceso arbitral irroque.

- b. **Respecto a la Reconvención (presentada por el CONSORCIO el 23/01/13 y subsanada por escrito de fecha 13/02/13) y la contestación de la reconvención (presentada por el MINISTERIO el 22/04/13):**

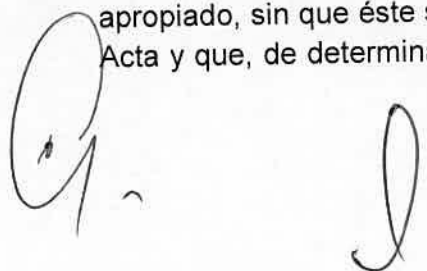
Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 1'500,000.00 (Un Millón Quinientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de lucro cesante.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 1'500,000.00 (Un Millón Quinientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño emergente.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 1'200,000.00 (Un Millón Doscientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño a la persona.

Respecto a dicho punto, debe estarse a lo señalado en el numeral 4.85 de la presente notificación en el que se señaló que el CONSORCIO, mediante escrito de fecha 16/05/14, se desistió en este punto de su reconvención.

- 7.2 En dicha acta, se dejó constancia que el Tribunal Arbitral se reserva la facultad de analizar los puntos precedentes en el orden que considere apropiado, sin que éste sea necesariamente el establecido en la referida Acta y que, de determinarse al pronunciarse sobre alguno de los puntos



controvertidos que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, el Tribunal podrá omitir pronunciarse sobre estos últimos, motivando su decisión.

- 7.3 En la misma audiencia se admitió como medios probatorios los documentos ofrecidos por el demandante como por el demandado.

VIII. Audiencia de Ilustración y cierre de la etapa probatoria

- 8.1 Con fecha 24/10/13, se realizó la Audiencia de Ilustración con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de ambas partes a fin de que ilustrara al Colegiado con las posturas de ambas partes sobre los hechos que dieron origen al presente proceso.
- 8.2 Mediante Resolución N° 31 de fecha 04/04/14 se declaró finalizada la etapa probatoria, otorgándose a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presenten sus alegatos escritos pudiendo solicitar el uso de la palabra.

IX. Alegatos

Mediante escritos, ambos de fecha 25/04/14 y dentro del plazo conferido, el MINEDU y el CONSORCIO presentaron sus alegatos escritos respectivamente.

X. Audiencia de Informe Oral y Plazo para laudar

Con fecha 07/10/14 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la participación del Tribunal Arbitral y la asistencia de ambas partes a fin de que las partes informen oralmente sus alegatos escritos.

Asimismo, en este mismo acto el Tribunal Arbitral declaró que los autos se encontraban en estado para laudar, por lo que fijó el plazo para expedir el laudo en cuarenta y cinco (45) días hábiles; el cual podría ser prorrogado por un máximo de treinta (30) días adicionales. Por Resolución N° 42 de fecha 01/12/14, el Tribunal Arbitral consideró necesario prorrogar el plazo para laudar por 30 días adicionales.

CONSIDERANDOS:

XI. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

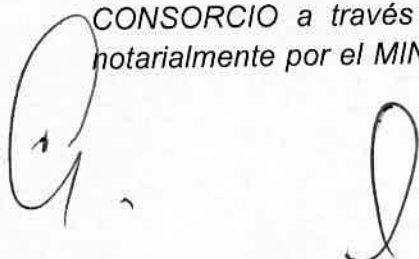


11.1 En forma previa al análisis de los puntos controvertidos y conforme a lo dispuesto en el segundo punto resolutivo de la Resolución N° 40 expedida el 07 de octubre de 2014, en el acto de audiencia de informes orales, el Tribunal Arbitral procede a resolver el incidente referido al pronunciamiento previo de la Dirección de Arbitraje Administrativo respecto a la reliquidación de honorarios que le corresponde pagar al CONSORCIO. En este aspecto, cabe precisar que por Resolución 35 de fecha 12 de agosto de 2014 se dispuso otorgar al CONSORCIO un plazo de 10 días hábiles a efecto que cumpla con pagar el saldo de los honorarios arbitrales. En este extremo, el Tribunal considera que el CONSORCIO dentro del plazo de requerimiento presentó un escrito con fecha 27 de agosto de 2013, en el que manifestó su voluntad de cumplir con los referidos pagos, no obstante mencionó que estaba recurriendo a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE a efecto que éste órgano administrativo revise y efectúe la reliquidación de los honorarios arbitrales conforme al Tercer párrafo del artículo 230 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N°184-2008 modificado por el D.S.N° 138-2012).

11.2 La solicitud del CONSORCIO presentada al OSCE dio lugar a que la referida instancia administrativa se pronuncie por Resolución 91 – 2014-OSCE/DAA, de fecha 11 de noviembre de 2014, la misma que puesta en conocimiento del Tribunal Arbitral, declaró improcedente la solicitud del CONSORCIO. Conforme a ello, el CONSORCIO de acuerdo a lo manifestado en su escrito de fecha 27 de agosto de 2014, procedió a cumplir en su totalidad con el pago de los honorarios arbitrales pendientes. En tal sentido, habiendo el CONSORCIO manifestado, antes del vencimiento del plazo de requerimiento, su intención de pago previo pronunciamiento del OSCE y efectuado el pago de honorarios una vez dado este pronunciamiento, se da por cumplido lo dispuesto en la Resolución 35, en consecuencia no procedería hacer efectivo apercibimiento alguno.

En atención a los antecedentes expuestos, el Tribunal Arbitral encargado de resolver la presente controversia procede a analizar cada uno de los puntos controvertidos:

11.3 Primer Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no declarar que la resolución de CONTRATO dispuesta o adoptada por el CONSORCIO a través de su Carta N° 034-2012/C MDT-L, recibida notarialmente por el MINISTERIO el 15/03/12, no resulta siendo válida y*





oponible al MINISTERIO, debiendo verificarse si el MINISTERIO incurrió o no en incumplimiento de obligaciones sustanciales o si la resolución del contrato obedece a causas imputables al CONSORCIO, así como determinar si corresponde o no que el MINISTERIO proceda a la ejecución de la fianza de fiel cumplimiento de contrato.

- 11.4** Para determinar la validez y efectos de la resolución de contrato efectuada por el CONSORCIO y contenida en su Carta N° 034-2012/C MDT-L, recibida notarialmente por el MINISTERIO el 15/03/12, cabe precisar previamente que la decisión del CONSORCIO se produce por el rechazo de su solicitud de entrega de adelanto de materiales, efectuada por el MINISTERIO respecto a la falta de cumplimiento de requisitos legales de la Carta Fianza N° 02-220722-2011/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES, que fuera emitida por la Cooperativa de Ahorro y Crédito para Empresas Exportadoras por el monto de S/. 12'260,450,00.
- 11.5** En efecto por Carta de fecha 21 de setiembre de 2011 el CONSORCIO "reingresa" la entrega de la garantía de adelanto de materiales indicando la existencia de una Medida Cautelar expedida en el Expediente 01092-2011-38-1903-JR-CI-02, por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, con fecha 20 de setiembre de 2011, en el proceso seguido por la empresa SANSON S.R.L. contra el Ministerio de Educación – Unidad Ejecutora N° 108- Programa Nacional de Infraestructura Educativa. En la referida comunicación el CONSORCIO hace referencia –sin indicar fecha - que el MINISTERIO por Oficio N° 4894-2011-ME/VMGI-OINFE, procedió a devolver la garantía.
- 11.6** Con fecha 31 de enero de 2012, el CONSORCIO dirige una "Carta de Apercibimiento" al MINISTERIO, indicando que la solicitud de materiales fue requerida originalmente por Carta s/n notificada con fecha 10 de agosto de 2011, y que en vista que este requerimiento tuvo observaciones, fue reingresado el 03 de octubre de 2011 y nuevamente fue devuelto por el MINISTERIO por Oficio N° 5661-2011-ME/VMGI-OINFE, indicando que no se tramita el pago del adelanto de materiales hasta que se adjunte una garantía con las condiciones requeridas por la SBS. El CONSORCIO, refiere en su comunicación que la solicitud nuevamente reingresa el 05 de diciembre de 2011 adjuntando la Carta Fianza emitida por COOPEX y la Acción de Amparo emitida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas, pero esta solicitud nuevamente es devuelta por el MINISTERIO por Oficio N° 6925-2011-ME/VMGI-OINFE, del 13 de diciembre de 2011. El CONSORCIO expresa en la referida

comunicación (del 31 enero de 2011) su contrariedad por el no cumplimiento de los mandatos judiciales.

