

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)
María Jesús Bustos De la Cruz
Daniel Triveño Daza

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL SEÑOR JOEL JOSÉ SALAZAR SALCEDO, EL GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DOCTOR CARLOS LUIS BENJAMIN RUSKA MAGUIÑA, EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL, MARÍA JESÚS BUSTOS DE LA CRUZ, ÁRBITRO Y DANIEL TRIVEÑO DAZA, ÁRBITRO.

RESOLUCIÓN N° 119

Cusco, cuatro de agosto
del año dos mil quince.-

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El día 18 de julio de 2008, el señor Joel José Salazar Salcedo (en adelante, DEMANDANTE o SEÑOR SALAZAR o CONTRATISTA) y el Gobierno Regional Cusco (en adelante, DEMANDADO o GOBIERNO CUSCO o ENTIDAD) suscribieron el Contrato N° 513-2008-GR CUSCO/PR para la "Contratación de obras para las actividades de mantenimiento periódico de diversos tramos carreteros del Cusco" (en adelante CONTRATO), por el monto de S/. 13'691,990.65 (Trece millones seiscientos noventa y un mil novecientos noventa y 65/100 Nuevos Soles).
2. En la cláusula décimo novena del CONTRATO, ambas partes decidieron que cualquier controversia que surja desde la celebración del CONTRATO se resolvería mediante arbitraje.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

3. El día 28 de enero de 2010 en la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, se llevó a cabo la Instalación del Tribunal Arbitral conformado por el doctor Leonardo Quintana Portal, en calidad de Presidente, María del Carmen Díaz Muñoz, árbitro y Álvaro Luis Morante Ángeles, árbitro, con la presencia de los representantes de las partes.
4. El Tribunal Arbitral declaró haber sido debidamente designado, de conformidad con el convenio arbitral suscrito entre las partes y lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE), ratificando su aceptación al cargo y señalando que no tenía ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
5. En dicho acto, el Tribunal Arbitral consideró necesario delimitar como norma aplicable al presente proceso, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante LEY) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante REGLAMENTO), así como las disposiciones aplicables de manera supletoria del Código Civil.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

6. Posteriormente, el GOBIERNO CUSCO formuló ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral. Dicha Institución emitió la Resolución N° 055-2012-OSCE/PRE, declarando fundada la recusación contra el íntegro de los miembros del colegiado y resolvió designar en su reemplazo al abogado Carlos Ruska Maguiña en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral; a la ingeniera María Bustos De la Cruz, árbitro, y al abogado Daniel Triveño Daza, árbitro. En ese sentido, mediante Resolución N° 61, de fecha 8 de mayo de 2012, se declaró reconstituido el Tribunal Arbitral.

III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL SEÑOR SALAZAR

7. El SEÑOR SALAZAR presenta su demanda arbitral con fecha 30 de abril de 2010, cuyas pretensiones procedemos a señalar a continuación. Para ello, se tratará en el acápite de cuestiones generales, aquellos hechos transversales y comunes a las distintas pretensiones y en el acápite de cuestiones específicas, cada una de las solicitudes de arbitraje:

III.1. Cuestiones generales de las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE

Fundamentos de Hecho

8. Conforme a lo indicado por el DEMANDANTE, luego de la firma del CONTRATO, remitió a la ENTIDAD la Carta Notarial N° 074-2008- JS con fecha 5 de diciembre de 2008, dando cuenta del incumplimiento en el que incurría GOBIERNO CUSCO al no haber absuelto desde el mes de agosto de 2008, las observaciones formuladas a los Expedientes Técnicos y sus adicionales, las cuales fueron comunicadas por el CONTRATISTA a la ENTIDAD y a la Supervisión, mediante anotaciones en el cuaderno de obra y cartas sustentadoras, lo que a decir del DEMANDANTE, ha impedido el avance regular de la obra.
9. Asimismo, el DEMANDANTE afirma haber suscrito el 12 de diciembre de 2008, un Acta de Acuerdos conjuntamente con la ENTIDAD y la Supervisión, arribando a diversas conclusiones sobre la ejecución de la obra. Entre ellos, el CONTRATISTA destaca el punto sexto, por el que se deja constancia del acuerdo sobre la reformulación de los Expedientes Técnicos observados.
10. De igual forma, el CONTRATISTA indica que en el punto cuarto de la referida Acta, se ha acordado que los adicionales de obra se evaluarían en forma global, conforme a la LEY y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 265° del REGLAMENTO.
11. Posteriormente, con fecha 5 de febrero de 2009 el CONTRATISTA remitió a la ENTIDAD la Carta notarial S/N, reiterando el incumplimiento de la ENTIDAD del punto sexto del Acta de Acuerdo.
12. Respecto al Adicional N° 2, el DEMANDANTE señala que mediante Asiento N° 85 del cuaderno de obra solicitó dicho adicional y el Supervisor aprobó la presentación del mismo, conforme se aprecia en el asiento N° 93.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguina (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

13. Conforme lo señalado por el DEMANDANTE, con Carta N° 101-2009/JS de fecha 11 de junio de 2009, solicitó a la ENTIDAD la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Yanaoka - Livitaca. No obstante, mediante Carta N° 80-2009/FIDA de fecha 17 de junio de 2009, la Supervisión ha informado a la ENTIDAD sobre la improcedencia del Adicional de obra N° 2.
14. Ante ello, el DEMANDANTE solicitó la emisión de la resolución correspondiente, remitiendo la Carta N° 128-2009/CH de fecha 22 de julio de 2009, sosteniendo que el Adicional N° 2 ha sido aprobado. Asimismo, mediante Carta Notarial N° 122-2009-JS de fecha 22 de julio de 2009, el CONTRATISTA comunica a la ENTIDAD la decisión de resolver el CONTRATO.
15. Al respecto, la Oficina de Supervisión, Liquidación y Transferencia de Proyectos de Inversión (en adelante, Oficina de Supervisión) remitió a la Gerencia General Regional un Informe de fecha 31 de julio de 2009, comunicando información complementaria sobre la improcedencia del Adicional N° 2 por falta de disponibilidad presupuestal y solicita la emisión de la resolución respectiva, lo que en opinión del DEMANDANTE fue tardío, toda vez que la Oficina de Supervisión ha tenido encarpetao el adicional N° 2 por 34, 39, 44 y 49 días calendarios.
16. En atención a lo expuesto, el SEÑOR SALAZAR indica que solicitó a la ENTIDAD el inicio del arbitraje respectivo, por no encontrarse de acuerdo con la resolución de improcedencia del Adicional N° 2 y por considerar que la ENTIDAD nunca quiso dar solución a los problemas surgidos de los Expedientes Técnicos.

III.2. Cuestiones específicas sobre cada una de las solicitudes de arbitraje

III.2.1. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 02 – Tramo Yanaoka – Livitaca

Primera pretensión principal

17. El DEMANDANTE solicita lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Yanaoka – Livitaca, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguina (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

18. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 399,037.74 (Trescientos noventa y nueve mil treinta y siete y 74/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

19. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

20. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

21. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 102-2009/JS de fecha 11 de junio de 2009, solicitó a la ENTIDAD la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Yanaoca – Livitaca, generado por la presunta omisión de la partida de perfilado y compactado de la sub rasante y limpieza de derrumbes, que no ha sido considerado en el Expediente Técnico ni en el CONTRATO, cuya realización, a entender del DEMANDANTE, ha sido indispensable para la conclusión del proyecto, habiendo sido registrada la referida solicitud en el cuaderno de obra.

III.2.2. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 02 – Tramo Livitaca – Chamaca

Primera pretensión principal

22. El DEMANDANTE solicita lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Livitaca – Chamaca, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

- b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.
23. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 113,633.37 (Ciento trece mil seiscientos treinta y tres y 37/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

24. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

25. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

26. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 102-2009/JS, solicitó a la ENTIDAD la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Livitaca – Chamaca, generado por la omisión de la Partida de perfilado, riego y compactado de la plataforma, así como la Partida de limpieza de derrumbes, cuya realización, a entender del DEMANDANTE, ha sido indispensable para la conclusión del proyecto, habiendo sido registrada la referida solicitud en el cuaderno de obra.

III.2.3. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 02 – Tramo Alfamayo – Maranura – Pavayoc

Primera pretensión principal

27. El DEMANDANTE solicita la aprobación de lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 - Tramo Alfamayo - Maranura - Pavayoc, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

28. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 155,801.48 (Ciento cincuenta y cinco mil ochocientos uno y 48/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

29. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

30. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

31. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 096-2009/JS, solicitó a la ENTIDAD la aprobación del adicional N° 2 - Tramo Alfamayo - Maranura - Pavayoc, generado por trazo, nivelación y replanteo; limpieza de derrumbes y conformación de cunetas en material suelto, que no fueron considerados en el Expediente Técnico y el CONTRATO, cuya realización ha sido indispensable para la concreción del proyecto en general, habiendo sido registrada la referida solicitud en el cuaderno de obra.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)
María Jesús Bustos De la Cruz
Daniel Triveño Daza

III.2.4. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 02 - Tramo San Jerónimo - Rondocan - Acomayo

Primera pretensión principal:

32. El CONTRATISTA solicita:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo San Jerónimo – Rondocan - Acomayo, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

33. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 334, 386.14 (Trescientos treinta y cuatro mil trescientos ochenta y seis y 14/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IG.V.

Segunda pretensión principal

34. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

35. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

36. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 093-2009/JS, solicitó a la ENTIDAD la aprobación del adicional N° 2 – Tramo San Jerónimo – Rondocan – Acomayo, generado por la omisión de la Partida de perfilado y

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

compactado de la sub rasante, así como la Partida de limpieza de derrumbes, enrocado de plataforma y muro de piedra asentada con mortero 1:5, cuya realización ha sido indispensable para la concreción del proyecto en general, habiendo sido registrada la referida solicitud en el cuaderno de obra.

III.2.5. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 02 - Tramo Santo Tomás - Llusco - Quiñota

Primera pretensión principal:

37. El CONTRATISTA solicita lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Santo Tomas – Llusco - Quiñota, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

38. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 96, 789.00 (Noventa y seis mil setecientos ochenta y nueve y 00/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

39. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

40. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Fundamentos de Hecho

41. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 103-2009/JS, solicitó a la ENTIDAD la aprobación del adicional N° 2 – Tramo Santo Tomás Jerónimo – Llusco – Quiñota, generado por la omisión de la partida de conformación de cunetas y la partida de limpieza de derrumbes, no consideradas ni previstos en el Expediente Técnico ni en el CONTRATO, cuya realización ha sido indispensable para la concreción del proyecto en general. Todo ello, aclara, habiendo sido registrada la referida solicitud en el cuaderno de obra.

III.2.6. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 - Tramo Velille - Santo Tomás

Primera pretensión principal:

42. El CONTRATISTA solicita lo siguiente:
- a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Velille - Santo Tomás, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.
- b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.
43. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 120,142.50 (Ciento veinte mil ciento cuarenta y dos y 50/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IG.V.

Segunda pretensión principal

44. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tercera pretensión principal

45. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

46. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 103-2009/JS, solicitó al DEMANDADO la aprobación del adicional N° 2 – Tramo Velille – Santo Tomás, generado por la omisión de la partida de conformación de cunetas y limpieza de derrumbes, no consideradas ni previstos en el Expediente Técnico ni en el CONTRATO, cuya realización ha sido indispensable para la concreción del proyecto en general. Todo ello, afirma, habiéndose registrado en el cuaderno de obra, y corroborado por la Supervisión.

III.2.7. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2-Tramo Inquilpata - Chichaypugio – Huallpachaca

Primera pretensión principal:

47. El CONTRATISTA solicita lo siguiente:
- a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Inquilpata - Chichaypugio – Huallpachaca, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.
- b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.
48. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 83,240.07 (Ochenta y tres mil doscientos cuarenta y 07/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Segunda pretensión principal

49. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

50. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

51. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 94-2009/JS, solicitó a la ENTIDAD se apruebe el Adicional N° 2 – Tramo Inquilpata – Chinchaypugio - Huallpachaca, generado por las partidas de limpieza de derrumbe, roce y limpieza de vegetación, el enrocado de plataforma, muro de piedra asentada con mortero 1:5, lo que, a decir del DEMANDANTE, no estaban consideradas ni previstos en el Expediente Técnico ni en el CONTRATO y cuya realización resulta indispensable para alcanzar las metas trazadas. Todo ello, afirma, habiéndose registrado en el cuaderno de obra, y corroborado por la Supervisión.

III.2.8. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 - Tramo Yauri - Velille

Primera pretensión principal:

52. El CONTRATISTA solicita lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Yauri – Velille, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

53. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 177,493.26 (Ciento setenta y siete mil cuatrocientos noventa y tres y 26/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.
Segunda pretensión principal

54. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.
Tercera pretensión principal

55. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

56. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 99-2009/JS, solicitó a la ENTIDAD se apruebe el Adicional N° 2 – Tramo Yauri - Veilige, generado por la omisión de la partida de conformación de cunetas y limpieza de derrumbes, que a decir del DEMANDANTE, no estaban considerados ni previstos en el Expediente Técnico ni en el CONTRATO. Todo ello, afirma, habiéndose registrado en el cuaderno de obra, y corroborado por la Supervisión en el asiento respectivo.

III.2.9. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 - Tramo Acomayo - Acos - Pillpinto - Accha

Primera pretensión principal:

57. El CONTRATISTA solicita lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Acomayo - Acos - Pillpinto - Accha, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

58. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión de S/. 90,737.86 (Noventa mil setecientos treinta y siete y 86/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

59. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

60. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

61. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 99-2009/JS de fecha 9 de junio de 2009, solicitó a la ENTIDAD se apruebe el Adicional N° 2 – Tramo Acomayo - Acos - Pillpinto - Accha, generado por el perfilado de plataforma, lo cual, según el DEMANDANTE, no estaba considerado ni previsto en el expediente técnico ni en el CONTRATO. Todo ello, afirma, fue registrado en el cuaderno de obra, y corroborado por la Supervisión en el asiento respectivo.
62. Así, el DEMANDANTE refiere que la ENTIDAD remitió la Resolución Ejecutiva N° 1087-2009-GR Cusco/PR el 6 de agosto de 2009, declarando improcedente la petición del Presupuesto adicional de Obra N° 2 - Tramo Acomayo - Acos - Pillpinto - Accha.

III.2.10. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 - Tramo Ocongate – Carhuayo – Parccolla

Primera pretensión principal:

63. El CONTRATISTA solicita lo siguiente:

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 respecto al Tramo Ocongate – Carhuayo – Parccolla, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

64. De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión de S/. 42,810.20 (Cuarenta y dos mil ochocientos diez y 20/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

65. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

66. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho

67. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "IV. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE", teniendo en cuenta que el CONTRATISTA señala que con Carta N° 97-2009/JS, solicitó al DEMANDADO la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Ocongate – Carhuayo – Parccocalla, generado por la limpieza de derrumbes, lo que, a decir del DEMANDANTE, no estaban consideradas ni previstos en el Expediente Técnico ni en el CONTRATO. Todo ello, afirma, habiéndose registrado en el cuaderno de obra, y corroborado por la Supervisión.
68. El CONTRATISTA señala que el DEMANDADO le comunicó mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 1084-2009-GR Cusco/PR, la improcedencia de la petición del presupuesto adicional de obra N° 2 - Tramo Ocongate – Carhuayo – Parccocalla. Tras ello, no conforme con dicha resolución el DEMANDANTE solicitó el inicio del arbitraje, remitiendo a la ENTIDAD la Carta N° 157-2009JS-Cusco.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

III.2.11. Respeto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia de la ampliación de plazo N° 3 por 40 días calendarios – Demora en emisión de resolución.

Primera pretensión principal:

69. El DEMANDANTE solicita el otorgamiento de la ampliación de plazo N° 3 por 40 días calendario y, como consecuencia, el pago de los mayores gastos generales derivados de dicha prórroga, más reajustes, intereses e IGV.
70. El CONTRATISTA refiere que la causal de la controversia es la demora en la emisión de la Resolución N° 1 - Tramo Yanaoka – Livitaca, conforme el artículo 265° del REGLAMENTO.

Segunda pretensión principal

71. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

72. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho:

73. El CONTRATISTA refiere que el 4 de diciembre del 2008, solicitó al DEMANDADO la aprobación del Adicional N° 1 con Carta N° 072-2008/JS, generado por los anchos de plataforma, lo que implica la extracción, zarandeo, carguío, transporte, extendido y compactado. Agrega que, el 5 de mayo del 2009, la ENTIDAD, le denegó el Adicional N° 1, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 586-2009-GR CUSCO / PR, la misma que indica le fue remitida con 153 días calendarios de retraso.
74. Refiere que envió a la Supervisión la Carta N° 059-2009/JS concerniente a la ampliación de plazo N° 3 por 40 días calendarios, por causas imputables a la ENTIDAD que incurrió en la demora en la emisión de la Resolución, afectando la ruta crítica del inicio de la obra.
75. Señala que el DEMANDADO envió la Resolución Ejecutiva Regional N° 701-2009-GR CUSCO / PR, denegando la ampliación de plazo N° 3, por ejecución de la obra, reinicio de obra y al no haber registrado la ejecución de la partida en el cuaderno de obra.
76. Sostiene que, luego, remitió a la ENTIDAD la Carta N° 090-2009/JS-Cusco, con fecha 3 de junio de 2009, solicitando inicio del arbitraje por no encontrarse de

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

acuerdo con la resolución de improcedencia de la Ampliación de plazo N° 3 - Tramo Yanaoca – Livitaca.

III.2.12. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia de la ampliación de plazo N° 1 por 61 días calendarios - Acta de acuerdos

Primera pretensión principal:

77. El DEMANDANTE solicita el otorgamiento de la ampliación de plazo de ejecución N° 1 por 61 días calendario y, como consecuencia de ésta, el pago de los mayores gastos generales derivados de dicha prórroga, más reajustes, intereses e IGV, precisando que la causal de la controversia es el incumplimiento de Acta de Acuerdos.

Segunda pretensión principal

78. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

79. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho:

80. El CONTRATISTA refiere que el 23 de noviembre de 2008 solicitó al DEMANDADO la ampliación de plazo N° 1, con Carta N° 059-2008/JS, solicitando 61 días calendarios, por atrasos y paralizaciones que no serían atribuibles a su parte sino por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.
81. A su vez, afirma el DEMANDANTE que el punto octavo del Acta de Acuerdos, se acordó que la ampliación de plazo aprobada era de 61 días calendarios, correspondiente a la falta de disponibilidad de canteras en el tramo Yanaoca – Livitaca; debiendo la ENTIDAD alcanzar un nuevo calendario de obra.
82. De acuerdo a lo indicado por el DEMANDANTE, con fecha 12 de diciembre de 2008, remitió a la ENTIDAD la Carta N° 095-2008/JS-CUSCO solicitando el consentimiento de la ampliación de plazo N° 1. Ante ello, el DEMANDADO se pronuncia mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 543-2009-GR CUSCO/PR de fecha 24 de abril de 2009 y notificada al CONTRATISTA el 7 de mayo de 2009, siendo la fecha límite el 8 de diciembre de 2008, por lo que ha operado el silencio administrativo, al existir 153 días de atraso en su emisión.
83. Asimismo, el DEMANDANTE precisa que remitió la Carta Notarial N° 075-2009-JS-Cusco a la ENTIDAD el 22 de mayo de 2009, reiterando su solicitud de

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

consentimiento de la ampliación de plazo N° 1 por 61 días. Posteriormente, mediante Carta Notarial N° 077-2009/CH, de fecha 28 de mayo de 2009, solicitó el inicio del arbitraje a la ENTIDAD, respecto a dicha controversia.

III.2.13. Respecto a la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia de la ampliación de plazo N° 4 por 16 días calendarios - Huelga indefinida en Sicuani

Primera pretensión principal:

84. El DEMANDANTE solicita el otorgamiento de la ampliación de plazo de ejecución N° 4 por 16 días calendario y, en consecuencia, el pago de los mayores gastos generales derivados de dicha prórroga, más reajustes, intereses e IGV.

Segunda pretensión principal

85. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

86. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho:

87. El CONTRATISTA manifiesta que mediante Carta N° 111-2009/JS, de fecha 9 de julio de 2009 solicitó al DEMANDADO la ampliación de plazo N° 4 por 16 días calendarios, debido al paro indefinido en la región Cusco, que causó atrasos y paralizaciones por razones no atribuibles a su parte, sino por caso fortuito o fuerza mayor.
88. El DEMANDANTE refiere que, con Resolución Ejecutiva Regional N° 1013-2009-GR CUSCO/PR, la ENTIDAD declaró improcedente la ampliación de plazo, en concordancia al artículo 259° de LEY.
89. Luego, el CONTRATISTA sostiene que solicitó al DEMANDADO, con Carta N° 132-2009/CH de fecha 30 de mayo de 2009, el arbitraje para la aprobación de la ampliación de plazo N° 4 por no estar de acuerdo con la improcedencia de la misma.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

III.2.14. Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la valorización N° 07 del mes de junio de 2009 por no considerar los metrados reales en las valorizaciones de obra que superan el 5%.

Primera pretensión principal:

90. El DEMANDANTE sostiene que la causal de la controversia son los metrados no considerados para la valorización N° 7 del mes de junio de 2009, atribuible a la ENTIDAD.

Segunda pretensión principal

91. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

92. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento; seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho:

93. El DEMANDANTE señala que con fecha 22 de julio de 2009 presentó la Carta N° 124-2009/CH a la ENTIDAD, por medio de la cual comunica las discrepancias existentes en la valorización mencionada, en concordancia con el artículo 257° del REGLAMENTO; las mismas que superarían el 5% del monto del CONTRATO.
94. Afirma el DEMANDANTE que con Carta N° 133-2009/CH de fecha 30 de julio de 2009, solicitó a la ENTIDAD el inicio del arbitraje por discrepancias en la Valorización N° 7 del mes de junio de 2009, conforme al artículo 257° del REGLAMENTO; sin tener pronunciamiento al respecto por parte del DEMANDADO.

