

LAUDO DE DERECHO
CONSORCIO ALFA FAG

C.

BANCO DE LA NACIÓN

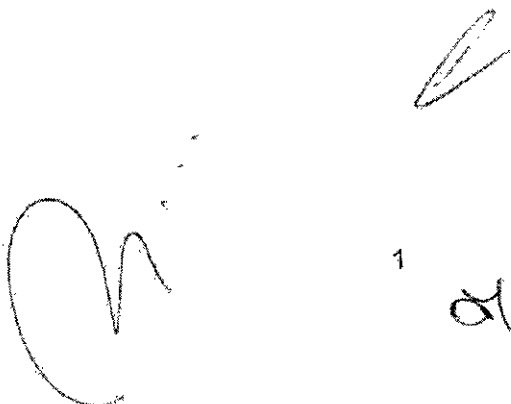
TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL DOCTOR
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, E INTEGRADO POR EL DOCTOR
CÉSAR ROMMELL RUBIO SALCEDO Y LA DOCTORA NATALIA CANCHANYA
BARREDA

RESOLUCIÓN N° 47
Lima, 7 de agosto de 2015

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 1 de febrero de 2012, Consorcio ALFA FAG (en adelante, CONSORCIO) y el Banco de la Nación (en adelante, BANCO) suscribieron el Contrato No. 2394-2011-DA (en adelante, CONTRATO) cuyo objeto fue la remodelación de la agencia de Huánuco del BANCO por un monto ascendente a S/. 744,465.35 y con un plazo de ejecución de 120 días calendario.
2. En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.



1

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

INICIO DEL ARBITRAJE, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Surgidas las controversias entre las partes, éstas procedieron a designar a sus respectivos árbitros, quienes a su vez se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en el doctor Fernando Cantuarias Salaverri.
4. Luego de recusaciones a los árbitros y la renuncia de uno de ellos, el Tribunal Arbitral quedó constituido por los doctores Rommell Rubio Salcedo, Natalia Canchanya Barreda y Fernando Cantuarias Salaverri. Estas recusaciones obligaron a suspender el arbitraje por varios meses.
5. El 14 de enero de 2013, se instaló el Tribunal Arbitral con la presencia y la participación del CONSORCIO y del BANCO. En este acto, se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

EL CONVENIO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

6. En la cláusula décimo novena del CONTRATO referida a la solución de controversias, las partes acordaron lo siguiente:

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

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

A efectos de resolver las controversias que pudiesen surgir, el Tribunal Arbitral estará conformado por tres miembros.

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

7. Conforme a lo dispuesto por las partes en la cláusula tercera del CONTRATO, en lo no previsto por este, resultarán de aplicación las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RELCE), así como las disposiciones del Código Civil vigente y demás normas concordantes.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

8. Según lo establecido en el numeral 4 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, serán de aplicación al presente arbitraje las reglas establecidas en la mencionada Acta, lo dispuesto por la LCE y el RELCE y la Ley de Arbitraje de 2008 (en adelante, "LEY DE ARBITRAJE").
9. En caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, en cuanto al procedimiento arbitral, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del Derecho.



II.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

10. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
11. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

II.3. LA DEMANDA

12. El DEMANDANTE interpuso su demanda dentro del plazo establecido. Sin embargo, la misma fue declarada inadmisibile mediante Resolución No. 2 y mediante escrito del 27 de febrero de 2013, el CONSORCIO procedió a subsanarla.
13. Mediante Resolución No. 3, notificada el 14 de marzo de 2012, se tuvo por subsanada la demanda.

PETITORIO

Primera pretensión: Se declare que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada por el CONSORCIO al 100% dentro del plazo contractual, no debiendo el BANCO aplicar penalidades sobre supuestos atrasos imputables al contratista.

Segunda pretensión: Se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.2652 No.110/2012 al no haberse configurado de forma válida la causal de supuesto atraso y/o incumplimiento de obligaciones imputables al CONSORCIO.

Tercera pretensión: Se declare que el atraso configurado en obra no es imputable al CONSORCIO.

Cuarta pretensión: Se declare nulo el acta de constatación física e inventario de obra realizado el 22 de noviembre de 2012.

Quinta pretensión: Se ordene al BANCO que cumpla con el pago de la última valorización presentada por el CONSORCIO así como los intereses que se devenguen hasta su fecha efectiva de pago.

Sexta pretensión: Se ordene al BANCO cumpla con cancelar a favor del CONSORCIO una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra.

Séptima pretensión: Se ordene al BANCO cumpla con cancelar a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales surgidos por la demora del BANCO en recibir la obra.

Octava pretensión: Se ordene al BANCO cumpla con emitir la constancia de cumplimiento de la prestación, en la que conste que la obra se ejecutó sin incurrir en penalidades.

▪ Novena pretensión: Se declare que no es procedente la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

14. Dentro del plazo contractual, mediante asiento No. 129 del cuaderno de obra anotado el 18 de setiembre de 2012, el CONSORCIO comunica a la supervisión la culminación de la obra al 100% solicitando – en virtud del artículo 210 del RELCE que se proceda a la recepción de la misma.
15. En virtud de ese mismo artículo, la supervisión debió emitir pronunciamiento – ratificando o no lo anotado en el cuaderno de obra – en un plazo de cinco (5) días. Esto no fue cumplido.
16. Debido a ello, mediante carta No. 245-2012 del 11 de octubre de 2012, se comunica al BANCO que la supervisión no había cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 210 mencionado anteriormente.
17. La solicitud original de recepción de obra fue reiterada en los asientos No. 134 del 24 de setiembre de 2012, No. 136 del 29 de setiembre de 2012 y No. 146 del 8 de octubre de 2012.
18. Lo anterior ha generado un atraso imputable al BANCO y no al CONSORCIO. En ese sentido, el BANCO no tiene una justificación real para resolver el CONTRATO ni para aplicar penalidades al CONSORCIO. Por el contrario, el BANCO debe cancelar la última valorización correspondiente al mes de setiembre de 2012 ascendente a S/. 245.123.28 cuyo pago fue solicitado mediante carta No. 148-2012 del 29 de octubre de 2012, así como los intereses que se devenguen hasta la fecha del pago.

19. Asimismo, este atraso ha generado que el CONSORCIO tenga que asumir mayores costos financieros al verse obligado a renovar las cartas fianzas de fiel cumplimiento y adelanto directo por un plazo mayor al previsto originalmente.
20. Por otro lado, dado el retraso del BANCO en la entrega del terreno, la cual recién se materializó el 21 de mayo de 2012, corresponde que se ordene un pago de indemnización por daños y perjuicios a favor del CONSORCIO.
21. El CONSORCIO ofreció el mérito de diversa prueba documental.

II.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LA RECONVENCIÓN

22. Mediante escrito presentado el 22 de abril de 2013, el BANCO contesta la demanda, negando y contradiciéndola en todos sus extremos. Mediante el mismo escrito, el BANCO plantea su reconvencción.
23. Mediante escrito del 10 de mayo de 2013, el BANCO subsana el escrito anterior.

PETITORIO DE LA RECONVENCIÓN

Primera pretensión: Se declare que el CONSORCIO ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b del artículo 4 de la LCE, así como los principios de conducta procedimental establecido en el numeral 1.8 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) y de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del Código Civil Peruano (en adelante, CC).

Segunda pretensión: Se declare que la obra no ha sido material y objetivamente concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación.



7



Tercera pretensión: De forma accesorio, se declare como procedente la resolución del CONTRATO por causa imputable al CONSORCIO conforme al artículo 168 del RELCE.

Cuarta pretensión: En caso la pretensión accesorio anterior sea desestimada, se ordene al CONSORCIO la entrega de la obra ejecutada materialmente al 100% (cien por ciento) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario.

Quinta pretensión: Se aplique la penalidad al CONSORCIO por no permitir al supervisor el acceso al cuaderno de obra conforme al artículo 194 del RELCE.

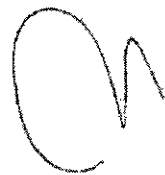


Sexta pretensión: Se declare la validez de la carta EF/92.2652 No. 110/2012 a través de la cual el BANCO resolvió el CONTRATO y, en consecuencia, este se declare resuelto desde el momento de notificación de la misma.

Séptima pretensión: De forma accesorio, se declare que el CONSORCIO debe ser penalizado por el retraso injustificado en la culminación de la obra.

Octava pretensión: Se declare la validez de la constatación física e inventario realizada el 22 de noviembre de 2012.

Novena pretensión: Se condene al CONSORCIO al pago de los sobrecostos de la supervisión de obra hasta la última anotación realizada por aquella conforme al detalle registrado en el cuaderno de obra en concordancia con el artículo 192 del RELCE.

Décima pretensión: Se condene al CONSORCIO al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO así como los gastos notariales, de inventario y otros.

 
8 

Undécima pretensión: Se condene al CONSORCIO al pago de las costas y costos.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

24. El CONSORCIO no ha culminado la obra y, en una muestra de abuso del derecho, pretende ocultar este hecho en un supuesto cumplimiento de determinadas formalidades establecidas en una norma de carácter legal como es la LCE.
25. El cumplimiento de formalidades debe ir de la mano del cumplimiento tangible, objetivo y real de lo que se afirma; lo cual no ocurre en este caso. El CONSORCIO no demuestra cómo – en cuatro días – ha podido culminar todas las partidas pendientes y además, en el propio cuaderno de obra, no hay registro alguno de mayores cuadrillas de trabajadores o la continuación de los trabajos en diversos turnos. Asimismo, tampoco acredita cuándo llegaron determinados bienes y materiales indispensables para la culminación material de la obra al cien por ciento (100%) y conforme a los planos y memoria descriptiva. Asimismo, el cuaderno de obra fue retirado de forma indebida e ilegal del local donde se venía ejecutado la remodelación de la agencia del BANCO.
26. Por otro lado, se debe ponderar los argumentos del CONSORCIO con todas las anotaciones realizadas en el cuaderno de obra por la supervisora Lucy Nélide Vicente Bassilio, especialmente aquella del asiento No. 125 del 12 de octubre de 2012 en el que se da cuenta que recién en dicha fecha pudo tener acceso al cuaderno de obra, luego de que le fuera entregado por el residente Luis Córdova Facundo, refiriendo que el cuaderno fue escondido por el contratista y que se había interpuesto la denuncia correspondiente.

27. En función a lo señalado por la supervisora, se pueden apreciar las constataciones policiales efectuadas el 9 y 12 de octubre de 2012. La primera constató que el cuaderno de obra no se encontraba en el lugar de la obra. La segunda constató – tomando la declaración del residente Luis Córdova Facundo – que el cuaderno de obra fue entregado el 28 de setiembre de 2012 a Jorge Così Salinas para ser llevado a la ciudad de Lima, dejando constancia que dicho cuaderno no se encontraba en la obra desde el 15 de setiembre de 2012.
28. Al respecto, se señala que conforme al artículo 194 del RELCE, el cuaderno de obra debe permanecer en la obra hasta la culminación de la misma, es decir, hasta que sea debidamente recibida por el BANCO siguiendo lo establecido en el propio expediente.
29. Además, se debe recordar que los únicos facultados para hacer anotaciones en el cuaderno son el residente y la supervisora de la obra. En ese sentido, el CONSORCIO no tenía por qué solicitar ni por qué tener el cuaderno de obra y el residente tampoco tenía por qué enviárselo. Se debe tomar en cuenta que esto no tenía ningún sentido, dado que el cuaderno tiene copias para el residente, el BANCO y el propio CONSORCIO que son entregadas una vez recibida definitivamente la obra. El único interés del CONSORCIO era que no se revelara el real estado de ejecución de la obra.
30. No tiene validez el argumento del CONSORCIO de la supuesta falta de la supervisora al no haber realizado anotación alguna en el cuaderno de obra a cuatro (4) días de la culminación del plazo contractual cuando sí lo hizo durante todo el proceso constructivo, habiendo incluso solicitado – en más de una oportunidad – la aceleración de los trabajos.
31. En efecto, de la revisión de los asientos del cuaderno de obra, para el día 18 de setiembre de 2012, antes de la anotación del asiento No. 129, la obra presentaba un avance físico acumulado de solo el 78.44% y un retraso del 21.46%. Este



hecho fue comunicado por la supervisora mediante informe técnico del 19 de noviembre de 2012. Asimismo, la supervisora comunicó de estos hechos al BANCO a través de la carta No. 024-2012/Huánuco/BN-Sub del 21 de setiembre de 2012, en la que informa que la obra continuaba en plena ejecución y que, por ello, no era factible su recepción.

32. El BANCO, mediante carta EF/92.2652 No. 098/2012 recibida por el CONSORCIO el 22 de octubre de 2012 señaló su extrañeza por el incumplimiento de las obligaciones contractuales consistentes en la falta de culminación de la obra, otorgando un plazo de quince (15) días calendario para el cumplimiento de las mismas, bajo apercibimiento de resolución del CONTRATO.
33. Mediante constatación notarial a cargo del notario de Huánuco, Erik Morales Canelo, realizada en el lugar de la obra el 16 de noviembre de 2012, se constató que la obra no se encontraba terminada.
34. Mediante Carta EF/2652 No. 110/2012 el BANCO hizo efectivo el apercibimiento anterior y resolvió el CONTRATO. Luego de ello, se procedió a realizar el Acta de Constatación Física e Inventario de obra el 22 de noviembre de 2012 como corolario del procedimiento de resolución del CONTRATO. Esta acta no contraviene fundamento alguno del ordenamiento jurídico y, por tanto, es plenamente válida a diferencia de lo que pretende argumentar el CONSORCIO.
35. Por otro lado, no corresponde el pago de la última valorización porque – sin perjuicio de todo lo anterior – de acuerdo al artículo 197 del RELCE, las valorizaciones debían ser presentadas para su aprobación a los 30, 60, 90 y 120 días de iniciado el plazo de ejecución de la obra. Sin embargo, el CONSORCIO la presentó de forma extemporánea el 29 de octubre de 2012 cuando el plazo venció el 30 de setiembre de 2012.


36. Además, dicha valorización no fue suscrita por el residente de obra sino por el ingeniero Eloy Martínez Ormeño, primer residente de obra que fue sustituido por Luis Córdova Facundo. Se debe precisar que el BANCO no recibió ninguna solicitud relativa a la designación de un reemplazo para dicho residente.
37. Respecto al atraso en la entrega del terreno, si bien conforme al artículo 184 del RELCE, el BANCO advierte que el CONSORCIO tiene un eventual derecho indemnizatorio, no menos cierto es que dicho resarcimiento no ha sido debidamente acreditado al no haber probado la existencia de un daño a indemnizar.
38. Por último, no corresponde el pago por el costo de renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo. Estas garantías deben estar vigentes durante todo el plazo de ejecución del CONTRATO hasta el consentimiento de la liquidación final, según los artículos 158, 164.1 y demás del RELCE. Además, el CONSORCIO no se ha hecho acreedor a adelanto directo alguno, al no haberlo solicitado dentro del plazo establecido en el artículo 187 del RELCE.
39. El BANCO ofreció el mérito de diversa prueba documental.

II.5. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

40. El 24 de julio de 2013 se llevó adelante – con la presencia de ambas partes – la Audiencia de conciliación y determinación de puntos controvertidos.
41. Los Puntos Controvertidos fueron fijados por este Tribunal Arbitral respecto de cada una de las pretensiones planteadas, luego de oír a las partes. Además, se admitieron los medios probatorios presentados por las partes.



12



42. Por otro lado, se dejó constancia – nuevamente – que el CONSORCIO no ha presentado su contestación a la reconvención del BANCO.

43. Por último, se dejó claramente establecido que el Tribunal Arbitral se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que están señalados en este acta y que de determinarse – al pronunciarse sobre algún punto controvertido – que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarden vinculación, podrá hacerlo, expresando las razones de dicha decisión.

44. Siendo ello así, los puntos controvertidos en este arbitraje son los siguientes:

DE LA DEMANDA

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del CONSORCIO.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.- En caso se ampare el primer punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que no es procedente que el BANCO aplique penalidad alguna en contra del CONSORCIO.

TERCERO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el atraso configurado en la obra no es imputable al CONSORCIO.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.- En caso se ampare el tercer punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.262 No. 110/2012.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare nulo el acto de constatación física e inventario de la obra realizada el 22 de noviembre de 2012.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO la última valorización presentada por este por un total de S/. 245,123.28 más el interés legal correspondiente (calculado al 7 de marzo de 2014 en un total de S/. 8,161.23).

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra por un total de S/. 27,068.00 más los intereses legales correspondientes.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales generados por la demora en la recepción de la obra por un total de S/. 157,562.96 más los intereses legales correspondientes.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO emitir la constancia de cumplimiento de la prestación por parte del CONSORCIO.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento no es procedente.

45. Adicionalmente, en virtud a la ampliación de la demanda por parte del CONSORCIO, mediante Resolución N° 27 de 25 de abril de 2014, se aumentaron las siguientes pretensiones a la demanda:

Décima pretensión: Determinar si corresponde que el Tribunal ordene al BANCO el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del CONSORCIO por la demora injustificada en la firma del contrato por un total de S/. 7,444.70 más los intereses legales correspondientes.