- 11.7** Con fecha 21 de febrero de 2012, el CONSORCIO, dirige la Carta N° 018-2012/CMDT-L, al MINISTERIO, entregada el 23 de febrero de 2012, por la cual reitera el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte de la entidad, manifestada en la negativa expresa del otorgamiento del adelanto específico de materiales, requisito indispensable y obligatorio para ejecutar las obras contratadas. El CONSORCIO refiere que de no contar con la disponibilidad de recursos, y de no subsanarse en el plazo inmediato este hecho, el CONSORCIO se verá obligado a decidir la resolución del contrato. Cabe observar con relación a estas comunicaciones que el CONSORCIO en ninguna de las comunicaciones precisa y otorga un plazo al MINISTERIO con el objeto que éste cumpla con el requerimiento de la obligación contractual.
- 11.8** Con fecha 15 de marzo de 2012, luego de haber efectuado las anteriores comunicaciones, el CONSORCIO dirige y entrega la Carta N°034-2012/CMDT-L, al MINISTERIO comunicándole su decisión de resolver de pleno derecho el Contrato de Obra N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP, con relación al Proceso N°0116-2010-ED/UE 108, para la ejecución de la obra denominada "Adecuación, Mejoramiento, Sustitución de Infraestructura e Equipamiento de I.E. Clorinda Matto de Turner, Cusco-Cusco-Cusco - Concurso Oferta".
- 11.9** Conforme a los antecedentes referidos, en este extremo, y conforme a lo precisado en los puntos anteriores, el Tribunal debe resolver y determinar en que medida la resolución de contrato formalizada por el CONSORCIO a través de su Carta N° 034-2012/C MDT-L, recepcionada notarialmente por la Entidad el 15 de marzo del 2012, es desde el punto de vista contractual y jurídico, válida y oponible a la Entidad Contratante.
- 11.10** El primer punto controvertido está referido a un supuesto de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales y sus efectos jurídicos, tal como ha planteado el CONSORCIO en su Carta N° 034-2012/C MDT-L dirigida al MINEDU. La resolución contractual formulada en esa comunicación esta referida al Contrato de ejecución de obra N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29 de Octubre del 2010 suscrito entre las partes. Por otro lado, el – MINEDU – alega que no ha incumplido ninguna obligación que sea sustancial o esencial en los términos del contrato de obra antes referido.

- 11.11 Planteado el asunto, se debe determinar si la resolución del contrato formulada por el CONSORCIO es válida y oponible al MINEDU. En este punto cabe precisar previamente cuales son las condiciones, términos contractuales y requisitos legales para resolver el contrato, y que la parte que decide resolver el contrato – en este caso el contratista – CONSORCIO - debe cumplir para que tenga efecto frente a la otra parte- la Entidad contratante – el MINEDU.
- 11.12 Para ello, el Tribunal en primer lugar tiene en consideración los términos del contrato suscrito entre las partes, el mismo que en su *CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA* (párrafo final) indica:

...el CONTRATISTA podrá solicitar la resolución del contrato de conformidad con el inciso c) del Artículo 40° de la LEY, en los casos que el MINISTERIO 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.

- 11.13 Las normas que regulan la resolución del contrato por parte del contratista, y a las que hace referencia la referida cláusula contractual, se hallan contenidas en el Artículo 40 de la Ley de Contrataciones y en el Artículo 168 del Reglamento de la Ley, estas normas establecen lo siguiente:

Ley de Contrataciones con el Estado

Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

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

Reglamento de la Ley de Contrataciones

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

(...)




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°.

Luego el artículo 169 del RLCE establece



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 la 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.

11.14 Conforme a las normas contractuales y legales contenidas en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, el CONTRATISTA tiene derecho a resolver el contrato siempre que cumpla con los siguientes requisitos contractuales y legales: **a)** comunicar por la vía notarial su decisión de resolver el contrato; **b)** que se efectúe un requerimiento previo concediendo un plazo no mayor de 15 días a la otra parte, bajo apercibimiento de resolver el contrato; y, **c)** que la resolución tenga relación y se trate del incumplimiento de una obligación esencial contemplada en las Bases o en el contrato. En cuanto al plazo de 15 días, éste debe darse necesariamente en este caso, al tratarse de un contrato de obra, como así lo establece la norma reglamentaria. En cuanto al requisito de fondo el incumplimiento del contrato en este caso debe referirse a una obligación cuya naturaleza debe ser esencial.

11.15 En el presente caso, en cuanto a los requisitos formales **a)** y **b)**, antes precisados, verificamos que EL CONSORCIO efectuó una comunicación por la vía notarial - Carta N° 034-2012/C MDT-L - por la cual puso en conocimiento del MINEDU su decisión de resolver el contrato, y que previamente por Carta N° 007-2012, recepcionada por el MINISTERIO el 31 de enero de 2012, se constata que se ha producido una comunicación con un requerimiento previo por el cual el CONSORCIO notifica el apercibimiento Y concede al MINEDU el plazo legal previsto en el Artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, a efecto que el MINEDU cumpla con lo requerido por EL CONSORCIO. Conforme a lo precisado, el Tribunal verifica que EL



CONSORCIO ha cumplido con la formalidad jurídica del requerimiento previo y del plazo legal que exige el contrato materia de la controversia y las normas jurídicas sobre contrataciones públicas antes referidas para formalizar la resolución del contrato.

- 11.16 Luego de verificar la formalidad, el Tribunal procede a analizar el cumplimiento del tercer requisito de fondo, c) referido al contenido de la resolución contractual misma. En este punto el Tribunal precisa que de acuerdo a la ley y el contrato, normas antes glosadas en este caso, la resolución del contrato debe estar referida al incumplimiento de una "obligación esencial" por parte de la entidad contratante. En este caso, el Tribunal considera determinar previamente qué es una obligación esencial en los terminos del referido Artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y conforme a los términos del contrato, y si este supuesto se configura en el presente caso.
- 11.17 En este extremo consideramos, que la norma del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Artículo 168º), antes referida, si bien hace referencia a los terminos de OBLIGACION ESENCIAL, la misma norma no define sus alcances o significado. Siendo así al no estar definida en el texto legal o reglamentario corresponde en esta instancia establecer el sentido de estos términos.
- 11.18 En ese sentido, se debe entender que una obligación contractual es esencial cuando por su naturaleza jurídica el cumplimiento de la misma tiene relación con la finalidad del contrato. Además, la norma establece que esta obligación debe estar prevista en las bases o el contrato. En otro sentido, se puede decir que es esencial la obligación cuando su incumplimiento afecta el cumplimiento de la finalidad del contrato.
- 11.19 En el presente caso, EL CONSORCIO requirió al MINEDU cumplir con entregar un monto de dinero por concepto de adelanto de materiales, ello de conformidad con la cláusula novena del contrato de obra materia del proceso. A ese efecto, presentó una Carta Fianza otorgada por la Cooperativa de Ahorro y Crédito para Empresas Exportadoras – COOPEX.

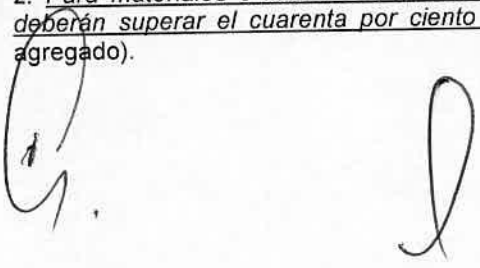
Es de precisar que, de conformidad con el numeral 2) del Artículo 186 del Reglamento de la Ley de Contrataciones¹, en los contratos de obra que se suscriben con el Estado, pueden establecerse dos clases de adelantos,

¹ "Artículo 186.- Clases de Adelantos en Obras

Las Bases podrán establecer los siguientes adelantos:

1. Directos al contratista, los que en ningún caso excederán en conjunto del veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.

2. Para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato, los que en conjunto no deberán superar el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original." (Subrayado agregado).



adelanto directo hasta el 20% del monto del contrato y adelanto para materiales hasta el 40% , igualmente del monto del contrato. Por otro lado, el Artículo 38 de la Ley de Contrataciones establece que, *"A solicitud del contratista, y siempre que haya sido previsto en las Bases, la Entidad podrá otorgar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento."* Luego, el segundo párrafo del citado artículo indica que *"Para que proceda el otorgamiento del adelanto, el contratista garantizará el monto total de este."* (subrayado resaltado).