III.2.15. Respeto de la solicitud de arbitraje por la resolución del CONTRATO

Primera pretensión principal:

95. El DEMANDANTE solicita "se le otorgue la razón" por la decisión de resolver el CONTRATO por causas atribuibles a la ENTIDAD de acuerdo al artículo 267° del REGLAMENTO, requiriendo que en la liquidación final se le reconozca el 50% de la utilidad calculada sobre el saldo dejado de ejecutar y los daños y perjuicios, que le han ocasionado. A su vez, dicha parte deja constancia que se reservarse el derecho de iniciar las acciones legales correspondientes.
96. El CONTRATISTA refiere que la causal de la controversia es el incumplimiento de la ENTIDAD en brindar respuesta a la reformulación de los Expedientes Técnicos,

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

especificada en el Acta de Acuerdos referido, incumplimiento del pago de las valorizaciones, incumplimiento del artículo 240° del REGLAMENTO y al no encontrarse de acuerdo con la aprobación de las ampliaciones de plazo que quedaron consentidas por silencio administrativo, así como el hecho de que no se hayan reconocido los gastos generales.

Segunda pretensión principal

97. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales, cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Tercera pretensión principal

98. El DEMANDANTE solicita se reconozca y paguen los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las Transacciones Financieras (ITF), cuyo monto solicita se determine en la liquidación final del proceso arbitral.

Fundamentos de Hecho:

99. El CONTRATISTA indica que con fecha 17 de noviembre de 2008, remitió al DEMANDADO, la Carta N° 048-2008-JS, comunicándole el incumplimiento de valorizaciones y pagos, conforme artículo 255° del REGLAMENTO.
100. Asimismo, señala que con fecha 27 de noviembre de 2008, remitió la Carta N° 062-2008-JS a la ENTIDAD y con fecha 28 del mismo mes y año remitió al Jefe de Supervisión de la ENTIDAD la Carta N° 064-2008-JS, comunicando el avance y las problemáticas que tenía cada tramo de la obra.
101. Indica, asimismo, que remitió la Carta Notarial N° 074-2008-JS al DEMANDADO, dando cuenta del incumplimiento del CONTRATO, por no haber resuelto las observaciones de los Expedientes Técnicos y sus adicionales, pendientes desde el mes de agosto de 2008.
102. De acuerdo a lo indicado por el DEMANDANTE, con fecha 22 de mayo de 2009, remitió al DEMANDADO la Carta N° 076-2009-JS- CUSCO expresándole extrañeza por las declaraciones vertidas en torno a la Obra. Posteriormente, mediante Carta Notarial N° 122-2009-JS, el CONTRATISTA comunicó al DEMANDADO la decisión de resolver el CONTRATO por incumplimiento de la ENTIDAD.
103. De ese modo, el DEMANDANTE sostiene que se remitieron las siguientes cartas sin tener respuestas:

- Carta Notarial N° 066-2009-JS-CUSCO de fecha 22.05.2009 ASUNTO: Incumplimiento de Acta de Acuerdo de fecha 12.12.2008.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

- Carta Notarial N° 075-2009-JS-CUSCO de fecha 22.05.2009 ASUNTO: Reiteración de Consentimiento de Ampliación de Plazo.

104. Finalmente, el CONTRATISTA manifiesta que otorgó al DEMANDADO quince días, bajo apercibimiento de tenerse por resuelto el CONTRATO, a fin de que tome los correctivos necesarios sobre las observaciones de los Expedientes Técnicos y sus adicionales, comunicadas por el DEMANDANTE desde agosto de 2008, es decir, antes de iniciada la obra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

105. El DEMANDANTE ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY de y su REGLAMENTO, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.

IV. DE LA DEDUCCIÓN DE EXCEPCIONES, CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y RECONVENCIÓN DEL GOBIERNO CUSCO

106. Mediante escrito de fecha 21 de julio de 2010, el DEMANDADO deduce excepciones en mérito a los fundamentos siguientes:

IV.1. EXCEPCIÓN DE REPRESENTACION INSUFICIENTE O DEFECTUOSA DEL DEMANDANTE

107. LA ENTIDAD sostiene que, según se aprecia en la demanda, la misma no fue presentada por el señor Joel Salazar Salcedo, sino por la señora Nelly Palomino Chacca, quien invoca su representación. Sin embargo, agrega que la escritura de poder que presenta no contiene en ninguno de sus extremos un poder expreso "Para interponer demandas arbitrales".

108. El DEMANDADO reconoce que en dicho documento Joel Salazar otorga poder amplio a favor de Nelly Palomino Chacca, sin embargo, el referido documento no contemplaba la facultad para que dicha persona sea parte en un proceso arbitral o que al menos pueda interponer una demanda de esa naturaleza.

109. Así, la ENTIDAD señala que, conforme el artículo 75° del Código Procesal Civil, el poder se rige por el principio de literalidad. Es decir, al no existir ninguna facultad para interponer demanda arbitral ni ser parte en el presente proceso, dicho poder sería insuficiente y defectuoso, por lo cual debe declararse fundada la excepción.

IV.2. EXCEPCION DE CADUCIDAD

110. El DEMANDADO sostiene que con fecha 28 de enero de 2010, el Tribunal Arbitral se instaló sin ninguna observación de fondo y considera que, según el numeral 14 del Acta que para tal efecto se levantó, el DEMANDANTE podía interponer su demanda hasta el día 18 de febrero de 2010, y no el día 30 de abril de 2010, por lo que el derecho del CONTRATISTA para accionar ha caducado.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

111. A su vez el DEMANDADO refiere que si bien los plazos procesales se suspendieron mediante Resolución N° 2, tal resolución resulta nula de pleno derecho pues la causal de suspensión se dio por que la ENTIDAD no había acreditado la participación de su procurador. Agrega que, por ese mismo motivo, también hubiese sido nula el Acta de Instalación, ya que tampoco participó el Procurador Público Regional.

IV.3.DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

112. El DEMANDADO contesta la demanda arbitral cuyos argumentos pasamos a detallar de manera general y específica, sobre cada una de las solicitudes de arbitraje:

IV.3.1.Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO

Respecto a las adicionales de obra:

113. La ENTIDAD sostiene que, conforme el artículo 41° de la LEY, se entiende que la procedencia de las adicionales debe contar con la autorización del titular de la ENTIDAD, debiendo constar en un acto administrativo o en una Resolución Ejecutiva Regional. Asimismo, de acuerdo al párrafo quinto del artículo 41° de la LEY, se entiende que la decisión negativa del titular debe estar objetivada en la forma que prescribe la Ley 27444, esto es, mediante un acto administrativo, que a decir de la ENTIDAD, no puede ser sometida a arbitraje.
114. En ese sentido, el DEMANDADO manifiesta que, las pretensiones referidas a las solicitudes de adicionales requeridas por la DEMANDANTE, deben ser declaradas improcedentes pues en la vía arbitral éstas no tienen sustento legal. Además, advierte que si se considera la LEY vigente en el año 2008, se tiene que el artículo 41° del Texto Único Ordenado disponía que las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, no era arbitrable, sino que debían ser de conocimiento de la Contraloría General.
115. En referencia a la aprobación de los adicionales, el DEMANDADO refiere que, los mismos se aprueban, modifican o resuelven a través de un acto administrativo consistente en una resolución administrativa y no a través de un Acta de Acuerdos, cuya invalidez opera de pleno derecho, es decir iure et jure.
116. El DEMANDADO enfatiza que en este documento privado, no interviene el titular de la ENTIDAD, operando dolo, engaño y error por parte del DEMANDANTE, al haber pretendido conseguir que la ENTIDAD asuma obligaciones cuando el CONTRATISTA, ya había incurrido en causales de resolución de contrato.
117. Por otro lado, precisa el DEMANDADO que no se aprobaron las solicitudes de los adicionales, ya que la modalidad de ejecución contractual es bajo el sistema de suma alzada y porque no existía disponibilidad de asignación presupuestal.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

a) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 02 – Tramo Yanaoca – Livitaca

118. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO", teniendo en cuenta que el el DEMANDADO señala que la denegatoria del Adicional N° 2 se sustenta en la Carta N° 80-2009/FIDA, remitida por el Supervisor de la obra, en la que sustenta improcedencia de la petición, toda vez que en el Expediente Técnico ya se considera las partidas 2.5.0 y 2.4.0 para el tratamiento de las huellas y enrocado de plataforma, con lo que resulta suficiente su tratamiento. No obstante, a decir de la ENTIDAD, se debió ejecutar la partida 2.0.0 Actividades principales, hecho que no se realizó en este tramo, resultando inconsistente pretender solicitar el perfilado y compactado de la sub rasante y limpieza de derrumbes pues no existe sustento físico.
119. En mérito a dicho informe, la ENTIDAD manifiesta que emitió la Resolución Ejecutiva Regional referida declarando Improcedente la petición de presupuesto adicional N° 2 para el tramo Yanaoca – Livitaca, acto administrativo que quedó firme en tanto no fue impugnado administrativamente.

b) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del adicional N° 2 – Tramo Livitaca – Chamaca

120. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO", teniendo en cuenta que el DEMANDADO señala que declaró improcedente la solicitud del adicional N° 2 sobre el sustento técnico contenido en la Carta N° 81-2009/FIDA, emitido por el Supervisor Consultores Generales FIDA SRL, toda vez que el tramo en mención no presentó derrumbes, referente al perfilado pues, en el Expediente Técnico se considera las partidas 3.5.0 sobre Enrocado de la Plataforma y la partida 3.6.0 para el tratamiento de huellas, con lo que resulta suficiente su tratamiento. En consecuencia, según la ENTIDAD, no corresponde autorizar ni ejecutar lo solicitado; ya que debió ejecutarse la partida 3.0.0 sobre actividades principales que comprende el extendido, riego y compactación de los materiales de afirmado sobre la plataforma. Así, resulta inconsistente pretender solicitar el Perfilado, Compactado de la plataforma así como la Limpieza de derrumbes pues carece de sustento físico en Obra.

c) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del adicional N° 2 – Tramo Alfamayo – Maranura – Pavayoc

121. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, el DEMANDADO indica que deberá tenerse en cuenta que en el Expediente Técnico ya se consideraban las especificaciones técnicas del Escarificado de afirmado antiguo. Acota que dicho informe apunta que se debe ejecutar el Perfilado de las cunetas entre el borde de la plataforma y el pie de talud. Agrega el DEMANDADO que en la partida sobre conformación de cunetas no se especifica como partida individual, sin embargo, se encuentra contemplada en el Expediente Técnico dentro de las Especificaciones Técnicas.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

122. Asimismo, manifiesta que el Expediente Técnico cuenta con los planos del eje de la vía, donde se ubican las progresivas del eje por cada kilómetro, el cual resulta suficiente para ejecutar el mantenimiento periódico de la vía. La ENTIDAD especifica que no existe registro de consultas al Expediente técnico durante el periodo de aclaraciones y consultas a las Bases del concurso de Licitación pública local N° 002-2008-OEI-GRCS, advirtiendo que los derrumbes producidos fueron atendidos oportunamente por la Municipalidad Distrital de la zona; resultando inconsistente pretender solicitar el Trazo, Nivelación y replanteo, así como, la conformación de cunetas en material suelto, ya que carece de sustento técnico. Igualmente dicha Resolución se sustenta en el Informe N° 1202-2009-GRCUSCO/GGR-OSLPI de la Oficina de Supervisión que luego de haber evaluado la documentación sustentadora, presentada por el Supervisor de obra Consultores Generales FIDA SRL, coincide con la SUPERVISION en la improcedencia.

d) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del adicional N° 2 – Tramo San Jerónimo – Rondocan – Acomayo

123. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO", teniendo en cuenta que el el DEMANDADO señala que la denegatoria del Adicional N° 2 se sustenta en la Carta N° 83-2009/FIDA, remitida por el Supervisor de la obra, y que la opinión del supervisor es validada por la Oficina de Supervisión, Liquidación y Transferencia de Proyectos de Inversión del Gobierno Regional Cusco, mediante el Informe N 1198-2009-GR CUSCO/GGR-OSLPI estableciéndose en las conclusiones que en el Expediente Técnico ya se considera en las Especificaciones Técnicas las partidas 2.0.1 Perfilado y Compactado de la Sub Rasante, resultando inconsistente solicitar el perfilado y compactado de la sub rasante, muros de piedra y la limpieza de derrumbes que fue ejecutada con carácter de emergencia por la Municipalidad Distrital de Rondocan.

124. En mérito a dicho informe, la ENTIDAD manifiesta que emitió la Resolución Ejecutiva Regional N° 1085-2009-GR CUSCO/PR declarando Improcedente la petición de presupuesto adicional N° 2 para el tramo San Jerónimo – Rondocan - Acomayo, acto administrativo que quedó firme en tanto no fue impugnado administrativamente.

e) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del adicional N° 2 – Tramo Santo Tomas - Llusco – Quiñota

125. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, la ENTIDAD afirma que se consideró en los planos de ejecución, una sección tipo con sus respectivas cunetas y que el consultor responsable de la elaboración del proyecto señaló el buen estado de las mismas. Con respecto a la limpieza de derrumbes, la ENTIDAD señala que no fue aprobada ni autorizada por carecer de sustento, al no haber especificado las características topográficas del trazo vial y por haberse constatado su inexistencia, por lo que no se requería mayor presupuesto adicional, resultando inconsistente la petición

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

Maria Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

por estar determinados en la ejecución de estas partidas. De ese modo, el DEMANDADO manifiesta que según el Informe N° 1203-2009-GRCUSCO/GGR-OSLTPI de la Oficina de Supervisión, que evaluó la documentación sustentadora presentada por el Supervisor de Obra Consultores Generales FIDA SRL, sobre la petición de Presupuesto Adicional de Obra N° 2, se emitió la Resolución Ejecutiva Regional 519-2009 que declara improcedente la solicitud de Adicional N° 2.

f) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 - Velille – Santo Tomás

126. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, la ENTIDAD señala que la solicitud del Adicional N° 2 fue declarada improcedente conforme se aprecia de la Resolución Ejecutiva Regional N° 592-2009-GR CUSCO/PR, emitida en atención al sustento técnico contenido en dos documentos: la Carta N° 86-2009/FIDA del Supervisor Consultores Generales FIDA SRL, que determina la improcedencia de la petición, indicando que se debe conformar la plataforma, limpiar y perfilar las cunetas empleando motoniveladora, por lo que no se requiere de mayor presupuesto adicional; y, concluyendo que no amerita la limpieza de derrumbes. El segundo documento referido por el DEMANDADO, es el Informe N° 1200-2009-GRCUSCO/GGR-OSLTPI emitido por la Oficina de Supervisión.

g) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2- Tramo Inquilpata – Chichaypugio – Huallpachaca

Respetto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, la ENTIDAD alega que tal pretensión fue declarada improcedente no solo por incumplimiento de los requerimientos legales contenidos en el artículo 254° del REGLAMENTO, sino además por el sustento técnico establecido en la Carta N° 82-2009/FIDA del Supervisor Consultores Generales FIDA SRL, quien califica como inconsistente la solicitud de considerar partidas que estaban establecidas tácitamente para el proceso de ejecución y por carecer de sustento técnico, corroborado por el Informe N° 1199-2009-GRCUSCO/GGR-OSLTPI de la Oficina de Supervisión que evaluó y validó la documentación sustentadora presentada por el Supervisor de obra Consultores Generales FIDA SRL, sobre la petición de presupuesto adicional de obra N° 2.

h) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del adicional N° 2- Tramo Yauri – Velille

127. Respecto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, la ENTIDAD manifiesta que mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 949-2009-GRCUSCO/PR declaró improcedente la petición del adicional no solo por el incumplimiento del SEÑOR SALAZAR detallado en el acápite sexto del presente laudo, sino también por el sustento técnico que brindó la Supervisora FIDA, quien informó que conforme al Asiento N° 35 del Cuaderno de Obra, se le requiere al CONTRATISTA que revise la Partida 2.02 sobre método constructivo,

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

indicándose que se debe ejecutar el perfilado de cunetas entre el borde de la plataforma y el pie de talud. A su vez, la ENTIDAD se refiere al Informe N° 1197-2009-GRCUSCO/GGR-OSLTP emitido por la Oficina de Supervisión, que luego de haber evaluado la documentación sustentadora presentada por el Supervisor de Obra Consultores Generales FIDA SRL, opina que dicho adicional no es procedente, por lo que se emite la Resolución Ejecutiva Regional N° 949-2009-GRCUSCO/PR, por el cual se declara improcedente la petición de adicional..

i) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 – Tramo Acomayo - Acos – Pillpinto - Accha

128. Respetto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, la ENTIDAD toma en cuenta los informes de la Supervisora FIDA y Carta N° 89-2009/FIDA, a través del cual se sustenta la improcedencia de la petición, toda vez que en dicho tramo resulta inconsistente pretender solicitar el perfilado y compactado de la sub rasante y la limpieza de derrumbes, precisando que la modalidad de ejecución es bajo el sistema de sumaalzada, el mismo que se valida mediante el Informe N° 1201-2009-GRCUSCO/GRS-OSLTP emitido por la Oficina de Supervisión tras evaluar la documentación sustentadora, presentada por el Supervisor de Obra Consultores Generales FIDA SRL, sobre la petición de Presupuesto adicional de obra N° 02.

j) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia del Adicional N° 2 – Ocongata - Carhuayo – Parccolla

129. Respetto a la presente solicitud de arbitraje, deberá considerarse el acápite "VI. Cuestiones generales a las pretensiones formuladas por el DEMANDADO". Asimismo, la ENTIDAD afirma que en el cuaderno de obra, específicamente en el asiento N° 69 del residente, no se evidencia registro de derrumbes, por lo que dicha petición fue declarada improcedente. Ello al no haberse cumplido el artículo 254° del REGLAMENTO y, demás, porque en los informes técnicos de la Supervisora y de la Dirección de Supervisión y Evaluación de Proyectos se informó sobre la improcedencia de la petición. Asimismo, refiere el DEMANDADO que, respecto a la partida de remoción de derrumbes, no se aprobó la cantidad solicitada por carecer de sustento el pedido formulado, ya que no se especificó las características topográficas del trazo vial, por lo que resulta inconsistente pretender solicitar la limpieza de derrumbes.

k) Respetto de la solicitud de arbitraje sobre improcedencia de la ampliación de plazo N° 3 por 40 días calendarios – demora en emisión de resolución

130. En este caso, considera el DEMANDADO que la solicitud de ampliación de plazo N° 3 en el tramo Yanaoca – Livitaca, no estaba debidamente sustentada, siendo que el DEMANDANTE no ha cumplido con el requerimiento efectuado pese al tiempo transcurrido, lo que motivó la emisión de la Resolución Ejecutiva Regional 701-2009, la misma que no fue impugnada por el CONTRATISTA habiendo quedado consentida.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

l) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia de la ampliación de plazo N° 1 por 61 días calendarios

131. La ENTIDAD afirma que tal resolución tuvo como sustento que la fecha de término de la obra fuera el 14 de abril de 2009, estableciéndose el plazo de ejecución contractual de 226 días calendarios, hecho que se aprobó mediante acto administrativo, sin embargo, el CONTRATISTA ha incurrido en falta toda vez que no cumplió con la entrega del calendario de avance valorizado. La ENTIDAD refiere que, además, conforme al artículo 259° del REGLAMENTO, el DEMANDANTE no cumplió con la entrega del calendario de avance de obra actualizado al momento de petitionar la ampliación, lo que motivó la improcedencia de su petición.

m) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la improcedencia de la ampliación de plazo N° 4 por 16 días calendarios – Huelga indefinida en Sicuani

132. El GOBIERNO CUSCO sostiene haber declarado improcedente dicha petición, mediante Resolución N° 1013-2009-GRCUSCO/PR, de fecha 22 de julio de 2009 y con Carta notarial N° 49-2009-GRCUSCO/GGR, por no ajustarse a las causales que el REGLAMENTO establece.

n) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la valorización N° 7 – del mes de junio de 2009 por no considerar los metrados reales en las valorizaciones de obra que superan el 5% artículo 257° del REGLAMENTO

133. La ENTIDAD refiere que, según el artículo 257° del REGLAMENTO, la pretensión del SEÑOR SALAZAR no puede ser admitida, pues este tipo de controversias deben esperar a la liquidación del contrato, lo que no se ha dado en el presente proceso arbitral.

ñ) Respeto de la solicitud de arbitraje sobre la resolución de CONTRATO comunicado mediante Carta notarial N° 122-2009-JS

134. El DEMANDADO señala que quien incumplió con sus obligaciones contractuales, como el subcontratar o el plazo de entrega de las obras conforme a su propuesta, fue el SEÑOR SALAZAR. Por el contrario, el DEMANDADO asegura haber realizado adelantos de materiales y otros, por más de S/ 8'000,000.00 (Ocho millones y 00/100 Nuevos Soles), que el CONTRATISTA utilizó para la compra de maquinaria.