Undécima pretensión: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO cancelar a favor del CONSORCIO una indemnización por lucro cesante por la demora del pago de la última valorización y la no devolución de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo por un total de S/. 157,641.08 más los intereses legales correspondientes.

DE LA RECONVENCIÓN

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el CONSORCIO ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b) del artículo 4 de la LCE, así como a los de conducta procedimental referido en el numeral 1.8 del artículo IV de la LPAG y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del CC para la etapa de ejecución contractual.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.- En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.262 No. 110/2012 por causa imputable al CONSORCIO conforme al artículo 168 del RELCE.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.- En caso se desestime el tercer punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO la entrega de la obra ejecutada al cien por ciento (100%) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación, y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario, atendiendo a que los días 15, 16, 17 y 18 de setiembre de 2012 serían los días restantes para el cumplimiento del plazo formal de la obra, sin retrasos.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la aplicación de una penalidad al CONSORCIO, conforme al artículo 194 del RELCE por impedir al supervisor el acceso al cuaderno de obra.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.262 No. 110/2012.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.- En caso se ampare el sexto punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el CONSORCIO debe ser penalizado por el retraso injustificado en la culminación de la obra, conforme a la LCE y RELCE, y determine el monto de la penalidad que le corresponde abonar a favor del BANCO.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la constatación física e inventario realizado el 22 de noviembre de 2012 con presencia de notario público y del representante del BANCO.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene al CONSORCIO al pago de los sobrecostos de la supervisión de la obra, hasta la última anotación realizada por aquella conforme

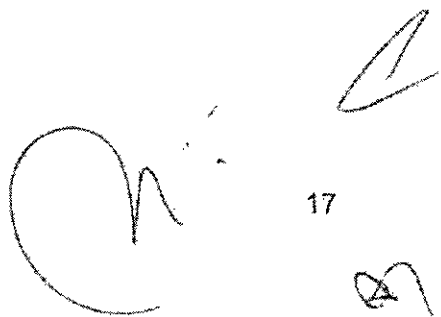
al detalle registrado en el cuaderno de obra y, en concordancia con el artículo 192 del RELCE, monto que sería liquidado en ejecución de laudo.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene al CONSORCIO al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO, así como los gastos notariales, de inventario y otros.

COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO.- Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos y su posible condena.

II.6. TRAMITACIÓN POSTERIOR Y ALEGATOS

46. El 15 de agosto de 2013, el CONSORCIO presentó un escrito en el que manifestó diferentes argumentos respecto a la reconvención planteada por el BANCO.
 - a. El CONSORCIO se ratifica en su posición respecto a la culminación de la ejecución de la obra y la falta de respuesta de la supervisión dentro del plazo legal establecido.
 - b. Debe quedar claro que no habiéndose observado el procedimiento para la recepción de obra, debido principalmente a la ausencia de la supervisión que pudiera corroborar dentro de los plazos legales la culminación del cien por ciento (100%) de la obra conforme al expediente técnico entregado por el BANCO, mal puede este sustentar su reconvención en anotaciones realizadas por la supervisión fuera del plazo legal establecido.

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

- c. El BANCO pretende imputarle la no culminación de la obra al CONSORCIO en base a anotaciones de la supervisión en el cuaderno de obra. Así, la supervisión en el asiento No. 125 del 12 de octubre de 2012 indica que recién a esa fecha habría podido tener acceso al cuaderno de obra. Pues bien, esto se debe únicamente a que en fechas anteriores la supervisión no había cumplido con presentarse al local de la obra.
- d. Se deja constancia que las anotaciones que la supervisión ha realizado a partir del 12 de octubre de 2012 no guardan relación con la numeración correlativa que se venía dando a los asientos del cuaderno de obra. En el folio 048 del mismo (asiento No. 154 del residente) se ha dejado constancia vía notarial que, al 15 de octubre del 2012, el último asiento escrito fue el No. 146 del 8 de octubre de 2012 por parte de la residencia.
- e. Ahora bien, específicamente respecto al asiento No. 125 de la supervisión, en este se ha anexado una constatación policial del 10 de octubre de 2012 que busca acreditar que el residente de obra habría referido que el cuaderno de obra no se encontraba en el local al haber sido entregado al señor Jorge Cosi Salinas el 28 de setiembre de 2012.
- f. Sin embargo, esta anotación es inexacta, pues – el mismo 10 de octubre de 2012 – personal del CONSORCIO llevó a cabo otra constatación policial que certifica que en el local de obra se encuentra un *"cuaderno tamaño oficial, con pasta de color banco, asignado como cuaderno de obra"*. Dicho cuaderno se encuentra debidamente foliado del 01 al 50, tenía un original y tres copias en diferentes colores y era utilizado por el residente de obra y la supervisora Lucy Vicente Bassillio.
- g. Además, el residente – en el asiento No. 154 del 17 de octubre de 2012 – en relación a las anotaciones hechas por la supervisión desde el 12 al 17 de octubre de 2012, señaló:

- i. Es falso que recién el 12 de octubre de 2012 se haya hecho entrega del cuaderno de obra, pues el mismo estuvo siempre a disposición de la supervisión. Lo que ocurrió es que la supervisión estuvo ausente desde el 15 de setiembre de 2012, lo que se detalla en la constatación policial del 10 de octubre de 2012 que se anexa a este asiento.
 - ii. El 15 de octubre de 2012, la residencia hizo legalizar el último folio escrito – el No. 32 – estando el folio No. 33 en blanco. De esta manera, se prueba que la supervisión estuvo ausente de la obra desde el 15 de setiembre de 2012 hasta el 15 de octubre de 2012. Esto también se muestra en el último registro de la residencia del 8 de octubre de 2012.
 - iii. Por otro lado, niega las supuestas observaciones a la culminación de la obra.
 - h. Por último, el BANCO no ha cumplido con el procedimiento establecido para llevar a cabo la constatación física e inventario de obra, el mismo que según el artículo 209 del RELCE, debe realizarse con una anticipación no menor de dos (2) días luego de la fecha de notificación de resolución del CONTRATO. Sin embargo, el BANCO solo dejó pasar un (1) día luego de dicha notificación.
 - i. El CONSORCIO ofreció el mérito de diversa prueba documental.
47. El 18 de setiembre de 2013, se llevó adelante la Audiencia de ilustración de hechos y aspectos técnicos sobre los puntos controvertidos.
48. El BANCO, mediante escrito ingresado el 25 de setiembre de 2013, presentó tachas a diferentes medios de prueba ofrecidos por el CONSORCIO, argumentado que las facturas presentadas por este último eran falsas.

49. El 5 de febrero de 2014, el BANCO ofreció el mérito de prueba documental, en virtud de la solicitud realizada por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de ilustración de hechos y aspectos técnicos sobre puntos controvertidos.
50. Mediante escrito del 18 de febrero de 2014, el BANCO insistió en su posición y ofreció más prueba documental.
51. El 28 de febrero de 2014, el CONSORCIO ofreció nueva prueba y se reafirmó en su posición respecto a las imputaciones del BANCO.
52. Mediante escrito del 12 de marzo de 2014, el CONSORCIO amplió sus pretensiones.
53. Mediante la Resolución No. 22 del 24 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral declaró infundada la tachada contra los medios probatorios planteada por el BANCO y corrió traslado del escrito presentado por su contraparte.
54. Mediante la Resolución No. 23 del mismo 24 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral admite a trámite la pretensión acumulada presentada por el CONSORCIO por la que se solicitó que se ordene al BANCO cancelar una indemnización por lucro cesante por la demora en el pago de la última valorización y la no devolución de las cartas fianza vigentes hasta la fecha.
55. El 31 de marzo de 2014, el BANCO absuelve traslado del escrito presentado por el CONSORCIO el 28 de febrero de 2014, así como de la nueva pretensión propuesta por el CONSORCIO.
56. El 31 de marzo de 2014, el CONSORCIO subsanó algunas omisiones encontradas en el escrito del 28 de febrero de 2014. Asimismo, el 16 de abril de 2014, el CONSORCIO realizó el levantamiento de observaciones a sus pruebas ofrecidas.

57. El 23 de setiembre de 2014 se realizó la Segunda Audiencia de ilustración de hechos y aspectos técnicos sobre los puntos controvertidos.
58. El 6 de octubre de 2014, el BANCO presentó facturas y otros documentos adicionales. El CONSORCIO hizo lo propio mediante escrito del 15 de octubre de 2014.
59. El 25 de noviembre de 2014, se realizó la Audiencia especial de actuación de pruebas.
60. El 2 de marzo de 2015 ambas partes presentaron sus alegatos escritos.
61. El 25 de mayo de 2015 se llevó adelante la Audiencia de Informes Orales. En esta Audiencia los árbitros dispusieron traer los autos para laudar, estableciendo en cuarenta y cinco (45) días hábiles el plazo para expedir el laudo, sin perjuicio de su facultad de ampliar dicho plazo las veces que así lo considere pertinente.
62. Mediante Resolución N° 46 de 10 de julio de 2015, el Tribunal Arbitral amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales; por lo que el plazo final vencerá el próximo 10 de setiembre de 2015.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.

- Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

IV. ANÁLISIS EN CONJUNTO DE LA PRIMERA, SEGUNDA Y OCTAVA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y LA PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y SEXTA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Demanda

Primera pretensión: Se declare que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada por el CONSORCIO al 100% dentro del plazo contractual, no debiendo el BANCO aplicar penalidades sobre supuestos atrasos imputables al contratista.

Segunda pretensión: Se declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.2652 No.110/2012 al no haberse configurado de forma válida la causal de supuesto atraso y/o incumplimiento de obligaciones imputables al CONSORCIO.

Octava pretensión: Se ordene al BANCO cumpla con emitir la constancia de cumplimiento de la prestación, en la que conste que la obra se ejecutó sin incurrir en penalidades.

Reconvención

Primera pretensión: Se declare que el CONSORCIO ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b del artículo 4 de la LCE, así como los principios de conducta procedimental establecido en el numeral 1.8 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) y de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del Código Civil Peruano (en adelante, CC).

Segunda pretensión: Se declare que la obra no ha sido material y objetivamente concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación.

Tercera pretensión: De forma accesoria, se declare como procedente la resolución del CONTRATO por causa imputable al CONSORCIO conforme al artículo 168 del RELCE.

Cuarta pretensión: En caso la pretensión accesoria anterior sea desestimada, se ordene al CONSORCIO la entrega de la obra ejecutada materialmente al 100% (cien por ciento) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario.

Sexta pretensión: Se declare la validez de la carta EF/92.2652 No. 110/2012 a través de la cual el BANCO resolvió el CONTRATO y, en consecuencia, este se declare resuelto desde el momento de notificación de la misma.

63. El Tribunal Arbitral analizará en conjunto estas pretensiones, debido a que todas ellas tienen elementos en común y se afectan simultáneamente.

64. En efecto, la presente controversia entre las partes se centra, esencialmente, en que si se ha culminado o no la obra por parte del CONSORCIO. A partir de ello se desprenden la mayoría de las pretensiones de las partes. En ese sentido,

seguidamente se analizará este tema y, a continuación, se impondrán las consecuencias legales correspondientes.

65. Principiemos analizando la normativa aplicable y cómo los hechos se adhieren a esta.



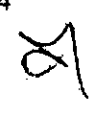
66. El artículo 210 del RELCE establece el procedimiento para la recepción de la obra y los plazos para la misma:

Artículo 210º.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción de los siete (7) días siguientes a la recepción de la culminación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

 
24 

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se

someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Está permitida la recepción parcial de sesiones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengán. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para

que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos. (Énfasis agregado)

67. Pues bien, mediante el Asiento No. 129 del Cuaderno de Obra de fecha 18 de setiembre de 2012, podemos determinar que el CONSORCIO comunica a la supervisión la culminación de la obra al cien por ciento (100%), solicitando que se proceda a la recepción de la misma. A partir de esta fecha, la supervisora tenía cinco (5) días, conforme a ley, para informárselo a la Entidad, ratificando o no lo indicado en este asiento.
68. Consta del Cuaderno de Obra, que la supervisora no se manifestó en los siguientes cinco (5) días, por lo que la solicitud original de recepción de obra fue reiterada en los asientos No. 134 del 24 de setiembre de 2012, No. 136 del 29 de setiembre de 2012 y No. 146 del 8 de octubre de 2012. Durante todo este tiempo no hubo pronunciamiento alguno de la supervisora de obra acerca de la culminación o no de las obras.
69. Frente a este hecho, el BANCO afirma que la supervisión no pudo emitir pronunciamiento alguno, ya que el Cuaderno de Obra había sido escondido de mala fe por parte del CONSORCIO, con la finalidad de ocultar el incumplimiento de sus obligaciones.
70. El BANCO basa esta acusación en el Asiento No. 125 del Cuaderno de Obra de 12 de octubre de 2012, en el que la supervisión da cuenta que recién en dicha fecha pudo tener acceso al cuaderno de obra, luego de que este le fuera entregado por el residente Luis Córdova Facundo, refiriendo que el mismo fue escondido por el contratista y como consecuencia de ello, había interpuesto la denuncia correspondiente (que corresponde a una constatación policial del 10 de octubre de 2012, adjuntada al Cuaderno de Obra).

71. En esta constatación policial se señaló que el Cuaderno de Obra no se encontraba en el lugar de la obra y que – a partir de la declaración de parte del residente Luis Córdova Facundo – el mismo fue entregado el 28 de setiembre de 2012 a Jorge Cosi Salinas para ser llevado a la ciudad de Lima, dejando constancia que dicho cuaderno no se encontraba en la obra desde el 15 de setiembre de 2012.

72. No obstante, el CONSORCIO también ha presentado una constatación policial del mismo 10 de octubre de 2012, que certifica que en el local de obra se encontraba un *"cuadernó tamaño oficial, con pasta de color banco, asignado como cuaderno de obra"*.

73. La existencia de "pruebas policiales" contradictorias, así como, como se verá en seguida, la actitud de la supervisión unida a la falta de prueba idónea por parte del BANCO acerca de los gastos en los que habría incurrido para solucionar aquello que el CONSORCIO no habría terminado de ejecutar, llevan a este Colegiado a considerar que el BANCO no ha probado su posición.

74. En efecto, independientemente de que el Tribunal Arbitral considera que el BANCO no ha cumplido con su carga de la prueba al no haber demostrado fehacientemente que el CONSORCIO habría escondido el Cuaderno de Obra de mala fe para ocultar su supuesto incumplimiento en la culminación de la obra, lo cierto es que, incluso si se toma en cuenta únicamente los medios probatorios del BANCO y no los del CONSORCIO, no se explica por qué la supervisora mantuvo silencio después de la anotación del asiento No. 129, en el que el CONSORCIO afirmó haber culminado la obra y solicita la recepción de la misma.

75. Ese era un momento crucial de la obra, pues justamente vencía el plazo contractual (18 de setiembre de 2012) y, desde esa fecha hasta el 10 de octubre de 2012, simple y llanamente la supervisión se mantuvo absolutamente inactiva.

76. Es más, asumamos por un momento que efectivamente el CONSORCIO escondió el Cuaderno de Obra. ¿Qué hizo la supervisión? Pues absolutamente nada, se pasó más de veinte (20) días sin hacer absolutamente nada, sin mandar una sola comunicación al CONSORCIO requiriéndolo para que entregue el Cuaderno de Obra o, en todo caso, informando al BANCO de esa circunstancia. Esta actitud de la supervisión simple y llanamente no se condice con la de una supervisión mínimamente diligente en circunstancias como la alegada por el BANCO.

77. De hecho, durante su declaración testimonial, la supervisora no pudo responder con razonabilidad qué fue lo que efectivamente ocurrió durante esos días. En efecto, no resulta razonable para el Tribunal Arbitral cómo es que si – según el BANCO – desde el 15 de setiembre de 2012 el Cuaderno de Obra habría sido escondido de mala fe, recién el 10 de octubre de 2012 se realiza una primera constatación policial al respecto, sin que, en el interín, hubiere reclamo alguno o comunicación entre la supervisión y el BANCO al respecto.

78. Pero, además, veamos si el BANCO ha demostrado que efectivamente el CONSORCIO no habría culminado la obra al cien por ciento (100%) conforme se encontraba obligado contractualmente.

79. Para analizar este punto, debemos tener en cuenta que en la constatación policial del 12 de octubre de 2012 se señaló que había diferentes aspectos no concluidos como la segunda mano de pintura, la instalación de estantes metálicos ranurados, entre otros. Asimismo, para demostrar esta afirmación, el BANCO presentó una constatación policial del 10 de noviembre de 2012 donde se señala expresamente *"no llegándose a culminar la referida obra en un 100%"* y una constatación notarial a cargo del notario de Huánuco, Erik Morales Canelo, realizada en el lugar de la obra el 16 de noviembre de 2012, donde se afirma que la obra no se encontraba terminada.