- 11.20** Considerando que el objeto del otorgamiento de los adelantos por concepto de materiales en los contratos de obras públicas, es facilitar el financiamiento de recursos a los contratistas y que estos puedan cumplir las prestaciones del contrato, conforme a ley, resulta que estas prestaciones – en principio - constituyen una facultad de la entidad contratante y no en sí una obligación. En ese sentido, no se trataría de una obligación principal o esencial en este caso específico del adelanto de materiales, primero porque la ley establece (Artículo 38 antes referido) su carácter facultativo, en el sentido, que la Entidad "podrá" entregar los adelantos, pues el contratista aún no ha realizado prestación alguna del contrato. Además, se trata de una prestación que para constituirse en obligación exigible requiere previamente que el contratista presente una garantía debidamente constituida conforme a ley, ello es, que la fianza sea emitida por una empresa del sistema financiero. Por otro lado, y en este caso, se tiene que el contratista de no poder cumplir con los requisitos legales contractuales para presentar una garantía en forma, y obtener el adelanto por parte de la entidad, también podría - para financiar la ejecución de la obra -, recurrir a otras fuentes de financiamiento u otras entidades financieras que le permita obtener los recursos necesarios y de ese modo no incurrir en el incumplimiento de sus obligaciones principales respecto a la ejecución de la obra.
- 11.21** A ello debe agregarse que este tipo de adelantos esta referido a la adquisición de materiales para la posterior ejecución de la obra y por tanto no se trata de una obligación esencial, pues no es una contraprestación que se deba cumplir por la realización del avance de obra. Por estas consideraciones el Tribunal arbitral considera que el adelanto por concepto de materiales, tanto por su naturaleza económica, como por la normativa legal (faculta de la entidad) no es una obligación exigible o una obligación esencial.
- 11.22** En consecuencia, consideramos que en este caso una parte – contratista - puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte – entidad contratante- se debe a un incumplimiento esencial. En este caso, observamos que la resolución del contrato materia de proceso no está referida al cumplimiento de una obligación esencial por parte del MINEDU. En ese sentido, se debe determinar que la resolución del contrato formulada por el CONSORCIO no se halla conforme a ley y no cumple con el requisito de fondo que es tratarse de una obligación esencial. Por tales fundamentos

corresponde que la pretensión del MINEDU debe estimarse fundada y determinar que el MINEDU no ha incumplido obligación sustancial alguna y que la resolución del contrato contenida en la Carta N° 034-2012/C MDT-L, recibida notarialmente por el MINISTERIO el 15 de marzo de 2012, no resulta válida y por tanto no oponible al MINEDU.

- 11.23** Sin perjuicio, de lo determinado en los puntos anteriores el Tribunal arbitral verifica los otros aspectos de hecho y de derecho referidos a la ejecución contractual y la resolución del contrato formulada. En tal sentido, precisamos también que el otorgamiento del adelanto de materiales es una prestación de hacer condicionada, según la referida norma del artículo 38 de la Ley de Contrataciones. En ese sentido la norma legal expresamente establece que a efecto que la Entidad contratante proceda el otorgamiento del adelanto, el contratista debe previamente cumplir con garantizar el monto de éste. Ello quiere decir, que se trata de una prestación (dar el adelanto de materiales) condicionada a que el contratista en forma previa constituya la cobertura de una garantía en el sistema financiero, por parte a favor del Estado.
- 11.24** En lo que se refiere a la forma de la garantía y sus requisitos legales, el Artículo 39 de la Ley de contrataciones establece expresamente, entre otros requisitos que, las garantías que acepten las entidades del Estado por concepto de adelantos, deben estar emitidas por empresas que se encuentren dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva
- 11.25** En el presente caso se observa que en la ejecución contractual el CONSORCIO presentó al MINEDU con su solicitud de adelanto de materiales una garantía consistente en una Carta Fianza otorgada por una Cooperativa de Ahorro y Crédito, que no es una empresa del sistema financiero, como exige el contrato y la misma Ley de Contrataciones del Estado. En este aspecto, el Tribunal arbitral considera que el rechazo de la solicitud por parte del MINEDU y su no aceptación de la referida garantía, se encuentra conforme a la norma legal expresa del Artículo 39 de la Ley de Contrataciones. En efecto, la referida normativa no contempla en sus supuestos las garantías emitidas por una Cooperativa de Ahorro y Crédito, pues éstas no reúnen las condiciones que exige claramente la Ley de Contrataciones del Estado.
- 11.26** El Tribunal precisa que el propósito de la Ley de Contrataciones contenido en el referido artículo 39 radica en que la Entidad del Estado reciba una garantía que cuente con el respaldo y la solvencia patrimonial que únicamente la puede dar una empresa financiera supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y que no es el caso de una Cooperativa de Ahorro y Crédito no supervisada por el indicado órgano de regulación y supervisión bancaria. En este caso el MINEDU rechazó la solicitud del CONSORCIO ampara en el

contrato y porque la garantía no estaba emitida por una empresa supervisada dentro del ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Así se observa que al contrario, el CONSORCIO no cumplió desde el primer momento con presentar en la solicitud de adelanto de materiales la garantía en la forma prescrita por la ley. Este fue el motivo por el cual el MINEDU en cumplimiento de la norma legal expresa no acepta la solicitud de adelanto de materiales.

- 11.27** De ese modo, se puede observar que es el propio contratista quien frustró la entrega del adelanto al no cumplir con entregar una garantía conforme a la norma legal al que éste se sometió al momento de firmar el contrato de obra. El tribunal considera que en un contrato existe un objetivo en común y cada parte debe cooperar con la otra y la cooperación debe ser razonable para esperar que la otra parte cumpla con determinada obligación y que esa obligación sea exigible conforme a ley.
- 11.28** De otro lado, se puede observar en los antecedentes – que ante la negativa de la entidad - el contratista recurrió al Poder Judicial para tramitar una medida cautelar y solicitó que el MINEDU admita una garantía otorgada fuera del ámbito del sistema financiero. La medida cautelar fue expedida por el Segundo Juzgado Civil de Maynas (Expediente N° 01092-2011-38-1903-JR-CI-02), de fecha 20 de setiembre de 2011. La referida medida conforme a los antecedentes presentados por el CONSORCIO, resuelve la solicitud no del CONSORCIO, sino de la empresa SANSON S.R.L. la misma que pidió al Poder Judicial ordenar suspender la inhabilitación con la que ha sido afectada, y que la demandada – Ministerio de Educación –Unidad Ejecutora N° 108 – Programa Nacional de Infraestructura Educativa admita las cartas fianzas que presentó, y que como consecuencia de ello se ordene que la medida cautelar sea publicada en la página del OSCE y de la Superintendencia de Banca, Seguros, y AFP. Además la solicitante empresa SANSON S.R.L. pidió que el Poder Judicial ordene que puede participar en los procesos de selección y contratar con el Estado, mientras se resuelva el trámite del proceso de amparo.
- 11.29** De los referidos antecedentes se tiene que, ante la interposición de la medida cautelar ante el Poder judicial, la Procuraduría Pública del MINEDU ejerció la defensa del Estado e interpuso los recursos legales y judiciales. Como consecuencia de la defensa ejercida por el MINEDU logró que la medida cautelar quede sin efecto y sea revocada con fecha 28 de agosto de 2012 por Resolución 03 expedida por la Sala Civil Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto (conforme se ve en el Anexo 8 A del escrito de contestación a la Reconvención por parte del MINEDU de fecha 22 de abril de 2013). En la referida resolución 03 de la Sala Civil de Loreto se verifica que la revocación de la medida cautelar se fundamentó en el referido Artículo 39 de la Ley de Contrataciones y la Vigésimo Cuarta Disposición Complementaria de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la misma que establece que las Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas a captar



fondos del público no están supervisadas por la SBS, sino por la Federación Nacional de Cooperativas de Ahorro y Crédito – FENACREP. La misma Sala Civil refiere que existe en el expediente judicial (fojas 79) un comunicado emitido por la SBS, en el que indica expresamente que la Cooperativa COOPEX no está autorizada a emitir cartas fianzas en procesos de contratación con el Estado. La Sala consideró que al ordenar que se acepte la garantía otorgada por la Cooperativa COOPEX se estaría autorizando la entrega de adelantos que probablemente no estén respaldados en forma legal, en tal sentido la instancia judicial de la Sala Civil de Loreto determinó que debe rechazarse la Medida Cautelar solicitada por la empresa SANSON S.R.L.

- 11.30 Es de observar que en la parte considerativa y tampoco en la decisoria de la medida cautelar se hace referencia al CONSORCIO en sí, parte en este arbitraje, tampoco se dispone expresamente cumpla con el contrato o alguna obligación del contrato materia de este arbitraje, o que se refiera a la entrega del adelanto por materiales como consecuencia de la admisión de las cartas fianzas. Solo se limita a precisar que se publique en la pagina del OSCE y de la SBS la decisión de la medida cautelar y que a la empresa SANSON S.R.L se le permita contratar con el Estado.
- 11.31 Sin perjuicio, del hecho antes descrito, este Tribunal arbitral considera que no es de su competencia, ni es pertinente que proceda a verificar el cumplimiento o incumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en otra instancia, pues conforme al principio de independencia del Poder Judicial, y a las leyes que regulan los procesos judiciales, como son el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, las instancias judiciales tienen las facultades y atribuciones para hacer cumplir sus propios mandatos. En otro sentido, éste tribunal no puede pronunciarse sobre los efectos de una medida cautelar y si debió o no cumplirse en determinado momento. La materia y los límites de la decision del Tribunal en este arbitraje se limitan a los términos del contrato y a la Ley que lo regula. Además, en el referido proceso judicial se observa que es el mismo Poder Judicial que resolvió revocar la medida cautelar y dejarla sin efecto. Resolver en otro sentido, implicaría invadir otras competencias, dar o no dar efecto a resoluciones judiciales, e inobservar el principio de independencia del Poder Judicial y la norma constitucional misma.