135. Así, concluye el GOBIERNO CUSCO solicitando que se declaren improcedentes y/o infundadas las pretensiones del CONTRATISTA, teniendo en cuenta que no tienen sustento legal ni jurídico.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

IV.4. DE LA RECONVENCIÓN

IV. 4.1. De las pretensiones

Primera Pretensión: Se declare la procedencia, validez y eficacia de la resolución de CONTRATO, comunicada con Carta notarial N° 33 de fecha 22 de julio del 2009

136. El GOBIERNO CUSCO afirma que cada tramo contaba con su respectivo Expediente Técnico debidamente aprobado por Resolución Ejecutiva Regional, a los cuales el SEÑOR SALAZAR tuvo acceso, de manera previa a la firma, y los contrastó con el reconocimiento del terreno, motivo por el cual se deja constancia de ello en dicho CONTRATO, renunciando a cualquier reclamo posterior proveniente de dichos expedientes técnicos.
137. La ENTIDAD sostiene que, ante las denuncias públicas de subcontratación de la obra por parte del CONTRATISTA, y tras comprobarse que el SEÑOR SALAZAR incumplía el CONTRATO no solo en la ejecución y entrega sino inobservando sus obligaciones contractuales, con Carta Notarial 33-2009-GR CUSCO/GRC de fecha 22 de julio, se le comunicó al CONTRATISTA la decisión de resolver el CONTRATO por causas atribuibles al SEÑOR SALAZAR. Carta que inclusive fue ratificada por una segunda comunicación de fecha 12 de agosto de 2009.
138. El GOBIERNO CUSCO afirma que el CONTRATISTA ha incumplido los plazos contractuales basándose en el falso argumento de que los expedientes técnicos de las carreteras estaban mal hechos, lo cual ha quedado desvirtuado, pues con peritaje judicial dentro del proceso penal que se le sigue al CONTRATISTA, se determina que los 13 expedientes son viables y no necesitaban ninguna corrección.
139. Asimismo, la ENTIDAD refiere que el CONTRATISTA no tiene en cuenta lo dispuesto en la cláusula décima (ítem 10.2) relacionado al otorgamiento de adelanto para materiales o insumos del GOBIERNO CUSCO quien podrá entregarlos hasta por el 40% del monto de la obra, según corresponda. Además del ítem 11.1.15, que expresa que el CONTRATISTA no puede entregar la obra defectuosa o mal ejecutada aduciendo defectos errores u omisiones al Expediente Técnico, debiendo ser subsanado o encomendado por su exclusiva cuenta, responsabilizándose por las imperfecciones, vicios de la obra y de la destrucción parcial o total de la obra.

Segunda Pretensión.- Declaración y aprobación por válida del acta de constatación física y verificación de materiales del 6 de agosto de 2009, como pretensión accesoria

140. La ENTIDAD manifiesta que, conforme al artículo 267° del REGLAMENTO, luego de emitida la resolución de contrato, se realizó las labores propias de constatación física y verificación de materiales en cada uno de los trece tramos carreteros que debían haber sido trabajados por el CONTRATISTA. Así, afirma que de la constatación física y verificación de materiales se arrojó finalmente un avance

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

de ejecución del 35.60%, acto que debe ser declarado válido en tanto las acciones fueron de acuerdo a LEY.

Tercera Pretensión.- Declaración y aprobación del avance físico acumulado solo del 35.60% de la obra, igualmente como accesoria de las dos anteriores pretensiones reconventionales

141. La ENTIDAD señala que, según lo indicado anteriormente, tras resolverse el CONTRATO se procedió a la verificación del avance de obra y de materiales por parte del CONTRATISTA, quien pese a haber sido beneficiado con adelantos de más de S/. 8'000,000.00 (Ocho millones y 00/100 Nuevos soles), el trabajo ejecutado no cubría ni el 50% del avance de obra, hecho que motivó la resolución del contrato.

Cuarta Pretensión- Declaración, aprobación y pago de penalidades por el CONTRATISTA a favor del GOBIERNO REGIONAL hasta por S/.

142. La ENTIDAD señala que tal pretensión tiene su fundamento en que el SEÑOR SALAZAR alcanzó apenas un avance físico acumulado de 35.60%, evidenciando un atraso del 64.40% de la obra, por lo que el CONTRATISTA está en la obligación de cumplir con el pago de las penalidades por incumplimiento, previstas en el CONTRATO, debiendo recaer sobre las garantías contenidas en la carta de fiel cumplimiento emitida por MAPFRE y por el monto total.

Quinta Pretensión.- Declaración, aprobación y vigencia de las resoluciones ejecutivas regionales que han declarado la improcedencia de pago de adicionales peticionada por el SEÑOR SALAZAR

143. Según el DEMANDADO, las solicitudes de los adicionales debían sustentarse en anotaciones en el cuaderno de obra, no obstante, el CONTRATISTA alega como cumplimiento de dicho requerimiento, únicamente una anotación sobre una afirmación que solicitaría el adicional, más no lo solicita formalmente. Agrega el DEMANDADO que tales resoluciones cuentan con el sustento técnico que desvirtúan los motivos que alegaba el CONTRATISTA para peticionar adicionales de obra.

144. El GOBIERNO CUSCO manifiesta que ninguna de las resoluciones fue impugnada administrativamente, habiendo quedado consentidas, debiendo ser convalidadas por el Tribunal por ser todas absolutamente ajustadas a los requisitos exigidos por los artículos 3° y 10° de la Ley 27444. Además, añade, todas esas resoluciones adquirieron la calidad de acto firme, de conformidad al artículo 212° de la ley 27444.

Sexta Pretensión.- Declaración de ineficacia por nulidad absoluta del Acta de Acuerdos del 12 de diciembre de 2008, y subordinadamente la anulación del Acta de Acuerdos por existencia de error y vicios ocultos

145. El DEMANDADO argumenta que el Acta de Acuerdos suscrito es contrario a Ley y no pueden modificar el CONTRATO, por lo que dicha acta constituye una suerte

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)
María Jesús Bustos De la Cruz
Daniel Triveño Daza

de pacto contrario a derecho. Determina que es nula de pleno derecho por ser un pacto contrario a Ley, conforme al Código Civil.

146. Acota el GOBIERNO CUSCO que, si funcionarios de la región suscribieron dicha Acta de Acuerdos fue por error, inducido a ello por parte del SEÑOR SALAZAR, pues a la fecha de su suscripción, el CONTRATISTA ya había incurrido en la firma de subcontratos. Así señala que existieron vicios ocultos, por lo que ellos son causales de anulabilidad del acto jurídico.

Séptima Pretensión.- Indemnización por los daños y perjuicios e indemnización por daño moral, ascendente a la suma de s/. 7' 000,000.00 y s/. 20' 000,000.00 respectivamente.

147. La ENTIDAD afirma que la obra a ejecutarse debió concluirse en un plazo máximo de 180 días, pero hasta la fecha de la presentación de su reconvencción no se había concluido, siendo abandonada.
148. El GOBIERNO CUSCO considera que el daño moral ocasionado se estima en S/ 20'000,000 (Veinte millones y 00/100 Nuevos Soles), sustentado en el incumplimiento de la obra por la ENTIDAD que derivó en procesos judiciales y la conformación de una comisión investigadora por parte del Congreso de la República, lo que dañó la imagen de la ENTIDAD, a quien se le ha tildado de corrupta, lo que debe ser resarcido por el CONTRATISTA.

Octava Pretensión.- Pago de gastos arbitrales

149. La ENTIDAD solicita el pago del monto total de los honorarios fijados en el Acta de instalación del Tribunal Arbitral y otros gastos incurridos, hasta la conclusión y/o ejecución del laudo arbitral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

150. La ENTIDAD ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, la ley N° 29600, la Ley N° 27444, así como en los dispositivos del Código Civil que resulten aplicables.

V DE LA CONTESTACIÓN DEL SEÑOR SALAZAR A LAS EXCEPCIONES Y RECONVENCIÓN PRESENTADAS POR EL GOBIERNO CUSCO

V.1. DE LA EXCEPCIÓN DE REPRESENTACIÓN INSUFICIENTE O DEFECTUOSA DEL DEMANDANTE

151. Mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2010, el CONTRATISTA procede a absolver las excepciones formuladas y sobre la presente excepción señala que a pesar de no haberse otorgado expresas facultades para un acto, dicho poder es válido siempre y cuando la facultad especial otorgada refiera a un acto de mayor trascendencia como el presente. Es atención a ello, asegura que del testimonio de escritura pública dado a favor de Nelly Palomino Chacca se desprende que tiene facultades de representación en procesos judiciales, por lo que puede representar al CONTRATISTA en el presente proceso.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

V. 2 DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEL DEMANDADO

152. El CONTRATISTA asevera que dicha excepción debe ser declarada improcedente, toda vez que es una norma legal la que puede señalar los supuestos de caducidad y no un Acta de Instalación de Tribunal Arbitral. Agrega que en el presente, el GOBIERNO CUSCO no consideró que recién con fecha 11 de marzo de 2010 se le notificó con Resolución N° 3 al CONTRATISTA, la cual dispuso la acumulación de oficio al presente proceso de todas sus pretensiones, y en ese sentido a partir de dicha fecha podían quedar habilitados a presentar la demanda con plazos establecidos en el Acta de Instalación.

V. 3 DE LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

153. El CONTRATISTA señala que, con Carta notarial N° 074-2008-JS, de fecha 5 de diciembre de 2008, le requirió a la ENTIDAD que, en plazo de 15 días calendarios, cumpla con levantar las observaciones de los expedientes técnicos, bajo apercibimiento de resolver el CONTRATO. Así, según el SEÑOR SALAZAR, fue la falta de pronunciamiento de la ENTIDAD como de la Supervisión de obra, que no se permitió un avance de la misma.

154. Posterior a ello, el SEÑOR SALAZAR refiere que se suscribió el Acta de Acuerdos con el GOBIERNO CUSCO y la Oficina de Supervisión y la Supervisión Externa, por lo que el órgano competente contaba con las facultades legalmente establecidas, por lo que los acuerdos allí adoptados vincula jurídicamente a la ENTIDAD. En ese sentido, el CONTRATISTA alega que pretender desconocer dichos acuerdos resulta improcedente en atención a lo dispuesto por la doctrina de los actos propios.

155. Por otro lado, afirma el CONTRATISTA que con el quinto acuerdo se aprobó la paralización de la obra, del 13 de diciembre de 2008 al 5 de abril de 2009, por razones climáticas, lo que constituye argumento a favor de la procedencia de los adicionales de obra y las observaciones formuladas al Expediente Técnico, sirviendo también para la ampliación de plazo de 61 días calendarios. Agrega el DEMANDANTE que al haberse originado una ampliación de plazo por indisponibilidad de canteras en el tramo Yanaoca – Livitaca, de modo automático deben ampliarse los plazos en los demás tramos.

156. De ese modo, el SEÑOR SALAZAR considera que la demora de la ENTIDAD en el cumplimiento de los acuerdos, es decir falta de emisión de actos administrativos autorizando adicionales de obra, reformulación de expedientes técnicos, ampliación de plazo, causaron el perjuicio de la ejecución de la obra, por lo que con Resolución N° 323-2009-GR.CUSCO/PR, de fecha 16 de marzo de 2009, se aprobó la intervención económica.

157. Es así como el CONTRATISTA expone que, mediante Carta notarial N° 074-2008-JS, le otorgó 15 días a la ENTIDAD, bajo apercibimiento de resolución del CONTRATO, a fin de que se tomen los correctivos sobre las observaciones de los Expedientes Técnicos y sus adicionales; y, tal plazo fue suspendido al suscribirse el Acta de Acuerdos. Sin embargo, seguidamente, el SEÑOR SALAZAR refiere que, con Carta Notarial, de fecha 6 de febrero de 2010, notificada al GOBIERNO

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)
María Jesús Bustos De la Cruz
Daniel Triveño Daza

CUSCO, se observó el incumplimiento de lo dispuesto en el Acta de Acuerdos, específicamente lo concerniente a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados y a la demora en la aprobación de los adicionales, actos que conllevarían a la resolución contractual, conforme el artículo 255° del REGLAMENTO y el artículo 41° de la LEY.

158. Finalmente, respecto a lo indemnización por daños y perjuicios y daño moral, ascendente a S/. 7'000.000,00 (Siete millones y 00/100 Nuevos Soles) solicitada por la ENTIDAD, el CONTRATISTA afirma que el sustento de tal pretensión en la reconvencción se limita a relatar hechos sin asidero legal ni justificación argumentativa. Añade que siendo el DEMANDADO una persona jurídica, no resulta posible que jurídicamente sufra daño moral.

VI. DEL PROCESO ARBITRAL

VI.1 Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios

159. Conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 28, con fecha 19 de noviembre de 2010 se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral, y los representantes del SEÑOR SALAZAR y de la ENTIDAD respectivamente.

Se dejó constancia que las excepciones de representación insuficiente o defectuosa del DEMANDANTE y de caducidad, formuladas por el GOBIERNO CUSCO serían resueltas de manera posterior.

160. De otro lado, no habiéndose podido llevar adelante una conciliación sobre los temas en disputa, el Tribunal Arbitral, con la anuencia de las partes, estableció los siguientes puntos controvertidos:

De la Demanda:

En referencia a las diversas solicitudes de arbitraje, el DEMANDANTE ha formulado una denominada PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSION PRINCIPAL respecto de los ítem que el Tribunal Arbitral ha denominado A,B,C,D,E,F,G,H,I,J,K,L,LL,M y N en todos los casos la SEGUNDA Y TERCERA PRETENSION PRINCIPAL son similares y comunes a todos los ítems por ello se han glosado al final del detalle de las denominadas Primera Pretensión Principal de cada una de las solicitudes de arbitraje.

A) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO YANAOKA – LIVITACA

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 –

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tramo Yanaoca – Livitaca, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

El CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 399,037.74 (Trescientos noventa y nueve mil treinta y siete y 74/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

B) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO LIVITACA – CHAMACA

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Livitaca – Chamaca, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 113,633.37 (Ciento trece mil seiscientos treinta y tres y 37/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

C) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO ALFAMAYO – MARANURA – PAVAYOC

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 –

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tramo Alfamayo – Maranura - Pavayoc, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 155,801.48 (Ciento cincuenta y cinco mil ochocientos uno y 48/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

D) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO SAN JERONIMO – RONDOCAN – ACOMAYO

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo San Jerónimo – Rondocan - Acomayo, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 334, 386.14 (Trescientos treinta y cuatro mil trescientos ochenta y seis y 14/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

E) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO – SANTO TOMAS – LLUSCO – QUIÑOTA

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los expedientes técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 –

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tramo Santo Tomas – Llusco - Quiñota, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 96, 789.00 (Noventa y seis mil setecientos ochenta y nueve y 00/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

F) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO VELILLE – SANTO TOMAS

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Velille - Santo Tomas, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 120,142.50 (Ciento veinte mil ciento cuarenta y dos y 50/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

G) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA PROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2- TRAMO INQUILPATA – CHICHAYPUGIO – HUALLPACHACA

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 –

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)
María Jesús Bustos De la Cruz
Daniel Triveño Daza

Tramo Inquilpata - Chichaypugio – Huallpachaca, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 83,240.07 (Ochenta y tres mil doscientos cuarenta y 07/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

H) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 2 – TRAMO YAURI VELILLE

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 – Tramo Yauri – Velille, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión es de S/. 177,493.26 (Ciento setenta y siete mil cuatrocientos noventa y tres y 26/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

I) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 02 – TRAMO ACOMAYO – ACOS – PILLPINTO – ACHA

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los expedientes técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 –

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tramo Acomayo - Acos - Pillpinto - Accha, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión de S/. 90,737.86 (Noventa mil setecientos treinta y siete y 86/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

J) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DEL ADICIONAL N° 02- TRAMO OCONGATE - CARHUAYO - PARCOLLA

a) En el supuesto que se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se reformulen los expedientes técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008. Asimismo, solicita la aprobación del Adicional N° 2 respecto al Tramo Ocongate - Carhuayo - Parccolla, al haber sido tramitado dentro de los plazos establecidos en el REGLAMENTO.

b) En el supuesto que no se disponga la continuación de la ejecución de la obra, solicita se tome en cuenta el incumplimiento del GOBIERNO CUSCO respecto a la reformulación de los Expedientes Técnicos observados, de acuerdo al punto sexto del Acta de Acuerdos de fecha 12 de diciembre de 2008 y conforme a la Carta Notarial N° 074-2008-JS del 5 de diciembre de 2008, asimismo, solicita se tome en cuenta la incapacidad de la ENTIDAD para resolver la solicitud de Adicional N° 2. Ambas causales sustentarían la decisión del DEMANDANTE de resolver el CONTRATO.

De igual forma, el CONTRATISTA refiere que la cuantía de la pretensión de S/. 42,810.20 (Cuarenta y dos mil ochocientos diez y 20/100 Nuevos Soles), más reajustes, intereses e IGV.

K) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DE LA AMPLIACION DE PLAZO N° 3 POR 40 DIAS CALENDARIOS - DEMORA EN EMISION DE RESOLUCION

Determinar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la ampliación de plazo de ejecución N° 3 por 40 días calendario y como consecuencia de esta el pago de los mayores gastos generales derivados de dicha prórroga, más ajustes, intereses e IGV.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

L) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DE LA AMPLIACION DE PLAZO N° 1 POR 61 DIAS CALENDARIO – ACTAS DE ACUERDO

Determinar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la ampliación de plazo de ejecución N° 1 por 61 días calendario y como consecuencia de esta el pago de los mayores gastos generales derivados de dicha prórroga, más reajustes, intereses e IGV.

LL) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA IMPROCEDENCIA DE LA AMPLIACION DE PLAZO N° 4 POR 16 DIAS CALENDARIOS – HUELGA INDEFINIDA EN SICUANI

Determinar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la ampliación de plazo de ejecución N° 4 por 16 días calendario y como consecuencia de esta el pago de los mayores gastos generales derivados de dicha prórroga, más reajustes, intereses e IGV.

M) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR NO ESTAR DE ACUERDO CON LA VALORIZACION N° 7 – JUNIO 2009. POR NO CONSIDERAR LOS METRADOS REALES EN LAS VALORIZACIONES DE OBRA QUE SUPERAN EL 5% art. 257 DEL REGLAMENTO

Determinar la procedencia o improcedencia del pago de las valorizaciones N° 7 del mes de junio 2009, corregida.

N) RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE POR LA RESOLUCION DE CONTRATO – CARTA NOTARIAL N° 122-2009-JS

Determinar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la razón por la decisión de resolver el contrato por causas atribuibles a la Entidad de acuerdo al artículo 267° del REGLAMENTO, asimismo, solicita la demanda de daños y perjuicios los cuales serán sustentados en la liquidación final de obra por los graves daños ocasionados a la demandante.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia del reconocimiento y pago de los intereses legales que se devenguen hasta la fecha real de pago, más la expresa condena de costos y costas arbitrales. Cuantía de la pretensión: a ser determinado en la liquidación final del proceso arbitral

TERCER PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia del reconocimiento y pago de los costos financieros que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos demandados, tales como la renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento, seguros, SENCICO e impuestos a las transacciones

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

financieras (ITF). Cuantía de la pretensión: A ser determinado en la liquidación final del proceso arbitral.

De la Contestación a la Demanda y Reconvención:

161. La demanda formula reconvención a la demanda:

PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia de la validez y eficacia de la Resolución de Contrato N° 513-2008-GR CUSCO/PR de fecha 18 de julio de 2008, comunicada con Carta Notarial N°33 de fecha 22.07.2009.

PRIMERA PRETENSION ACCESORIA

Determinar la procedencia o improcedencia de la declaración y aprobación por válida del acta de contratación física y verificación de materiales diligencia efectuada el 06 de agosto de 2009

SEGUNDA PRETENSION ACCESORIA

Determinar la procedencia o improcedencia de la declaración ya probación del avance físico acumulado el que ha sido cuantificado en el 35.60% de la obra.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia de la declaración, aprobación y pago de penalidades por el contratista a favor del Gobierno Regional de Cusco.

TERCERA PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia de la declaración, aprobación y vigencia de las resoluciones ejecutivas regionales que han declarado la improcedencia de pagos adicionales petitionada por la demandante.

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia de la declaración de ineficacia por nulidad absoluta del acta de acuerdos del 12 de diciembre de 2008 y subordinadamente la anulación del acta de acuerdos por existencia de erros – vicios ocultos.

QUINTA PRETESION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia de la indemnización por los daños y perjuicios e indemnización por daño moral irrogados al Gobierno regional Cusco, ascendentes a la suma de S/. 7'000,000.00 y 20'000,000.00 respectivamente.

SEXTA PRETENSION PRINCIPAL

Determinar la procedencia o improcedencia del pago de las costas y costos del presente proceso por parte de la demandante.

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguina (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

162. Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los medios probatorios, de conformidad con lo dispuesto en el acta de instalación.

Del CONTRATISTA: Los documentos ofrecidos y presentados en el escrito de fecha 30 de abril de 2010, correspondiente al acápite MEDIOS PROBATORIOS del numeral 1 al 15.

Del GOBIERNO CUSCO: Los documentos ofrecidos y presentados en el escrito de fecha 21 de julio de 2010, correspondiente al acápite MEDIOS PROBATORIOS del numeral 1 al 7.

VI. DE LA INTERVENCIÓN DE MAPFRE

163. Mediante escrito "Solicita Intervención por Extensión de Convenio Arbitral" de fecha 28 de febrero de 2011, MAPFRE Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante, MAPFRE o COMPAÑÍA), solicita su intervención en el presente arbitraje señalando que le resulta aplicable el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE). Ello, a fin de plantear válidamente sus pretensiones.

164. Al respecto, el Tribunal Arbitral corre traslado de la solicitud de MAPFRE al DEMANDANTE y a la ENTIDAD, conforme consta en la Resolución N° 36 de fecha 28 de febrero de 2011.

165. Posteriormente, mediante Resolución N° 38 de fecha 28 de marzo de 2011, el Tribunal Arbitral declara apersonado a MAPFRE como parte interviniente del presente proceso, por los fundamentos expuestos y le otorga quince (15) días hábiles para sustentar sus pretensiones.

VI.1. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR MAPFRE

166. MAPFRE, dentro de lo establecido, cumple con presentar sus pretensiones las cuales se detallan a continuación.

Pretensiones

167. Primera pretensión principal: Se declare la nulidad del CONTRATO.

168. Segunda pretensión principal: Se declare la nulidad de las tres fianzas otorgadas por MAPFRE a favor del GOBIERNO CUSCO, por Fiel cumplimiento, Adelanto directo y Adelanto de materiales.

169. Tercera pretensión principal: Se ordene el reembolso del íntegro de las sumas desembolsadas por las garantías, de S/. 1'509,511.70 (Un millón quinientos nueve mil quinientos once y 70/100 Nuevos Soles) para el adelanto directo y S/. 3'019,023.42 (Tres millones diecinueve mil veintitrés y 42/100 Nuevos Soles) para adelanto de materiales, más los intereses devengados.