80. El Tribunal Arbitral observa ciertas peculiaridades en algunas de las observaciones realizadas por el BANCO. Por ejemplo, en la Carta No. 037-2012/Huánuco/BN-Sup del 9 de noviembre de 2012, se señala que la mesa para estabilizador de corriente de cajeros habría sido ejecutada al cincuenta por ciento (50%). Este Colegiado no se explica cómo una mesa podría ser ejecutada a la mitad y esto tampoco ha sido debidamente aclarado por el BANCO.

81. Asimismo, no se explica cómo – si supuestamente como señala el BANCO para el día 18 de setiembre de 2012 la obra presentaba un retraso del 21.46% – el BANCO otorgó todas las actas de conformidad previas a esta fecha sin emitir observación alguna. En efecto, el BANCO otorgó diferentes actas de conformidad en las fechas 12 de julio de 2012, 15 de agosto de 2012 e incluso el 10 de setiembre de 2012, es decir, ocho (8) días antes del vencimiento del plazo contractual, sin que exista anotación, observación o reclamo formal alguno acerca de la supuesta demora en la ejecución contractual.

82. Ante la existencia de documentación poco clara y precisa, a instancia del Tribunal Arbitral, el BANCO en su escrito del 6 de octubre de 2014, adjuntó diferentes facturas que supuestamente corroborarían que fue el BANCO quien tuvo que terminar los trabajos de la obra. No obstante, el Tribunal Arbitral observa que:

i) Existe un grupo de facturas correspondientes al año 2012 (noviembre y diciembre) y otro grupo de facturas correspondientes al año 2013 (a partir de marzo). El más significativo es el del año 2013, por un monto total de S/. 10,240.00. Se tratan de gastos realizados muchos meses después de que el BANCO procediera a utilizar el inmueble.

ii) Además, uno de los conceptos en los que el BANCO incurrió en costos en 2013 se refiere a instalación de nuevos accesorios, cuyo monto asciende a S/. 7,800.00. Este concepto no se refiere, evidentemente, a una obligación del CONSORCIO al tratarse precisamente de modificación de accesorios ya instalados por accesorios nuevos.

iii) Dentro del grupo de las facturas correspondiente al año 2012, lo cierto es que existen diferentes conceptos que no son parte de actividades que debían ser realizadas por el CONSORCIO. En efecto, muchas de estas facturas se refieren a conceptos como alquiler de cochera, limpieza, cambios de accesorios, entre otros. Estos conceptos tampoco pueden ser considerados.

83. De esta manera, para este Colegiado, el BANCO simple y llanamente no ha podido probar su principal argumento acerca de que el CONSORCIO no habría culminado la obra y que el BANCO habría tenido que culminarlo con sus propios recursos, ya que las facturas presentadas por el BANCO no se condicen en forma alguna con las supuestas obras inconclusas afirmadas en diversos medios probatorios ofrecidos por el BANCO.

84. Además, el Tribunal Arbitral destaca que el BANCO viene utilizando el local remodelado por el CONSORCIO desde el 2 de noviembre de 2012, según se aprecia de la constatación policial del 10 de octubre de 2013 presentada por el CONSORCIO mediante escrito del 28 de febrero de 2014.

85. Es decir, el BANCO contaba con su agencia bancaria operativa al 2 de noviembre de 2012 pero en su constatación policial del 10 de noviembre de 2012 e inclusive en su constatación notarial del 16 de noviembre de 2012, se afirma que la obra no se encontraba concluida.

86. Por todo lo hasta aquí expuesto, el Tribunal Arbitral arriba a la convicción racional de que no es razonable afirmar que la obra no había sido concluida al cien por ciento (100%) en virtud a las pruebas aportadas por el BANCO.

87. En consecuencia, no corresponde amparar la Primera Pretensión del BANCO, pues al haber el CONSORCIO cumplido con sus obligaciones, no puede señalarse que este haya faltado al principio de moralidad establecido en el literal b) del artículo 4 de la LCE, así como a los de conducta procedimental referido en el numeral 1.8 del artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General

(LPAG) y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del Código Civil (CC), para la etapa de ejecución contractual.

88. Si bien el Tribunal Arbitral reconoce la existencia e importancia de los principios invocados por el BANCO, lo cierto es que – en el presente caso – no se ha probado que estos hayan sido vulnerados por el CONSORCIO.
89. Sin perjuicio de todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral debe destacar que, a partir de los hechos debidamente probados en autos, habiendo el CONSORCIO asentado en el Cuaderno de Obra que había culminado los trabajos, en caso hubiere existido alguna observación que el CONSORCIO hubiera debido levantar, el BANCO debió seguir el procedimiento estipulado en el artículo 210 del RELCE, lo que, sin embargo y a la luz de los hechos probados en autos, no hizo.
90. Es más no solo no se siguió el procedimiento dispuesto en el artículo 210 del RELCE sino que, en cambio, el BANCO decidió resolver el CONTRATO, por lo que conviene ahora analizar la validez – o invalidez – de esta resolución contractual
91. Al respecto, el CONTRATO, en su cláusula décimo sexta establece:

Resolución del contrato por causas atribuibles al contratista

En caso de incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por EL BANCO, y que no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el presente Contrato, en forma total o parcial, mediante remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica, de conformidad con el

procedimiento y formalidades previstos en los artículos 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, y en el artículo 209 de su Reglamento.

En este supuesto, se ejecutarán las garantías que EL CONTRATISTA hubiera otorgado de conformidad con el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir.

92. El BANCO amparó la resolución en lo dispuesto en el artículo 168.1 del RELCE, que establece lo siguiente:

Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

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

93. Mediante carta EF/92.2652 No. 00098/2012 recibida el 29 de octubre de 2012, el BANCO señaló al CONSORCIO lo siguiente:

"...preocupación por incumplimiento de sus obligaciones contractuales que se evidencia en que la ejecución de la obra (...) la cual se encuentra a su cargo, a la fecha no ha sido culminada, según carta – informe de la Supervisión de la obra de la referencia b), habiéndose vencido el plazo de ejecución el 18.09.2012.

(...) se le otorga un plazo improrrogable de 15 días calendario para que cumpla con sus obligaciones contractuales culminando al 100% la ejecución de la obra mencionada, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho y proceder a tomar las medidas legales correspondientes". (Énfasis agregado)

94. Posteriormente, mediante carta EF/92.2652 No. 110/2012 recibida por el CONSORCIO el 21 de noviembre de 2012, el BANCO "procede a resolver el contrato suscrito para la ejecución de la obra mencionada, lo que se le notifica notarialmente".

95. De la prueba presentada, se observa que no solo el BANCO no cumplió con el procedimiento previsto en el artículo 210 del RELCE, sino que, además, cuando imputó a su contraparte incumplimiento contractual –primera comunicación EF/92.2652 No. 00098/2012 recibida el 29 de octubre de 2012– lo hizo de forma genérica (haciendo referencia únicamente al "incumplimiento de sus obligaciones contractuales"), sin especificar los supuestos incumplimientos que el CONSORCIO debía levantar.

96. Como ya se adelantó, en la cláusula décimo sexta del CONTRATO se pactó que en *"caso de incumplimiento por parte de EL CONTRATISTA de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por EL BANCO, y que no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el presente Contrato, en forma total o parcial"*.

97. Por su parte, el artículo 168.1 del RELCE exige idéntica especificidad de los incumplimientos que se imputa a su contraparte.

98. Posteriormente, mediante carta EF/92.2652 No. 110/2012 recibida por el CONSORCIO el 21 de noviembre de 2012, el BANCO *"procede a resolver el contrato suscrito para la ejecución de la obra mencionada, lo que se le notifica notarialmente"*. Como se puede apreciar, en esta segunda carta, el BANCO continuó imputando un incumplimiento de forma sumamente genérica.

99. Al respecto, este Tribunal Arbitral —en concordancia con lo señalado anteriormente— considera que la resolución del CONTRATO no resulta válida, pues no solo no existe incumplimiento imputable al CONSORCIO que lo justifique, sino que, además, cuando se imputó incumplimiento y luego se resolvió el CONTRATO, se hizo sin observar lo dispuesto en el CONTRATO y en el artículo 168.1 del RELCE.

100. En ese sentido, la resolución del CONTRATO es ineficaz.

101. Asimismo, en concordancia con lo anterior, no corresponde ordenar al CONSORCIO que cumpla con la entrega de la obra ejecutada al cien por ciento (100%) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación, y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario, pues esto ya fue cumplido dentro del plazo contractual como se señaló anteriormente.

102. No obstante, respecto a la pretensión del CONSORCIO de que se ordene al BANCO emitir la constancia de cumplimiento de la prestación por parte del CONSORCIO, este Tribunal considera que – al no haber fundamentado debidamente su pretensión – el Tribunal Arbitral no puede ordenar al BANCO emitir dicha constancia.

103. En consecuencia, corresponde amparar la Primera y Segunda Pretensiones de la demanda e infundada la Octava Pretensión de la demanda. Por su parte, corresponde declarar infundadas la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Sexta Pretensiones de la reconvención.

V. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y DE LA SÉTIMA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Demanda

Tercera pretensión: Se declare que el atraso configurado en obra no es imputable al CONSORCIO.

Reconvención

Séptima pretensión: De forma accesorio, se declare que el CONSORCIO debe ser penalizado por el retraso injustificado en la culminación de la obra.

104. Siguiendo lo analizado en el acápite anterior, corresponde declarar fundada la Tercera Pretensión de la demanda, porque no se configuró atraso alguno en la culminación total de la obra por parte del CONSORCIO al no haber acreditado documentalmente el BANCO lo contrario.

105. Es más, cualquier atraso es imputable al BANCO al no haber emitido su pronunciamiento ni recibido la obra dentro de los plazos correspondientes conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del RELCE.

106. En ese sentido, no le corresponde al BANCO aplicar penalidad alguna por el supuesto atraso en la culminación de la obra al no haberse configurado debidamente el mismo.

VI. ANÁLISIS DE LA NOVENA Y DÉCIMA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Novena pretensión: Se condene al CONSORCIO al pago de los sobrecostos de la supervisión de obra hasta la última anotación realizada por aquella conforme al detalle registrado en el cuaderno de obra en concordancia con el artículo 192 del RELCE.

Décima pretensión: Se condene al CONSORCIO al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO así como los gastos notariales, de inventario y otros.

107. Estas pretensiones están directamente relacionadas con la pretensión del BANCO de que se confirme la resolución del CONTRATO, lo que este Tribunal Arbitral no ha amparado; por lo que, no corresponde la evaluación de las mismas.

108. Por tanto, los sobrecostos de la supervisión de obra hasta la última anotación realizada por la supervisora, los gastos incurridos en la incorrecta resolución contractual, así como los gastos notariales, de inventario y otros deben ser asumidos únicamente por el BANCO.



109. En consecuencia, estas dos pretensiones deben ser desestimadas y declaradas infundadas.

VII. ANÁLISIS DE LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Quinta pretensión: Se aplique la penalidad al CONSORCIO por no permitir al supervisor el acceso al cuaderno de obra conforme al artículo 194 del RELCE.

110. Para resolver esta pretensión, conviene primero tener en cuenta lo expresado por el artículo del RELCE invocado por el BANCO:

Artículo 194°.- Cuaderno de Obra

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

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

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

Concluida la ejecución de la obra, el original quedará en poder de la Entidad. (Énfasis agregado)

111. Del artículo transcrito, se desprende que la aplicación de la multa del cinco por mil (5/1000) del monto de la valorización corresponde cuando el contratista no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o al supervisor. Según el BANCO, esto es precisamente lo que hizo el CONSORCIO al ocultar el cuaderno de obra.

112. Sin embargo, conforme al análisis realizado en el punto IV de la parte considerativa de este Laudo, donde a partir de la prueba ofrecida y actuada por las partes no se ha podido arribar a la convicción racional de que efectivamente hubiera existido algún problema real con el cuaderno de obra, esta imputación que no ha sido debidamente probada por el BANCO; por lo que, el Tribunal no puede amparar el pedido del BANCO.

113. Siendo ello así, esta pretensión debe ser declarada infundada.

VIII. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y LA OCTAVA PRETENSIÓN DE LA RECONVENCIÓN

Demanda

Cuarta pretensión: Se declare nulo el acta de constatación física e inventario de obra realizado el 22 de noviembre de 2012.

Reconvencción

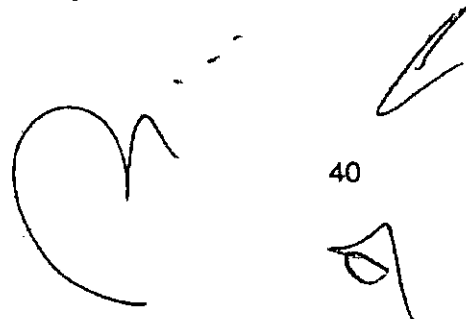
Octava pretensión: Se declare la validez de la constatación física e inventario realizada el 22 de noviembre de 2012.

114. Sobre este particular, el BANCO señala que esta acta no contraviene fundamento alguno del ordenamiento jurídico y, por tanto, es plenamente válida a diferencia de lo que pretende argumentar el CONSORCIO.
115. El Acta de Constatación Física e Inventario que es objeto de nulidad por parte del CONSORCIO y de validez por parte del BANCO, es el que fue realizado por el BANCO inmediatamente después de que el BANCO remitió al CONSORCIO la carta notarial mediante la cual pretendió resolver el CONTRATO.
116. Sin embargo, este Colegiado ya se ha pronunciado declarando ineficaz la resolución del CONTRATO practicada por el BANCO, razón por la cual, ineficaz la resolución, el Acta que se levantó como consecuencia de esa decisión ineficaz es nula.
117. En consecuencia, corresponde declarar infundada la Octava Pretensión de la reconvención y fundada la Cuarta Pretensión de la demanda.

IX. ANÁLISIS DE LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Quinta pretensión: Se ordene al BANCO que cumpla con el pago de la última valorización presentada por el CONSORCIO así como los intereses que se devenguen hasta su fecha efectiva de pago.

118. El CONSORCIO señala que el BANCO debe cancelar la última valorización correspondiente al mes de setiembre de 2012 ascendente a S/. 245.123.28 cuyo pago fue solicitado mediante carta No. 148-2012 del 29 de octubre de 2012, así como los intereses que se devenguen hasta la fecha del pago.



Handwritten signature and initials.

119. Por su parte, el BANCO afirma que no corresponde el pago de la última valorización porque de acuerdo al artículo 197 del RELCE, las valorizaciones debían ser presentadas para su aprobación a los 30, 60, 90 y 120 días de iniciado el plazo de ejecución de la obra. Sin embargo, el CONSORCIO la presentó de forma extemporánea el 29 de octubre de 2012 cuando el plazo venció el 30 de setiembre de 2012:

Artículo 197°.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

(...)

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes. (Énfasis agregado)

120. El Tribunal Arbitral considera que, dado que la norma citada no establece que, en caso de atraso en la presentación de la valorización, se pierde el derecho a cobrar la misma, habiéndose culminado la obra en su totalidad, le corresponde al CONSORCIO el pago de la valorización solicitada.

121. Sin embargo, es importante tener en cuenta los plazos pactados para poder realizar el cómputo de los intereses legales computados. El CONSORCIO presentó su valorización recién el 29 de octubre de 2012, por lo que a partir del 1 de noviembre de 2012 el BANCO tenía cinco (5) días para aprobarla y debía cancelarla como máximo el 30 de noviembre de 2012. A partir del día siguiente, deberán computarse los intereses legales.

122. En ese sentido, esta pretensión debe ser declarada fundada.

X. ANÁLISIS DE LA SÉTIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Séptima pretensión: Se ordene al BANCO cumpla con cancelar a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales surgidos por la demora del BANCO en recibir la obra.

123. El procedimiento de recepción de la obra, como los plazos que se deben de observar y la regulación del derecho del contratista al pago de los mayores gastos generales se encuentran establecidos en el artículo 210 del RELCE, el cual establece lo siguiente:

Artículo 210°.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días

posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción de los siete (7) días siguientes a la recepción de la culminación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de

recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Está permitida la recepción parcial de sesiones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos. (Énfasis agregado)

124. Como ya se detalló anteriormente, el retraso en la recepción de la obra es imputable al BANCO, por no haber seguido el procedimiento correspondiente establecido en el artículo 210 del RELCE, una vez que el CONSORCIO informó acerca de la culminación de la obra ya que, aun cuando ha quedado acreditado que la supervisión no cumplió con sus funciones, también es cierto que tomado conocimiento del BANCO de esta situación, debió cumplir dentro del plazo dispuesto por el artículo citado del RELCE a designar al Comité de Recepción y este último debió acudir a la obra, lo que en este caso, no ha sucedido.

125. En consecuencia, vencidos largamente los plazos previstos por el RELCE, se activa el derecho del CONSORCIO de reclamar gastos generales debidamente acreditados.