- 11.32 En efecto, la norma constitucional establece lo siguiente:

Constitución Política

Artículo 139°. *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar

sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

La norma constitucional es clara en el sentido que ninguna autoridad – incluida la arbitral – puede avocarse a causas que se siguen en el ámbito judicial, tampoco se puede dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. En el presente caso, pronunciarnos sobre los efectos de una medida cautelar implicaría afectar este principio – de independencia del Poder Judicial – y los contenidos del mismo.

11.33 Conforme a ello, consideramos que el MINEDU a través de sus representantes legales desarrolló en las instancias judiciales respectivas el ejercicio legítimo y regular de un derecho, al ejercer la defensa legal en salvaguarda de sus intereses jurídico patrimoniales frente a una decisión judicial y como consecuencia de ese ejercicio logró la revocatoria de la decisión judicial. En ese sentido, consideramos que desde este aspecto no se ha producido un incumplimiento del contrato por parte del MINEDU y que de lugar a una resolución en el marco legal antes referido. En ese sentido, consideramos que en tanto el MINEDU ha ejercido su defensa en un proceso judicial y efectuado el ejercicio regular de un derecho, no ha incurrido en un incumplimiento de contrato con relación a la atención de solicitud de adelanto de materiales, materia de la resolución contractual.

11.34 En lo que se refiere al extremo del primer punto controvertido, respecto a determinar si corresponde o no que el MINISTERIO proceda a la ejecución de la fianza de fiel cumplimiento de contrato, por la suma de S/. 3'157,066.00 (tres millones ciento cincuenta y siete mil sesenta y seis con 00/100 nuevos soles), por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento.

En este aspecto el Tribunal considera lo dispuesto por el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el mismo que dispone:

Artículo 164.- Ejecución de garantías

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

(...)

2.

La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El

monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

En el presente caso, éste Tribunal por Resolución 01 de fecha 19 de noviembre de 2012, en la medida cautelar solicitada por el CONSORCIO, dispuso que el MINEDU se abstenga de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento otorgada por la empresa contratista hasta que no se resuelva el presente arbitraje. La medida se dispuso en cuanto a que la Entidad solo se abstenga de ejecutar la garantía en tanto se emita el laudo en este arbitraje.

- 11.35** Sin perjuicio de lo decidido en la referida Medida cautelar por este mismo Tribunal, se tiene que la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, conforme a la norma antes precisada, procede solo cuando la resolución de contrato formulada por la Entidad haya quedado consentida o cuando el laudo arbitral haya resuelto la decisión de resolver el contrato por parte de la Entidad. En el presente caso se observa que ninguno de los supuesto se presenta, en el sentido que no es materia de este proceso la resolución del contrato de la entidad, sino la formulada por la contratista. En consecuencia, el MINEDU, por los efectos legales de lo que se resuelva en el presente proceso y sus consecuencias procesales en la medida cautelar solicitada, podrá hacer valer su derecho en la vía e instancia correspondiente respecto a la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Conforme a ello, la primera pretensión en este extremo de pretender la ejecución de garantía, resulta improcedente.

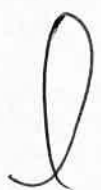

11.36 Tercer y cuarto Punto Controvertido:

El Tribunal se pronuncia con relación al tercer y cuarto puntos controvertidos que constituyen las pretensiones del CONSORCIO contenidas en su escrito de Reconvención y subsanada por escrito de fecha 13 de febrero de 2013.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 1'500,000.00 (Un Millón Quinientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de lucro cesante.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar al MINISTERIO el pago a favor del CONSORCIO de la suma de S/. 1'500,000.00 (Un Millón Quinientos Mil con 00/100 Nuevos Soles) por concepto de daño emergente.

En este extremo el CONSORCIO alega que su pretensión de pago indemnizatorio es por el concepto de daño patrimonial y extrapatrimonial. Conforme a los términos de su pretensión, tenemos que el CONSORCIO estaría alegando que el MINEDU habría incurrido en un supuesto de responsabilidad contractual y por tanto obligado a reparar el daño y



pagar una indemnización por concepto de lucro cesante y daño emergente.

- 11.37** Con relación a este punto controvertido debe considerarse la norma prevista en el Artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, la misma que prevé:

Artículo 44.- Resolución de los 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. Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

La segunda parte de la norma legal antes citada precisa que en el supuesto que se resuelva el contrato por causa imputable a una de las partes, la otra tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado producto del incumplimiento.

- 11.38** De acuerdo a un principio general el incumplimiento de obligaciones por una de las partes otorga a la parte perjudicada el derecho al resarcimiento, ello es, el derecho a la reparación de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento contractual.

En el presente caso, como se ha precisado y analizado en los considerandos precedentes no se han dado los efectos jurídicos respecto a la resolución de contrato formulada por el CONSORCIO. Se ha determinado en igual sentido, que conforme al contrato y las normas legales que lo regulan no se ha producido un incumplimiento de obligación contractual esencial por parte del MINEDU y en consecuencia la resolución de CONTRATO formulada por el CONSORCIO a través de su Carta N° 034-2012/C MDT-L, no resulta válida jurídicamente e inoponible al MINISTERIO.

- 11.39** Se ha determinado en igual forma que la resolución del contrato no procede debido a que no se ha producido causa imputable a la Entidad contratante. En consecuencia, al no configurarse la imputación del incumplimiento a la entidad, resulta que conforme a derecho no se produce la consecuencia jurídica del resarcimiento o la indemnización. La regla jurídica es que si no hay incumplimiento, no hay resolución del contrato, y que, si no se produce la resolución contractual no hay lugar a indemnización por daños y perjuicios. Así, este Tribunal considera que no es posible considerar que el MINEDU deba resarcir daños y perjuicios, pues no ha incurrido en un supuesto que haya dado lugar y ocasionado la resolución contractual. Conforme a ello, en este extremo



se procede a desestimar la pretensión del CONSORCIO en los extremos de indemnización por lucro cesante y por concepto de daño emergente.

11.40 Segundo Punto controvertido- Pago de costas y costos

En este punto, debe determinarse en que proporción les corresponde a las partes asumir las costas y costos originados del presente arbitraje.

De los actuados, el Tribunal Arbitral considera que, en aplicación del **Artículo 56.2** de la Ley de Arbitraje, se debe emitir pronunciamiento con relación a la asunción y distribución de los costos del arbitraje, ello es la fijación de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la secretaria y disponer la condena de los mismos.

De igual modo, el **Artículo 73°** de la Ley de Arbitraje establece los criterios al respecto.

Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

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



11.41 Con relación a los costos del arbitraje la Ley de Arbitraje establece:

Artículo 70°.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Por lo tanto, conforme se desprende de la Resolución 01 de fecha 16/11/12 se establecieron como anticipo de honorarios de la secretaria arbitral ad hoc la suma de S/. 24,000.00 (Veinticuatro mil con 00/100 Nuevos Soles) más IGV, que las partes deberán pagar en montos iguales, es decir, cada parte deberá



pagar la suma de S/. 12,000.00 (Doce mil con 00/100 Nuevos soles) más IGV, y como honorarios del Tribunal Arbitral se determinó la suma de S/. 45,000.00 (Cuarenta y cinco mil con 00/100 Nuevos Soles) netos para cada árbitro, que las partes deberán pagar en montos iguales, es decir, cada parte deberá pagar la suma de S/. 22,500.00 (Veinte dos mil quinientos y 00/100 Nuevos soles) más los impuestos que correspondan. Los referidos honorarios fueron pagados en su totalidad por el MINEDU.



11.42 Mediante Resolución N° 25, de fecha 21/11/13, se liquidó un nuevo anticipo de los honorarios provisionales, liquidación que fue separada; habiéndose aprobado los costos arbitrales de la reconvencción y de la medida cautelar, debiendo el Consorcio Clorinda Matto de Turner cancelar la suma de S/. 42,000.00 por honorarios del Tribunal Arbitral y S/. 21,000 por gastos de administración de la secretaria. Los referidos montos fueron reajustados por Resolución N° 34 de fecha 17/07/14, siendo los nuevos montos de S/. 31,752.00 neto por cada árbitro y S/. 15,876.00 por concepto de secretaria arbitral.