170. Pretensión accesoria a la tercera pretensión principal: Se disponga el reconocimiento y pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

Página 39 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Calle RAMÓN Ribeyro 672 Oficina 305, MIRAFLORES Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

171. Cuarta pretensión principal: Se disponga que el GOBIERNO CUSCO se abstenga de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento.
172. Pretensión accesoria a todas las pretensiones principales: En caso se ampare una o más pretensiones principales, se ordene a la ENTIDAD y al CONTRATISTA el pago de costas, costos procesales y gastos arbitrales a favor de MAPFRE.

Consideraciones preliminares

173. MAPFRE sostiene que la finalidad de su demanda es que el Tribunal Arbitral declare la nulidad del CONTRATO, y como consecuencia de ello, la nulidad de las garantías otorgadas a la ENTIDAD, ordenándose el reembolso de las sumas que MAPFRE desembolsó por la ejecución de las referidas garantías, absteniéndose de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento. Así, la COMPAÑÍA sostiene que el CONTRATO presenta vicios de nulidad, al contener un fin ilícito, contravenir el orden público y las buenas costumbres, y tener un objeto imposible.
174. Sostiene que las fianzas otorgadas por aquella son accesorias al CONTRATO, por lo que al declarar su nulidad, se deberá declarar la nulidad de las fianzas otorgadas. Con ello correspondería el reembolso del íntegro de la suma desembolsada por la ejecución de las garantías otorgadas.
175. La COMPAÑÍA considera oportuno mencionar la existencia de un documento denominado Acuerdo de Gestión, de fecha 4 de julio de 2008, suscrito por los señores Joel José Salazar Salcedo, Alex Minko Cárdenas Tresierra y Nelly Palomino Chacca, en mérito al cual se distribuyen funciones respecto del CONTRATO de la siguiente manera:
 - Alex Minko Cárdenas Tresierra sería el encargado de la conducción, ejecución y administración de la obra.
 - Nelly Palomino Chacca asumió la responsabilidad de constituir las garantías necesarias para conseguir las cartas fianza.
 - Joel José Salazar Salcedo debía brindar el apoyo y asesoramiento técnico constante y permanente, adquiriendo el derecho a una retribución del 4% del valor de venta asignado a la obra, monto que debía ser pagado con los adelantos girados por la región a favor del CONTRATISTA.
176. MAPFRE acota que las personas en mención, con diversos funcionarios, pertenecientes a la ENTIDAD en los años 2008 al 2010, se encuentran procesados por los delitos de colusión, corrupción de funcionarios y otros. Agrega que en dicho proceso, Nelly Palomino Chacca ha narrado, en atestado policial, lo acontecido en la suscripción del CONTRATO:

(i) Mario Ochoa Vargas, quien en esos momentos tenía el cargo de vicepresidente del GOBIERNO REGIONAL, fue quien le pidió que afiance a Minko Cárdenas en una obra, siendo éste amigo del vicepresidente.

Página 40 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

(ii) Que la utilidad pactada por prestar las fianzas era del 5% del costo directo de la obra; y el costo era aproximadamente de 10'000,000.00 (Diez millones y 00/100 Nuevos Soles), siendo su utilidad de S/. 500,000.00 (Quinientos mil y 00/100 Nuevos soles) que le fueron entregados en junio de 2008.

(iii) Que en principio, la obra le iba a ser adjudicada a Milenko Cárdenas y no a Joel Salazar, sin embargo, se hizo cargo éste último por disposición de Mario Ochoa.

177. La COMPAÑÍA sostiene que luego de firmado el CONTRATO, se producen los adelantos del 20% y 40% en una cuenta mancomunada del Banco Continental, cuyo monto aproximado fue de S/ 8'000,000.00 (Ocho millones y 00/100 Nuevos Soles), distribuidos entre Joel José Salazar Salcedo, Nelly Palomino Chacca y Milenko Cárdenas Tresierra, este último representado por Katuska Cárdenas Tresierra. No obstante, los adelantos percibidos, MAPFRE afirma que de las conclusiones del informe N° 001-2010-GGR-OSLTPI-PLCJS, de fecha 22 de marzo de 2010, se puede corroborar:

- Que, tomando en consideración los metrados finales realizados por la Comisión de constatación física e inventario de materiales, el avance físico de la obra fue de 35.60%, valorizando un monto, sin IGTV, de S/. 4'096,651.86 (Cuatro millones noventa y seis mil seiscientos cincuenta y un y 86/100 Nuevos soles).

- Que, el CONTRATISTA no demostró idoneidad en el tipo de obra contratada, al presentar una organización deficiente, falta de dirección técnica adecuada, incumplimiento de sus obligaciones contractuales respecto del equipo mecánico colocado en la obra, incumplimiento de plazos y desconocimiento de la normatividad, técnica, legal y administrativa.

178. Así, MAPFRE manifiesta que la adjudicación del CONTRATO a favor del SEÑOR SALAZAR fue un acto ilícito, derivado de beneficios económicos personales con el dinero destinado a la ejecución del CONTRATO, por lo que la obra quedó inconclusa.

179. Además, la COMPAÑÍA refiere que se aprecia que al amparo de un Convenio de cooperación administrativa, el GOBIERNO CUSCO encargó a la Organización de Estados Iberoamericanos (en adelante OEI) la contratación del CONTRATISTA sin cumplir los principios básicos contenidos en la legislación, encontrándose diversas irregularidades, por lo que José Ignacio López Soria, funcionario de la OEI, se encuentre procesado penalmente por el delito de colusión en agravio del Estado. Concluyendo MAPFRE haberse visto perjudicado patrimonialmente pues la ENTIDAD solicitó la ejecución de las cartas fianzas otorgadas a favor del SEÑOR SALAZAR por concepto de adelantos directo y de materiales.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Fundamentos de Hecho

180. MAPFRE señala que, mediante acuerdo de Consejo Regional N° 114-2007-HR/GRCCUSCO de fecha 20 de diciembre de 2007, se autorizó a la ENTIDAD a suscribir un convenio internacional marco de cooperación técnica financiera y de administración de recursos con la OEI en mérito al cual, el GOBIERNO CUSCO facultó la contratación de la obra y supervisión para el "Mantenimiento Periódico de Diversos Tramos Carreteros Cusco".
181. Entonces, afirma la COMPAÑÍA, que el OEI le comunicó a la ENTIDAD el otorgamiento de la buena por la Consultora Alfa y Servicios Generales SRL para encargarse del mantenimiento de las carreteras; y, a favor de Consultores Generales Fida SRL, a fin de encargarse de la supervisión de la obra. Sin embargo, el GOBIERNO CUSCO solicitó declarar desierto el procedimiento de selección aduciendo que Consultora Alfa no cumplió con presentar la carta fianza correspondiente. En tales circunstancias, la OEI comunica a la ENTIDAD, con documento OE-11857/2008 de fecha 30 de junio de 2008, haber otorgado la buena pro al SEÑOR SALAZAR.
182. Ahora bien, MAPFRE refiere que, conforme indica el atestado policial N° 52-X-DIRTEPOL-RPC-DIVINCRIAJ-DEPAJUS-SAMP, la OEI no está facultada para realizar licitaciones por encargo de entidades del Estado, por tanto, los lineamientos generales que elaboraron carecen de legalidad. Además el mismo documento postula que José Ignacio López Soría, Director Regional de la OEI en ese momento, es presunto autor del delito de colusión en agravio del Estado, considerándose que incumplió acuerdos arribados en el Convenio Internacional Marco de Cooperación Técnica Financiera y de Administración de Recursos, pues el proceso de selección para la licitación pública de los 13 tramos carreteros, se orientó más a favorecer al SEÑOR SALAZAR, no descartándose que durante este desarrollo haya influido Teófilo Mario Ochoa Vargas, aprovechándose de su condición de Vicepresidente del GOBIERNO CUSCO. Acota la COMPAÑÍA que, en el citado documento también se constata que la OEI se negó a entregar documentación que ayude a la investigación; que la negociación directa que realizó con el SEÑOR SALAZAR solo es un mecanismo utilizable, cuando el valor de la obra no es superior a US\$ 80,000.00 (Ochenta mil 00/100 Dólares Americanos), siendo que en el caso del CONTRATO su valor referencial superaba los 13'000,000.00 (Trece millones y 00/100 Nuevos Soles).
183. Así, MAPFRE indica que garantizó tal CONTRATO a solicitud del CONTRATISTA, habiéndose emitido las tres cartas fianza a favor del GOBIERNO CUSCO. Luego, frente a sucesos que dificultaron la ejecución de las obra, el CONTRATO fue resuelto, encontrándose dicha controversia sometida a la competencia de este tribunal. Como consecuencia, el GOBIERNO REGIONAL, con fecha 13 de octubre de 2009, requirió a MAPFRE, con Carta notarial 099-2009-GR.CUSCO/GGR, la ejecución de las cartas fianza por adelanto directo y adelanto de materiales, por los importes de S/. 1'853,477.22 (Un millón ochocientos cincuenta y tres mil cuatrocientos setenta y siete y 22/100 Nuevos Soles) y S/. 3'706,954.43 (Tres millones setecientos seis mil novecientos cincuenta y cuatro y 43/100 Nuevos Soles), respectivamente, los mismos que posteriormente

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

fueron reducidos por la propia ENTIDAD mediante Oficio 1179-2009-GR.CUSCO/GGR, de fecha 28 de octubre de 2009, a S/. 1'509 1511.70 (Un millón quinientos nueve mil quinientos once y 70/100 Nuevos Soles) para el adelanto directo y S/. 3'019,023.42 (Tres millones diecinueve mil veintitrés y 42/100 Nuevos Soles) para adelanto de materiales.

184. De ese modo, la COMPAÑÍA refiere que, enterados del proceso penal seguido contra el SEÑOR SALAZAR, como contra funcionarios de la ENTIDAD, el 12 de noviembre de 2009 procedió a consignar dichos importes a favor del Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio del Cusco, a efectos que el Poder Judicial disponga el destino de tales fondos.
185. Es a raíz de lo mencionado por la COMPAÑÍA referido a la celebración del CONTRATO por el CONTRATISTA y la ENTIDAD, que a su entender deviene en la nulidad del CONTRATO y de las fianzas otorgadas, que indica ha solicitado su intervención por extensión del Convenio Arbitral en el presente proceso al amparo del artículo 14 la LEY, al tener interés y legitimidad acreditados.

Sustento de pretensiones

Primera pretensión principal:

186. MAPFRE declara que el CONTRATO, partiendo de lo mencionado en los antecedentes, adolece de la presencia de algunos vicios de nulidad, fomentándose nulidad por contravención al orden público y buenas costumbres, objeto imposible y fin ilícito.

De la causal de nulidad:

187. La COMPAÑÍA refiere que la causal de nulidad por contravención al orden público se da por haberse presentado un proceso de contratación irregular, ausencia de supervisor de obra y una ejecución irregular de la obra.
188. Así, MAPFRE sostiene que se procedió a la contratación de un contratista que no contaba con la capacidad necesaria para ejecutar la obra, tal como se acredita en el registro del CONTRATISTA otorgado por el CONSUCODE, estableciendo como capacidad máxima de contratación del SEÑOR SALAZAR la suma de S/. 6'200,000.00 (Seis millones doscientos mil y 00/100 Nuevos Soles), cuando la obra a ejecutar era mayor a los 13'000,000.00 (Trece millones y 00/100 Nuevos Soles). Añade que tal situación va contra las normas de contratación pública y las propias bases del proceso.
189. MAPFRE sostiene que tal es el caso de existencia de hechos dolosos en torno al CONTRATO, que ello mereció que el Congreso de la República conformase una Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar las licitaciones del GOBIERNO CUSCO con participación de la OEI, la posible comisión de actos de corrupción y los procesos de licitación asociados al mantenimiento de tramos carreteros en Cusco, emitiendo un informe final. Éste contiene conclusiones sobre la ausencia de atribuciones y de idoneidad de la

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

OEI para realizar procesos de licitación pública. Por lo que, a decir de MAPFRE, el proceso de selección y posterior contratación está viciado desde el comienzo.

190. A su vez, sobre el haber licitado en un solo paquete los trece tramos, MAPFRE, siguiendo lo mencionado en el informe final, estima que ello fue hecho sin resolución administrativa de aprobación, lo que es un procedimiento preparatorio para beneficiar al contratista que iba resultar ganador del proceso de selección, abdicando la responsabilidad de cautelar los intereses del GOBIERNO CUSCO. Además, agrega que la OEI, sin debida motivación, llevó el proceso de selección por modalidad de Licitación Pública Local, cuando por el monto debió ser una licitación Pública Internacional, incumpliendo la normatividad que regula su participación en los procesos de selección. Y tal escenario no fue observado por la ENTIDAD, lo que demostraría en ambos interés de contratar a un contratista predeterminado, y es que solo se permitió proceder a la contratación vía trato directo del SEÑOR SALAZAR.
191. Respecto a lo que concluye el mencionado informe, MAPFRE refiere que el CONTRATISTA, en trato directo con la OEI, le presentó documentos aceptando ejecutar las trece vías de comunicación, ofreciendo solo declaraciones juradas de tener capacidad operativa y experiencia en ejecución de obras por montos mayores a los licitados, pero sin acreditarlo como exige la norma de contratación pública vigente al momento de la licitación. Por lo que tal contratación fue irresponsable al no exigírsele al SEÑOR SALAZAR demostrar objetivamente contar con capacidad operativa para ejecutar las obras.
192. En el presente caso, MAPFRE asegura que al suscribirse el Convenio con un Organismo Internacional para que se encargue de la administración de recursos de la ENTIDAD sin tener experiencia en estos procedimientos como la presente contratación en controversia, se vulneró los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia y trato justo e igualitario que contempla la LEY, al contratar mediante trato directo a un contratista que no reunía los requisitos idóneos para ejecutar la obra contratada; además, que los recursos provenían del GOBIERNO CUSCO, y no financiados por una entidad cooperante en un porcentaje no menor al 60%, conforme a Ley, por lo que sería claro que hubo interés de contratar mediante la OEI (a pesar de encontrarse autorizada con la Ley 29142) para evitar cumplir los requisitos y principios de la LEY y su REGLAMENTO.
193. Refiere la COMPAÑÍA, asimismo, que la Obra fue contratada con una persona natural, sin ser materia de análisis para la OEI su capacidad máxima de contratación; que en el caso de las personas naturales su capital contable es el declarado a SUNAT, lo cual definitivamente no fue materia de revisión por dicho organismo. Y es que, añade MAPFRE, según el REGLAMENTO, cuando la persona natural no tiene experiencia en dichos procesos de ejecución de obra, solo puede contratar hasta por el monto de una adjudicación directa pública, pero en el presente caso fue con licitación pública.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

194. Por otro lado, MAPFRE afirma que el GOBIERNO CUSCO contrató, mediante la OEI, a la empresa FIDA Contratistas como supervisor de obra; no obstante, conforme se concluye en el Informe de la Comisión Investigadora del Congreso y de la propia ENTIDAD, este supervisor incumplió con sus obligaciones en las trece vías, no controlándose la ejecución de los trabajos, no pudiéndose adoptar las decisiones oportunas en resguardo de los intereses del GOBIERNO CUSCO. De lo descrito, considera que hubo una contravención al orden público al ser contrario a lo establecido en la norma de contratación pública, pues no verificó adecuadamente la experiencia del citado supervisor.
195. La COMPAÑÍA considera oportuno mencionar que la entrega de adelantos directo y de materiales, se realizó con celeridad intencional por parte de los funcionarios de la ENTIDAD, demostrándose una coordinación entre ellos para beneficiarse en perjuicio del GOBIERNO CUSCO. Así, el adelanto de materiales fue otorgado antes del inicio de la obra, sin informe favorable del supervisor; tampoco se le exigió al CONTRATISTA un calendario de adquisición de materiales, conforme al REGLAMENTO. Además, una posible ausencia de control de la ENTIDAD permitió que el SEÑOR SALAZAR no designe un ingeniero residente responsable en cada tramo a ejecutarse, ni destinar los equipos mínimos para la ejecución de las obras.
196. La COMPAÑÍA refiere que, del Informe del Congreso, se tiene que la Supervisión mantuvo una dolosa pasividad pues no propuso oportunamente alternativas necesarias para garantizar una correcta ejecución de las obras o la oportuna resolución contractual, actuando en evidente concertación con funcionarios del GOBIERNO CUSCO y el CONTRATISTA. Así, tal Supervisión era parte del problema al no revisar ni analizar los datos de los Expediente Técnicos por haber participado en la realización del Estudio del tramo San Jerónimo-Rondón-Acomayo que, según la Comisión de Constatación, presentaba una serie de observaciones, y es que no debió intervenir en la función de supervisar un estudio realizado por ellos mismos, el cual nunca iba a observar, según artículo 1777 del Código Civil.
197. Sobre el pago de adelantos al CONTRATISTA, la COMPAÑÍA sostiene que la entrega de adelantos se realizó conforme al DS 083-2004-PCM y DS 084-2004-PCM, la LEY y su REGLAMENTO. Que el Adelanto directo por S/. 2'738,398.13 (Dos millones setecientos treinta y ocho mil trescientos noventa y ocho y 13/100 Nuevos Soles), al margen de la rapidez con la que se efectivizó (según el Informe de investigación de la ENTIDAD: se efectuó en 48 horas, cuando el trámite regular en otros casos podría llevar de 5 a 9 días), fue legal. No obstante, la entrega del adelanto de materiales por la suma de S/. 5'476,796.26 (Cinco millones cuatrocientos setenta y seis mil novecientos setenta y seis y 26/100 Nuevos Soles) fue ilegal por lo siguiente:

- Se hizo efectiva antes del inicio de la obra y sin contar con el informe del supervisor.

Página 45 de 81

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguina (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

- Se hizo efectiva sin exigir al contratista el calendario de adquisición correspondiente en concordancia con el REGLAMENTO.

- Se hizo efectivo sin tener en cuenta el cálculo de incidencia de materiales previsto en el DS 011-79-VC, habiendo el contratista cobrado indebidamente la suma de 4'282,267.86 (Cuatro millones doscientos ochenta y dos mil doscientos sesenta y siete y 86/100 Nuevos Soles).

198. Respecto a los montos pagados al SEÑOR SALAZAR, concluye que a pesar de haberse otorgado todas las facilidades al CONTRATISTA, éste carecía de capacidades y experiencia necesaria para hacer frente a esta obra. También, MAPFRE cree pertinente mencionar que la Intervención económica de la obra solicitada por el CONTRATISTA, si bien se encontró regulada en las normas de contratación pública, la misma se adopta por temas técnicos y económicos, buscándose culminar la ejecución de los trabajos. No obstante, en el presente, una de las falencias de la obra es que el SEÑOR SALAZAR, a pesar de haber cobrado casi el 80% del monto contratado, no dotó de recursos a la obra e irregularmente la ENTIDAD aceptó que el CONTRATISTA solo aporte a la cuenta mancomunada la suma de S/. 35,000.00 (Treinta y cinco mil y 00/100 Nuevos Soles), siendo ésta insuficiente para completar a cabalidad los trabajos faltantes. Finalmente, añade MAPFRE que el CONTRATISTA subcontrató los trabajos en todos los tramos, los mismos que no fueron pagados oportunamente a los subcontratistas, generándose problemas sociales en todos los tramos.

Del objeto imposible:

199. MAPFRE señala que los Expedientes técnicos tienen evidentes deficiencias, por lo que se hace imposible el objeto, siendo así éste un vicio de nulidad.
200. Parte la COMPAÑÍA indicando que, según el Informe N° 002-2009-GRC-CRC-CEITC de la Comisión Investigadora de la ENTIDAD, todos los problemas generados en esta obra concerniente al CONTRATO fueron a causa de la presencia de errores técnicos en los expedientes técnicos, los cuales eran insalvables haciendo que el objeto de la obra sea físicamente imposible. Una evidencia es la suscripción del Acta de acuerdos, de fecha 12 de diciembre de 2008, donde se reformulan los expedientes técnicos observados.
201. La COMPAÑÍA refiere que el GOBIERNO CUSCO aprobó los trece expedientes técnicos de los tramos sin contrastar los datos contenidos en ellos ni la realidad de las carreteras a ejecutarse. Y es que, afirma que según Ley, la ENTIDAD debió, antes de licitar la obra, cautelar la adecuada formulación de los expedientes a fin de asegurar la calidad técnica, reduciendo al mínimo la necesidad de reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras.
202. En ese sentido, MAPFRE menciona que el Informe Final del Congreso analiza los Expediente Técnicos de obra, para lo cual cuenta con el apoyo del perito ingeniero Bratson Holfer Meléndez Alvares, quien concluye que los expedientes técnicos contienen deficiencias técnicas y sobrevaloraciones en S/. 3'270,815.91 (Tres millones doscientos setenta mil ochocientos quince y 91/100 Nuevos Soles).

Página 46 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933

www.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

203. Así mismo, la COMPAÑÍA señala que, conforme al Acta de Acuerdos suscrita por la ENTIDAD, el CONTRATISTA y el Supervisor, ofrecida como medio probatorio del DEMANDANTE, las partes ya conocían de las deficiencias de los expedientes técnicos, pues en la Cláusula sexta se establece lo siguiente que "El Contratista, la Supervisión y la Entidad acuerdan la reformulación de los Expedientes Técnicos observados", por lo que al suscribir este acuerdo se aceptaban las deficiencias de los expedientes técnicos.
204. A su vez, con escrito de fecha 28 de abril de 2010, el CONTRATISTA solicitó copia certificadas de los Informes 01-2009-GRC-CRC-CEITC y 002-2009-GRC-CRC-CITC, manifestando que estos sirven para probar que los expedientes técnicos aprobados por el GOBIERNO CUSCO fueron mal elaborados y aprobados rápidamente por presión del ejecutivo de la ENTIDAD, según declaración de los involucrados, sin previamente se haberse efectuado visitas y/o trabajos en campo, lo que ha permitido contrastar los datos en los expedientes técnicos y la realidad de las carreteras a ejecutar. En efecto, los expedientes técnicos aprobados, con responsabilidad recaída en la ENTIDAD, contenían deficiencias técnicas demostrando que el objeto de la obra era físicamente imposible, configurándose de esta manera otra causal de nulidad del CONTRATO. Del fin ilícito:
205. La COMPAÑÍA sostiene que, de lo expuesto anteriormente, en torno al proceso de contratación del SEÑOR SALAZAR y a la ejecución de la obra en sí, queda claro que el CONTRATO constituye un negociado ilícito, en mérito al cual las partes intervinientes, conjuntamente con funcionarios de la OIE, del GOBIERNO CUSCO y personas allegadas al CONTRATISTA, planearon una fórmula para enriquecerse con los presupuestos asignados para la obra. Con lo que el CONTRATO fue usado para tales fines sin que el mantenimiento de los trece tramos de carreteras, y la retribución regular por la obra, hayan sido las verdaderas razones para su celebración.
206. Enfatiza MAPFRE en que en un proceso de licitación regular hubiese sido imposible jurídicamente adjudicar en forma directa la obra al SEÑOR SALAZAR, ni los expedientes técnicos no han podido ser elaborados por el mismo supervisor, para su realización se tendría que haber visitado la zona en la que se hubiese realizado la obra; los requisitos para la adjudicación de la obra a favor del contratista hubiesen estado orientadas a comprobar su capacidad técnica y financiera.