126. Sobre esto último -la debida acreditación de los gastos- el CONSORCIO ha identificado una serie de conceptos, frente a los cuáles el Tribunal Arbitral considera lo siguiente:

- a. Los gastos arbitrales deben ser excluidos, pues estos serán considerados al momento de la imputación de las costas y costos del arbitraje;
- b. Los denominados gastos financieros también deben ser excluidos, en tanto estos son compensados por el pago de los intereses legales devengados hasta la fecha de efectivo pago de los montos adeudados por el BANCO;
- c. Dentro de los denominados gastos administrativos no se debe incluir los gastos por honorarios del abogado, ni pasajes, ni alquileres del mismo al ser un concepto dentro de las costas y costos del arbitraje.

127. En segundo lugar, el Tribunal Arbitral advierte un error de cálculo en el monto de la comisión por la fianza de fiel cumplimiento y por la fianza de adelanto directo. De los documentos aportados por el CONSORCIO se aprecia únicamente que se ha incurrido en un costo total de S/. 9,422.00.

128. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que esta pretensión debe ser declarada fundada en parte y ordenar el pago de un monto total de S/. 9,422.00 más los intereses legales correspondiente.

XI. ANÁLISIS DE LA SEXTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Sexta pretensión: Se ordene al BANCO cumpla con cancelar a favor del CONSORCIO una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra.

129. Sobre este particular, el artículo 184 del RELCE dispone lo siguiente:

Artículo 184°.- Inicio del plazo de ejecución de obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

(...)

3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;

Las condiciones a que se refieren los numerales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 169. Asimismo, en el mismo plazo tendrá derecho a solicitar resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000). La Entidad debe pronunciarse sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles de presentada. Respecto al derecho de resarcimiento, el contratista podrá iniciar un procedimiento de conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de vencido el plazo con el que cuenta la Entidad para pronunciarse sobre la solicitud.

Si cumplidas las condiciones antes indicadas, la estacionalidad climática no permitiera el inicio de la ejecución de la obra, la Entidad podrá acordar con el contratista la fecha para el inicio de la ejecución. Dicha decisión deberá ser sustentada en un informe técnico que formará parte del expediente de contratación. (Énfasis agregado)

130. A partir de las pruebas aportadas, consta que el BANCO no cumplió con entregar el terreno a los quince (15) días luego de suscrito el CONTRATO. En efecto, el CONTRATO fue suscrito el 1 de febrero de 2012 y la entrega del terreno recién se realizó el 21 de mayo de 2012, como se desprende del Acta de entrega de terreno aportada por el propio BANCO. En ese sentido, el BANCO se encontraba claramente fuera del plazo correspondiente. Este hecho ha sido aceptado por el BANCO. El CONSORCIO solicita el pago de S/. 27,068.00, más intereses legales.

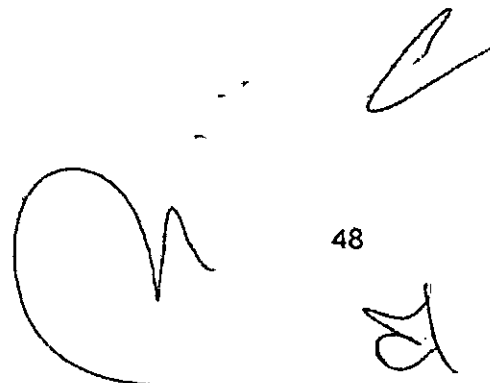
131. Siendo ello así, corresponde el pago de un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000). En este caso, este monto es S/. 5,583.49 al haberse sobrepasado el tope máximo indicado en el RELCE.

132. Por todo ello, esta pretensión debe ser declarada fundada en parte y se debe ordenar el pago de S/. 5,583.49 a favor del CONSORCIO, más los intereses legales desde el día siguiente de notificada la demanda al BANCO y hasta la fecha de pago.

XII. ANÁLISIS DE LA NOVENA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Novena pretensión: Se declare que no es procedente la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

133. Para resolver esta pretensión, corresponde citar lo dispuesto en el artículo 164.2 del RELCE:

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

Artículo 164°.- Ejecución de garantías

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

(...)

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

134. Es evidente que no nos encontramos frente a una resolución consentida por las partes ni ante un laudo consentido y ejecutoriado que declare procedente la decisión de resolver el CONTRATO. Todo lo contrario, este Colegiado ha determinado que la resolución del CONTRATO no es válida al no haber mediado causa imputable al CONSORCIO. Por ello, no corresponde ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento

135. En ese sentido, esta pretensión debe ser declarada fundada.

XIII. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN ACUMULADA A LA DEMANDA

Primera Pretensión Acumulada: Se ordene al BANCO el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del CONSORCIO por la demora injustificada en la firma del contrato por un total de S/. 7,444.70 más los intereses legales correspondientes.

136. De acuerdo al artículo 148 del RELCE, el BANCO tenía diez (10) días, luego de recibidos los documentos de firma del CONTRATO, para suscribir el mismo.

Artículo 148°.- Plazos y procedimiento para suscribir el Contrato

Una vez que quede consentido o administrativamente firma el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

1. Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna, el postor ganador deberá presentar a la Entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases. Asimismo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación, deberá concurrir ante la Entidad para suscribir el contrato.

(...)

4. Cuando la Entidad no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1, el postor ganador de la Buena Pro podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. Vencido el plazo otorgado, sin que la Entidad haya suscrito el contrato, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro.

137. El 29 de diciembre de 2011, el BANCO recibió los documentos para proceder a realizar la firma del CONTRATO. No obstante, desde la presentación a firma del CONTRATO hasta la fecha real de suscripción transcurrieron treinta y tres (33) días. En ese sentido, el CONSORCIO señala que se debe reconocer a su favor un monto equivalente al uno por mil (1/1000) por cada día de atraso calculado por el período máximo de diez (10) días arrojando un total de S/. 7,444.7.

138. Al respecto, el Tribunal Arbitral observa que el CONSORCIO no ha probado que haya requerido al BANCO la suscripción del CONTRATO como estipula el



inciso 4) del artículo 148 del RELCE y, además, aun cuando se hubiera dado dicho requerimiento, el RELCE no otorga al CONSORCIO un derecho indemnizatorio, sino únicamente el derecho a dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro. Esto último no sucedió, porque el CONSORCIO optó por suscribir el CONTRATO.

139. En consecuencia, esta pretensión debe ser declarada infundada.

XIV. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN ACUMULADA A LA DEMANDA

Segunda Pretensión Acumulada: El Tribunal Arbitral ordene al BANCO cancelar a favor del CONSORCIO una indemnización por lucro cesante por la demora del pago de la última valorización y la no devolución de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo por un total de S/. 157,641.08 más los intereses legales correspondientes.

140. El CONSORCIO señala que este monto corresponde al valor de la última valorización (S/. 245,123.28), el monto de las fianzas mantenidas vigentes durante todo el arbitraje (S/. 148,979.47) multiplicado por un porcentaje de utilidad del diez por ciento (10%). Este monto, a su vez, se multiplica por cuatro (4), que corresponde al número de obras que se pudieron haber ejecutado en el plazo de dieciséis (16) meses que fue el tiempo transcurrido entre la fecha en que se debió recibir la obra (21 de octubre de 2012) y la fecha aproximada de finalización del presente arbitraje que coincide con la fecha de redacción del escrito presentado por el CONSORCIO (28 de febrero de 2014).

141. Al respecto, el Tribunal Arbitral considerará que el CONSORCIO tiene derecho al pago de los intereses legales devengados por la falta o atraso en el pago de

los montos correspondientes. Sin embargo, la normativa aplicable no le atribuye el derecho a una indemnización por lucro cesante.

142. En ese sentido, esta pretensión debe ser declarada infundada.

XV. DETERMINAR SI PROCEDE QUE SE ORDENE EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE AL CONSORCIO O AL BANCO

143. En el convenio arbitral celebrado entre las partes contenido en la cláusula décimo novena del CONTRATO, no existe pacto expreso de las partes acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en la LEY DE ARBITRAJE.

144. Sobre este particular, el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE establece que los *"costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso"*.

145. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje, corresponde disponer que el BANCO asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral.

146. Siendo ello así, al haber cancelado cada una de las partes el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros, corresponde que el BANCO reembolse al CONSORCIO la suma de S/. 27,000.00 (Veinte y siete mil con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente al monto de los honorarios del Tribunal

Arbitral; y, la suma de S/. 4,984.32 (Cuatro mil novecientos ochenta y cuatro con 32/100 Nuevos Soles) correspondiente al monto de los honorarios del secretario arbitral.

147. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

XVI. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

148. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se declara que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada por el CONSORCIO ALFA FAG al 100% dentro del plazo contractual, no debiendo el BANCO DE LA NACIÓN aplicar penalidades sobre supuestos atrasos imputables al contratista.

SEGUNDO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se declara la ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO DE LA NACIÓN mediante carta EF/92.2652 No.110/2012 al no haberse configurado de forma válida la causal de supuesto atraso y/o incumplimiento de obligaciones imputables al CONSORCIO ALFA FAG.

TERCERO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG.

CUARTO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se declara nulo el acta de constatación física e inventario de obra realizado el 22 de noviembre de 2012.

QUINTO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se ordene al BANCO DE LA NACIÓN que cumpla con el pago de la última valorización presentada por el CONSORCIO ALFA FAG, así como los intereses desde el 1 de diciembre de 2012 hasta su fecha efectiva de pago.

SEXTO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA EN PARTE** la Sexta Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se ordene al BANCO DE LA NACIÓN que cumpla con cancelar a favor del CONSORCIO ALFA FAG una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra, que asciende a la

suma de S/. 5,583.49 (Cinco mil quinientos ochenta y tres con 49/100 Nuevos Soles), más intereses legales desde el día siguiente de notificada la demanda y hasta la fecha de pago.

SÉTIMO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA EN PARTE** la Séptima Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se ordena BANCO DE LA NACIÓN que cumpla con cancelar a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales surgidos por la demora del BANCO en recibir la obra, ascendente a la suma de S/. 9,422.00 (Nueve mil cuatrocientos veintidós con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales desde el día siguiente de notificada la demanda y hasta la fecha de pago.

OCTAVO: POR UNANIMIDAD, con el voto particular del doctor César Rubio Salcedo, declarar **INFUNDADA** la Octava Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG.

NOVENO: EN MAYORÍA, declarar **FUNDADA** la Novena Pretensión de la demanda de CONSORCIO ALFA FAG y, en consecuencia, se declara que no es procedente la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.

DÉCIMO: POR UNANIMIDAD, con el voto particular del doctor César Rubio Salcedo, declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Acumulada a la demanda de CONSORCIO ALFA FAG.

DÉCIMO PRIMERO: POR UNANIMIDAD, con el voto particular del doctor César Rubio Salcedo, declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Acumulada a la demanda de CONSORCIO ALFA FAG.

DÉCIMO SEGUNDO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO TERCERO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO CUARTO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO QUINTO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO SEXTO: POR UNANIMIDAD, con el voto particular del doctor César Rubio Salcedo, declarar **INFUNDADA** la Quinta Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO SÉTIMO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Sexta Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO OCTAVO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Séptima Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

DÉCIMO NOVENO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Octava Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

VIGÉSIMO: EN MAYORÍA, declarar **INFUNDADA** la Novena Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

VIGÉSIMO PRIMERO: POR UNANIMIDAD, con el voto particular del doctor César Rubio Salcedo, declarar **INFUNDADA** la Décima Pretensión de la reconvención del BANCO DE LA NACIÓN.

VIGÉSIMO SEGUNDO: FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 54,000.00 (Cincuenta y cuatro mil y 00/100 Nuevos Soles) netos y los servicios de la

Secretaría Arbitral en la suma de S/. 9,968.64 (Nueve mil novecientos sesenta y ocho con 64/100 Nuevos Soles) netos, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por este Tribunal Arbitral.

VIGÉSIMO TERCERO.- POR MAYORÍA, DISPONER que el BANCO DE LA NACIÓN asuma el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral. En consecuencia, el BANCO DE LA NACIÓN deberá reintegrar al CONSORCIO ALFA FAG: (i) La suma de S/. 27,000.00 (Veinte y siete mil con 00/100 Nuevos Soles) correspondiente al monto de los honorarios del Tribunal Arbitral; y, la suma de S/. 4,984.32 (Cuatro mil novecientos ochenta y cuatro con 32/100 Nuevos Soles) correspondiente al monto de los honorarios del secretario arbitral.

Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

VIGÉSIMO CUARTO.- Dispóngase que el Secretario Arbitral cumpla con remitir el presente Laudo de Derecho a la OSCE, dentro del plazo de cinco (5) días de notificado.



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Presidente del Tribunal Arbitral



NATALIA CANCHANYA BARREDA
Árbitro



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Ad-Hoc

VOTO EN DISCORDIA DEL ÁRBITRO
CESAR ROMMELL RUBIO SALCEDO

Lima, 07 de agosto del 2015

El árbitro que suscribe el presente documento, en ejercicio de las facultades y atribuciones contenidas en el artículo 52º y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, discrepa respetuosamente de los demás Vocales, en el análisis y los fundamentos de derecho que se describen y explican a continuación.

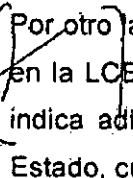
Consideraciones Preliminares: De la naturaleza y normativa aplicable al presente proceso arbitral

Se ha establecido en el Acta de Instalación del 14 de enero del 2013, que el presente arbitraje es AD HOC, NACIONAL y de DERECHO, en concórdancia con la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Sobre el particular, y sin contradecir lo antes mencionado, el autor nacional LATORRE BOZA, citando a FRAGA PITTALUGA, ha definido al arbitraje administrativo como el mecanismo por el cual la Administración Pública puede pactar con los administrados que sus diferencias sean resueltas por árbitros¹. Es decir, un arbitraje administrativo será tal cuando participe la Administración como parte, y la controversia a solucionar verse sobre materias de libre disposición o cuando así lo haya determinado la ley:

¹ LATORRE BOZA, Denik.. *El Arbitraje en las contrataciones públicas*. El texto ha sido recabado del link electrónico: http://www.serviles.com.pe/arbitraje/colaboraciones/abi_contrata_publicas.php#3. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *El arbitraje con el Estado en la nueva ley arbitral del Perú (DL 1071), y en el régimen especial de contratación con el Estado (DL 1017)*. Este documento ha sido recabado del recurso electrónico: http://www.santistevandenoriega.com/2_Elarbitraje.pdf

"Como puede verse, no obstante que la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje estaba prevista en la Ley General de Arbitraje, se recogió esta figura para regularla de manera especial en normas propias de la contratación estatal, con lo que se generó una nueva figura que es lo que se denomina "arbitraje administrativo", que constituye un arbitraje sui generis, que presenta características propias que lo diferencian del arbitraje privado o común, matices que nos permiten hablar de una nueva modalidad entre los denominados mecanismos alternativos de prevención, gestión y solución de controversias. Al respecto, puede definirse el arbitraje administrativo como aquel mecanismo "mediante el cual la Administración Pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes"

 Por otro lado, SANTISTEVAN DE NORIEGA ha manifestado que el arbitraje previsto en la LCE y su Reglamento corresponde a uno "de Estado". No obstante ello, indica adicionalmente, aunque no todos los arbitrajes en los que participa el Estado, cuentan con esta característica:

"(...) Conviene definir en materia del arbitraje y Estado de qué estamos tratando: ¿hablamos de arbitraje del Estado como lo hace puntualmente el artículo 4 del DL 1071 en el marco de la norma general? ¿Se trata más del arbitraje administrativo en el ámbito de la ley especial de contrataciones con el Estado? ¿O nos expresamos mejor y hablamos de arbitraje con el Estado de manera genérica?"

Soy partidario de esta última expresión. El arbitraje "del Estado" me remite a un concepto de pertenencia o propiedad. Como si los arbitrajes "con" el Estado fueran a ser apropiados por las entidades del Estado para establecer reglas propias, lo que no es correcto pues la ley general arbitral (el DL 1071) no lo permite. Por el contrario, cuando el Estado como el Perú admite someterse a arbitraje, la idea es que lo hace despojándose (hasta donde sea posible) de sus prerrogativas públicas para ponerse en pie de igualdad con los particulares con los que contrata, o con los que se relaciona a propósito de los temas patrimoniales del quehacer público, y dilucidar las controversias a través de una justicia privada que es la que practican y ofrecen los árbitros.

Por ello, tampoco sería correcto decir que en todo arbitraje en el que participa el Estado, el arbitraje se administrativiza y nos conduce al llamado "arbitraje administrativo", que tiene sus reglas propias y constituye una modalidad especial dentro del marco de los arbitrajes a los que se somete el Estado al amparo fundamentalmente del DL 1017, bajo los términos de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Pero el arbitraje con el Estado no se agota allí. Sabemos que al pactar el arbitraje con el Estado, fuera del mencionado DL 1017, se hace en el ámbito de la norma general del DL 1071, como lo hacía antes bajo los términos de la Ley General de Arbitraje, fundamentalmente en el campo de las concesiones, asociaciones público privadas, los contratos de estabilidad jurídica, etc.

Pero no únicamente en estos casos de relaciones contractuales con el Estado. Por mandato de la ley, el Estado también es parte en arbitrajes amparado en la habilitación que al efecto formulan diversas leyes que constituyen modalidades

especiales de contenido patrimonial que suelen llamarse "arbitrajes sectoriales" por estar concebidos en leyes especiales sectoriales que hacen referencia a diversas modalidades estatales.