11.43 Por Resolución 27 del 16 de diciembre de 2013, se determinó una nueva liquidación de honorarios a ser pagados por el MINEDU, siendo el nuevo monto por la suma de S/. 90,000.00 (Noventa mil con 00/100 Nuevos Soles) netos para cada uno de los árbitros, siendo de cargo de la parte el pago de los impuestos de ley. Al referido monto se le restó ya abonado y determinado en la Resolución N° 1, existiendo por lo tanto un saldo de S/45,000.00 (cuarenta y cinco mil y 00/100 Nuevos Soles netos) que el MINEDU procedió a pagar a cada árbitro. Y, por gastos administrativos de la Secretaría Arbitral Ad Hoc por la suma de S/. 28,000.00 (Veintiocho mil con 00/100 de Nuevos Soles) netos para la secretaria arbitral más los impuestos de Ley. Al referido monto, en igual forma, se le restó la suma determinada en la Resolución N° 1, resultando un saldo de S/ 4,000.00 (Cuatro mil con 00/100 de Nuevos Soles) más IGV que el MINEDU pagó en su oportunidad.

En ese sentido el total de los montos referidos los párrafos anteriores por concepto de secretaria arbitral y de Tribunal Arbitral, se establecen en el presente laudo como honorarios definitivos.

11.44 Por otro lado, en aplicación del numeral 1 del **Artículo 73°** de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que, al no existir acuerdo en este extremo sobre la aplicación de los costos del arbitraje y verificar que parte debe asumir, o que estos deben estar a cargo de la parte vencida, el Tribunal debe resolver.

En concordancia con los considerandos anteriores, y considerando que ambas partes han tenido motivos de hecho, legales y jurídicos para atender y ejercer sus derechos derivados de la controversia generada en sus relaciones contractuales, el Tribunal arbitral determina que cada parte asuma el 50% del costo de los honorarios arbitrales fijados por el Tribunal en un primer momento



y luego cada parte asume la liquidación de honorarios separados conforme a la cuantía de sus pretensiones. En ese sentido, se verifica que el MINEDU en la primera liquidación de honorarios asumió el pago que le correspondía al CONSORCIO, en consecuencia a éste le corresponde cumplir con reembolsar a favor del MINEDU el monto total de S/. 67,500.00 (Sesenta y Siete Mil Quinientos con 007100 Nuevos Soles) más los impuestos que correspondan por concepto de honorarios arbitrales, y por concepto de secretaría arbitral la suma de 12,000.00 (Doce mil con 00/100 Nuevos soles) más IGV.

Por lo que, el Tribunal Arbitral, conforme a las consideraciones expuestas, en mayoría y ajustándose a derecho:

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **NO HA LUGAR** a la solicitud presentada por el MINISTERIO respecto a hacer efectivo el apercibimiento decretado por Resolución 34 en contra del CONSORCIO.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** en parte la pretensión del MINISTERIO en consecuencia declarar la **INVALIDEZ** e **INEFICACIA** de la resolución de contrato contenida en la Carta N° 034-2012/C MDT-L, dirigida por el CONSORCIO y recibida notarialmente por el MINISTERIO el 15 de marzo de 2012, respecto al Contrato N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29 de octubre de 2010.

TERCERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión del MINISTERIO en el extremo que se solicita ordenar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento emitida a su favor respecto al Contrato N° 256-2010-ME/SG-OGA-UA-APP de fecha 29 de octubre de 2010, sin perjuicio que pueda hacer valer su derecho en la vía e instancia correspondiente.

CUARTO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión del CONSORCIO contenida en su Reconvención sobre indemnización de daños y perjuicios por concepto de lucro cesante y daño emergente.

QUINTO: Declarar como **DEFINITIVOS** los montos determinados en el proceso por concepto de honorarios de tribunal arbitral y secretaría arbitral y DISPÓNGASE que cada parte asuma el cincuenta por ciento de los honorarios arbitrales fijados por Resolución 01 de fecha 16/11/12 y la parte que le corresponde a su liquidación de honorarios separados, en consecuencia se **ORDENA** al CONSORCIO reembolsar a favor del MINISTERIO la suma de S/. S/. 67,500.00 (Sesenta y Siete Mil Quinientos con 007100 Nuevos Soles) más los impuestos que correspondan y la suma de 12,

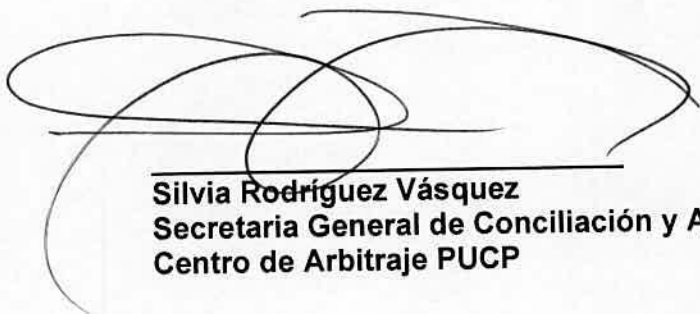
000.00 (Doce mil con 00/100 Nuevos soles) más IGV por concepto de honorarios de secretaría arbitral.



Julio César Guzmán Galindo
Presidente del Tribunal Arbitral



Luis Fernando Pebe Romero
Árbitro



Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP

Exp. N° 301-71-12

Ministerio de Educación-Unidad Ejecutora 108 - Consorcio Clorinda Matto de Turner.

RESOLUCIÓN N° 45

Lima, 23 de enero de 2015

VOTO SINGULAR DEL ÁRBITRO AURELIO MONCADA JIMENEZ

CONSIDERANDOS:

PRIMERO.- La relación documental entre la solicitud de adelanto de materiales y la carta fianza. La solicitud de adelanto de materiales de fecha 21 de setiembre de 2011, presentada por el Consorcio va acompañada de una Carta Fianza de fecha 22 de Julio de 2011, denominada Carta Fianza N° 02-220711/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES. Sin embargo es evidente que, jurídicamente, la carta fianza no garantiza la solicitud, pues las cartas fianza solo puede garantizar obligaciones y no solicitudes. En ese sentido, resulta necesario definir la naturaleza jurídica de la carta fianza.

SEGUNDO.- Naturaleza de las Cartas Fianza.- Las cartas fianza son documentos específicos de garantía que constituyen contratos de fianza, a los cuales le es aplicable la regulación del Código Civil, el cual establece con meridiana claridad en su artículo 1868°, que por la fianza el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. Esta definición de carácter imperativo legal es fundamental para la solución del caso materia de discusión.

TERCERO.- Diferencia esencial entre obligación y prestación.- No hay duda que el CONSORCIO resolvió el contrato porque el MINEDU no ejecutó la prestación de adelantar materiales. Sin embargo, para el MINEDU no existe prestación inejecutada pues nunca surgió la obligación de prestar materiales. El problema jurídico radica en que para el MINEDU dicha obligación no habría surgido porque la carta fianza ofrecida por el CONSORCIO no cumplía los requisitos legales, argumento cuya suficiencia es preciso analizar como elemento esencial de la decisión que se toma en este laudo.

CUARTO.- La validez de la solicitud de adelanto de materiales. En ese orden de ideas, el acto unilateral del CONSORCIO contenido en la carta CMDT, de fecha 21 de septiembre de 2011, por el cual solicita la atención por adelanto de materiales, no presenta vicios que afecten su validez interna, como afirma la demandante al sostener que se “afecta la validez de su propia solicitud de adelanto de materiales”. Este Tribunal considera que los argumentos de la demandante son de fondo, es decir, cuestionan que ella haya incumplido con alguna obligación, y que dicho incumplimiento generase el derecho de la demandada a resolver el contrato.

QUINTO.- El argumento central de la demandante para considerar que no le es oponible la resolución de contrato efectuado por la demandada. No existe controversia entre las partes sobre el punto central que MINEDU sostiene para considerar que no ha incumplido obligación alguna al no ejecutar la atención del pedido efectuado por el CONSORCIO. Específicamente, la demandante sostiene que la carta fianza que acompañaba el pedido de adelanto de materiales fue emitida por una entidad que no es supervisada por la SBS, ni se encuentra incluida en la lista de bancos extranjeros de primera categoría que publica

periódicamente el BCR. Es entonces necesario determinar si ese era un argumento suficiente para finalmente no ejecutar la atención del pedido.

SEXTO.- El carácter obligacional de la atención al pedido de adelanto de materiales. La demandante sostiene en su demanda que era una facultad de ella atender al pedido, conforme con el artículo 38° de la Ley de Contrataciones del Estado. Sin embargo, aquella afirmación no es del todo precisa, al haberse pactado de forma expresa este punto en la cláusula novena del contrato, aquel pedido no sería una mera facultad, sino una obligación esencial y determinable que el MINEDU tenía que cumplir, debido a que se ha pactado de manera expresa en el contrato que ha suscrito con el CONSORCIO, más aún cuando el MINEDU una vez de haber aceptado en atender un pedido de adelanto de materiales; por lo que, dicha atención se convierte en una expectativa que se enmarca dentro de lo que se denomina una obligación determinable que se convierte en determinada, al señalarse los términos de ejecución de la misma, más aún si los lineamientos para determina dicha obligación fue señalada de forma expresa en el referido contrato, por lo que, dicha obligación como veremos a continuación, resulta de necesario cumplimiento por la forma como fue pactada, al ser esencial para la ejecución del contrato que fue suscrito entre las referidas partes.