Segunda pretensión principal:

207. Respecto a la Segunda pretensión principal, parte la COMPAÑÍA aseverando que si la obligación garantizada es nula, también lo es la garantía constituida sobre aquella. Pues, al señalar que el CONTRATO suscrito es nulo al contener vicios de nulidad insalvables, corresponde declararse también la nulidad de las tres fianzas otorgadas por MAPFRE a favor de la ENTIDAD en respaldo de las obligaciones asumidas por el CONTRATISTA, al ser éstas de naturaleza accesoria a las obligaciones principales contenidas en el CONTRATO, conforme lo establece el artículo 1875 del Código Civil.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

Maria Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tercera pretensión principal:

208. Manifestando la COMPAÑÍA que el negocio invalidado es nulo desde el momento de su celebración, declarándose la nulidad del CONTRATO y de las fianzas que impugna MAPFRE, correspondiendo que, a su vez, se ampare la acción de repetición a la que se contrae esta pretensión. Toda vez que la COMPAÑÍA refiere no le correspondía cumplir con la ejecución de las garantías otorgadas, en cuanto las mismas, al ser accesorias al CONTRATO, eran igualmente nulas; correspondiendo que se les devuelva el dinero abonado.
209. De esta manera, MAPFRE sostiene que mediante Carta notarial 099-200-GR.CUSCO/GGR de fecha 13 de octubre de 2009, le requirió el GOBIERNO CUSCO, con la ejecución de las garantías, habiendo cumplido con desembolsar las sumas de S/. 1'509,511.70 (Un millón quinientos nueve mil quinientos once y 70/100 Nuevos Soles) para el adelanto directo, y S/. 3'019,023.42 (Tres millones diecinueve mil veintitrés y 42/100 Nuevos Soles) para el adelanto de materiales.
210. La COMPAÑÍA detalla que consignó dichas sumas el 12 de noviembre de 2009 en el Juzgado Penal Liquidador Transitorio del Cusco. Así, agrega que conforme lo argumentado previamente, al declararse la nulidad del CONTRATO, las fianzas que otorgó deben seguir la misma suerte al ser accesorias. Y, por ende, sostiene MAPFRE corresponde que se ordene el reembolso de las sumas que desembolsó, precisando que entre las causales taxativas del artículo 221° del REGLAMENTO, no se establece que proceda la ejecución de las fianzas en caso de nulidad del contrato.

Pretensión accesoria a la tercera pretensión principal:

211. MAPFRE considera que, de acuerdo a lo sustentando en sus pretensiones principales, debe darse el reconocimiento y el pago de intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda hasta que la ENTIDAD cumpla con las obligaciones de reembolso que le corresponde, así como también con el pago de los gastos y/o costos arbitrales.

Cuarta pretensión principal:

212. La COMPAÑÍA refiere que el GOBIERNO CUSCO no ejecutó la garantía de fiel cumplimiento al existir el presente proceso arbitral. No obstante, al considerar nulas las fianzas otorgadas, debe ordenarse a la ENTIDAD abstenerse de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento que mantiene en su poder. Así, de proceder algún funcionario de la ENTIDAD a su ejecución, luego de declarar la nulidad de las fianzas, sería considerado como abuso de autoridad.

Pretensión accesoria a todas las pretensiones principales:

213. En ese sentido, la COMPAÑÍA sostiene que, en caso se ampare una o más de sus pretensiones principales, se ordene tanto al SEÑOR SALAZAR como al GOBIERNO CUSCO, el pago de costas, costos procesales y gastos arbitrales en nuestro favor. Por tanto, al ser ésta una pretensión accesoria, habiendo varias pretensiones, al

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

declararse fundada una o más de las pretensiones principales, se debe también amparar su pedido de reembolso de costas, costos y gastos arbitrales.

Fundamentos de derecho

214. MAPFRE ampara sus fundamentos en lo dispuesto en la LEY y su REGLAMENTO, la ley de arbitraje, así como en los dispositivos pertinentes del Código Civil.

VI.2. DE LA CONTESTACIÓN DEL SEÑOR SALAZAR A LA DEMANDA PRESENTADA POR MAPFRE

215. Frente a la demanda interpuesta por MAPFRE, mediante escrito de fecha 20 de julio de 2011, el CONTRATISTA presentó su contestación de demanda, solicitando se declare infundada, y en consecuencia, infundadas las pretensiones principales y las accesorias, por no ajustarse a derecho.

Fundamento de hecho

216. El CONTRATISTA, refiriéndose a la pretensión de MAPFRE sobre declarar la nulidad del CONTRATO, sostiene que la COMPAÑÍA se basa en la presunción de delitos aún no probados; por lo que no puede resolverse hasta que en el proceso penal sea el juez quien establezca las responsabilidades penales correspondientes.

217. Asimismo, el SEÑOR SALAZAR asevera que el artículo 9° de la LEY no estipula como causal de nulidad de contrato el argumento invocado por la COMPAÑÍA; no siendo aplicable el artículo 219° del Código Civil, en la medida que no se resuelva la causa penal ni se compruebe la existencia del ilícito.

218. En lo referido a la pretensión de MAPFRE en la que solicita se declare la nulidad de las garantías otorgadas a favor de la ENTIDAD, y adicionalmente se le reembolse el dinero desembolsado por la ejecución de garantías, el CONTRATISTA manifiesta MAPFRE lo afianza en condiciones de habitual procedimiento, pues le otorgó la fianza de seriedad de oferta ante la OEI; posteriormente, le adjudica las fianzas de fiel cumplimiento, adelanto directo y materiales a favor del GOBIERNO CUSCO, siendo la primera de carácter obligatorio a la suscripción del CONTRATO y las otras dos para el flujo económico financiero.

219. El SEÑOR SALAZAR sostiene en su contestación que MAPFRE se presenta al presente arbitraje como no signatario al CONTRATO y señala que su participación fue activa en todo momento; sin embargo, ésta solo fue activa, al entender del SEÑOR SALAZAR, al momento de la ejecución de las garantías. Por lo que, a decir del CONTRATISTA, respecto a la ejecución de las garantías que avalaron la operación crediticia, el proceder de MAPFRE debió ser ir contra el propio SEÑOR SALAZAR, y no reclamar a la ENTIDAD por las obligaciones contraídas con el CONTRATISTA.

220. Así, considera el SEÑOR SALAZAR que la participación de MAPFRE es pasiva y no puede pretender la nulidad de las fianzas, la devolución de dinero por las cartas fianzas ejecutadas ni tampoco apersonarse al presente proceso arbitral.

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

221. Por otro lado, respecto al cuestionamiento de MAPFRE del proceso de selección y adjudicación de la obra, el CONTRATISTA sostiene que la COMPAÑÍA no solo avaló la operación cuestionada sino también lo hizo en otros procesos y con otras empresas, considerando válidos los contratos y avales. Es así que, según el SEÑOR SALAZAR, que MAPFRE desconozca la transparencia del proceso, la adjudicación y la posterior suscripción del CONTRATO, carece de valor y deja sin efecto sus pretensiones.

Fundamento de derecho

222. El CONTRATISTA acoge sus fundamentos en lo dispuesto en el Código Civil, LEY y su REGLAMENTO.

VII. Sobre las demás audiencias del Arbitraje

VII.1. Audiencia de Ampliación de Puntos Controvertidos

223. Conforme a lo programado, con fecha 22 de julio del año 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Ampliación de Puntos Controvertidos, reuniéndose para tal fin, los miembros del Tribunal Arbitral, y los representantes del GOBIERNO CUSCO, el SEÑOR SALAZAR y MAPFRE.

224. En dicho Acto, de acuerdo a la demanda presentada por MAPFRE el Tribunal Arbitral procedió a la ampliación de los siguientes puntos controvertidos,

Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se declare la nulidad del Contrato N° 513-2008-GR.CUSCO/PR.

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se declare la nulidad de las tres (03) fianzas otorgadas por MAPFRE a favor del Gobierno Regional del Cusco, por (i) Fiel Cumplimiento; (ii) Adelanto Directo; (iii) Delante de Materiales.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene si corresponde o no ordenar el reembolso del íntegro de las sumas afianzadas por S/. 1'509,511.70 para el adelanto directo, y S/: 3'019,023.42 para el adelanto de materiales, más los intereses devengados.

Pretensión Accesorio a la Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal disponga si corresponde o no al pago de los intereses legales hasta la fecha real de pago.

Cuarta Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que el Gobierno Regional del Cusco se abstenga de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento.

Pretensión Accesorio a Todas las Pretensiones Principales: Que el Tribunal Arbitral determine o no, en caso se ampare una o más de las pretensiones

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

principales, se ordene a los demandados el pago de costas, costos procesales y gastos arbitrales a favor de MAPFRE.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el acta de instalación, el Tribunal Arbitral procedió a admitir en calidad de medios probatorios, los documentos correspondientes a los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 28, 29, 30, 32 y 33. A su vez, el Tribunal consideró que por error involuntario MAPFRE equivocó la numeración, omitiendo el consignar los numerales 24, 25, 26 y 27, por lo cual se dejó sin efectos los mismos, concluyendo de esta manera, la audiencia convocada.

VII.2. Audiencias Especiales

225. Con fecha 23 de mayo de 2012 se llevó a cabo la Audiencia Especial, en la que el Procurador del GOBIERNO CUSCO se negó a suscribir el acta por no encontrarse de acuerdo con la participación de MAPFRE.
226. Con fecha 22 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Especial a fin de analizar los alcances del contrato de fianza y la participación de MAPFRE en el presente proceso.
227. Con fecha 12 de noviembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Especial con la participación de los miembros del Tribunal Arbitral y los representantes del SEÑOR SALAZAR y MAPFRE, ya que no asistieron los representantes del GOBIERNO CUSCO. Así, en dicho acto versó sobre:

Tema 1: Excepciones de representación insuficiente o defectuosa del demandante y de caducidad formuladas por el Gobierno Regional del Cusco.

Tema 2: Los adicionales N° 2, sobre los tramos:

Tramo Yanaoka-Livitaca
Tramo Livitaca-Chamaca
Tramo Alfamayo-Maranura-Pavayoc
Tramo San Jerónimo-Rondocan-Acomayo
Tramo Santo Tomás-Llusco-Quiñota
Tramo Velille-Satno Tomás
Tramo Inquilpata-Chinchaypucyo-Huallpachaca
Tramo Yauri-Velille
Tramo Acomayo-Acos-Pillpinto-Accha
Tramo Ocongate-Carhuayo-Parcoccalla

Tema 3: Sobre las ampliaciones de plazo

N° 1 por 61 días calendario

N° 3 por 40 días calendario

N° 4 por 16 días calendario

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

228. Posteriormente, con fecha 19 de noviembre de 2013 se llevó a cabo una Audiencia Especial, reuniéndose para tal fin los miembros del Tribunal Arbitral y el representante de MAPFRE, dejándose constancia de las inasistencias del GOBIERNO CUSCO y del SEÑOR SALAZAR. Así, dicho acto versó sobre:

Tema 4: Sobre la ineficacia del acta de acuerdos del 12 de diciembre de 2008.

Tema 5: Sobre la valorización N° 7 de junio de 2009.

Tema 6: Sobre la declaración, aprobación y pago de penalidades del SEÑOR SALAZAR.

Tema 7: Sobre la resolución del CONTRATO, el acta de constatación física y verificación de materiales y avance físico de la obra.

229. Con fecha 2 de enero de 2014, se reunió el Tribunal Arbitral únicamente con los representantes de MAPFRE y del GOBIERNO CUSCO, precisando la inasistencia del SEÑOR SALAZAR, a fin de llevar a cabo una Audiencia Especial en la que se discutieron los siguientes temas:

Tema 8: Sobre el pedido de indemnización por los daños y perjuicios e indemnización por daño moral, sufridos supuestamente por el GOBIERNO CUSCO.

Tema 9: Sobre el reconocimiento y pago de los intereses legales que se devenguen.

Tema 10: Sobre el reconocimiento y pago de los costos financieros que se devenguen, solicitados por el SEÑOR SALAZAR.

230. Con fecha 23 de enero de 2014, se reunió el Tribunal Arbitral en mayoría, con los representantes de MAPFRE y del GOBIERNO CUSCO, respectivamente, precisando la inasistencia del SEÑOR SALAZAR.

231. Luego con fecha 29 y 30 de enero de 2014, se reunió el Tribunal Arbitral con los representantes de MAPFRE y del GOBIERNO CUSCO, respectivamente. Así, se dejó constancia de la inasistencia del SEÑOR SALAZAR, para exponer los siguientes temas:

Tema 11: Sobre el pedido de nulidad del COTRATO solicitado por MAPFRE

Tema 12: Sobre el pedido de nulidad de las tres cartas fianza otorgadas por MAPFRE a favor del GOBIERNO CUSCO

Tema 13: Sobre la solicitud de reembolso del íntegro de las sumas afianzadas por S/. 1'509,511.70 para el adelanto directo, y S/. 3'019,023.42 para el adelanto de materiales, más los intereses devengados.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Tema 14: Si corresponde o no que el GOBIERNO CUSCO se abstenga de ejecutar la garantía de fiel cumplimiento entregada por MAPFRE.

VII.3 Audiencia de Declaración Testimonial

232. Mediante Resolución N° 95 de fecha 27 de junio de 2014, el Tribunal Arbitral dispuso la realización de la Audiencia de Declaración Testimonial del ingeniero Bratson Holfer Meléndez Álvarez e Ilustración de las posiciones de las partes. A dicho acto asistieron los miembros del Tribunal Arbitral y los representantes del SEÑOR SALAZAR, del GOBIERNO CUSCO y de MAPFRE. No obstante se dejó constancia de la inasistencia del ingeniero Bratson Holfer Meléndez Álvarez a dicha diligencia.

VII.4 Audiencia de Informes Orales

233. Con fecha 28 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia del Tribunal Arbitral y los representantes de MAPFRE, dejando constancia de la inasistencia del SEÑOR SALAZAR y del GOBIERNO CUSCO.

VII.5 Audiencia Especial

234. Conforme a lo programado mediante Resolución N° 106, con fecha 28 de noviembre de 2014, se llevó a cabo la Audiencia Especial a fin de que las partes puedan presentar por última vez sus conclusiones y alegaciones finales referidas a sus posiciones vertidas en el presente arbitraje.

235. En dicho acto se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral con la presencia del representante de MAPFRE, asimismo, se dejó constancia de la inasistencia del GOBIERNO CUSCO y del SEÑOR SALAZAR, o de sus correspondientes representantes.

VIII CONSIDERANDO:

VIII.1 Cuestiones Preliminares

236. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el SEÑOR SALAZAR presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que GOBIERNO CUSCO fue debidamente emplazada con la demanda, contestó ésta, formuló excepciones y reconvino, ejerciendo plenamente su derecho de defensa; (v) que MAPFRE solicitó intervención por extensión de convenio arbitral, presentando su escrito de demanda; (vi) que el SEÑOR SALAZAR y el GOBIERNO CUSCO fueron debidamente emplazados con la demanda de MAPFRE; (vii) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; (viii) que el Tribunal Arbitral ejerce función jurisdiccional y como tal no se encuentra subordinado a autoridad administrativa, ejerciendo sus competencias de

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

conformidad con la legislación aplicable y, (ix) que, el Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.

237. De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.
238. De esta manera, previamente al análisis de las controversias surgidas de la ejecución del CONTRATO, el Tribunal Arbitral se pronunciará a continuación sobre las excepciones formuladas por GOBIERNO CUSCO.

VIII.2 De las Excepciones formuladas por el GOBIERNO CUSCO

VIII.2.1 Excepción de representación insuficiente o defectuosa del DEMANANTE.

239. Mediante la presente excepción, el GOBIERNO CUSCO impugna la representación del DEMANDANTE, toda vez que el señor JOEL SALAZAR no habría presentado la demanda sino la señora Nelly Palomino Chacca, quien se habría apersonado al proceso en representación del CONTRATISTA con un poder general otorgado por el señor JOEL SALAZAR, lo que en opinión de la ENTIDAD no sería suficiente, ya que se requiere de un poder expreso para ser parte en un proceso arbitral o que al menos permita interponer una demanda de esa naturaleza, siendo que conforme el artículo 75° del Código Procesal Civil, el poder se rige por el principio de literalidad.
240. Al respecto, corresponde señalar que la excepción de representación insuficiente o defectuosa "(...) *está precisamente centrada en la representación procesal y sus eventuales omisiones o imperfecciones, sea en la persona del que representa al demandante o en la imputación hecha al demandado o a quien se afirma representa a éste*".
241. Siendo ello así, corresponderá analizar la representación de la señora Nelly Palomino Chacca para participar en el presente proceso en nombre del señor JOEL SALAZAR a la luz de las normas que regulan este presupuesto procesal y que sean aplicables al presente proceso.
242. Sobre el particular, se aprecia que ni la LEY ni el REGLAMENTO regulan esta figura legal, asimismo, el Decreto Legislativo N° 1071 no se ocupa de regular la representación procesal de la persona natural sino más bien de la persona jurídica, por lo que corresponde acudir de manera supletoria al Código Procesal Civil, cuyos artículos 74° y 75 regulan las facultades generales y especiales de la siguiente manera:

¹ MONROY GÁVEZ, Juan/En: Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano. Themis – Época N° 27 y 28. Año 1994, p.125 y 126

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

"Artículo 74°.- Facultades generales

La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.

Artículo 75.- Facultades especiales

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".

Siendo ello así, se puede apreciar del Anexo 3 del escrito de demanda de fecha 30 de abril de 2010, que el DEMANDANTE adjunta copia del poder otorgado a favor de la señora Nelly Palomino Chacca, inscrito en Registros Públicos de Cusco, del cual se depende las facultades especiales delegadas a favor de dicha persona para ejercer la representación judicial del señor JOEL SALAZAR.

Ahora bien, cabe señalar que mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2010, JOEL SALAZAR presenta un poder extendido ante Notario Público, por el que amplía y especifica las facultades de representación a favor de la señora Nelly Palomino Chacca, concediéndole las facultades generales y especiales para actuar en procesos arbitrales, dicho documento establece lo siguiente:

JOEL JOSE SALAZAR SALCEDO, identificado con DNI N° 28290208, y con domicilio institucional en la Av. Amancaes N° 910-Ayacucho, por el presente documento conviene en ampliar la facultades conferidas a su representante Doña **NELLY PALOMINO CHACCA**, identificada con DNI N° 06303503 y domicilio en la Urb Santa Rosa Mz. C Lote N° 30 del Distrito de Los Olivos, Provincia Departamento de Lima, mediante Escritura Pública de fecha 19 de Febrero del 2009, inscrita en la partida N° 11083559 de los registros públicos del Cusco; a fin que lo represente ante toda clase de Tribunales Arbitrales, confiriéndole las facultades Generales y Especiales del Mandato contenidas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, pudiendo demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, proponer excepciones ó defensas previas, contestarlas, desistirse del proceso y de las pretensiones, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, ampliar la pretensiones, sustituir y/o delegar la representación procesal en todo y en parte y para los demás actos que exprese la ley de conformidad con lo antes expuesto

Página 55 de

El soporte ideal para su arbitraje

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

243. Asimismo, cabe señalar que conforme al inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil, el defecto o la insuficiencia de representación del demandante puede ser subsanada, no siendo causal de anulación del proceso arbitral.
244. En ese sentido, este colegiado entiende que si bien el poder otorgado a la señora Nelly Palomino Chacca no contemplaba una disposición específica para participar en procesos arbitrales en representación del señor JOEL SALAZAR, dicha omisión fue subsanada mediante escrito posterior de fecha 20 de agosto de 2010, por lo que todos los actos anteriores no sólo fueron ratificados sino también convalidados por el titular del derecho, el señor JOEL SALAZAR.
245. Por los argumentos expuestos, corresponde declarar improcedente la excepción de representación insuficiente o defectuosa, toda vez que existe un poder especial otorgado por el DEMANDANTE a favor de la señora Nelly Palomino Chacca.

VIII.2.2 Excepción de Caducidad.