En rigor, la más exacta formulación del tema que tratamos sería "el arbitraje con partes estatales". (resaltado propio).

GRANADO HIJELMO también apuesta por definir el arbitraje administrativo como el mecanismo de solución de controversias donde participa la Administración como parte, a través de la cual se somete a la decisión de un tercero para dirimir un conflicto². Este autor diferencia al arbitraje administrativo de otras actividades similares establecidas en la legislación española; como por ejemplo aquel procedimiento donde la Administración actúa como un particular y se somete las reglas del Derecho Privado, o como cuando la Administración actúa como árbitro que resuelve controversias, entre otros:

"(...)

- a) En primer lugar, nos encontramos con el arbitraje administrativo en sentido estricto, es decir aquel en que la Administración, actuando como tal, es decir, en tutela de un interés público y revestida con facultades de imperium, es una de las partes en conflicto que se somete al arbitraje ajeno para dirimirlo. Esta es la única institución de la que quiero ocuparme.
- b) Distinto es el caso de la Administración cuando no actúa como tal sino sometida al Derecho privado y desprovista de facultades de imperium, porque entonces se comporta como un particular y puede someter sus conflictos al arbitraje (privado) regulado por la Ley con carácter general como

² GRANADO HIJELMO, Ignacio. *El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación*. Recabado del recurso electrónico: <http://www.navarra.es/appbsx/DescargarFichero/default.aspx>.

cualquier otro operador jurídico, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la doctrina de los actos administrativos separables del fondo privado del asunto. Este tipo de arbitraje privado "con" la Administración actuando como una de las partes (privadas) comprometidas ha sido admitido por la jurisprudencia y está previsto en varias normas sectoriales sobre todo de carácter contractual.

- c) Por otro lado, se encuentra la que podemos denominar actividad arbitral de la Administración que aparece siempre que la Administración actúa como árbitro en un conflicto ajeno.

Aquí pueden darse dos variantes según el conflicto a dirimir sea entre particulares (como sucede con las múltiples Juntas arbitrales conocidas en nuestro Derecho, tales como las de Seguros, Consumo, Energía, Transportes, Comunicaciones, Cooperativas, Deporte, Propiedad Intelectual, Arrendamientos Rústicos, etc), o entre entidades administrativas (conflictos inter-administrativos).

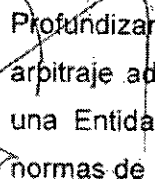
En este último supuesto estimo que es preciso que se trate de entidades distintas a la arbitral y que no le estén sometidas por razones de jerarquía o tutela administrativa.

Esto permite distinguir estas intervenciones arbitrales de la resolución de conflictos inter-administrativos por el superior jerárquico o el ente de supremacía. Tampoco se incluyen aquí los conflictos que son resueltos por un órgano arbitral no administrativo como sucede con los conflictos de competencia entre Administración y órganos judiciales que competen al Tribunal de Conflictos o con los conflictos constitucionales que competen al Tribunal Constitucional.

- d) No debe confundirse tampoco el arbitraje administrativo con los medios alternativos a la resolución de recursos

administrativos a que se refiere el novedoso art. 107.2 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común aunque uno de esos medios sea precisamente el arbitraje.

- e) Finalmente, la institución del arbitraje no debe confundirse tampoco con la multitud de órganos administrativos con funciones cuasi-jurisdiccionales que existen en nuestro Derecho Público y que se caracterizan porque resuelven asuntos en que está interesada la propia Administración en el ejercicio de sus potestades de imperium, pero la decisión no se adopta por un órgano arbitral ajeno a la Administración, sino por órganos propiamente administrativos, aunque dotados de un estatuto de imparcialidad más o menos amplio en obsequio a la vieja idea (de origen hacendístico) de distinguir en la organización administrativa la línea de gestión de la de resolución de reclamaciones." (el resaltado propio)

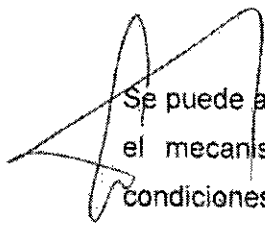


Profundizando un poco más sobre este tema, ROSA MORENO configura al arbitraje administrativo como aquel donde una de las partes intervinientes es una Entidad de la Administración Pública; y la controversia es sometida a normas de Derecho Público antes que a normas de Derecho Privado³.

"Es necesario precisar, en primer término, que cuando usamos el calificativo de "administrativo" estamos haciendo referencia a lo que la doctrina procesalista denomina "arbitraje de Derecho público", en el que una de las partes, al menos, es una persona jurídico-pública que se sujeta a esta institución, pero sin perder su cualidad de ente público, es decir, no actuando sometida al Derecho privado, dicho inversamente, se trata de arbitrajes en los que la cuestión litigiosa sometida a la decisión de los árbitros afecta los

³ ROSA MORENO, Juan. *El arbitraje administrativo* Universidad de Alicante. MacGraw Hill: Madrid 1998. 138 páginas. Ver especialmente la página 101.

intereses públicos; se mantiene, por ello, tanto en la incoación como en el desarrollo de la técnica arbitral en el Derecho Administrativo, una desigual relación inter partes; privilegios procesales sobre los que, cuando hablamos de un ente público, ha sido sobradamente respaldada su constitucionalidad." (resaltado propio)



Se puede apreciar de la doctrina consultada, que el arbitraje administrativo será el mecanismo de solución de conflictos que cumpla con las siguientes condiciones:

- i. Que, al menos una de las partes sometidas a este mecanismo de solución de controversias sea una Entidad de la Administración Pública;
- ii. Que, ambas partes, hayan acordado voluntariamente o por sometimiento a la ley, someter la materia de controversia a arbitraje;
- iii. Que, la norma o normas aplicables sean preferentemente de orden público; y,
- iv. Que, la Administración no pierda sus facultades de *ius imperium*. Sin embargo, debe cumplir con los mandatos emitidos en el proceso arbitral.

Por tanto, el presente, además de ser un arbitraje *ad hoc*, de derecho y nacional se constituye también en un arbitraje administrativo; el mismo que se lleva entre una entidad del Estado [BANCO DE LA NACIÓN] y un particular [CONSORCIO ALFA FAG] por imperio de la ley y por voluntad de las partes

[CLÁUSULA ARBITRAL]; donde las normas aplicables son preferentemente de derecho público [NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA]. En este escenario, además, la Administración se somete y cumple los mandatos emitidos por el Tribunal Arbitral designado para tal efecto.

De ahí que, el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado prescriba expresamente que el arbitraje será de derecho, a ser resuelto mediante la aplicación de la precitada norma legal, su Reglamento, así como de normas de derecho público y las de derecho privado; debiéndose mantener obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

Asimismo, este orden de prelación normativa se replica en la cláusula tercera del Contrato N° 2394-2011-DA en estudio; que establece que sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, deberán utilizarse las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.

De la misma manera, la norma en mención exige al árbitro único o al presidente del tribunal arbitral que dirija la causa arbitral la condición de abogados; siendo que además, deban contar con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

Por todo ello, el Tribunal Arbitral debe respetar *prima facie* la aplicación de la normativa de contratación pública, o de las normas de Derecho Público aplicables al caso en concreto; y sólo en caso de no encontrar un supuesto de hecho idéntico o similar, proceder a la aplicación del Código Civil y demás normas concordantes.



1. (A): "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del CONSORCIO." // (B): "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación."

Se aprecia del texto de la demanda y la contestación a la reconvención, que el demandante CONSORCIO ALFA FAG ha señalado de manera fehaciente que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del CONSORCIO; fundamento que ha utilizado además para señalar que incluso se ha llevado a cabo el procedimiento de recepción de obra y plazos en el artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al caso concreto.

Por su parte, el Banco de la Nación ha señalado que, en la realidad, la obra no ha sido culminada en su totalidad. Por el contrario, ha manifestado en su contestación de demanda que la obra no fue culminada por el contratista; a tal punto que es el mismo administrador de la agencia quien ha realizado gastos diversos y onerosos para tal efecto. A mayor abundamiento, el Banco ha indicado que es el contratista quien se ha llevado materiales y bienes propios del Banco que a la fecha no devuelve.

Sobre el particular, es pertinente indicar que el Tribunal Arbitral tiene la plena facultad de determinar su propia competencia, según lo señalado en el artículo 3º y 40 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

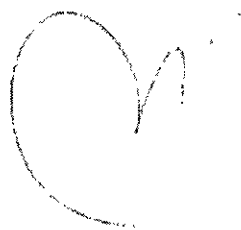
En la presente causa, ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del Tribunal Arbitral para conocer y resolver sobre si la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del Consorcio o si la misma no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y

documentación técnica que obra en el expediente de contratación. Además, esta situación resultará necesaria para determinar si es válida la aplicación de la penalidad al contratista, y si es válida la resolución del contrato formulada unilateralmente por la Entidad. Por tanto, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse si la obra ha sido debidamente ejecutada y concluida o no.

Al respecto, es necesario recordar que tratándose de un arbitraje administrativo entre una persona jurídica y una entidad del Estado, se aplican las normas de derecho público por imperio de la ley. En concordancia con ello, la cláusula tercera del Contrato N° 2394-2011-DA señala que *"sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes. Así mismo, se precisa que la Ley ha sido aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento a través del Decreto Supremo N° 184-2008-EF."*

Previamente a dilucidar sobre la conclusión o no de la obra, es necesario indicar que el contratista CONSORCIO ALFA FAG ha cuestionado además la realización del acto "Constatación Física de Inmueble e Inventario de Materiales" del 22 de noviembre del 2012, manifestando que no se ha respetado el procedimiento previsto en la normativa de contratación pública al no haberle notificado con la previsión legal requerida.

Sobre la materia referida a la resolución de contratos, el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado abarca la posibilidad de la resolución unilateral del vínculo; donde además la norma requiere el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados:



"Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

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

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

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo."

De la misma manera, es pertinente indicar que la cláusula décimo sexta del contrato de obra señala que en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones del contratista, remite el procedimiento a la resolución parcial o total del contrato, debiéndose proceder con el artículo 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Este precepto normativo describe el procedimiento de resolución de contrato de obras, donde se prevé expresamente que la parte que resuelve deberá indicar en su carta de

resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días:

"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar,

actualizado mediante las formulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato .

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dió origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal."

Al respecto, el Banco de la Nación ha adjuntado en su escrito de contestación de demanda y reconvención del 10 de mayo del 2013, la Carta EF/92.2652 N° 110/2012 de fecha 19 de noviembre del 2012; en cuyo contenido se lee: "me dirijo a usted a fin de comunicarle a su representada que en relación al documento a) de la referencia, continúa con el incumplimiento de sus obligaciones contractuales dado que en la ejecución de la obra: "Remodelación de la Agencia Huánuco – Departamento de Huánuco", la cual se encuentra a su cargo, la cual no ha sido culminada al 100%, incumplimiento que persiste a pesar de habersele requerido el incumplimiento de sus obligaciones

contractuales (...) Ante esta situación, y en concordancia con los Artículos 167º, 168º, 169º y 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, se procede a resolver el contrato suscrito para la ejecución de la obra mencionada, lo que se le notifica notarialmente (...) Asimismo se notifica que se estará efectuando el acto de constatación física e inventario el día jueves 22 de noviembre del presente a horas 10.00 a.m. en el lugar de la obra, agencia Huánuco, ubicada en el Jr. 28 de Julio N° 1061, Huánuco..."

En este documento, se aprecia también la diligencia notarial realizada por el Notario Público de Lima Renzo Alberti Sierra que señala. "certifico que el día de hoy, siendo las 16:28 esta carta notarial ha sido dejada en el domicilio señalado, de lo que doy fe. Lima, 19 NOV. 2012 (ilegible). RENZO ALBERTI SIERRA. NOTARIO PÚBLICO DE LIMA".

De la misma manera, se aprecia en el documento "Constatación Física de Inmueble e Inventario de Materiales" que tal actuación ha sido llevada a cabo el 22 de noviembre del 2012 por el Notario Público de Huánuco CROMBELL ERIK MORALES CANELO.

Con lo cual, se colige que entre la convocatoria a la constatación física y su realización se ha respetado el plazo mínimo de dos (2) días que exige el Reglamento. Por tanto, se observa que el procedimiento de constatación ha sido elaborado en cumplimiento de la normativa.

De los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, resultan relevantes la "Constatación Física de Inmueble e Inventario de Materiales" de fecha 22 de noviembre del 2012, así como un DVD conteniendo el acto de la segunda actuación notarial, todos ellos presentados por el Banco de la Nación (ver

escritos presentados por la entidad el 21 de abril del 2014, del 10 de mayo del 2013 y el 05 de febrero del 2014).

En contraparte, sobre las constataciones policiales, debe indicarse que los miembros de la Policía Nacional del Perú no cuentan con esta facultad expresa de dar fe pública; según se desprende del artículo 7° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 27238 que se transcribe a continuación:

"Artículo 7.- Funciones

Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes:

- 1. Mantener la seguridad y tranquilidad públicas para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú.*
- 2. Prevenir, combatir, investigar y denunciar los delitos y faltas previstos en el Código Penal y leyes especiales, perseguibles de oficio; así como aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía.*
- 3. Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas.*
- 4. Brindar protección al niño, al adolescente, al anciano y a la mujer que se encuentran en situación de riesgo de su libertad e integridad personal, previniendo las infracciones penales y colaborando en la ejecución de las medidas socio-educativas correspondientes.*
- 5. Investigar la desaparición de personas naturales.*
- 6. Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, investigar y denunciar los accidentes de tránsito, así como llevar los registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente.*

7. Intervenir en el transporte aéreo, marítimo, fluvial y lacustre en acciones de su competencia.

8. Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros.

9. Brindar seguridad al Presidente de la República en ejercicio o electo, a los Jefes de Estado en visita oficial a los Presidentes de los Poderes Públicos y de los organismos constitucionalmente autónomos, a los Congresistas de la República, Ministros de Estado, así como a diplomáticos, dignatarios y otras personalidades que determine el reglamento de la presente Ley.

10. Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones.

11. Participar en la seguridad de los establecimientos penitenciarios, así como en el traslado de los procesados y sentenciados de conformidad con la ley.

12. Participar en el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la seguridad del patrimonio arqueológico y cultural de la Nación.

13. Velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos, en coordinación con las entidades estatales correspondientes.

14. Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país.

15. Ejercer la identificación de las personas con fines policiales.

16. Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución y las leyes."

Según la copia del Cuaderno de Obra alcanzado por las partes, se observa el Asiento N° 129 del 18 de setiembre del 2012 (DE LA RESIDENCIA) por el cual el contratista había informado a la supervisión la culminación de la obra al cien por ciento (100%); según se transcribe a continuación:

"(...) Se comunica a la Supervisión que el día de hoy, 18 de setiembre del 2012, se concluyó al 100% las partidas comprendidas en el expediente de ejecución de obra, por lo que se solicita la recepción de obra, de acuerdo al Reglamento de Contrataciones del Estado (artículo 210°). Debe mencionarse que de acuerdo al acta de entrega de terreno hay partidas que no se ejecutaron correspondientes a la vivienda del administrador (3° piso) estando pendiente que la supervisión tramita la adenda de contrato de ejecución de obra por reducción de metas..."

Por otro lado, de la revisión simultánea entre el documento "Constatación Física de Inmueble e Inventario de Materiales" de fecha 22 de noviembre del 2012 y el DVD conteniendo este acto presentados por el Banco de la Nación, se puede apreciar fehacientemente lo siguiente:

- *"(...) 4. Faltan concluir con el acabo del lavadero del patio, falta colocar la tapa en la caja de la llave de la válvula". Esta anotación se corrobora en los minutos 3:00 y 3:33 del video alcanzado.*
- *"(...) 6. No existe Tablero TBT, en el cuarto de sub estación eléctrico; asimismo no existe el punto de salida para cámara de video". Esta anotación se corrobora en los minutos 04:31 a 05:05 del video ofrecido.*



- "(...) 16. En la Bóveda de Efectivo, no están pulidas los pisos y no existen los tomacorrientes para la luz de emergencia; no hay fluido eléctrico y en ambos ambientes no existen los puntos de salida para la cámara de video; falta pintar las puertas, no tiene chapa (seguro) la puerta antibóveda y falta un vidrio de en la ventana alta". Lo antes señalado se aprecia en los minutos 11:19 a 11:41 del video en estudio.

- "(...) 20. En el área de Cajeros Automáticos, no existe la luminaria de emergencia, el punto de salida para la cámara de video y la luminaria para adosar a techo (con rejilla con cuatro lámparas de fluorescentes); asimismo, no existen las mesas (dos) para estabilizador de corriente." Esto se puede corroborar en los minutos 14:15 a 16:00 del video ofrecido.