Este mandato tiene carácter imperativo, es decir, de obligatorio cumplimiento para ambas partes. Al respecto el Jurista Manuel de la Puente y Lavalle dice¹:

“Son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. La característica, pues, de las leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares, de tal manera que como dice SACCO, entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad, y no de mera derivación lógica.”

Puesto que, conforme se desprende de la cláusula novena del contrato suscrito, en cuanto a los adelantos, a diferencia de lo que dispone el artículo 38 de la Ley y

¹ El Contrato en General-Tomo I, pág. 210, Editores Palestra.

el 186 del Reglamento, al describir como una facultad de la unidad ejecutora de entregar los adelantos, en la referida cláusula se estipula de forma clara y expresa, la obligación esencial por parte del MINEDU de entregar dichos adelantos:

"El ministerio a solicitud del CONTRATISTA, entregará a este dentro del plazo máximo de siete (7) días calendario de haber recibido la solicitud formal y la garantía correspondiente, un Adelanto Directo que en ningún caso excedera el veinte por ciento (20%) del monto del contrato....(...)"

El MINISTERIO, a solicitud de el CONTRATISTA, entregará a éste Adelantos por Materiales o insumos que se utilizarán en la Obra, los que en conjunto no deben superar el cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato, concordante con las fechas establecidas en su Calendario de adquisición de materiales, para lo cual deberá presentar Carta Fianza, con las características de solidaria, incondicional e irrevocable, de realización automática con el sólo requerimiento, extendida a favor de EL MINISTERIO, por un monto igual al del adelanto, incluido IGV y vigente hasta la entrega de materiales o insumos a satisfacción del MINISTERIO, pudiéndose reducirse de forma proporcional conforme se cumpla el avance de obra, lo cual debe ser verificado y aprobado por el Inspector y Supervisor, ..(...)"

En tal sentido, podemos advertir que en relación a los adelantos tanto en lo que se refiere al monto inicial como el correspondiente a los materiales o insumos que se requiera para la ejecución de la obra, se encuentran regulados en el mismo contrato de obra, los cuales tienen la naturaleza jurídica de ser obligaciones oponibles a la entidad ejecutora, las mismas que son determinables, de acuerdo a las especificaciones señaladas en dicha cláusula, en cuanto los requisitos de la solicitud, los porcentajes máximos a requerir y posibles fechas de solicitud, así como la fecha de entrega de los mismos.

En la misma línea de lo expuesto, el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, en Opinión N° 064-2014/DTN, ha sostenido lo siguiente:

"En primer lugar, debe indicarse que la entrega de los adelantos, además de constituir una facultad de la Entidad, tiene por finalidad otorgar

financiamiento y/o liquidez a los contratistas para facilitar la ejecución de sus prestaciones; evitándose, de esta manera, que deban recurrir a fuentes externas de financiamiento, lo que generaría el incremento del costo de la contratación.

Ahora bien, independientemente de la modalidad de ejecución contractual a través de la cual se ejecute la obra, el primer párrafo del artículo 38 de la Ley establece las condiciones generales para la entrega de los adelantos, indicando que "A solicitud del contratista, **y siempre que haya sido previsto en las Bases**, la Entidad podrá otorgar adelantos en los casos, montos y condiciones señalados en el Reglamento." (El resaltado es agregado).

Al respecto, debe señalarse que las Bases integradas forman parte del contrato, de conformidad con lo indicado por el artículo 142 del Reglamento, motivo por el cual sus disposiciones tienen carácter obligatorio para las partes.

En esa medida, para que el contratista pueda solicitar adelantos, además de cumplir con las condiciones establecidas en el Reglamento, es necesario que, previamente, la Entidad haya establecido dicha posibilidad en las Bases, las mismas que, al formar parte integrante del contrato, son obligatorias para las partes."

De igual manera, el Laudo de Derecho de fecha 10 de febrero del 2010, emitido en el proceso arbitral seguido por el Consorcio Pisco contra el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, señala lo siguiente:

"(...) de conformidad con el Artículo 1361 del Código Civil, citado como marco concetual, "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos", es decir, cuando se habla de un contrato obligatorio, como el presente contrato, surgen dos maneras diferentes de entenderlos, la primera, como acto jurídico que crea obligaciones, para distinguirlo de otros actos jurídicos plurilaterales (convencionales) que crean relaciones jurídicas o derechos de otra naturaleza, por ejemplo, familiares o reales; y segundo, se puede entender como generador de un efecto obligatorio. Esta segunda acepción es la que recoge el contrato suscrito entre las partes. **Por consiguiente, esta obligatoriedad del contrato establece un vínculo o atadura que obliga a las partes a su cumplimiento.**

En ese entendido, la obligación de la Entidad derivada del contrato y específicamente de la cláusula quinta, es la de financiar la obra, y la obligación del contratista, es la de ejecutar la obra, pero para ello necesita que la Entidad cumpla con el financiamiento, que ésta expresado en los adelantos directo y de materiales." (el subrayado y sombreado es nuestro)

En consecuencia, no puede admitirse el señalar que la aceptación de la solicitud de adelantos fue una mera facultad de la unidad ejecutora, que bien podría optar por rechazarlos discrecionalmente, sino más bien, aquella figura jurídica para el caso materia análisis, fue estipulado como una obligación determinable, que una vez determinada con la aceptación de atender dicha solicitud con ciertas observaciones que no cuestionaban la validez de la carta fianza expedida por COOPEX, generando una expectativa de ser cumplida por parte del MINEDU, al haberse determinado dicha obligación, que por la forma que fue pactada en la referida cláusula novena, era una obligación de esencial cumplimiento por la unidad ejecutora para la ejecución del contrato.

SÉTIMO.- La demandante aceptó realizar la atención al pedido de adelanto de materiales. La demandante emitió el Oficio N° 7034-2011-ME/VMGI-OINFE de fecha 16 de Diciembre de 2011 afirmando que para pagar el adelanto de materiales la demandada debía remitir una carta notarial con firma legalizada en la cual se convaliden las firmas consignadas en los documentos previos, es decir que aceptó atender un pedido cierto de adelanto de materiales, con constancia notarial, no realizando observación adicional alguna relacionada a la validez de la carta fianza a ser entregada.

OCTAVO.- Manifestación de voluntad tácita.- La manifestación de voluntad es tácita cuando se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, conforme lo establece el artículo 141° del Código Civil. La disposición del MINEDU de realizar el adelanto de materiales se infiere de todos su comportamiento el desarrollo de la relación contractual entre las partes, de la ausencia de una negativa expresa y directa a realizar dicho adelanto y del propio texto de la demanda arbitral en el que la demandante señala

que la prestación no se realizó por cuanto no se ofrecía adecuadamente una carta fianza.

NOVENO.- Aceptación de la atención del pedido.- De acuerdo con las reglas de la buena fe en la ejecución de los contratos, la demandante generó por escrito las expectativas necesarias, en el sentido que si estaba dispuesta a adelantar los materiales. En tal sentido, es necesario enfatizar que el MINEDU acepto atender el pedido de adelanto de materiales, de acuerdo a las Bases y según lo dispuesto en la Cláusula Novena del contrato, siendo más que una facultad, una obligación determinable, que se determinó con precisión sin perjuicio de solicitar detalles formales como es el caso de la constancia notarial de las firmas, no señalando en dicha oportunidad alguna otra observación adicional. La obligación existía entonces, lo que estaba pendiente era cumplirla ejecutando la prestación efectiva del pago de adelanto de materiales.

DÉCIMO.- El otorgamiento de carta fianza no es jurídicamente una condición para el surgimiento de la obligación de atender el pedido. La libertad de aceptar la atención al pedido de adelanto de materiales no está condicionada al otorgamiento de una carta fianza, por ninguna norma, ni podría estarlo. Como ya se ha explicado la carta fianza no puede garantizar jurídicamente un pedido, ni tampoco podría condicionar una aceptación libre, sino que garantiza las obligaciones del CONSORCIO en relación con el uso de los materiales que efectivamente se adelanten. La demandante pretende que este Tribunal establezca como regla general una relación de condicionalidad entre el otorgamiento de la fianza y el ejercicio de su libertad de aceptar la atención a un pedido del contratista. Ello no es viable pues no está previsto en la Ley, ni tampoco sería jurídicamente posible dada la discrecionalidad que se establece y requiere en este caso.

DÉCIMO PRIMERO.- La obligación de garantizar del CONSORCIO sobre su solicitud de adelanto de materiales. Es cierto también que la aceptación de la atención al pedido de adelanto de materiales y el adelanto efectivo de dichos materiales, genera que la demandada tuviese que garantizar sus obligaciones que surgen en reciprocidad a dicho adelanto, de acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

DÉCIMO SEGUNDO.- La obligación de garantizar no es recíproca a la obligación de adelanto de materiales.- El adelanto de materiales genera obligaciones recíprocas de la demandada vinculadas directamente a dicho adelanto y a la realización de la obra. Sin embargo, no se puede establecer idéntica reciprocidad entre la obligación de adelanto de materiales del MINEDU y la obligación de fianza del CONSORCIO, pues no es esa la relación jurídica que establece la Ley, ni es tampoco lo que corresponde a la naturaleza jurídica de una carta fianza, que es accesoria respecto de la obligación principal de la demandada.