246. La presente excepción formulada igualmente por el GOBIERNO CUSCO, se encuentra sustentada en la supuesta extemporaneidad en la presentación del escrito de demanda, al haber sido presentado fuera del plazo dispuesto en el Acta de Instalación por el Tribunal Arbitral. Así, el DEMANDADO afirma que con fecha 28 de enero de 2010, el Tribunal Arbitral estableció el plazo de quince (15) días para que JOEL SALAZAR presente su escrito de demanda, es decir, contaba hasta el día 18 de febrero de 2010, sin embargo, presentó su escrito con fecha 30 de abril de 2010, por lo que, al entender del GOBIERNO CUSCO, su derecho para accionar habría caducado.
247. Al respecto, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2004° del Código Civil "los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario".
248. Asimismo, conforme al artículo 2003° del Código Civil, la caducidad produce la extinción del derecho en virtud del hecho objetivo del decurso del tiempo, por lo que implica la carga de ejercitar el derecho mediante el cumplimiento del acto previsto dentro del tiempo prescrito por la ley.
249. Siendo ello así, debe tenerse en cuenta que la caducidad legal constituye siempre un instituto excepcional, en cuanto deroga el principio general, según el cual el ejercicio de los derechos subjetivos no está sujeto a límites y el titular puede ejercitarlos cuando, cómo y dónde considere oportuno.
250. En el presente caso, la LEY sólo establece un plazo de caducidad en el artículo 53° para el inicio del arbitraje respecto a las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, más no regula dicha institución jurídica para el supuesto en que una demanda se presente fuera del plazo establecido por el Tribunal Arbitral.
251. Por otro lado, cabe señalar que si bien inicialmente la demanda debía ser presentada el 18 de febrero de 2010 como se ha señalado anteriormente; mediante Resolución N° 2, de fecha 9 de febrero de 2010, se dispuso la suspensión del proceso arbitral, la cual fue levantada mediante Resolución N° 6 de fecha 5 de

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

abril de 2010, notificada al DEMANDANTE el 9 del mismo mes y año, por lo que este Tribunal Arbitral advierte que el escrito de demanda fue presentado dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación, conforme se dejó constancia en la Resolución N° 15 de fecha 5 de mayo de 2010.

252. En ese sentido, de acuerdo a la regla contenida en el numeral 27 del Acta de Instalación, contra las resoluciones distintas al laudo procede sólo la interposición del recurso de reconsideración ante el Tribunal Arbitral y no una excepción de caducidad como efectivamente solicitó la ENTIDAD. En ese sentido, al no ser la vía idónea para impugnar una decisión recaída en una resolución, la presente excepción debe ser declarada improcedente.

VIII.3 Sobre la participación de MAPFRE en el presente proceso.

253. Mediante Resolución N° 61 del 8 de mayo de 2012, se tuvo por recompuesto el Tribunal Arbitral encargado de resolver el presente arbitraje.
254. Mediante escrito ingresado el 5 de julio de 2012 la ENTIDAD interpuso recurso de reconsideración a la Resolución N° 64 que, entre otros, fijó los honorarios del Tribunal Arbitral reconstituido, manifestando, su oposición a la participación de MAPFRE en el presente proceso arbitral.
255. Sobre el particular, mediante Resolución N° 65° del 22 de octubre de 2012 el Tribunal Arbitral dispuso **resolver lo alegado por la ENTIDAD en su oportunidad.**
256. Posteriormente, mediante Resolución N° 73 del 31 de mayo del año 2012, el Tribunal Arbitral, sobre la base de lo establecido expresamente en numeral 3) del artículo 31° de la LEY DE ARBITRAJE², convocó al SEÑOR SALAZAR, la ENTIDAD y MAPFRE a una primera Audiencia Especial para analizar los alcances del contrato de fianza y la participación de MAPFRE en el presente arbitraje.
257. Al respecto, mediante escrito de fecha 6 de junio de 2013, MAPFRE solicitó reconsideración de la Resolución N° 73 indicando que su participación en el presente proceso ha sido decidida por el Tribunal Arbitral primigenio y consentida por las partes.
258. Conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 80, con fecha 22 de agosto de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Especial programada para analizar los alcances del contrato de fianza y la participación de MAPFRE en el presente proceso arbitral.
259. Mediante escritos de fecha 19 de junio y 6 de noviembre de 2013, MAPFRE solicita que el Tribunal se pronuncie sobre su pedido de reconsideración. Frente a ello, este colegiado determina en la Resolución N° 84 de fecha 12 de noviembre

² Artículo 31°.- Árbitro sustituto
(...)

3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, **en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.** (el énfasis es del tribunal arbitral)

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

- de 2013, reservarse el derecho de resolver este tema en su oportunidad, inclusive al momento de expedir el laudo, dejando de esta forma constancia que el Tribunal Arbitral se pronunciará más adelante sobre este punto.
260. Mediante escrito del 28 de mayo de 2014 el SEÑOR SALAZAR se opone a la participación de MAPFRE y solicita se le excluya del proceso arbitral. Respecto a ello, mediante Resolución N° 96 el Tribunal Arbitral **resolvió tener presente en lo que fuera a fin de resolver en su oportunidad.**
261. Posteriormente, con escrito del 7 de agosto de 2014, la ENTIDAD solicita pronunciamiento previo y/o resolución anticipada sobre la participación de MAPFRE en el proceso, frente a lo cual, mediante Resolución N° 102, **el Tribunal Arbitral resolvió tener presente lo expuesto y resolver en su oportunidad.**
262. De acuerdo a todo lo anterior, habiéndose reservado el Tribunal Arbitral el derecho de pronunciarse sobre la oposición planteada por el GOBIERNO CUSCO a la participación de MAPFRE en el presente proceso, conforme a lo resuelto en la Resolución N° 65° del 22 de octubre de 2012, no cuestionada por ninguna de las partes dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, y habiéndose celebrado el 22 de agosto de 2013 una Audiencia Especial, en la que aquellas tuvieron la posibilidad de exponer directamente sus posiciones, corresponde a este Tribunal pronunciarse al respecto.
263. Sobre el particular, conviene dejar constancia que, desde su reconstitución, el Tribunal Arbitral ha tomado en cuenta y valorado los argumentos expuestos por el SEÑOR SALAZAR, el GOBIERNO CUSCO y MAPFRE, respectivamente.
264. Ahora bien, en cuanto a la inclusión de MAPFRE en el presente proceso arbitral, mediante escritos ingresados el 6 y 19 de junio de 2013, MAPFRE ha expuesto argumentos que, a manera de síntesis, se detallan a continuación:
- i. Mediante Resolución N° 38 se incorporó a MAPFRE al proceso arbitral.
 - ii. Solo el GOBIERNO CUSCO presentó recurso de reconsideración, el mismo que, mediante Resolución N° 41 fue declarado improcedente por contravenir el Acta de Instalación al haber sido presentado fuera de plazo.
 - iii. El SEÑOR SALAZAR renunció a su derecho a objetar la presencia de MAPFRE en el proceso arbitral al no cuestionar dentro del plazo correspondiente la Resolución N° 38, por lo que la oposición formulada cuarenta y nueve (49) días después de emitida y notificada aquella debe ser declarada improcedente.
 - iv. La Resolución N° 38 quedó por lo tanto firme y consentida.
 - v. Mediante recurso de reconsideración contra la Resolución N° 64, el GOBIERNO CUSCO está cuestionando por segunda ocasión un mismo hecho, por lo que el pedido resulta improcedente.

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

- vi. La Finalidad de renovar las actuaciones arbitrales ya realizadas contenidas en el artículo 31° de la LEY DE ARBITRAJE no es que se realice un reexamen de actuaciones y decisiones ya tomadas, sino preservar el principio de inmediación.
- vii. El Tribunal Arbitral en funciones considera que MAPFRE es parte definitiva pues mediante Resolución N° 64 ordena y regula el pago de los Honorarios Arbitrales a las partes, dentro de las cuales incluye a MAPFRE.
265. Al respecto, resulta importante traer a colación que el numeral 3) del artículo N° 31° de la LEY DE ARBITRAJE, faculta al Tribunal Arbitral reconstituido a repetir, a su entera discreción, todas o algunas de las actuaciones anteriores.
266. Como se puede observar, la facultad de decidir si resulta necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores se realiza a entera discreción del Tribunal Arbitral, en los supuestos de la norma antes citada, son de plena aplicación al presente caso, en razón de tratarse de la incorporación de un nuevo Tribunal Arbitral. Nótese que la LEY DE ARBITRAJE no ha restringido la facultad otorgada, por ejemplo limitándola a determinadas actuaciones, o restringiendo su ejercicio a determinados y específicos supuestos, sino que, por el contrario, ha brindado al Tribunal Arbitral reconstituido las más amplias facultades para decidir si repite **todas o algunas de las actuaciones** al incluirse intencionalmente en el texto del artículo 31° la expresión "... **a su entera discreción**", lo cual significa que dicha decisión es tomada bajo su entero criterio.
267. En tal sentido, para este colegiado queda claro que el artículo en mención le permite **decidir a su entera discreción** si repite una o más actuaciones arbitrales.
268. Sobre el particular, conviene señalar que cuando la norma se refiere a *actuaciones arbitrales* no limita su aplicación únicamente a un tipo de actuación arbitral, como por ejemplo la celebración de una audiencia, sino que la utiliza en sentido amplio, comprendiéndose todo el *iter arbitral* regulado en el Título IV de la LEY DE ARBITRAJE, incluyéndose las decisiones recaídas en las resoluciones, con la única excepción de los "laudos" que hayan sido dictados dentro del *iter* del proceso, atendiendo a que se trata de decisiones finales respecto de las cuales lo único que por hacer es cumplirlas o en su caso ejecutarlas arbitral o judicialmente, según sea el caso o por el contrario, formulada contra éstos el correspondiente recurso de anulación o nulidad del laudo ante la Corte Superior de Justicia de la sede del arbitraje.
269. En efecto, en relación a lo antes indicado, cuando la LEY DE ARBITRAJE establece la posibilidad de repetir las actuaciones arbitrales alude a todos los actos realizados durante el *iter arbitral*, es decir, desde que el Tribunal se instala, pasando por todas las etapas del proceso, hasta antes de que éste emita un laudo con el que resuelva todo o parte de las controversias en disputa. Ello, comprende, desde luego, la posibilidad de repetir la valoración contenida en una resolución. Actuación debe entenderse en el sentido más amplio del término, incluyendo supuestos como la celebración de una audiencia, recibir pruebas, emitir resoluciones. Por lo expuesto, el Tribunal concluye que el artículo

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

31° de la LEY DE ARBITRAJE lo habilita a emitir un nuevo pronunciamiento sobre la participación de MAPFRE en este proceso.

270. Ahora bien, conforme a lo señalado, este Tribunal Arbitral considera conveniente hacer ejercicio de la facultad antes referida y emitir nuevo pronunciamiento respecto de la participación de MAPFRE en el presente proceso arbitral. Esta decisión, lejos de carecer de sustento, se encuentra plenamente justificada y encuentra su fundamento en un hecho precedente a la reconstitución del Tribunal Arbitral que no ha sido advertido por las partes de este arbitraje, por el Tribunal Arbitral primigenio, ni por el Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados al emitir el informe que obra en estos actuados y que fuera ofrecido en calidad de medio probatorio por MAPFRE.
271. Nos referimos a la inaplicación del artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE al presente arbitraje, como sustento para la incorporación de MAPFRE al mismo, en razón a que en la oportunidad en que las partes celebraron el convenio arbitral, no se encontraba aún vigente la mencionada ley. Como se analizará más adelante, la incorporación de MAPFRE al presente arbitraje violó normas constitucionales que por su carácter de orden público, no admiten pacto en contrario. Nos referimos a los artículos 62° y 103° de la Constitución Política del Perú, a los que volveremos más adelante.
272. Ahora bien, de los hechos del caso referidos a la inclusión de MAPFRE en el presente arbitraje, de autos fluye que mediante escrito del 28 de febrero del año 2011, dicha parte solicitó su intervención señalando que tenía derecho a ser incorporada por extensión del Convenio Arbitral contenido en la cláusula décimo novena del CONTRATO, al amparo de lo dispuesto en el artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE.
273. MAPFRE manifestó asimismo en el escrito antes aludido que, a solicitud del SEÑOR SALAZAR, el CONTRATO fue garantizado íntegramente por ella, a través de la emisión de tres (3) Cartas Fianza a favor del GOBIERNO CUSCO, por los siguientes conceptos: (i) Fiel Cumplimiento; (ii) Adelanto Directo; (iii) Adelanto de Materiales. Obran en estos actuados copias de las mismas.
274. Agrega que, mediante Carta Notarial N° 099-2009-GR.CUSCO/GGR y Oficio 1179-2009-GR.CUSCO/GGR del 13 y 28 de octubre del año 2009, respectivamente, el GOBIERNO CUSCO le solicitó la ejecución de las cartas fianza por adelanto directo y adelanto de materiales. Sin embargo, habiendo tomado conocimiento del proceso penal seguido contra el SEÑOR SALAZAR, así como contra altos funcionarios del GOBIERNO CUSCO; MAPFRE procedió a consignar los importes de las cartas fianza a favor del Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio del Cusco, a efectos de que el Poder Judicial sea el encargado de disponer el destino de dichos fondos. Señaló finalmente MAPFRE que cuenta con interés y legitimidad para solicitar la nulidad del CONTRATO.
275. Respecto de su intervención por extensión del convenio arbitral mencionan que con la emisión de las garantías de adelanto directo y de materiales a favor del GOBIERNO CUSCO se demuestra su participación activa y determinante en el

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

CONTRATO, cumpliendo de esta manera con uno de los supuestos del artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE para hacer extensivo el Convenio Arbitral.

276. Asimismo, señala que el Convenio Arbitral del CONTRATO está íntimamente relacionado con el del Contrato Accesorio de Fianza, ya que de no haber existido aquellas garantías, no se hubiesen podido otorgar los adelantos a favor del contratista.
277. En ese sentido, MAPFRE concluye que el Convenio Arbitral contenido en el CONTRATO es extensivo a los contratos de fianza que mantenía MAPFRE con el GOBIERNO CUSCO, al estar ambos íntimamente relacionados, por lo que procede la extensión del Convenio Arbitral por expreso mandado del artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE.
278. Posteriormente, mediante escrito del 21 de junio de 2011 MAPFRE informó que mediante Carta No. 334-2011/BFE, el Estudio Bullard, Falla & Ezcurra había emitido una opinión acerca de la validez de la participación de MAPFRE en el proceso arbitral, haciendo suyas las opiniones contenidas en dicho informe, y presentándolo como medio probatorio.
279. Sobre el particular, resulta importante señalar que el Tribunal Arbitral ha tenido a la vista dicho informe en el que, entre otros, básicamente se señala que a pesar de que MAPFRE no firmó el convenio arbitral –hecho reconocido por la propia MAPFRE, así como por el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR y comprobado además por este colegiado-, tuvo una participación muy activa y determinante durante la negociación, celebración y ejecución del CONTRATO, por lo que en buena fe debería entenderse que la participación activa y determinante de MAPFRE refleja, además de su conocimiento de los términos del CONTRATO y su consentimiento para garantizarlo, su consentimiento para arbitrar, siendo válido que se le haya considerado parte del convenio arbitral.
280. Habiéndose valorado los argumentos expuestos por MAPFRE para su incorporación al presente proceso arbitral -resumidos en los numerales precedentes-, los medios probatorios que sobre este aspecto fueron ofrecidos y admitidos durante el proceso, la exposición efectuada por los representantes de MAPFRE en la Audiencia Especial del 22 de agosto del año 2013, así como los argumentos expuestos por el SEÑOR SALAZAR y el GOBIERNO CUSCO en diversos escritos, este Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que no resulta jurídicamente posible extender a MAPFRE los alcances del convenio arbitral contenido en la cláusula décimo novena del CONTRATO, por las razones que a continuación se pasan a detallar.

VIII.4. EL ARTÍCULO 14° DE LA LEY DE ARBITRAJE NO RESULTA APLICABLE A LA PARTICIPACIÓN DE MAPFRE EN EL CONTRATO

281. De los escritos y medios probatorios que obran en el expediente arbitral se puede apreciar que, en efecto, MAPFRE tuvo participación durante la celebración, suscripción y ejecución del CONTRATO, mediante la entrega de ~~certas fianza~~ que se emitieron para garantizar las obligaciones que el SEÑOR

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)
María Jesús Bustos De la Cruz
Daniel Triveño Daza

SALAZAR había asumido frente al GOBIERNO CUSCO, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

Garantía	N°	Monto	Fecha de entrega
Seriedad de Oferta	68-01003028-00	S/. 1'394,133.54	27.6.2008
Fiel Cumplimiento del Contrato	68-01003140-00	S/. 1'369,199.07	16.7.2008
Adelanto Directo	68-01003184-00	S/. 1'853,477.22	25.7.2008
Adelanto de Materiales	68-01003185-00	S/. 3'706,954.43	25.7.2008

282. Sobre el particular, MAPFRE alega que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE, su participación fue activa y determinante durante la negociación, celebración, y ejecución del contrato, lo que refleja su consentimiento para arbitrar, por lo que es parte del presente proceso arbitral.
283. Sin embargo, este colegiado considera importante mencionar que en las fechas en las que MAPFRE otorgó las cartas fianza antes señaladas, período comprendido entre el 27 de junio del año 2008 y el 25 de julio del mismo año, **no se encontraba vigente la LEY DE ARBITRAJE**, cuyo artículo 14° se pretende aplicar, sino la hoy derogada Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, cuerpo normativo que no incluía referencia alguna sobre la posibilidad de extender el convenio arbitral.
284. **En efecto, el 28 de junio del año 2008 se publicó en el diario oficial "El Peruano" la LEY DE ARBITRAJE, cuya vigencia, de conformidad con lo dispuesto en su Tercera Disposición Final, se inició recién el 1° de septiembre del año 2008, es decir, más de un mes después de la emisión de las cartas fianza con las que MAPFRE garantizó las obligaciones del SEÑOR SALAZAR, derivadas del CONTRATO que éste celebrara con el GOBIERNO CUSCO.**
285. De lo anterior se puede fácilmente apreciar que MAPFRE pretende que se le incluya en el arbitraje sobre la base de una norma que, al momento de su participación en el CONTRATO, no se encontraba vigente y en consecuencia no le resultaba aplicable, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico, como criterio general, las normas no tienen efectos retroactivos. Es decir, MAPFRE pretende que el colegiado convalide la aplicación de una norma con carácter retroactivo efectuada por el Tribunal Arbitral primigenio, lo que no resiste el más

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

- mínimo análisis jurídico y resulta además como ya está dicho, una contravención a normas constitucionales que este Tribunal Arbitral no puede ni debe permitir.
286. El problema que se suscita está relacionado con la llamada aplicación de las normas en el tiempo. Sobre el particular, el artículo 103° de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

“Artículo 103.- “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. **La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos;** salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

(El resaltado es nuestro).

287. Como se puede observar, la constitución ha establecido, siguiendo la doctrina de los hechos cumplidos, que las normas se aplican desde su entrada en vigencia, no gozando de fuerza ni efectos retroactivos. Sobre este punto, Marcial Rubio menciona lo siguiente:

“El principio general expresado al inicio, y coherente con lo desarrollado en la parte de fuentes del Derecho, consiste en que las normas rigen a partir del momento en que empieza su vigencia y que carecen de efectos tanto retroactivos (es decir, antes de dicho momento).”³

288. De todo lo anterior, se puede observar, si bien la LEY DE ARBITRAJE fue recogida en el Acta de Instalación, como fuente normativa complementaria de las reglas del presente proceso arbitral, ello es así porque al momento de la instalación, aquella ya se encontraba vigente y en consecuencia le resultan de aplicación a este arbitraje las normas procesales en ella referidas.

289. Sin embargo, resulta evidente que en las fechas en que el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR celebraron el convenio arbitral que consta como cláusula décimo novena del CONTRATO, del cual MAPFRE alega ser PARTE NO SIGNATARIA y desde que ésta entregó las cartas fianza a favor del GOBIERNO CUSCO, la LEY DE ARBITRAJE, y su artículo 14° que regula la extensión del convenio arbitral, aún no se encontraban vigente, no resultando por tanto aplicable como fuente normativa para determinar si corresponde o no incluir a MAPFRE en el presente arbitraje, toda vez que, como ya se ha señalado, no se puede aplicar una norma, y sus efectos, a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, toda vez que no tienen efecto retroactivo, salvo las excepciones señaladas en el propio artículo 103° de nuestra Constitución.

3 RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. del Perú, octava edición, 2006, pp. 326 y 327.

Página 63 de 81

El soporte ideal para su ARBITRAJE

Calle RAMÓN RIBEYRO 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Laudo de Derecho

Caso Arbitral N° 30-2012

Arbitraje seguido por el señor Joel José Salazar Salcedo – Gobierno Regional Cusco

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Lo contrario significaría interpretar determinados hechos bajo fuentes normativas que al momento de su ocurrencia no existían. En consecuencia, no resulta posible acudir al artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE para determinar la participación de MAPFRE como parte del convenio arbitral y su inclusión en este arbitraje.

290. Más aún, si como la generalidad de la doctrina considera y este Tribunal Arbitral comparte, el Arbitraje es un contrato, tampoco puede dejar de señalarse que con la incorporación de MAPFRE a este proceso dispuesta por el anterior colegiado, se estaría vulnerando asimismo, lo dispuesto por nuestra constitución en su artículo 62° que se transcribe a continuación:

"Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que **las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato**. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

(...)"

(El resaltado es del tribunal)

En relación con lo anterior, conviene dejar claramente señalado la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje –hoy derogada-, a diferencia de la actual normativa, no reconocía la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Sobre el particular, Mario Castillo, citando a Alfredo Bullard, al comentar el artículo 14° de la Ley de Arbitraje señala que **"este precepto no posee concordancia ni antecedente dentro de la normativa nacional ni extranjera. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14° de la Ley de Arbitraje es una novedad."**⁴

291. En efecto, de una revisión del texto de la Ley General de Arbitraje -hoy derogada- se puede observar que no existía disposición alguna sobre la posibilidad de extender el convenio arbitral a un no signatario. A mayor detalle, el artículo 10° de dicha norma señalaba lo siguiente:

"Artículo 10.- Forma del convenio arbitral.-

El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad.

Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por

4 CASTILLO-FREYRE, Mario. "Comentarios a la Ley de Arbitraje: Primera Parte". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen N° 25, Thomson Reuters. Lima: 2014, p. 277.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento. Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención."

(El resaltado es nuestro).

292. Resulta claro que, debiendo celebrarse por escrito, bajo sanción de nulidad, el convenio únicamente vincula a las partes signatarias del mismo, no resultando posible extender sus efectos a personas que no participaron del mismo mediante la suscripción.
293. Incluso, como señala Mario Castillo, mediante Casación N° 2435-97 del 6 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo, interpretando y aplicando el referido artículo 9° de la Ley General de Arbitraje que no era posible extender los alcances del convenio arbitral a quien no lo había suscrito⁵.
294. Al respecto, cabe señalar que la LEY DE ARBITRAJE –actualmente vigente- por el contrario, eliminó la sanción de nulidad contenida en el artículo 10° de la derogada ley N° 26572, lo cual se aprecia de lo señalado en el numeral 2) del artículo 13° que señala:

"Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral
(...)