- "(...) 21. En el ambiente de Cajeros Automáticos (Lobby) ubicados hacia el exterior del Banco, no existen en todos los cajeros las planchas metálicas dobladas; asimismo no existen los puntos de salida para cámaras de video, ni las salidas (06) de cámaras de televisión (para circuito cerrado en pared); falta resanar el piso debajo de la ventana de vidrio y la puerta de entrada a los cajeros...". Lo anterior se observa en los minutos 17:50 a 19:55 del video remitido por el Banco de la Nación.

El literal b) del artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado menciona que los procesos de contratación allí regulados se rigen, entre otros, por el Principio de Moralidad; que prescribe que todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades están sujetos a reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad;

"Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...) b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad..."

Aunado a ello, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias, describe al Principio de Verdad Material contenido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 57° de la precitada Ley indica que en los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material.

Si bien es cierto el presente proceso arbitral no se equipara a un procedimiento administrativo, es obligación del Tribunal Arbitral conducir las actuaciones a la búsqueda de los hechos y actuaciones que han sucedido en la realidad; toda vez que ello está vinculado a dilucidar las cuestiones sometidas a este fuero.

De la misma manera, cabe señalar que el artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en la fecha de la culminación de la obra, el residente deberá anotar este hecho; solicitando simultáneamente su recepción. Indica además este precepto que en un plazo no mayor de cinco días, el inspector o supervisor deberá informar a la Entidad; ratificando o no lo indicado por el residente:

"Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de

Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

2. De existir observaciones, éstas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la Entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación. El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

De haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra.

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas

observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

4. Si vencido el cincuenta por ciento (50%) del plazo establecido para la subsanación, la Entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, ésta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206.

5. Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora para efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la Entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el presente artículo podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

6. Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las Bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La recepción parcial no exime al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

7. Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos en el presente artículo para tal acto, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de la misma y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

8. Si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintas a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la Entidad para que ésta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos."

No obstante lo anterior, cabe señalar que este plazo no es prescriptorio o de caducidad; como si lo establece la normativa vigente en otros artículos de la misma materia. La finalización de este plazo no otorga un significado positivo o negativo al silencio u omisión por parte de la supervisión o de la Entidad; como si sucede en otros supuestos de derecho.

Así, por ejemplo, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado señala, entre otros, el plazo de caducidad para acudir a los mecanismos de solución de controversias; en concordancia con lo señalado en los artículos 214° y 215° del Reglamento de la norma.

Otro claro ejemplo donde se aprecia que el plazo es determinante en la actuación del contratista y la entidad se observa en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; donde se desarrolla el procedimiento de liquidación del contrato de obra:

"Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra; el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la

liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver."

Ahora bien, con lo señalado hasta ahora, se comprueba de esta manera que el plazo contenido en el artículo 210º no tiene carácter prescriptorio, y menos de caducidad. Por el contrario, hace referencia a un procedimiento interno entre la supervisión/inspección de obra y la entidad; donde la única evidencia es verificar si realmente la obra ha sido concluida o no.

La demora en ello sólo generaría el pago de mayores gastos generales a la entidad por su demora en la recepción de la obra; siempre y cuando se haya verificado la culminación real de la construcción, en los términos establecidos en el expediente técnico que dio origen a la misma.

En el presente caso, con la información y documentación alcanzada con las partes, corresponderá al Tribunal Arbitral verificar los hechos afirmados por las partes en la realidad, más allá del procedimiento formal.

Se aprecia de lo anteriormente indicado que, la constatación notarial y el video contenido en el DVD alcanzado demuestran que la obra no ha sido culminada; como lo ha afirmado el contratista CONSORCIO ALFA FAG durante todo el proceso arbitral. Por el contrario, al día 22 de noviembre del 2012 –aproximadamente dos (2) meses después de la fecha de culminación de la obra–, se aprecia que han existido partidas y actividades que no han sido ejecutadas; hecho que demuestra, a todas luces, que la obra no ha sido concluida.



Cabe señalar que estos medios probatorios no han sido tachados o cuestionados en modo alguno por las partes.

Sin perjuicio de lo hasta ahora señalado, también resulta pertinente invocar el artículo 26° del Decreto Legislativo N° 1049 del Notariado; que indica que son *instrumentos públicos extraprotocolares* las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función:

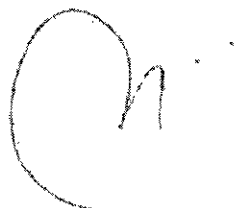
"Artículo 26.- Instrumentos Públicos Extraprotocolares

Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función."

En el marco de esta definición, puede colegirse que esta constatación notarial constituye en realidad un documento con certificación notarial de hechos o circunstancias que ha presenciado la Notario por razón de su función. En otras palabras, esta verificación notarial constituirá un instrumento público extraprotocolar, según la normativa vigente.

Adicionalmente, en relación a las constataciones notariales, debe indicarse que las constataciones notariales constituyen documentos extra-protocolares; y por tanto, dan fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, así como de la identidad de las personas u objetos, confiriéndoles fecha cierta, según el artículo 97° del Decreto Legislativo N° 1049 del Notariado; según se transcribe a continuación:

**"Artículo 97.- Autorización de Instrumentos Extra -
protocolares**



La autorización del notario de un instrumento público extra protocolar, realizada con arreglo a las prescripciones de esta ley, da fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, de la identidad de las personas u objetos, de la suscripción de documentos, confiriéndole fecha cierta."

Con lo cual se colige que, a pesar que el contratista CONSORCIO ALFA FAG ha cumplido con haber inscrito el Asiento N° 129 del 18 de setiembre del 2012 (DE LA RESIDENCIA) en el Cuaderno de Obra, la obra "Remodelación de la Agencia Huánuco – Departamento de Huánuco", en la realidad, no ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del contratista. Por el contrario, la obra no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación.

Menos aun, la finalización de este plazo no otorga un significado positivo o negativo al silencio u omisión por parte de la Entidad; como sucede en otros supuestos de hecho.

El artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado menciona que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo no menor de quince (15) días para el caso de obras. Luego de ello, si vencido el plazo otorgado el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial; comunicando mediante carta notarial esta decisión:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante

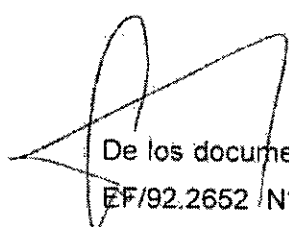
carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

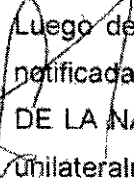


De los documentos remitidos por el BANCO DE LA NACIÓN, aparece la Carta EF/92.2652 N° 00098/2012 recibida por el representante de CONSORCIO ALFA FAG el 29 de octubre del 2012; en cuyo texto se le apercibe a este último

a que cumpla con sus obligaciones contractuales culminando al cien por ciento (100%) la ejecución de la obra mencionada, acusándole respecto de las observaciones realizadas por la supervisión en su documento de la referencia. Habiéndose indicado para ello, que el incumplimiento en mención que había sido informado previamente por la supervisión de obra, habiéndose además vencido el plazo de ejecución el 18 de setiembre del 2012:

"(...) me dirijo a usted a fin de comunicarle (...) la extrañeza y preocupación por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales que se evidencia en que la ejecución de la obra: "Remodelación de la Agencia de Huánuco – Departamento de Huánuco", la cual se encuentra a su cargo, a la fecha no ha sido culminada, según carta – informe de la Supervisión de obra de la referencia, habiéndose vencido el plazo de ejecución el 18.09.2012.

Ante esta situación y en concordancia con los Artículos 167°, 168°, 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, se le otorga un plazo improrrogable de 15 días calendario para que cumpla con sus obligaciones contractuales culminado al 100% la ejecución de la obra mencionada, bajo apercibimiento de que el contrato queda resuelto de pleno derecho y proceder a tomar las medidas legales correspondientes..."

 Luego de ello, también se tiene a la vista la Carta EF/92.2652 N° 110/2012 notificada notarialmente el 19 de noviembre del 2012, por la cual en BANCO DE LA NACIÓN comunica a CONSORCIO ALFA FAG su decisión de resolver unilateralmente el contrato.

Se aprecia, pues, que entre las Cartas EF/92.2652 N° 00098/2012 y EF/92.2652 N° 110/2012 diligenciadas notarialmente, existe un plazo mayor a los quince (15) días calendarios exigidos en la normativa. Con lo cual, se ha respetado el procedimiento de resolución de contrato.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta la no culminación de la obra que ha sido corroborada en esta instancia; y siendo además que el supervisor ha manifestado haber verificado la no culminación de la obra; se aprecia que en la realidad, la ejecución del contrato de obra no ha terminado en modo alguno por parte del Contratista.

Como se ha indicado anteriormente en el desarrollo de este razonamiento, la omisión del supervisor o inspector de la Entidad en el plazo legal establecido no corrobora o niega la declaración inscrita.

En tal sentido, amparar esta pretensión formalista sin considerar los hechos cómo han sucedido en la realidad, constituiría un abuso del derecho, a la luz de lo señalado por RUBIO CORREA⁴, ESPINOZA ESPINOZA⁵ y FERNANDEZ SESSAREGO⁶.

A propósito de este aspecto, el artículo 103° de la Constitución Política del Perú prescribe expresamente que no se ampara el abuso del derecho:

"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*

⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima. 161 páginas. Ver especialmente la página 8 y siguientes.

⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. El abuso del derecho. En: *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Gaceta Jurídica. 2005. Tomo I. Ver especialmente la página 124 y siguientes.

⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho. En: *La Constitución comentada artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. Ver especialmente la página 174.

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 Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades respecto del abuso de derecho y del fraude de ley, indicando que estas dos figuras tienen por objeto combatir el formalismo para trasgredir el orden jurídico constitucional; siendo que las conductas que aparentemente son amparadas por el derecho no contravengan principios [STC 05859-2009-PA/TC]:

"(...) Estas conductas, muy comunes entre los empleadores, no pueden ser avaladas por el Derecho. La proscripción genérica, que tiene como punto de partida la figura del abuso del derecho, es categórica desde el análisis constitucional: la Constitución no ampara el abuso del derecho, afirmación que se encuentra en el párrafo final del artículo 103 de la Constitución. La figura del abuso del derecho, así como la del fraude de ley (la prohibición de ambas) tienen la propiedad de lograr combatir el formalismo que sirve de cubierta para transgredir el orden jurídico constitucional. Mientras que en el abuso del derecho se presenta un conflicto entre, por un lado, las reglas que confieren atributos al titular de un derecho subjetivo, y por otro, los principios que sirven de razones últimas para su ejercicio; el fraude de ley es la contraposición entre una regla que confiere un poder y un principio, que como tal, es de cumplimiento imperativo [ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. Ilícitos atípicos. Segunda edición, Trotta,

2006, pp. 58 y ss; 74 y ss]. Por lo que, frente a ambos supuestos, no basta que una conducta sea compatible con una regla de derecho, sino que se exige que dicha conducta no contravenga un principio. Resaltando la preeminencia de los principios, la Constitución niega validez a todo acto contrario a su contenido principista, pese a que encuentre sustento prima facie en una regla."

En tal sentido, la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del CONSORCIO no podrá ser amparada por el colegiado arbitral; por los fundamentos expuestos.

Amparar lo contrario, constituiría abuso de derecho, según lo señalado hasta ahora; trasgrediendo este actuar el orden constitucional.

Consecuentemente, corresponderá declarar fundada la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación; por los fundamentos expuestos.

2. **"En caso se ampare el primer punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que no es procedente que el BANCO aplique penalidad alguna en contra del CONSORCIO."**

El artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado que en caso de incumplimiento injustificado de las obligaciones, el contrato establecerá las penalidades a aplicarse, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

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

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

A mayor abundamiento, el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado también considera la aplicación de penalidad por la demora en la ejecución de la prestación

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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

En concordancia con lo anterior, la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 2394-201-DA "Remodelación de la Agencia Huánuco – Departamento de Huánuco" señala que en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de la obra, este se hará acreedor a una penalidad por mora, por cada día de retraso, hasta un monto máximo equivalente al diez (10%) por ciento del monto contractual vigente; la misma que podrá ser deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuera necesario, se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento.

Según se ha indicado líneas arriba, el Tribunal Arbitral ha concluido que la obra no ha sido concluida en su totalidad en el plazo otorgado en el contrato; conforme se aprecia de los hechos y los medios probatorios presentados. Por tanto, y como consecuencia lógica de ello, no corresponderá dejar sin efecto la aplicación de la penalidad por parte del Banco.

En ese sentido, no puede ampararse en esta vía la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG sobre si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que no es procedente que el BANCO aplique penalidad alguna en contra del CONSORCIO; por los fundamentos expuestos.

3. "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el atraso configurado en la obra no es imputable al CONSORCIO."

El demandante CONSORCIO ALFA FAG ha solicitado que el Tribunal Arbitral declare que el atraso configurado en la obra no es imputable a su representada.

Sobre este tema, el numeral 41.6 del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado señala que es atribución del contratista solicitar la ampliación del

plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual:

"Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

41.1. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

41.2. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la

autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

41.3. Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo.

41.4. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

41.5. La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco

pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

41.6. El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

41.7. Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 40 de la presente ley."

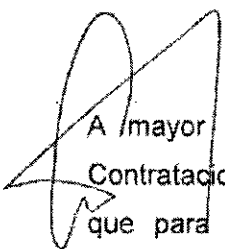
A manera de desarrollo del artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, el artículo 200° de su Reglamento establece que ante atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, por causas atribuibles a la Entidad, por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados, o cuando se aprueba la prestación adicional de obra; el contratista podrá solicitar ampliación de plazo, y siempre que se haya modificado la ruta crítica:

"Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

- 1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.*
- 2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.*
- 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.*

4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado."



A mayor abundamiento, el artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento a seguir, donde señala que para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 200º, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista a través de su residente, debe anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo.

Hecho esto, el contratista deberá presentar la solicitud con la cuantía y sustento de la ampliación de plazo ante el inspector o supervisor:

"Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la Entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al

contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor. Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión."

En el caso concreto, y de conformidad con lo señalado por el contratista y la Entidad en sus escritos de demanda, contestación, reconvención y absolución, así como los medios probatorios ofrecidos oportunamente por ambas partes; no se observa en el cuaderno de obra alcanzado alguna anotación referida a la configuración de alguna de las causales contenidas en el artículo 200° del Reglamento; o al menos, algún indicio de haber iniciado o promovido el procedimiento contenido en artículo 201° del precitado cuerpo normativo.

En tal sentido, no es posible determinar que el atraso configurado en la obra no es imputable a CONSORCIO ALFA FAG. Consecuentemente, tampoco es posible amparar esta pretensión, por los fundamentos expuestos.



4. (A): "En caso se ampare el tercer punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.262 N°. 110/2012." // (B): "En caso se ampare el segundo punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.262 N°. 110/2012 por causa imputable al CONSORCIO conforme al artículo 168 del RELCE." // (B): "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante carta EF/92.262 N°. 110/2012."

En relación a estas pretensiones, es pertinente mencionar que en el desarrollo del primer punto controvertido, se ha puesto de manifiesto el reiterado incumplimiento en el desarrollo de las obligaciones contractuales por parte de CONSORCIO ALFA FAG. Como consecuencia de ello, el BANCO DE LA NACIÓN ha procedido a declarar la resolución unilateral del contrato.

Asimismo, del estudio realizado a los documentos que obran en el expediente, aparece la Carta EF/92.2652 N° 00098/2012 recibida por el representante de CONSORCIO ALFA FAG el 29 de octubre del 2012; por el que se le apercibe a que cumpla con sus obligaciones contractuales culminando al cien por ciento (100%) la ejecución de la obra mencionada. Luego de ello, también se tiene a la vista la Carta EF/92.2652 N° 110/2012 notificada notarialmente el 19 de noviembre del 2012, por la que el BANCO DE LA NACIÓN comunica a CONSORCIO ALFA FAG su decisión de resolver unilateralmente el contrato.

Se aprecia, pues, que entre las Cartas EF/92.2652 N° 00098/2012 y EF/92.2652 N° 110/2012 diligenciadas notarialmente, existe un plazo mayor a los quince (15) días calendarios exigidos en la normativa. Con lo cual, se ha

respetado el procedimiento de resolución de contrato contenido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De lo anterior, se desprende que la resolución del contrato cuenta con sustento formal y sustancial; de acuerdo a lo señalado por la normativa de contratación pública. Siendo así, la pretensión formulada por CONSORCIO ALFA FAG no tiene sustento alguno, y por tanto, no podrá ser amparada por este colegiado; por los fundamentos expuestos.

En contraparte, se debe declarar fundada la pretensión formulada por el BANCO DE LA NACIÓN referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la resolución del contrato Carta EF/92.262 N°. 110/2012 por causa imputable al CONSORCIO conforme al artículo 168 del RELCE. De la misma manera, resulta pertinente declarar fundada la pretensión formulada por el BANCO DE LA NACIÓN referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del contrato efectuada a través de la Carta EF/92.262 N°. 110/2012.