DÉCIMO TERCERO.- Garantía otorgada por tercero.- En el caso concreto, la reciprocidad entre la garantía y la obligación principal no solo es jurídicamente imposible, sino que además tratándose de una fianza otorgada por un tercero que no forma parte de la relación contractual principal, no podría establecerse relación directa entre la obligación de un tercero, que está condicionada al incumplimiento del afianzado, y la obligación de entrega de adelanto por materiales que le corresponde a MINEDU.

DÉCIMO CUARTO.- Regulación civil de las prestaciones recíprocas.- El artículo 1426° del Código Civil establece que “En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”. La simultaneidad y la garantía a las que se refiere esta norma son fundamentales para resolver el presente caso.

DÉCIMO QUINTO.- No existe simultaneidad entre las prestaciones de las partes.- La prestación de adelanto de materiales del MINEDU es recíproca respecto de las prestaciones que el CONSORCIO debe cumplir con el uso de dichos materiales aplicados directamente a la obra a su cargo, sin embargo es evidente que no existe simultaneidad entre ellas, pues el adelanto de materiales es, por la naturaleza de las cosas, necesariamente previo para que se puedan iniciar las prestaciones recíprocas que suponen el uso de estos materiales.

DÉCIMO SEXTO.- No existe el derecho de suspender la ejecución voluntaria de la prestación.- La suspensión de la prestación de adelanto de materiales solo podría ocurrir si la contraprestación debiera cumplirse simultáneamente, pero dado que no es así, el MINEDU debía ejecutar su prestación. No era este el supuesto legal ni fáctico que le permitía a la demandante dejar de ejecutar la prestación que correspondía a la obligación que había asumido.

DÉCIMO SÉTIMO.- La exigencia de garantía solo opera en el caso de prestaciones recíprocas simultáneas.- En el mismo orden de ideas, y de conformidad con el artículo 1426° del Código Civil, no cabe exigir garantía del cumplimiento de la contraprestación recíproca cuando la prestación no debe cumplirse simultáneamente. El MINEDU plantea su demanda arbitral alegando como si existiese reciprocidad entre el adelanto de materiales y la obligación de

carta fianza, sin embargo como ya hemos analizado la carta fianza no es prestación principal, y solamente tiene el rango de garantía por ser accesoria. Dicha garantía, reiteramos, no era exigible como condición suspensiva para adelantar los materiales, lo cual significa que era exigible de manera autónoma e independiente como lo manda la Ley.

DÉCIMO OCTAVO.- Rechazo de la fianza.- Mediante Oficio N° 4894-2011-ME/VMGI-OINFE la demandante rechazó la carta fianza presentada por la demandada, sin embargo de dicho acto unilateral no se desprende un rechazo de la solicitud de adelanto de materiales, por el contrario y de acuerdo con lo expuesto en estos fundamentos, el demandante manifestó su disposición a adelantar los materiales, lo cual en un contexto de discrecionalidad implica aceptación. El rechazo expreso de la carta fianza entonces es un acto plenamente distinto respecto de la aceptación de adelanto de materiales que no se llegó a ejecutar. Además dicho rechazo no tiene eficacia jurídica por razones que se analizan en estos fundamentos.

DÉCIMO NOVENO.- Justificación de la resolución contractual.- La obligación de adelantar materiales configurada sobrevenidamente, luego de la aceptación de la solicitud de la demandada, constituía un elemento esencial e indispensable para la continuación de la obra, más aún que siendo una obligación determinable, dicha obligación se determinó con la aceptación del MINEDU en otorgar dichos adelantos, lo cual no ha sido controvertido de manera principal por la demandante; en tal sentido la adecuada resolución se verifica cuando el programa contractual no es capaz de desarrollar la propia función que es aquella de asegurar la satisfacción de los intereses de los contratantes (*Gazzoni, Francesco. Manuale de Diritto Privado. Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1998. p. 949*)

VIGÉSIMO.- El ejercicio del derecho de resolución.- Elemento central de la controversia que se resuelve en esta decisión es determinar si existía el derecho de la demandada a resolver el contrato, derecho que efectivamente se configuró ante un incumplimiento de la demandante que impedía razonablemente ejecutar las prestaciones principales a cargo del CONSORCIO, en ese orden de ideas se confirma aquí que “la resolución es remedio dado en interés particular de un contratante: aquel que sufre el incumplimiento de la contraparte (...). Y, en efecto, es de su interés particular ser liberado del vínculo contractual y en particular de los propios compromisos de la prestación”. (*Roppo, Vincenzo, El contrato. Gaceta Jurídica, Lima, 2009. p. 859*)

En ese sentido, el CONSORCIO realizó el ejercicio de un derecho respecto del cual estaba facultado en realizar, ante el incumplimiento del MINEDU en otorgar dicho adelanto, obligación que ya había sido determinada y que la unidad ejecutora se negó a dar cumplimiento, señalando que la carta fianza que otorgó el CONSORCIO no contaba con las suficientes garantías, negándose el MINEDU a dar cumplimiento con dicha obligación, pese a que, el CONSORCIO contaba con una medida cautelar que ordenó a dicha unidad ejecutora a recepcionar la referida carta fianza; no obstante, pese a dicha orden judicial, que si bien posteriormente fue revocada por la Sala Superior, el referido Ministerio no lo ejecutó, lo que afectó a que el CONSORCIO de cumplimiento en la ejecución del contrato que suscribió con dicha Entidad.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Pretensión Judicial de la demandada.- La demandada obtuvo judicialmente un mandato cautelar que ordenaba a la demandada aceptar la carta fianza. Lo que aún sin dicho mandato judicial existía un incumplimiento contractual de la demandante que facultaba a la demandada a resolver el contrato, pues dicho mandato judicial se relaciona con el ámbito de la garantía que como ya hemos analizado no es una obligación recíproca, ni mucho menos simultánea

con la prestación de adelanto de materiales que MINEDU debía ejecutar en cumplimiento de su obligación.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El mandato judicial de aceptar la fianza.- La demandante fue notificada con la resolución judicial cautelar del Segundo Juzgado Civil de Maynas, que le ordenaba cumplir con aceptar la Carta Fianza N° 02-220711/COOPEX/ADELANTO DE MATERIALES a favor del MINEDU, mandato que fue reiterado mediante resolución N° 03 del 6 de Enero de 2012. Es evidente entonces que existió un mandato judicial que no fue estrictamente cumplido en su momento por la demandante, y que permite constatar la ineficacia jurídica del rechazo de la fianza contenido en el Oficio N° 4894-2011-ME/VMGI-OINFE.

Es así, que el art. 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece: *"...toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente en su propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, ni restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala."*

VIGÉSIMO TERCERO.- Carácter judicial de la medida cautelar.- No puede ser considerado un argumento relevante o decisivo para resolver esta controversia el hecho que no se haya acudido previamente a la vía arbitral para exigir la aceptación de la carta fianza, o eventualmente para discutir sobre la viabilidad de la resolución contractual, pues el único hecho judicial jurídicamente pertinente para estos efectos es que efectivamente se emitió una medida cautelar en sede judicial que estuvo oportunamente vigente respecto de los hechos que se discuten en este caso y que ordenaba la aceptación de la carta fianza; la cual al no haber sido acatada, más que acreditar la intención del CONSORCIO en querer eludir el

cumplimiento de la ejecución de dicha obra, reafirma la intención de la demandada en querer dar cumplimiento del contrato que suscribió con el MINEDU.

Asimismo, de acuerdo lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje:

"4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho."

Por lo que, muy lejos de la interpretación que otorga la parte demandante, al señalar que no puede admitirse y dar cumplimiento de una medida cautelar expedida por una autoridad judicial previa a la constitución del tribunal arbitral o iniciar la conciliación que se suscribió en el referido contrato de obra, dicha afirmación no tiene sustento jurídico debido a que la misma Ley de Arbitraje dispone de manera expresa que dichas medidas cautelares de ser expedidas y ejecutadas no son incompatibles con el Arbitraje o consideradas una renuncia a esta vía; sino más bien, es una forma válida de procurar dar garantía de los intereses de la parte afectada y evitar la frustración de las posibles pretensiones que pueda iniciar dicha parte en la vía arbitral, que por las circunstancias en las cuales se encuentra requiere del cumplimiento urgente de ciertas medidas en cautela de procurar la no frustración de dichas pretensiones, que en este caso pudo haber sido el cumplimiento de las obligaciones esenciales a las que se comprometió en ejecutar el MINEDU y que ante la reiterada negativa arbitraria de esta Entidad, el CONSORCIO decidió resolver el referido contrato.