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

(...)

(El resaltado es del tribunal)

295. Sobre este particular, el doctor Santistevan de Noriega⁶ señaló lo siguiente en relación con la nueva redacción referida de la forma –ad probationem- del convenio arbitral en la LEY DE ARBITRAJE –actual-:

"La nueva ley se propone hacer inevitable el arbitraje cada vez que haya un convenio arbitral claramente definido **o, como veremos, que se pueda concluir (ad probationem) que la verdadera intención de las partes fue llegar al arbitraje sobre la base de inferencias legítimas autorizadas por ley.**"

(Lo resaltado es nuestro)

⁵ Ídem p.278.

⁶ Santistevan de Noriega, Jorge, "inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana", Revista Peruana de Arbitraje N° 7, Lima, 2008, pág.9º

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

296. Igualmente el mismo Santistevan de Noriega⁷ señala en otro artículo lo siguiente:

"Mientras que el modelo anterior –refiriéndose a la Ley N° 26572- se sustentaba en un convenio arbitral ad solemnitatem con predominancia de la forma escrita, la nueva ley se basa en un convenio arbitral ad probationem lo que admite flexibilidad mayor y posibilidad inclusive de un convenio verbal siempre que quede registro de ello para su comprobación posterior"

(El énfasis, y agregado es nuestro)

297. Como se ha señalado en los numerales precedentes, la extensión del convenio arbitral a MAPFRE no resulta posible en base a las siguientes motivos:

- i. El artículo 14° de la LEY DE ARBITRAJE no resulta aplicable para valorar la extensión del convenio arbitral a MAPFRE, toda vez que el convenio arbitral del que ésta pretende ser reconocida como, PARTE NO SIGNATARIA, se celebró durante la vigencia de la derogada Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.
- ii. El reconocimiento de MAPFRE como PARTE NO SIGNATARIA por el Tribunal Arbitral primigenio es ineficaz pues implica una violación de lo expresamente dispuesto en los artículos 62° y 103° de la Constitución Política del Perú.
- iii. La Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje –hoy derogada-, vigente al momento de la emisión de las cartas fianza realizada por MAPFRE a fin de garantizar las obligaciones del SEÑOR SALAZAR, derivadas del CONTRATO celebrado con el GOBIERNO CUSCO, resulta aplicable ultractivamente para definir el tema.
- iv. La Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje no regulaba la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.
- v. La Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje derogada pero aplicable ultractivamente al presente supuesto, establecía además un carácter formal al convenio arbitral, éste debía constar por escrito, bajo sanción de nulidad, es decir, tenía un carácter ad solemnitatem, en contraposición de lo que hoy establece la LEY DE ARBITRAJE en el numeral 2) del artículo 13°, dándole al convenio arbitral un carácter ad probationem.

298. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral, considera que no resulta amparable extender a MAPFRE los alcances del convenio arbitral contenido en la cláusula décimo novena del CONTRATO celebrado entre el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR, no correspondiendo por lo tanto conocer las pretensiones planteadas por ésta; debiendo además dejarse sin efecto legal alguno las Resoluciones N° 38 y N° 41 expedidas por el anterior colegiado y declararse infundada la

⁷ Santistevan de Noriega, Jorge, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje", en Revista Peruana de Arbitraje N° 8, , Lima, 2009, pág. 19

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

reconsideración formulada por MAPFRE contra la Resolución N° 73 dictada por este Tribunal Arbitral.

VIII.6. NORMA APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

299. Habiendo concluido con el análisis referido a determinar la participación de MAPFRE en este arbitraje, corresponde a continuación efectuar una breve referencia al marco legal aplicable para resolver el presente arbitraje, sobre la base de los documentos que regulan la relación contractual entre el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR.
300. Con fecha 10 de diciembre del año 2007 se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley N° 29142 – "Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2008", cuya vigésimo novena disposición transitoria autorizó a los Gobiernos Regionales, entre otros, a suscribir Convenios de Administración de Recursos, Costos Compartidos u otras modalidades similares, con organismos o instituciones internacionales para encargar la administración de sus recursos:

"VIGÉSIMA NOVENA.- Autorízase a las entidades del Gobierno Nacional, durante los Años Fiscales 2007 y 2008, a suscribir Convenios de Administración de Recursos, Costos Compartidos u otras modalidades similares, con organismos o instituciones internacionales, para encargarles la administración de sus recursos. Dichas modalidades deben contar, previamente, con un informe de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, en el que se demuestre las ventajas y beneficios de su concertación, así como la disponibilidad de los recursos para su financiamiento, y aprobarse por resolución suprema refrendada por el ministro del sector correspondiente. El procedimiento señalado se empleará también para el caso de las adendas, revisiones u otros, que amplíen la vigencia, modifiquen o añadan metas no contempladas originalmente.

En el caso de los gobiernos regionales, gobiernos locales y organismos constitucionalmente autónomos, dichos convenios y sus modificatorias son aprobados mediante Acuerdo del Consejo Regional, del Concejo Municipal y Resolución del Titular del organismo constitucionalmente autónomo, respectivamente, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo, debiéndose contar con el informe previo de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, en el que se demuestre las ventajas y beneficios de su concertación, así como la disponibilidad de los recursos para su financiamiento.

Asimismo, otórguese naturaleza de ley a los Decretos de Urgencia núms. 038-2007 y 041-2007.

Esta disposición rige a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley."

(El resaltado es nuestro)

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

301. Dentro de este contexto, mediante Acuerdo de Consejo Regional N° 114-2007-HR/GRCCUSCO del 20 de diciembre del año 2007 se autorizó a la Presidencia del GOBIERNO CUSCO a suscribir un Convenio Internacional Marco de Cooperación Técnico Financiera y de Administración de recursos con la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI (en adelante, OEI) para la contratación de la obra y supervisión para el "Mantenimiento de Diversos Tramos Carreteros Cusco".
302. Es así que, sobre la base de dicho convenio, la OEI convocó la Licitación Pública Local LPL N° 002-2008-OEI-GRCS para la selección de la persona natural o jurídica que se encontrara en capacidad de ejecutar la obra: "MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE DIVERSOS TRAMOS CARRETEROS DEL CUSCO".
303. Resulta importante señalar que en las bases de dicho proceso se estableció que la LEY y el REGLAMENTO se aplicarían de forma supletoria únicamente en la etapa de ejecución contractual, según se puede apreciar a continuación:

"1.6 Base legal

- Convenio de cooperación técnica suscrito entre la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI y el Gobierno Regional del Cusco.
- **Supletoriamente, la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado Peruano y su reglamento, únicamente en lo que se refiere a las relaciones contractuales derivadas del presente proceso.**

(El resaltado es nuestro).

304. Como consecuencia de la convocatoria efectuada por la OEI, se otorgó la buena pro al SEÑOR SALAZAR, por lo que, con fecha 18 de julio de 2008, éste suscribió con el GOBIERNO CUSCO el CONTRATO para la ejecución de la mencionada obra.
305. En concordancia con lo establecido en las Bases del proceso, en la cláusula segunda del CONTRATO se señaló que se aplicaría la LEY y su REGLAMENTO, tal como se puede observar:

"CLÁUSULA SEGUNDA: ANTEDECENTES.

2.1 Que, en fecha 30 de junio del presente año, la Organización de Estados Iberoamericanos mediante el documento OEI – 187/2008, informa el resultado del proceso de Licitación Pública Local N° 002-2008-OEI-GRCS ahora CIP Procedimiento Clásico.7-2008/GR CUSCO, que tiene como objeto la Contratación de Obra para las Actividades de Mantenimiento Periódico de Diversos Tramos Carreteros Cusco" donde el postor ganador fue Joel José Salazar Salcedo. Por un monto total adjudicado de S/. 13 691 990.65 (Trece Millones Seiscientos Noventa y Un Mil Novecientos Noventa y 65/100 Nuevos Soles) incluidos impuestos.

Página 68 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

2.2 **Considerando que en todo lo no especificado en este contrato se aplicará la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento**, cuando en el presente contrato se mencione la palabra Ley se entenderá que se está haciendo referencia al Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, sus modificatorias y ampliatorias aplicables; la mención al Reglamento se entenderá referida al Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, sus modificatorias y ampliatorias aplicables."

(El resaltado es nuestro).

306. De lo antes expuesto se puede apreciar que tanto en las Bases del proceso, como en el propio CONTRATO, se estableció que la LEY y el REGLAMENTO aplicarían de manera supletoria y **únicamente en lo referido a las relaciones contractuales entre las partes del mismo**, pues todo el proceso de contratación se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la LEY y del REGLAMENTO.

307. Y ello es así pues en la Cuarta Disposición Complementaria del REGLAMENTO se estableció que los convenios de gestión, de cooperación o cualquier otro similar se encontraban fuera del alcance de la LEY y el REGLAMENTO:

"CUARTA.- No son de aplicación la Ley y el presente Reglamento para la celebración de convenios de gestión, de cooperación o cualesquiera otro de naturaleza análoga, suscritos entre dos o más Entidades o entre éstas y organismos internacionales, con el objeto que se brinden los bienes o servicios propios de la función que por Ley le corresponde a la Entidad contratada."

(El resaltado es nuestro).

308. Por su parte, al respecto el extinto CONSUCODE, en su oportunidad, mediante la Opinión N° 009-2005, razonaba de la siguiente manera:

"...bajo determinados supuestos expresamente declarados, nuestro ordenamiento ha exceptuado del ámbito de aplicación de la Ley y el Reglamento a determinadas contrataciones y adquisiciones. Estos supuestos constituyen causales de inaplicación y están enumerados en diferentes artículos de la Ley y en otros dispositivos normativos del mismo rango. Tales son los casos de las adquisiciones y contrataciones mencionadas en el numeral 2.3 de la Ley, las contrataciones realizadas en el marco de convenios internacionales (Tercera Disposición Complementaria de la Ley), por el Sistema de Licitaciones y Concursos denominado "Evaluación Internacional de Procesos" (Decreto Ley N.º 25565), o para **la celebración de convenios de gestión, de cooperación o cualesquiera otros de naturaleza análoga, suscritos entre dos o más Entidades o entre éstas y organismos internacionales, con el objeto que se brinden los bienes o servicios propios de la función que por Ley le corresponde a la Entidad contratada**" (Cuarta Disposición

Página 69 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933

www.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

Complementaria del Reglamento). "

309. Por su parte, la Opinión N° 066-2010 del OSCE argumenta lo siguiente:

"...debe señalarse que los convenios de administración de recursos celebrados por las Entidades con organismos internacionales implican la transferencia de fondos públicos a un organismo internacional para que este lleve a cabo las tres etapas de determinadas contrataciones públicas."

310. En efecto, de una lectura de la citada norma y de las respectivas opiniones, fácilmente se puede apreciar que los convenios de gestión, de cooperación o similares que las entidades celebraran con organismos internacionales se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la LEY y el REGLAMENTO, no resultando, por tanto, normativamente vinculantes ninguna de sus disposiciones.

311. En consecuencia, conviene señalar que si bien el CONTRATO, derivado del "Convenio Internacional Marco de Cooperación Técnico Financiera y de Administración de Recursos" estableció que en todo lo no especificado aplicaría supletoriamente las disposiciones de la LEY y el REGLAMENTO, ello, claro está, no resulta así por imperio de la ley, pues, como se ha señalado la normativa de contrataciones en ese momento vigente establecía que la celebración de ese tipo de convenios estaba fuera de su ámbito de aplicación, sino por voluntad de las partes.

La aplicación supletoria de la LEY y el REGLAMENTO en todas las incidencias contractuales, entre las que se encuentran las divergencias que puedan dar lugar a un arbitraje, no se da pues en función de una disposición normativa, sino en función al ejercicio de la libertad contractual del GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR, de conformidad con el contrato y el respectivo convenio arbitral.

VIII.7 Análisis de los Puntos Controvertidos

312. Habiendo concluido con el análisis respecto de la participación de MAPFRE en este arbitraje y la determinación de la no extensión del convenio arbitral a ésta, corresponde a continuación que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Puntos Controvertidos celebrada el día 19 de noviembre del año .2010.

313. Sobre el particular, si bien en principio correspondería que este colegiado se avoque a resolver las controversias surgidas entre las partes para las cuales fue designado, no puede soslayar el hecho de encontrarse imposibilitado de efectuar tal labor, toda vez que **el CONTRATO, presupuesto básico para el análisis correspondiente, adolece de nulidad manifiesta e insalvable**, motivo por el cual además de no resultar posible emitir pronunciamiento alguno sobre las pretensiones planteadas tanto por el SEÑOR SALAZAR como por el GOBIERNO CUSCO nacidas de un acto inexistente, este colegiado se encuentra en el deber de declarar su nulidad.

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

314. La imposibilidad mencionada en el numeral anterior encuentra sustento legal según lo dispuesto en el artículo 220° del Código Civil – norma aplicable al caso concreto – cuyo texto responde al siguiente detalle:

“Alegación de la nulidad

Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez –en el presente caso el árbitro– cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación”

(El resaltado y agregado es nuestro).

315. Como se puede observar, el artículo citado establece que si bien la nulidad puede ser alegada por quienes tengan algún interés o por el Ministerio Público, también el juez puede declararla de oficio cuando aquella resulte manifiesta.
316. Al respecto, sobre la declaración de oficio por nulidad manifiesta, Freddy Escobar⁸ señala lo siguiente:

“

(...)

El artículo bajo comentario también le permite al juez declarar la nulidad de oficio, esto es, cuando la misma no es materia de las pretensiones formuladas por alguna de las partes del proceso. **Para ello, es necesario que la nulidad del negocio sea manifiesta. Se entiende que dicha nulidad es manifiesta cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente** (piénsese en el caso del negocio celebrado en un instrumento que no es el que representa la forma solemne exigida por la ley).

Ahora bien, para que el juez pueda declarar de oficio la nulidad es necesario que, en aplicación de las correspondientes reglas procesales, resulte competente para ello. En tal sentido, aunque resulte manifiesta, la nulidad de un contrato civil no podrá, por ejemplo, ser declarada por un juez del fuero laboral.

La posibilidad que el juez tiene de declarar de oficio la nulidad del negocio no constituye una *facultad* para aquél, ya que dicha posibilidad solo significa que el mismo está autorizado a dictar sentencia con prescindencia del contenido de las pretensiones de las partes. **Por tanto, cuando el juez se percate de la existencia de dicha nulidad, necesariamente tendrá que declararla.**

El artículo materia de análisis establece también que la nulidad impide que el negocio pueda ser confirmado. La confirmación no es otra cosa

⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Comentario al Artículo 219 del Código Civil". En: Código Civil Comentado. Editorial: Gaceta Jurídica. Pág.909

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

que la manifestación (expresa o tácita) en virtud de la cual se acepta como "querido" el negocio inválido y, por tanto, se renuncia a la acción que se tiene para "impugnarlo". **La razón por la cual el artículo 220 del Código Civil impide la posibilidad de confirmar un negocio nulo radica, evidentemente, en la naturaleza de la disconformidad que éste presenta respecto del ordenamiento jurídico (ilicitud, imposibilidad, etc.); disconformidad que no queda subsanada con un simple "querer" de la parte o de las partes.**

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 1424 del Código Civil Italiano, que establece la posibilidad de que el negocio nulo sea objeto de conversión, el artículo comentado omite todo pronunciamiento al respecto."

(El resaltado es nuestro).

317. De lo expresado por el referido autor, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- i. El juez –en este caso el Tribunal Arbitral– está legalmente facultado para declarar la nulidad de un acto jurídico a pesar de que ello no le haya sido solicitado.
- ii. El juzgador que declare la nulidad debe ser competente para ello.
- iii. **Defectada la nulidad por el juez, éste se encuentra obligado a declararla,** no siendo posible confirmar un negocio manifiestamente nulo y con las consecuencias que ello implica.

318. Sobre la base de lo anteriormente expuesto se tiene que, en el caso materia de análisis, este colegiado se encuentra legalmente facultado para declarar la nulidad del CONTRATO a pesar de que ello no haya sido solicitado ni por el SEÑOR SALAZAR ni por el GOBIERNO CUSCO. Conviene mencionar que si bien el artículo 220° del Código Civil refiere que es el juez quien está facultado para declarar de oficio la nulidad de un acto, los Tribunales Arbitrales también gozan de dicha facultad, de acuerdo a lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria de la LEY DE ARBITRAJE:

"CUARTA. Juez y tribunal arbitral.

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, **todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral,** siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes."

(El resaltado es nuestro)

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

319. La competencia de este colegiado para declarar la nulidad del CONTRATO, se desprende de lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en su cláusula décimo novena:

"CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

19.1 Cláusula de Solución de Controversias

19.1.1 Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante el procedimiento de arbitraje o conciliación.

19.2 De conformidad con la cláusula anterior las partes acuerdan que las controversias no resueltas o resueltas parcialmente serán resueltas por un Arbitraje.

19.3 De acuerdo a la presente cláusula **todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos mediante arbitraje de derecho**, bajo organización y administración de árbitros en la jurisdicción del Cusco o de ser el caso se solicitará al CONSUCODE brinde un árbitro con residencia en cusco (SIC).

19.4 Se deja constancia que todo conflicto presentado se absolverá dentro del ámbito jurisdiccional de la ciudad del Cusco."

(El resaltado es nuestro).

320. Cabe señalar igualmente, que la nulidad de oficio del acto jurídico constituye una excepción al principio procesal de congruencia entre el petitorio y el fallo, que encuentra respaldo en la voluntad de la Ley de reconocer solo los actos jurídicos emitidos conforme al ordenamiento jurídico.

321. En efecto, al respecto, cabe tomar en consideración de lo siguiente:

"...dado que la nulidad declarada de oficio por el juez constituye una excepción al principio de congruencia, resulta conveniente detenerse un momento para recordar en qué consiste éste.

El petitorio de una demanda se encuentra compuesto por el petitum (lo que se pide) y la causa petendi (los motivos del petitum). Por su parte, la causa petendi se encuentra compuesta por una causa petendi fáctica (las razones de hecho del petitum) y una causa petendi jurídica (las razones de derecho del petitum). Por el principio procesal de congruencia el juez tiene la obligación de "mantener un nexo de causalidad entre el petitum y la causa petendi fáctica, de un lado, y la resolución de la controversia concreta, de otro, de manera tal que el juez no pueda pretender otorgar algo más de lo que se pide (sentencia ultrapetita) o distinto de lo que se pide (sentencia extrapetita), ni pretender acusar la existencia de hechos que no han sido alegados por

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

las partes. Tras el principio de congruencia subyace pues una garantía del derecho de defensa de las partes, de forma tal que al juez le quede proscrita la posibilidad de enervar la estructura que ha tomado el contradictorio en el devenir del proceso.

Como puede apreciarse, el principio procesal de congruencia reviste especial importancia, dado que se encuentra estrechamente ligado al derecho de petición, por el que debe resolverse lo solicitado en un plazo razonable y de manera congruente; por tanto, de resolverse sobre algo distinto a lo pedido se violaría el principio de congruencia y también el derecho de petición.

En apretada síntesis, el principio de congruencia, el derecho de petición y el derecho de defensa están íntimamente vinculados, no siendo aceptable que una decisión judicial resuelva cuestiones que no fueron sometidas a debate y sobre las cuales las partes no tuvieron posibilidad ni ocasión de defender sus respectivos puntos de vista. Ello vulnera la interdicción constitucional de indefensión, así como la seguridad jurídica, fracturándose el equilibrio entre las partes. La nulidad de oficio del acto jurídico constituye una excepción al principio procesal de congruencia entre el petitorio y el fallo, y las razones para semejante atribución son, como se explicará, contundentes."⁹

322. Pues bien, siendo este Tribunal Arbitral competente para declarar la nulidad de oficio del CONTRATO, a continuación se pasará a detallar las situaciones que ponen de manifiesto la invalidez de dicho acto, las mismas que se encuentran claramente descritas en la Resolución N° 615 de fecha 21 de noviembre del año 2011, que contiene la Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones del Cusco (en adelante "la Sala Penal"), mediante la cual se condena por el delito de colusión a funcionarios del GOBIERNO CUSCO, por ilícitos íntimamente vinculados al CONTRATO, medio probatorio incorporado al presente proceso arbitral mediante Resolución N° 107 del 16 de enero del año 2015, resultando además que dicha incorporación no fue objetada por el GOBIERNO CUSCO ni por el SEÑOR SALAZAR, habiendo quedado firme.

PRESENTACIÓN A LA OEI DE DOCUMENTO FALSIFICADO PARA GANAR LA BUENA PRO DEL PROCESO DE SELECCIÓN

323. En efecto, conforme ha sido acreditado por la Sala Penal, tras la realización de una ilegal negociación directa con la OEI, mediante carta del 2 de junio de 2008 el SEÑOR SALAZAR presentó su currículum vitae, adjuntando, como parte del Anexo 8, referido a la acreditación de experiencia en obras, el Contrato N° 052-2006 "Mejoramiento y Construcción de la Carretera Sarhua – Portacruz de Long. 15.580 Km.", documento que fue falsificado a efectos de acreditar como monto la suma de S/. 19'987,220.17, cifra mayor a la real, ello con la única finalidad de

⁹ Jiménez Vargas Machuca, Roxana. La nulidad del acto jurídico de oficio por el juez. En [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/\\$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/AsesJuridica/JURIDICA.NSF/vf12web/B163FF1A3C1532EA052572FA006B7BD1/$FILE/La_nulidad_del_acto_juridico.pdf). Pág. 2

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

ganar la buena pro del proceso de licitación convocado por dicho organismo internacional.