5. (A): ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare nulo el acto de constatación física e inventario de la obra realizada el 22 de noviembre de 2012."*** // (B): ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la constatación física e inventario realizado el 22 de noviembre de 2012 con presencia de notario público y del representante del BANCO."***

En relación a estas pretensiones, ya se ha indicado anteriormente que el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado menciona que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo no menor de quince (15) días para el caso de obras. Luego de ello, si

vencido el plazo otorgado el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial; comunicando mediante carta notarial esta decisión.

De los documentos remitidos por el BANCO DE LA NACIÓN, obra en autos la Carta EF/92.2652 N° 00098/2012 recibida por el representante de CONSORCIO ALFA FAG el 29 de octubre del 2012; en cuyo texto se le requiere a que cumpla con sus obligaciones contractuales culminando al cien por ciento (100%) la ejecución de la obra mencionada; incumplimiento que había sido informado previamente por la supervisión de obra.

Así también, se tiene a la vista la Carta EF/92.2652 N° 110/2012 notificada notarialmente el 19 de noviembre del 2012, por la cual el BANCO DE LA NACIÓN comunica a CONSORCIO ALFA FAG su decisión de resolver unilateralmente el contrato; debido al incumplimiento reiterado en la ejecución de sus prestaciones. En este documento, también se le cita al contratista al Acto de Constatación Física de e Inventario de Materiales a llevarse a cabo el 22 de noviembre del 2012.

De la misma manera, también se aprecia que la "Constatación Física de Inmueble e Inventario de Materiales" ha sido llevada a cabo el 22 de noviembre del 2012 por el Notario Público de Huánuco CROMBELL ERIK MORALES CANELO.

Por todo ello, se aprecia que el acto de constatación física e inventario de la obra realizada el 22 de noviembre del 2012 ha sido llevado a cabo respetando el procedimiento y las formalidades contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Por tanto, no corresponderá amparar la pretensión formulada por CONSORCIO ALFA FAG referida a la declaración de nulidad del acto de constatación física e

inventario de la obra realizada el 22 de noviembre del 2012; por los fundamentos expuestos.

Contrariamente a ello, debe declararse fundada la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN respecto a declarar la validez de la constatación física e inventario realizado el 22 de noviembre del 2012 con presencia de notario público y del representante de la institución; por los fundamentos expuestos.

6. ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO la última valorización presentada por este por un total de S/. 245,123.28 más el interés legal correspondiente (calculado al 7 de marzo de 2014 en un total de S/. 8,161.23)."***

Según lo señalado en su demanda, CONSORCIO ALFA FAG ha cumplido con presentar su última valorización por el monto de S/. 245,123.28 (DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO VEINTITRÉS CON 28/100 NUEVOS SOLES); la misma que cuenta con todos los requisitos para su pago.

En relación a ello, el BANCO DE LA NACIÓN ha indicado que esta valorización no ha sido pagada toda vez que adolece de elementos formales y sustanciales; a saber, el informe de la supervisión por un lado, y de la culminación real de la obra, como pretende afirmar el contratista.

Sobre este tema, el artículo 197º del Reglamento establece, entre otros, que los metrados de obra ejecutados deben ser formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Y en caso que el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el



contratista, éste la efectuará; sin embargo, el inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización:

"Artículo 197.- Valorizaciones y Metrados

Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada período previsto en las Bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

Los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la Entidad dentro de los plazos que

establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, éste la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el período de aprobación de la valorización.

El plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la Entidad para períodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la Entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a períodos distintos a los previstos en este párrafo, las Bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el presente artículo.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la Entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes."

De acuerdo a los actuados, la última valorización no cuenta con los requisitos establecidos de una valorización válida; toda vez que la supervisión de obra se ha pronunciado por la inconformidad de la misma, tal como ha hecho de conocimiento el BANCO DE LA NACIÓN al contratista CONSORCIO ALFA FAG.

Ahora bien, a pesar de haber transcurrido el plazo máximo de aprobación, no sería posible utilizar este mandato prescriptorio a favor de CONSORCIO ALFA FAG; máxime si se ha demostrado que la obra no ha sido concluida en su

totalidad, y por tanto, la última valorización no reflejaría los metrados realmente realizador por el contratista.

Aunado a ello, es necesario advertir, que tal como lo ha manifestado el BANCO DE LA NACIÓN, esta última valorización ha sido suscrita por el Ing. ELOY MARTINEZ ORMEÑO, quien al momento de la presentación de la valorización no era representante o residente del CONSORCIO ALFA FAG. En todo caso, la misma debió haber sido suscrita por el Arq. LUIS CÓRDOVA FACUNDO, residente de obra en ese momento.

Caso contrario, amparar esta valorización como válida ello configuraría la causal de nulidad de acto administrativo contenida en el artículo 10º de la Ley N° 27444; que describe como vicios del acto administrativo que causan su nulidad aquellos actos que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
- 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se*

cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

Siendo ello así, no es posible amparar esta pretensión formulada por CONSORCIO ALFA FAG respecto a si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO la última valorización presentada por este por un total de S/. 245,123.28 más el interés legal correspondiente (calculado al 7 de marzo de 2014 en un total de S/. 8,161.23); por los fundamentos expuestos.

7. "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra por un total de S/. 27,068.00 más los intereses legales correspondientes."

Al respecto, CONSORCIO ALFA FAG ha solicitado el pago de S/. 27,068.00 (VEINTISETE MIL SESENTA Y OCHO CON 00/100 NUEVOS SOLES) más intereses por concepto de indemnización por daños y perjuicios sobre la demora en la entrega del terreno.

Por su parte, el BANCO DE LA NACIÓN ha manifestado que efectivamente el contratista tiene un eventual derecho indemnizatorio. Sin embargo, indica, el mismo no ha sido debidamente acreditado; cuestión que no ha cumplido con sustentar el CONSORCIO ALFA FAG.

En relación a la solicitud de indemnización, CONSORCIO ALFA FAG ha esgrimido como fundamento de reparación la demora en la entrega de terreno para la ejecución de la obra; ilícito que trasgrede la norma, tanto por garantía de presentada para los adelantos directos como para materiales; así como el fiel cumplimiento del contrato; garantías que se mantienen vigentes innecesariamente, obligándonos a renovarlas, con lo cual el pago que esto genera disminuiría su utilidad proyectada, perjudicándose al no poder contar con mayores recursos para incorporar tecnología y potenciar la maquinaria del consorcio. De la misma manera, menciona que el costo por renovación por carta fianza mensualmente resulta siendo significativo, estando pendiente aún pagos a instituciones financieras por este concepto.

El artículo 184º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente que se cumplan las siguientes condiciones; estando entre ellas, que la entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.

“Artículo 184.- Inicio del plazo de Ejecución de Obra

El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*
- 2. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
- 3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;*
- 4. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;*

5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187...”

Este precepto normativo también indica que estas condiciones deben ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. Caso contrario, el contratista tiene derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000):

“Artículo 184.- Inicio del plazo de Ejecución de Obra

(...) Las condiciones a que se refieren los literales precedentes, deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

Asimismo, si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los incisos precedentes por causas imputables a ésta, en los quince (15) días siguientes al vencimiento del plazo previsto anteriormente, el contratista tendrá derecho al resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10000). Vencido el plazo indicado, el contratista podrá además solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Entidad.”

En el presente caso, se aprecia la demora en la entrega del terreno por parte del BANCO DE LA NACIÓN; retraso que ha sido admitido por su representante

en el presente proceso arbitral. Sin embargo, CONSORCIO ALFA FAG no ha cumplido con acreditar fehacientemente el presunto perjuicio sufrido por esta demora.

Por lo cual, no será posible admitir la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra por un total de S/. 27,068.00 (VEINTISIETE MIL SESENTA Y OCHO CON 00/100 NUEVOS SOLES) más los intereses legales correspondientes.

8. ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO los mayores gastos generales generados por la demora en la recepción de la obra por un total de S/. 157,562.96 más los intereses legales correspondientes."***

CONSORCIO ALFA FAG reclama en su demanda el pago de mayores gastos generales generados en virtud a la demora en la recepción de la obra por parte del BANCO DE LA NACIÓN; los mismos que ascienden a S/. 157,562.96 (CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS CON 96/100 NUEVOS SOLES) más los intereses legales correspondientes.

Al respecto, el BANCO DE LA NACIÓN ha manifestado que lo que pretende el demandante es el pago de la renovación de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo. No obstante, señala la Entidad, la obligación del contratista de mantener la vigencia de ejecución del contrato hasta el consentimiento de la liquidación final se encuentra plasmada en los artículos 158°, 164° y otros pertinentes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En relación a este asunto, es necesario indicar que el artículo 210º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece el procedimiento de recepción de obra y plazos; que se inicia con la anotación de la culminación de la misma en el cuaderno de obra, siendo además que el inspector o supervisor ratificará o no esta información a la Entidad.

Así también, manifiesta que en caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad deberá designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la comunicación del inspector o supervisor:

“Artículo 210.- Recepción de la Obra y plazos

1. En la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de la misma. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la Entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

En caso que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la Entidad procederá a designar un comité de recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la Entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista."

En el decurso de este razonamiento, se ha establecido que la obra no ha sido culminada en su totalidad; y a pesar que el contratista CONSORCIO ALFA FAG ha cumplido con consignar la Anotación N° 129 de fecha 18 de mayo del 2012 en el Cuaderno de Obra, ello no es procedente toda vez que no es congruente con la realidad.

En tal sentido, no es posible establecer el inicio del procedimiento de recepción de la obra, porque la misma no ha sido culminada; condición necesaria para tal efecto. Por tanto, si la obra no ha sido culminada, tampoco será posible designar comité alguno y menos aún establecerse una recepción de la obra propiamente dicha.

Por todo lo anterior, la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG respecto al reclamo del pago de mayores gastos generales generados en virtud a la demora en la recepción de la obra por parte del BANCO DE LA NACIÓN por S/. 157,562.96 (CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS CON 96/100 NUEVOS SOLES) más los intereses legales correspondientes, no podrá ser amparada.

9. ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO emitir la constancia de cumplimiento de la prestación por parte del CONSORCIO."***

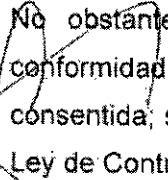


El artículo 178° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prevé que una vez otorgada la conformidad de la prestación, será el órgano de administrativo o quien haga sus veces el que deba otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia donde se precise como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista:

"Artículo 178.- Constancia de prestación

Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.

Sólo se podrá diferir la entrega de la constancia en los casos en que hubieran penalidades, hasta que éstas sean canceladas."

 No obstante lo anterior, para el caso específico de obras públicas, la conformidad de la prestación estará conformada por la liquidación de obra consentida, según se aprecia de los artículos 211° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que se transcriben a continuación:

"Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la

liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver."

"Artículo 212.- Efectos de la liquidación

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso."

En el razonamiento del colegiado arbitral plasmado en el presente laudo, a partir de la constatación notarial y el video contenido en el DVD alcanzado demuestran que la obra no ha sido culminada; como lo ha afirmado el contratista CONSORCIO ALFA FAG. Por el contrario, al día 22 de noviembre del 2012 –aproximadamente dos (2) meses después de la fecha de culminación de la obra–, se aprecia que ha existido partidas que no han sido ejecutadas; hecho que demuestra que la obra no ha sido concluida.

En tal sentido, tampoco puede iniciarse el procedimiento de recepción de obra, ni el de su liquidación. Con lo cual, la constancia solicitada no podrá ser emitida en ningún caso.

Por todo ello, debe declararse infundada la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al



BANCO emitir la constancia de cumplimiento de la prestación por parte del CONSORCIO; por los fundamentos expuestos.

10. "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la procedencia de la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento."

El artículo 156º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el contratista está obligado a presentar las garantías de fiel cumplimiento, por el monto diferencial de la propuesta y por adelantos:

"Artículo 156.- Clases de garantías

En aquellos casos y en las oportunidades previstas en el Reglamento, el postor o el contratista, según corresponda, está obligado a presentar las siguientes garantías:

- 1. Garantía de fiel cumplimiento.*
- 2. Garantía por el monto diferencial de la propuesta.*
- 3. Garantía por adelantos."*

Asimismo, el artículo 158º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que como requisito indispensable para suscribir el contrato, el adjudicatario debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo, por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la el consentimiento de la liquidación final a cargo del contratista, para el caso de ejecución de obras:

"Artículo 158.- Garantía de fiel cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma

equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato."

Por otro lado, el artículo 164° de este cuerpo normativo prescribe que las garantías se ejecutarán en su totalidad y a simple requerimiento de la Entidad, entre otros, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato:

"Artículo 164.- Ejecución de garantías

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

1. Cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será

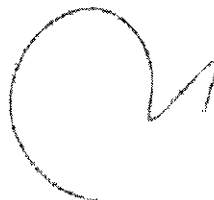
devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

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

3. Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista."

En el presente proceso arbitral, se ha determinado que la resolución unilateral del contrato por parte del BANCO DE LA NACIÓN responde al incumplimiento de las prestaciones contractuales por CONSORCIO ALFA FAG.

No obstante ello, no es posible determinar en este momento si el laudo con la declaración de validez de la resolución unilateral de contrato de obra quedará



consentido y ejecutoriado; siendo que ello corresponde a una etapa posterior de la ejecución del laudo arbitral.

Por tanto, no es posible que el Tribunal Arbitral ampare en este estado la pretensión de si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la procedencia de la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento; por los fundamentos expuestos.

- 11. "Determinar si corresponde que el Tribunal ordene al BANCO el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del CONSORCIO por la demora injustificada en la firma del contrato por un total de S/. 7,444.70 más los intereses legales correspondientes."**

En esta pretensión, se pretende que el BANCO DE LA NACIÓN cumpla con indemnizar a CONSORCIO ALFA FAG por un total de S/. 7,444.70 (SIETE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE CON 70/100 NUEVOS SOLES) más intereses; debido a los daños y perjuicios generados por la demora injustificada en la firma del contrato por parte de la entidad.

Al respecto, el artículo 148° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que, si el postor adjudicatario ha cumplido con presentar la documentación requerida en los artículos 141° y 183° de esta norma reglamentaria, y la Entidad no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1, el postor ganador de la Buena Pro podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. Si habiéndose vencido el plazo la Entidad no suscribió el contrato, el contratista tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes;

"Artículo 148.- Plazos y procedimiento para suscribir el Contrato

Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

1. Dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna, el postor ganador deberá presentar a la Entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases. Asimismo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación, deberá concurrir ante la Entidad para suscribir el contrato.
2. En los casos que el contrato se perfeccione mediante orden de compra o de servicios, el postor deberá presentar la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna. Asimismo, la Entidad deberá notificarle la orden de compra o de servicios en un plazo no mayor de cuatro (4) días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación.
3. Cuando el postor ganador no presente la documentación y/o no concurra a suscribir el contrato, según corresponda, en los plazos antes indicados, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones citará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación a fin que presente la documentación para la suscripción del contrato en el plazo previsto en el numeral 1, y posteriormente, concurra a suscribir el contrato en el plazo previsto en dicho numeral. En el caso que el contrato se perfeccione con la notificación de la orden de compra o de servicios, la Entidad

citará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación a fin que presente la documentación para la suscripción del contrato en el plazo previsto en el numeral 2, debiendo notificarle dicha orden en el plazo previsto en el mismo numeral. Si este postor no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.

4. Cuando la Entidad no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1, el postor ganador de la Buena Pro podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. Vencido el plazo otorgado, sin que la Entidad haya suscrito el contrato, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro.

5. Cuando la Entidad no cumpla con notificar la orden de compra o de servicios al contratista en el plazo establecido en el numeral 2, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido dicho plazo, el contratista podrá requerirla para que cumpla con efectuar la notificación en el plazo de tres (3) días hábiles; vencido este plazo, el contratista podrá solicitar a la Entidad que deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro."

En tal sentido, el CONSORCIO ALFA FAG tuvo oportunidad de requerir al BANCO DE LA NACIÓN respecto de la demora en la suscripción del contrato a través del mecanismo antes señalado. Sin embargo, no lo ha acreditado en el presente proceso.



Por tanto, no se aprecia que el contratista CONSORCIO ALFA FAG haya estado contrario a esta actuación, menos demostrado el perjuicio causado por esta supuesta actuación irregular de la entidad.

Por todo lo anterior, no es posible amparar la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG respecto a la determinación de que el Tribunal ordene al BANCO el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del CONSORCIO por la demora injustificada en la firma del contrato por un total de S/. 7,444.70 más los intereses legales correspondientes.

- 12. "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO cancelar a favor del CONSORCIO una indemnización por lucro cesante por la demora del pago de la última valorización y la no devolución de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo por un total de S/. 157,641.08 más los intereses legales correspondientes."**

El contratista ha manifestado en el proceso que debido a la demora en el pago de la última valorización y no devolución de las garantías ofrecidas para la suscripción del contrato; se habría generado un perjuicio por una suma ascendente a S/. 157,641.08 (CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN CON 08/100 NUEVOS SOLES).