VIGÉSIMO CUARTO.- Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.- La demandante al incumplir el mandato judicial agredió directamente

un derecho de la demandada CONSORCIO, que es el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Así lo ha establecido con toda claridad el Tribunal Constitucional en la decisión emitida en la STC 03515-2010-PA/TC al incorporar junto al derecho a la efectividad del cumplimiento de las resoluciones, el concepto del plazo razonable, de manera que no tienen eficacia jurídica las justificaciones que la demandante planteó para dilatar el cumplimiento de una orden judicial.

Así tenemos:

"(...) el cumplimiento de los mandatos judiciales en sus propios términos debe llevarse a cabo de forma inmediata, a fin de garantizar una tutela adecuada a los intereses o derechos afectados de los justiciables. El no cumplimiento inmediato de un mandato judicial, por el contrario, puede afectar no solo a quien es la parte vencedora en el proceso (esfera subjetiva), sino también a la efectividad del sistema jurídico nacional (esfera objetiva), pues, evidentemente, de qué serviría pasar por un largo y muchas veces tedioso proceso, si al final, a pesar de haberlo ganado, quien está obligado a cumplir con el mandato resultante no lo hace; es por ello que, de darse tales circunstancias, se estaría frente un problema real que afectaría per se el derecho fundamental a la ejecución de pronunciamientos judiciales, contenido de la tutela jurisdiccional efectiva."

VIGÉSIMO QUINTO.- La validez de la fianza.- Es un hecho no controvertido que la empresa fiadora del CONSORCIO fue incluida en la página de OSCE como institución autorizada para emitir cartas fianza, por mandato judicial cautelar notificado a OSCE el 5 de Octubre de 2011. Dicha decisión cautelar estuvo vigente mientras MINEDU debía cumplir su obligación de procurar el adelanto de materiales, y en todo caso, las dudas sobre la fianza no eran obstáculo para que cumpliera una obligación que libremente había asumido, pues como ya hemos explicado el otorgamiento de fianza no es una prestación recíproca, ni simultánea, respecto del adelanto de materiales.

VIGÉSIMO SEXTO.- Negativa no razonable al cumplimiento de la prestación.-

Es evidente entonces que al existir una obligación de atender el pedido de materiales, cuya ejecución no era jurídicamente recíproca con el otorgamiento de fianza y, además, encontrándose vigente un mandato judicial que ordenaba aceptar la carta fianza, la cual según la demandante era condición para el cumplimiento de la prestación, no existía un motivo razonable para no ejecutarla, sino todo lo contrario, existían múltiples razones para actuar con inmediatez en dicho cumplimiento.

Es por ello y dentro de este contexto de hechos que, el CONSORCIO de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, decide resolver el contrato que suscribió con el MINEDU, en tanto que los adelantos por materiales a ser otorgados por dicha Entidad eran obligaciones esenciales para dar cumplimiento de la ejecución del referido contrato.

En ese sentido, es que el CONSORCIO al ver afectado con un menoscabo en su esfera patrimonial por responsabilidad exclusiva del MINEDU, en la contestación de la demanda, solicita una reconvención demandando la indemnización por daños y perjuicios en base a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 44.- Resolución de los 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.

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

Siendo que, en dicha reconvención se solicita como pretensión que el MINEDU indemnice al CONSORCIO por la afectación de supuestos daños patrimoniales

referidos al daño emergente, lucro cesante y por daño a la persona, que según analizaremos a continuación, señalaremos si corresponde otorgar.

VIGÉSIMO SÉTIMO.- Daño emergente.- El CONSORCIO actúa como reconviniente reclamando que se ordene a MINEDU pagar S/. 1'500,000 (Un millón quinientos mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de daño emergente, para lo cual es necesario establecer si existen nexo causal y daño que justifiquen declarar fundada esta pretensión.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Marco jurídico del daño emergente.- El daño emergente viene a ser la pérdida patrimonial efectivamente sufrida ante el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito, lo cual implica un empobrecimiento; que comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros. Es en consecuencia una disminución de la esfera patrimonial del afectado como efecto directo del hecho dañoso.

VIGÉSIMO NOVENO.- Daño injusto.- Está acreditado que en el momento en que el MINEDU contrajo la obligación de atender el pedido de adelanto de materiales, generó una legítima expectativa en el CONSORCIO sobre la inmediata ejecución de la prestación que cumpliera con dicha obligación. Tal prestación no se produjo y por lo tanto existe conexión directa entre esta omisión y los daños que el CONSORCIO haya sufrido al actuar o dejar de actuar en consecuencia con la expectativa generada, motivo por el cual queda acreditado el referido nexo causal; así como, la actitud del MINEDU en no dar cumplimiento con la obligación determinada y esencial, nacida con la expectativa de aceptar la entrega del adelanto de materiales, la cual no fue ejecutada indicando que la carta fianza que otorgó el CONSORCIO no brindaba las garantías necesarias, cuando existía y

estaba vigente una medida cautelar judicial, la cual pese a ser publicada en la página web de OSCE para que se acepte las cartas fianzas que otorgaba la empresa que otorgó la carta fianza, la unidad ejecutora nuevamente incumplió con la obligación legal de cumplimiento a las órdenes judiciales, en ese sentido, se configura lo que en doctrina se denomina el factor de atribución- al existir dolo o intención-, como elemento esencial que debe tener aquel hecho que se imputa como pasible de generar responsabilidad civil.

TRIGÉSIMO.- Lucro cesante.- El CONSORCO actúa como reconviniendo reclamando que se ordene a MINEDU pagar S/. 1'500,000 (Un millón quinientos mil y 00/100 nuevos soles) por concepto de lucro cesante, para lo cual es necesario establecer si existen nexo causal y daño que justifiquen declarar fundada esta pretensión.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Marco jurídico del lucro cesante.- El lucro cesante es la ganancia que se haya dejado de obtener por consecuencia del hecho del que se es responsable. El concepto de lucro cesante se circunscribe a la lesión de un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto, deduciendo gastos, que se hubiese podido obtener como consecuencia del incumplimiento contractual por el deudor.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Justificación de la indemnización de lucro cesante.- Todo concepto que hubiera percibido el CONSORCIO si la relación contractual hubiese continuado su tránsito normal es parte del lucro cesante, y tiene causalidad directa con el incumplimiento del MINEDU en el adelanto de materiales solicitado y aceptado. Sin embargo, el CONSORCIO no ha acreditado cual fue

aquello que dejó percibir como consecuencia del incumplimiento del MIEDU, por lo tanto, se debe desestimar dicha pretensión en ese extremo.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Falta de fundamento jurídico del daño a la persona.-

Jurídicamente no es posible en este caso ingresar a analizar elementos de prueba sobre un supuesto daño a la persona, pues para que este se configure no es suficiente cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, natural o jurídica, el cual en este caso es incierto, sino que debe tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado, en proceso de ejecución y desarrollo el cual se frustra en forma abrupta; no obstante no existe prueba alguna en el expediente que ello haya sucedido. Asimismo, se debe tomar en cuenta que la parte demandada se ha desistido de esta pretensión, la misma que fue aprobada mediante Resolución N° 33 de fecha 30/05/14. En ese sentido, atendiendo a estos fundamentos es que se debe desestimar esta pretensión solicitada por el CONSORCIO en la reconvención de la presente demanda referente al daño a la persona.

LAUDO:

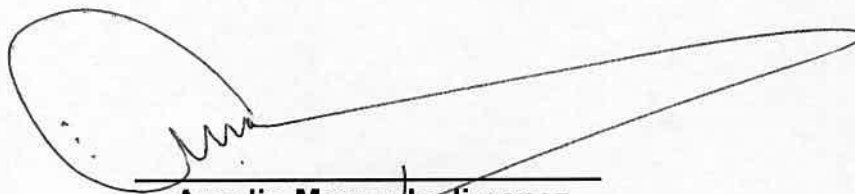
DECLARO INFUNDADA la pretensión principal de la demandante MINEDU, en tanto la resolución de contrato efectuada por el CONSORCIO resulta plenamente oponible y válida.

DECLARO FUNDADA la pretensión principal del reconviniente CONSORCIO y en consecuencia ORDENO a MINEDU pague S/. 1,500,000 por concepto de daño emergente.

DECLARO INFUNDADA la pretensión principal del reconviniente CONSORCIO de indemnizar por concepto de lucro cesante

DECLARO INFUNDADA la pretensión principal del reconviniente CONSORCIO de indemnización por daño a la persona

Declarar como **DEFINITIVOS** los montos determinados en el proceso por concepto de honorarios de tribunal arbitral y secretaria arbitral y DISPÓNGASE que las costas y costos serán asumidos por el MINEDU.



Aurelio Moncada Jimenez
Árbitro



Silvia Rodríguez Vásquez
Secretaria General de Conciliación y Arbitraje
Centro de Arbitraje PUCP