324. El referido Contrato N° 052-2006, celebrado entre la Unidad Ejecutora 006 del Programa de Apoyo al Desarrollo Socioeconómico y la Descentralización Ayacucho – AGORAH y la "Empresa Consorcio J-S", de propiedad del SEÑOR SALAZAR, presentado a la OEI contiene como monto económico la suma de S/.19'987,220.17, cifra discordante de la real y que fue intencionalmente modificada, según quedó demostrado con por pericia grafológica.
325. Conforme ha quedado acreditado, el verdadero monto del contrato N° 052-2006 ascendía a la suma de S/. 1'987,220.14, es decir aproximadamente dieciocho millones menos de la cifra falsamente consignada por el SEÑOR SALAZAR. Cabe señalar que de acuerdo a lo señalado en la sentencia de la Sala Penal, la autenticidad del referido contrato no fue verificada oportunamente por personal de la OEI, conforme lo exigían los lineamientos de este organismo internacional. Al respecto la Sala Penal señala en su sentencia que "al no haber sometido al necesario análisis y cruce de información de cada uno de los documentos presentados por Joel José Salazar Saicedo, antes de otorgar la buena pro y por ello no se dieron cuenta de la existencia de aquel Contrato N° 052-2006 burdamente falsificado, corriente a fojas 2320. La buena pro otorgada por la OEI en base a un contrato falsificado, como es el de fojas 2320, **es nula de puro derecho.**"

ACTA DE ACUERDO DE GESTIÓN

326. Adicionalmente a lo anterior, la Sala Penal hace referencia al "Acuerdo de Gestión" suscrito entre el SEÑOR SALAZAR, el Sr. Alex Milenko Cárdenas Tresierra y la Sra. Nelly Palomino Chacca, documento que forma parte del expediente arbitral y que este colegiado ha tenido a la vista.
327. En efecto, de una revisión del mencionado acuerdo se puede observar que las partes del mismo acordaron lo siguiente:
- El Sr. Alex Milenko Cárdenas Tresierra estaría encargado de la conducción, ejecución y administración de la obra "MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE DIVERSOS TRAMOS CARRETEROS CUSCO", cuya buena pro había sido otorgada al SEÑOR SALAZAR, asumiendo la responsabilidad de su cumplimiento, correspondiéndole como "beneficio económico" por su participación la totalidad de las utilidades que resulten de la obra, incluidos los adicionales.
 - La Sra. Palomino asumiría la responsabilidad "gestionar y avalar" la obtención de las cartas fianza que se requieran para la ejecución de la obra, "gestión" por la cual le correspondía un beneficio económico ascendente al cinco por ciento (5%) del monto total otorgado en fianzas conforme al siguiente detalle:

1. Fianza de Seriedad de Oferta por S/. 1'394, 433.54
2. Fianza de Fiel Cumplimiento por S/. 1'369, 1999.06

Página 75 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

3. Fianza de Adelanto Directo por S/. 2'733, 398.13
 4. Fianza de Adelanto de Materiales por S/. 5'476, 796.26
- El SEÑOR SALAZAR se comprometía a brindar "apoyo y asesoramiento técnico" en la ejecución de la obra, adquiriendo el derecho a una retribución económica por su participación ascendente al cuatro por ciento (4%) del valor de venta asignado a la obra, monto a ser pagado con los adelantos otorgados por el GOBIERNO CUSCO.
 - Abrir una cuenta mancomunada con intervención de todas ellas para la "ejecución, control y un correcto desempeño financiero".
328. Otro aspecto relevante del acuerdo en mención está dado por el hecho de haber sido celebrado y suscrito por las tres partes el 4 de julio del año 2008, es decir, catorce (14) días antes de que el SEÑOR SALAZAR y el GOBIERNO CUSCO celebren y suscriban el CONTRATO. De una lectura de dicho documento claramente se infiere que las partes que suscribieron aquel acuerdo tenían la inusual seguridad de que el CONTRATO se firmaría con el SEÑOR SALAZAR. Asimismo, se puede apreciar que, en realidad, el SEÑOR SALAZAR no intervendría en la ejecución de la obra, sino que le correspondería tan solo "brindar apoyo y asesoramiento técnico", a pesar de que fue él quien obtuvo la buena pro del proceso y quien se obligó ante el GORE CUSCO a ejecutar el CONTRATO.
329. Para este colegiado el mencionado "Acuerdo de Gestión" refleja un acuerdo sobre cómo el SEÑOR SALAZAR, el Sr. Alex Milenko Cárdenas Tresierra y la Sra. Nelly Palomino Chacca se atribuían beneficios económicos del futuro contrato de obra a suscribirse con el GOBIERNO DE CUSCO, situación que refleja que la intención del SEÑOR SALAZAR no era la de ejecutar la obra, sino por el contrario la de obtener dinero proveniente de la misma, específicamente el 4% del valor del CONTRATO. En efecto, del citado "Acuerdo de Gestión" se aprecia que la conducción de la obra estaría a cargo del Sr. Alex Milenko Cárdenas Tresierra y no del contratista Joel Salazar Salcedo, pese a haber participado en el proceso de selección convocado por la OEI y haber suscrito el contrato con el GOBIERNO CUSCO.
330. Otro aspecto relevante en este punto consiste en la determinación de la intervención del GOBIERNO DE CUSCO en este acuerdo de gestión, pues sin ella, se trataría de un acuerdo entre tres personas ajenas a la Administración Pública con el propósito de realizar una gestión financiera *sui generis* de los recursos que financiará una Entidad Pública para la ejecución de una obra a su favor.

En ese orden, cabe indicar que una de las partes de este "Acuerdo de Gestión", en el proceso penal respectivo, a saber, Nelly Palomino Chacca, persona a cargo de la gestión y obtención de las cartas fianza, sindicó al Vicepresidente del Gobierno Regional del Cusco, Teófilo Mario Ochoa Vargas, con una activa participación en la gestación y elaboración del indicado acuerdo, el mismo que fue meritudo como una prueba por parte de los órganos jurisdiccionales

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

penales para la configuración de los delitos de colusión y tráfico de influencias, tal como se aprecia de extractos de la sentencia penal^{10 11}.

¹⁰ Extracto de la Resolución N° 615 (Sentencia) del Expediente N° 02554-2009-0-1001-JR-PE-02:

Entrevista de Nelly Palomino Chacca a un periodista

"he venido de Lima a la ciudad del Cusco, vivo 23 años en Lima y un amigo me busca en diciembre del 2007 y me dice, sabes qué cosa, don Mario Ochoa, contigo quiere conversar, no conocía a Teófilo Mario Ochoa Vargas, inclusive hemos ido con este amigo. Con Milenko Cárdenas Tresierra, hemos ido a su casa en Sicuani, a la casa de la suegra de Teófilo Mario Ochoa Vargas, de la plaza un poquito más arriba. Milenko me busca, acá en Cusco y le dice viajemos a Sicuani, porque que el Vice Presidente quiere hablar. Se reúnen en Sicuani, de la plaza de armas de Sicuani un poquito más arriba, era la casa de la suegra de Mario Ochoa; hemos hablado, bueno, hemos hablado de obras. Hemos conversado, él me dice yo soy Vicepresidente, yo te puedo darte obras, podemos trabajar, que esto que el otro. Me propone hacer obras, tenía mi teléfono intercambiamos teléfonos. Yo estoy en Puno y me llama, me dice Nelly sabes qué cosa, un favor, necesito, que me apoyes con una carta de fianza. A Puno me llama, ya pues pero con quien vas a coordinar, porque yo estoy en Puno, con quien vas a coordinar en mi oficina de Lima, me dice sabes que Milenko Cárdenas ya está en Lima, con el vas a coordinar. Ya me conocía, a Milenko Cárdenas; a mi esposo le llamo, le digo sabes que está yendo a Lima Milenko Cárdenas, a la Oficina. Ha ido y hemos conversado con él, me dijo Mario Ochoa, Milenko Cárdenas es el que va hacer la obra, no Joel Salazar, confía en mi yo no te voy a fallar, tu sabes. Le asegura que Milenko Cárdenas es el que va hacer la obra, porque yo te estoy pidiendo. Bueno, tomando que él es Vicepresidente de la Región, yo he creído y le he dado la carta de fianza. Mario Ochoa me pide que avale la obra por 8 millones. Ahora, pues todo el mundo se quitó, yo estoy perjudicada, se lavan las manos, yo estoy acá, la única perjudicada, en riesgo de perder la carta de fianza. Decía Mario Ochoa que Milenko Cárdenas iba hacer la obra y no Joel Salazar y prueba de eso, hemos firmado un Acta de Acuerdo, donde aparece que Milenko Cárdenas iba hacer todos los tramos, iba pagar Sunat, él era el encargado de todo; él aparecía a nombre de Joel Salazar. Mario Ochoa de frente, directamente me llama a mí, dame carta de fianza porque la Empresa nos estamos prestando y el representante legal de esto va ser Milenko Cárdenas Tresierra, en el acta de acuerdo en ese sentido se firma, inclusive a Joel Salazar se le paga un dinero, por haber usado el contrato, su empresa. Milenko Cárdenas aparece como ejecutor de la obra. Milenko Cárdenas en ese momento me dijo, sabes que yo no puedo estar en la cuenta mancomunada porque yo tenía una Empresa y debo a SUNAT, de repente me va intervenir, en mi representación voy a poner a mi hermana Katuska Tresierra Cárdenas. He sido estafada directamente, el que me ha pedido, el que me ha llamado hasta hace poco, es Mario Ochoa; es Mario Ochoa, el que me ha pedido, dame la carta de fianza porque yo a Joel Salazar no lo conozco, nunca lo he conocido, ni siquiera en la pelea de perros, yo le he dado a pedido de Mario Ochoa. Como Mario Ochoa me dijo, que Milenko Cárdenas Tresierra se estaba prestando la Empresa de Joel Salazar, obviamente pues hay amarras; el que amarraba era Mario Ochoa por intermedio de Milenko. Aparece Milenko Cárdenas el día en que se hace entrega del terreno para empezar la obra y la firma del acta. Gonzáles me dice Milenko Cárdenas es el que va a hacer y Milenko dice, voy a cumplirle Presidente. Para el trabajo de estas carreteras siempre se ha coordinado con Mario Ochoa y con Milenko Cárdenas, nunca he coordinado directamente con Joel José Salazar Salcedo; los dos eran, con los que yo coordinaba."

¹¹ Extracto de la Resolución N° 615 (Sentencia) del Expediente N° 02554-2009-0-1001-JR-PE-02:
Declaración de Nelly Palomino Chacca en su manifestación policial:

"que mediante el empleado Casafranca del Gobierno Regional del Cusco lo conoció Teófilo Mario Ochoa Vargas; Casafranca me lo presenta a Teófilo Mario Ochoa Vargas y almorzamos en un restaurant del Centro Cívico de la Plaza de Armas de Sicuani. Ochoa me pregunta sobre mi capacidad de fianza, respondiéndome que está en capacidad de otorgar cartas de fianza hasta por quince millones de nuevos soles. Entre enero o febrero del 2008, Ochoa me llama pidiéndome que vaya a Sicuani, para hablar y en Sicuani me presenta a Milenko Cárdenas, me dice que cualquier cosa trate con Milenko Cárdenas. En mayo del 2008 Ochoa me pide que atienda a Milenko Cárdenas, quien se presenta a mi Oficina con Luis Acuña representante de la Empresa ALFA y Milenko Cárdenas me pide que afiance a la Empresa ALFA, pero dos o tres días después Ochoa me llama y me dice, que ya no va a trabajar con ALFA, porque no cumplía con los requisitos y después de dos semanas, me vuelve a llamar y me dice ahora si te necesito y a través de Milenko Cárdenas, en mi Oficina de Lima me pide que le de fianza y hace el contrato de Locación de Servicios, en la que firma Milenko Cárdenas Tresierra en representación de Joel José Salazar Salcedo, en la que se especifica que mi utilidad por otorgar la carta fianza, es del 5% del costo directo de la obra. Ochoa me dijo que si afianzaba la

Página 77 de 81

El soporte ideal para su arbitraje

Calle Ramón Ribeyro 672 Oficina 305, Miraflores Telf.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

331. De una lectura conjunta de ambos hechos: la falsificación y presentación del Contrato N° 052-2006 por parte del SEÑOR SALAZAR, con el único objetivo de obtener la buena pro de manera fraudulenta, y el "Acuerdo de Gestión", documento mediante el cual aquel, junto a Sr. Alex Milenko Cárdenas Tresierra y la Sra. Nelly Palomino Chacca, con la participación activa por parte del Vicepresidente Regional Teófilo Mario Ochoa Vargas, tal como lo acreditaron los órganos jurisdiccionales penales. En mérito de ello, aún cuando el proceso penal tiene como propósito determinar la responsabilidad individual de quienes resulten responsables y no la nulidad de contratos, el fallo condenatorio puede tomarse como prueba para debatir la legalidad del contrato materia del presente arbitraje dentro de los alcances del artículo 220 del Código Civil. Queda claro que para este tribunal que en el presente caso no existe prejudicialidad entre la determinación de responsabilidad penal y la declaración de nulidad del contrato por práctica colusoria, pero no por ello se puede dejar de lado el valor probatorio de una sentencia condenatoria por el delito de colusión y tráfico de influencias en materia licitatoria.
332. Por lo antes expuesto, es que este Tribunal Arbitral llega a la conclusión de que, en realidad, el CONTRATO tuvo un origen fraudulento en su origen, gestado colusoriamente, dentro de lo valorado por los órganos jurisdiccionales penales respectivo, en perjuicio de la entidad contratante y los beneficiarios de las obras por ejecutarse, lo que genera la nulidad manifiesta del acto jurídico.
333. Sobre el particular, el fin ilícito del acto jurídico está establecido como una de las causales de nulidad conforme a lo indicado en el artículo 219° del Código Civil que a la letra señala lo siguiente:

"Causales de nulidad

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- **Cuando su fin sea ilícito.**
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.
- 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa."

(El resaltado es nuestro).

obra, las otras obras que salieran en el Cusco las iba a trabajar con mi empresa. Al hablar con Milenko Cárdenas y Ochoa, este último me dijo que la obra la iba a hacer Milenko Cárdenas y no JS, pero no sé qué paso ya que la obra empezó en setiembre del 2008".

Página 78 de 81

El soporte ideal PARA SU ARBITRAJE

CALLE RAMÓN RIBEYRO 672 OFICINA 305, MIRAFLORES TEL.: (511) 242-3130 / 241-0933
WWW.MARCPERU.COM, CONTACTENOS@MARCPERU.COM

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

334. Sobre esta causal de nulidad, Fernando Vidal¹² señala que "la ilicitud de la finalidad se determina, entonces, cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es contraria al ordenamiento jurídico (...)"
335. Más adelante, el citado autor¹³ manifiesta igualmente que uno de los significados de la nulidad que resulta manifiesta "no radica en lo manifiesto de la nulidad, sino que esta se encuentra encubierta pero luego resulta manifiesta, como cuando se celebra un contrato con una finalidad que no había sido expresada, pero que es ilícita (...)". Por último, agrega que "...el juzgador podrá evaluar la finalidad del contrato y declararlo nulo, aun cuando su invalidez no sea, precisamente, la materia de la controversia."¹⁴
336. Habiéndose determinado la presencia manifiesta de una causal de nulidad del acto jurídico, y habiendo tenido el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR la oportunidad de manifestar lo correspondiente a su derecho durante las Audiencias celebradas con fecha 29 de enero del año 2014 y 30 de enero del año 2014, respectivamente, oportunidades en las que se trataron los temas relacionados a la nulidad del CONTRATO, este Tribunal Arbitral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 220° del Código Civil se ve en el deber de DECLARAR la NULIDAD del CONTRATO celebrado entre el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR, por haber sido celebrado con un fin ilícito, y en consecuencia no podrá emitir pronunciamiento sobre los puntos controvertidos recogidos en el Acta de Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 19 de noviembre del año 2010.

IX. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

337. En cuanto a costas y costos se refiere, los artículos 56° 69°, 70° y 73° de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, disponen que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo.
338. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones del Tribunal Arbitral y de los abogados de las partes; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, el artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 en su inciso primero establece que en el laudo los árbitros se pronunciarán por su condena o exoneración, teniendo en cuenta el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

¹² VIDAL RAMIREZ, Fernando. El Acto Jurídico. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 534.

¹³ Ídem. p. 541.

¹⁴ Ídem

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

339. En este sentido, el Tribunal Arbitral ha apreciado durante la prosecución del proceso que todas partes han actuado, finalmente, basadas en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultan atendibles, y que por ello, han litigado honestamente y convencidas de sus posiciones ante la controversia. Por consiguiente, considera que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago exclusivo de los gastos del proceso arbitral, y en consecuencia, resulta conforme que cada parte haya asumido su parte respecto a todas las costas y costos del presente proceso.
340. Sin embargo, habiendo el GOBIERNO CUSCO pagado por el SEÑOR SALAZAR y MAPFRE igualmente pagado por el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR parte de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral, se deberá disponer en la parte resolutive del laudo la devolución.

Por lo que este Tribunal Arbitral, en derecho y por unanimidad:

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la excepción de representación insuficiente o defectuosa del SEÑOR SALAZAR, por las consideraciones expuestas en este laudo.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la excepción de caducidad deducida por el GOBIERNO CUSCO, por las consideraciones expuestas en este laudo.

TERCERO: DECLARAR que MAPFRE no debe ser incorporada a este arbitraje, como PARTE NO SIGNATARIA del convenio arbitral celebrado entre el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR y; **DEJAR SIN EFECTO** las Resoluciones N° 38 y N° 41 dictadas por el Tribunal Arbitral que conoció inicialmente este arbitraje, por las consideraciones expuestas en este laudo.

CUARTO: DECLARAR NO HA LUGAR el pronunciamiento sobre las pretensiones planteadas por MAPFRE en este arbitraje.

QUINTO: DECLARAR NULO DE OFICIO el Contrato N° 513-2008-GR CUSCO/PR para la "Contratación de obras para las actividades de mantenimiento periódico de diversos tramos carreteros del Cusco", celebrado entre el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR, por las consideraciones expuestas en este laudo.

SEXTO: DECLARAR NO HA LUGAR emitir pronunciamiento sobre las pretensiones planteadas por el SEÑOR SALAZAR, por las consideraciones expuestas en este laudo.

SÉPTIMO: DECLARAR NO HA LUGAR emitir pronunciamiento sobre las pretensiones del GOBIERNO CUSCO, por las consideraciones expuestas en este laudo.

OCTAVO: FIJAR los honorarios de este Tribunal Arbitral en la cantidad de S/. 202,500.00 (Doscientos dos mil y 00/100 Nuevos Soles) netos y los del secretario

Tribunal Arbitral

Carlos Luis Ruska Maguiña (Presidente)

María Jesús Bustos De la Cruz

Daniel Triveño Daza

arbitral, en la cantidad de S/. 47,250.00 (Cuarenta y siete mil doscientos cincuenta y 00/100 nuevos Soles) netos, los mismos que a la fecha se encuentran pagados.

NOVENO: DISPONER que no hay lugar a condenar a ninguna de las partes al pago de los costos de éste arbitraje, debiendo cada una de ellas sufragar los incurridos en sus respectivas defensas legales y pruebas aportadas, y reintegrarse los montos que una parte haya pagado por otra, por las consideraciones expuestas en este laudo.

DÉCIMO: DISPONER que el pago del primer anticipo de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral, establecidos en el Acta de Instalación de fecha de fecha 28 de enero del año 2010, sea pagado solo por el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR, los mismos que a la fecha se encuentran pagados.

UNDÉCIMO: DISPONER que el GOBIERNO CUSCO y el SEÑOR SALAZAR devuelvan a MAPFRE la cantidad de S/. 18, 333.33 (Dieciocho mil trescientos treinta y tres y 00/100 Nuevos Soles), cada uno de ellos, por concepto de anticipo de honorarios dispuesto mediante Resolución N° 42 de fecha 6 de mayo del año 2011, los mismos que fueron pagados íntegramente por MAPFRE, según se detalla en la Resolución N° 43 de fecha 13 de junio de 2011.

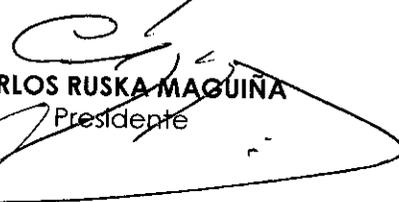
DUODÉCIMO: ORDENAR que el SEÑOR SALAZAR devuelva al GOBIERNO CUSCO la cantidad de S/. 17,000.00 (Diecisiete mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto del pago del primer anticipo de los honorarios de los árbitros y secretario arbitral dispuesto por Resolución N° 64 de fecha 25 de junio de 2012, pago que fuera asumido por el GOBIERNO CUSCO conforme se señaló en la Resolución N° 72.

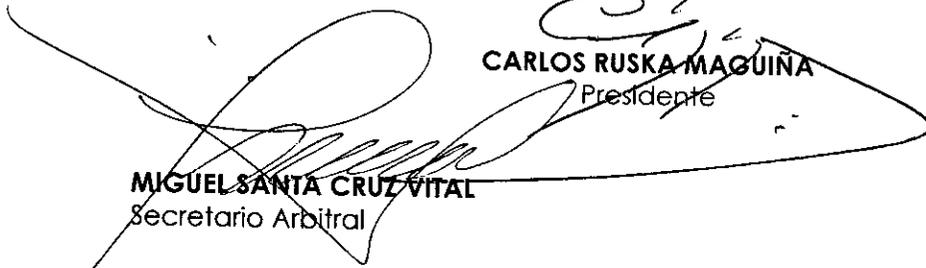
DÉCIMO TERCERO: ORDENAR que el SEÑOR SALAZAR y el GOBIERNO CUSCO devuelvan a MAPFRE la cantidad de S/. 21,250.00 (Veintiún mil doscientos cincuenta y 00/100 Nuevos Soles) cada uno de ellos, cantidad que corresponde al segundo anticipo de honorarios del Tribunal Arbitral y el secretario ad hoc, dispuesta por Resolución N° 108.

Notifíquese a las partes,


MARÍA JESÚS BUSTOS DE LA CRUZ
Árbitro


DANIEL TRIVEÑO DAZA
Árbitro


CARLOS RUSKA MAGUIÑA
Presidente


MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Arbitral