Se ha concluido en el presente que la última valorización no cuenta con los requisitos establecidos de una valorización válida; toda vez que la supervisión de obra se ha pronunciado por la inconformidad de la misma, tal como ha hecho de conocimiento el BANCO DE LA NACIÓN al contratista CONSORCIO ALFA FAG. De la misma manera, se aprecia que esta última valorización ha sido suscrita por el Ing. ELOY MARTINEZ ORMEÑO, quien al momento de la presentación de la valorización no era representante o residente del

CONSORCIO ALFA FAG. En todo caso, la misma debió haber sido suscrita por el Arq. LUIS CORDOVA FACUNDO, residente de obra en ese momento. En tal sentido, no es posible imputar la demora manifiesta en el pago de la última valorización al BANCO DE LA NACIÓN.

Ahora bien, el artículo 158° del Reglamento invocado anteriormente dispone que la garantía de fiel cumplimiento deberá tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.

Por otro lado, la garantía por adelantos sólo es exigible hasta la amortización total del adelanto otorgado, según el artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 162.- Garantía por adelantos

La Entidad sólo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso.

Quando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado.

Tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la Entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo."

Con lo cual, la obligación del contratista de mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento resulta necesaria hasta el consentimiento de la liquidación final. Por otro lado, no queda claro –y no ha sido demostrado fehacientemente por el contratista– que se haya amortizado totalmente el adelanto otorgado; más aún cuando quedan pendientes valorizaciones por cobrar que habrían sido rechazadas por la entidad debido a sus irregularidades.

Por estos fundamentos, no puede ampararse la prestación de ordenar al BANCO cancelar a favor del CONSORCIO una indemnización por lucro cesante por la demora del pago de la última valorización y la no devolución de las cartas fianza de fiel cumplimiento y adelanto directo por un total de S/. 157,641.08 más los intereses legales correspondientes.

13. ***“Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el CONSORCIO ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b) del artículo 4 de la LCE, así como a los de conducta procedimental referido en el numeral 1.8 del artículo IV de la LPAG y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del CC para la etapa de ejecución contractual.”***

Sobre el particular, el BANCO DE LA NACIÓN ha señalado que el CONSORCIO ALFA FAG ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b) del artículo 4 de la LCE, así como a los de conducta procedimental referido en el numeral 1.8 del artículo IV y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del Código Civil para la etapa de ejecución contractual.

A mayor abundamiento, la entidad ha manifestado que el contratista ha faltado a la verdad al señalar que ha culminado la obra; porque los hechos demuestran de manera categórica que aquella se encuentra inconclusa, evidenciando el consecuente incumplimiento y su derecho en aplicar las penalidades que correspondan.

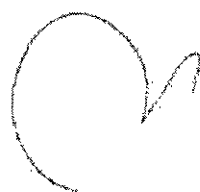
El artículo 4º de la Ley de Contrataciones del Estado señala que los procesos de contratación regulados por esa norma se rigen, entre otros, por el Principio de Moralidad; a través del cual todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades están sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad:

"Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...) b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad..."

Cabe señalar que el proceso de contratación abarca desde los actos preparatorios, el proceso de selección donde se otorga la buena pro, incluyendo también la ejecución propiamente del contrato. Por tanto, corresponderá pronunciarse respecto de las controversias surgidas en el contrato; de conformidad con el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, que dispone que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez



del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente:

"Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad..."

Se aprecia de lo anteriormente indicado que, la constatación notarial y el video contenido en el DVD alcanzado demuestran que la obra no ha sido culminada; como lo ha afirmado el contratista CONSORCIO ALFA FAG. Por el contrario, al día 22 de noviembre del 2012 –aproximadamente dos (2) meses después de la fecha de culminación de la obra–, existen partidas y actividades que no han sido ejecutadas; hecho que demuestra que la obra no ha sido concluida.

Cabe señalar que estos medios probatorios no han sido tachados o cuestionados en modo alguno por las partes. Adicionalmente, debe indicarse que las constataciones notariales constituyen documentos extra-protocolares; y



por tanto, dan fe de la realización del acto, hecho o circunstancia, así como de la identidad de las personas u objetos, confiriéndoles fecha cierta, según el artículo 97º del Decreto Legislativo N° 1049 del Notariado.

Con lo cual, se había deducido que a pesar de haber inscrito el Asiento N° 129 del 18 de setiembre del 2012 (DE LA RESIDENCIA) en el Cuaderno de Obra, la obra "Remodelación de la Agencia Huánuco – Departamento de Huánuco" no ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del CONSORCIO. Por el contrario, la obra no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación.

En ese sentido, se ha demostrado que la verdad material mencionada por el BANCO DE LA NACIÓN (*"Constatación Física de Inmueble e Inventario de Materiales"* de fecha 22 de noviembre del 2012) supera la formalidad invocada por el CONSORCIO ALFA FAG (*Anotación N° 129 del 18 de mayo del 2012*).

Por tanto, con las afirmaciones señaladas en su demanda y durante todo el proceso, CONSORCIO ALFA FAG no ha respectado la regla de veracidad contenida en el Principio de Moralidad.

En relación a la trasgresión a la conducta procedimental, se ha invocado el numeral 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General; que se transcribe a continuación:

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:



(...) 1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal..."

Sobre el particular, este precepto legal no será aplicable a la ejecución contractual; toda vez que, si bien se trata de una relación entre una entidad del Estado y un particular, la ejecución de la obra no está enmarcada en una relación jurídica de procedimiento administrativo, sino en una relación contractual de prestaciones recíprocas.

Sin perjuicio de ello, con la presentación de afirmaciones contrarias a la realidad, así como de la utilización de las mismas para obtener un beneficio de manera irregular (finalización de la obra y pago de la valorización pendiente); se advierten indicios de trasgresión del principio de buena fe contenido en el artículo 1362 del Código Civil, por parte de CONSORCIO ALFA FAG.

En tal sentido, corresponde amparar en parte la solicitud del BANCO DE LA NACIÓN que solicita se declare que el CONSORCIO ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b) del artículo 4 de la LCE, y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del CC para la etapa de ejecución contractual.

Por todo este sustento, deberá declararse fundada en parte la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN por la cual solicita al Tribunal Arbitral que declare que el CONSORCIO ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b)



del artículo 4 de la LCE, así como a los de conducta procedimental referido en el numeral 1.8 del artículo IV de la LPAG y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del CC para la etapa de ejecución contractual.

14. ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO la entrega de la obra ejecutada al cien por ciento (100%) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación, y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario, atendiendo a que los días 15, 16, 17 y 18 de setiembre de 2012 serían los días restantes para el cumplimiento del plazo formal de la obra, sin retrasos."***

Sobre esta pretensión, el BANCO DE LA NACIÓN solicitó que, en caso se desestime la validez de la resolución unilateral del Contrato N° 2394-2011-DA, solicitó al Tribunal Arbitral ordenar al CONSORCIO la entrega de la obra ejecutada al cien por ciento (100%) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación, y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario, atendiendo a que los días 15, 16, 17 y 18 de setiembre de 2012 serían los días restantes para el cumplimiento del plazo formal de la obra, sin retrasos.

Según se aprecia en sus escritos del 10 y del 22 de abril del 2013, esta pretensión ha sido condicionada a desestimar que la resolución unilateral del contrato no sea considerada válida por el Tribunal Arbitral.

Sin embargo, como se puede apreciar en el texto del presente laudo, se ha demostrado el incumplimiento reiterado de las obligaciones contractuales por parte de CONSORCIO ALFA FAG; declarándose la validez de la resolución del contrato.



Por tanto, se puede apreciar la naturaleza subordinada de esta pretensión. Por lo cual, carece de sentido pronunciarse en relación a ordenar la culminación de la obra cuando la relación contractual la sido disuelta por una de las partes.

15. "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la aplicación de una penalidad al CONSORCIO, conforme al artículo 194 del RELCE por impedir al supervisor el acceso al cuaderno de obra."

El BANCO DE LA NACIÓN ha solicitado también que el Tribunal Arbitral declare procedente la aplicación de una penalidad al CONSORCIO, conforme al artículo 194° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; por impedir al supervisor el acceso al cuaderno de obra.

Para ello, adjuntó la constatación policial efectuada el 09 de octubre del 2012 donde se recibió la manifestación del Ing. LUIS CÓRDOVA manifestó el cuaderno de obra fue entregado al señor Jorge Cosi Salinas a fin de ser llevado a la ciudad de Lima; dejando constancia que el cuaderno de obra no se halla en obra desde el 15 de setiembre del 2012.

En contraparte, CONSORCIO ALFA FAG ha presentado una constatación policial de fecha similar, donde se da cuenta que el Cuaderno de Obra estaba en la obra. Adicionalmente, informó al Tribunal Arbitral que la declaración había sido tomada de una persona que no era parte esencial del cuerpo de la empresa encargado de la ejecución de la obra.

De ahí que, al tratarse de dos (2) documentos de igual naturaleza que se contradicen entre sí, no queda claro si ha existido un impedimento al supervisor el acceso al cuaderno de obra. Asimismo, no existen otros medios probatorios que coadyuven a la dilucidación de estos hechos. Por tanto, no hay certeza

respecto de los hechos formulados por el Banco ni por el contratista; sobre este aspecto.

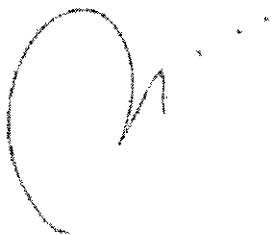
Aunado a ello, también se ha determinado que la Policía Nacional del Perú no tiene como una de sus funciones brindar fe pública, según el ordenamiento que la rige. Más bien, esta facultad es propia —exclusiva y excluyente— del Notario Público. Con lo cual, su contenido no es fehaciente, sino referencial.

Por tanto, no es posible amparar la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN sobre si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la aplicación de una penalidad al CONSORCIO, conforme al artículo 194 del RELCE por impedir al supervisor el acceso al cuaderno de obra; por los fundamentos expuestos.

16. "En caso se ampare el sexto punto controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el CONSORCIO debe ser penalizado por el retraso injustificado en la culminación de la obra, conforme a la LCE y RELCE, y determine el monto de la penalidad que le corresponde abonar a favor del BANCO."

En su escrito de contestación de demanda, el BANCO DE LA NACIÓN había solicitado la aplicación de la penalidad a CONSORCIO ALFA FAG por el retraso injustificado en la culminación de la obra conforme a la normativa de contratación pública.

Se ha determinado en el texto del presente laudo, que se advierte el incumplimiento reiterado de las obligaciones contractuales por parte de CONSORCIO ALFA FAG; declarándose la validez de la resolución del contrato. No obstante ello, es pertinente dilucidar si corresponde a este colegiado la



determinación y aplicación de penalidad entre las partes que suscribieron en contrato.

Sobre la aplicación de penalidades, el artículo 48º de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el contrato es el documento donde se debe establecer las penalidades al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones; de acuerdo a lo establecido en su Reglamento:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

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

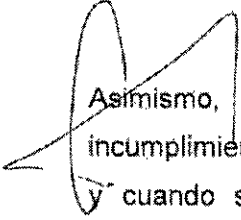
El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento."

Por su parte, el legislador consignó en el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad deberá aplicar al contratista una penalidad por cada día de atraso

"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió

ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta..."



Asimismo, el Reglamento admite que además de la penalidad por incumplimiento, se pueden establecer en el contrato otras penalidades siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria; las mismas que se calculan de manera independiente a la penalidad por mora; tal como se ha prescrito en el artículo 166° de dicho cuerpo normativo:

"Artículo 166.- Otras penalidades

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

A mayor abundamiento, el artículo 209° del Reglamento hace mención al supuesto de resolución del contrato de obras; donde se pone de manifiesto que en caso la resolución del vínculo contractual sea por incumplimiento del contratista, las penalidades deberán ser consignadas en la liquidación:



"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64 del Reglamento, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del Reglamento.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal."

En este estado, se aprecia del texto de estos artículos, que la determinación y aplicación de penalidades constituye una atribución de las partes que suscriben y ejecutan el contrato. Por tanto, esta facultad no es de competencia del fuero arbitral.

No obstante lo señalado anteriormente, esta delimitación de facultades y actuaciones ello no enerva la competencia del tribunal arbitral para revisar la aplicación y determinación de las penalidades; la misma que está enmarcada en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado.



En virtud de lo cual, no es posible amparar la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN "referida a que el Tribunal Arbitral declare que el CONSORCIO ALFA FAG debe ser penalizado por el retraso injustificado en la culminación de la obra; por los fundamentos expuestos.

- 17. "Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene al CONSORCIO al pago de los sobrecostos de la supervisión de la obra, hasta la última anotación realizada por aquella conforme al detalle registrado en el cuaderno de obra y, en concordancia con el artículo 192 del RELCE, monto que sería liquidado en ejecución de laudo."**

El BANCO DE LA NACIÓN ha requerido en su reconvención, que el Tribunal Arbitral que dirige el presente proceso condene al CONSORCIO ALFA FAG el pago de sobrecostos de la supervisión de la obra, hasta la última anotación realizada conforme al detalle registrado en el cuaderno de obra.

Como en el caso anterior, se advierte el incumplimiento reiterado de las obligaciones contractuales por parte de CONSORCIO ALFA FAG; declarándose la validez de la resolución del contrato. No obstante ello, es pertinente dilucidar si corresponde a este colegiado la determinación y condena de los sobrecostos generados por la supervisión de la obra.

El artículo 192° del Reglamento decreta que en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente; el contratista deberá asumir el pago equivalente a la consecuente extensión de servicios de inspección o supervisión que genera. Este costo deberá ser asumido por la Entidad, siendo que se dé durante la ejecución de la obra; como cumplimos con transcribir a continuación:



"Artículo 192.- Obligaciones del contratista de obra en caso de atraso en la finalización de la obra

En caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista de la ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados, lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo será asumido por la Entidad."

Se aprecia en el caso concreto que ha existido un retraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de CONSORCIO ALFA FAG, hecho que tuvo como consecuencia la resolución unilateral del contrato de ejecución de obra por parte del BANCO DE LA NACIÓN.

No obstante ello, es la misma normativa la que señala que en caso surja un sobrecosto por la extensión del servicio de supervisión o inspección de la obra; este deberá ser asumido por la entidad durante la ejecución de la obra. Por tanto, este sobrecosto deberá ser asumido inicialmente por parte del BANCO DE LA NACIÓN; siendo facultativa la opción de la solicitud de reembolso en un monto posterior de la liquidación de la obra.

Con lo cual, el Tribunal Arbitral no tiene competencia alguna para pronunciarse respecto de la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN referida a la solicitud de condena de pago de sobrecostos generados por la extensión del servicio de supervisión de la obra; por los fundamentos expuestos.

18. ***"Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene al CONSORCIO al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO, así como los gastos notariales, de inventario y otros."***

El BANCO DE LA NACIÓN ha solicitado en esta instancia arbitral condenar a CONSORCIO ALFA FAG al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO, así como los gastos notariales, de inventario y otros; por un monto ascendente a S/. 2,025.00 (DOS MIL VEINTICINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES).

Al respecto, el artículo 209º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado menciona que los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral:

"Artículo 209.- Resolución del Contrato de Obras

La resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de la misma, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible.

La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal, debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en



presencia del Notario o Juez de Paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la Entidad disponer el reinicio de la obra según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211.

En caso que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165.

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las formulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

En caso que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley, la Entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de

prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal."

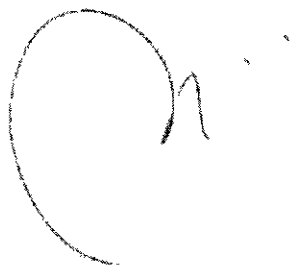
No obstante lo señalado, es pertinente recordar que ante la resolución unilateral del contrato por causas imputables al contratista, la entidad debe ejecutar la garantía por el fiel cumplimiento del contrato afectando de esta manera al patrimonio del ejecutante.

Por ello, y especialmente en el caso concreto donde incluso se ha solicitado la procedencia de la ejecución de las garantías presentadas para la suscripción del contrato, requerir al contratista el pago de los gastos incurridos con motivo de la resolución del contrato constituiría una afectación exagerada en desmedro de su patrimonio.

Siendo así, no corresponde que el Tribunal Arbitral condene al CONSORCIO al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO, así como los gastos notariales, de inventario y otros; por los fundamentos expuestos.

19. Sobre los costos del proceso

El artículo 70° DLA dispone que será el Tribunal Arbitral quien fijará en el laudo los costos de arbitraje; comprendiendo esta categoría los gastos razonables incurridos por las partes en su defensa en el arbitraje; entre otros:



"Artículo 70.- Costos.

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

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

Por otro lado, y como se mencionara líneas arriba, el artículo 73° DLA prescribe que será el Tribunal Arbitral el que impute o distribuya los costos del arbitraje; debiendo ordenarse ello en la decisión que ordene la terminación de las actuaciones o laudo:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

- 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*
- 2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.*

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable."

Se prevé entonces que el Tribunal Arbitral que conduce el presente proceso tiene competencia para pronunciarse respecto de la distribución de costos originados en el desarrollo del arbitraje; debiendo considerar para ello el acuerdo de las partes al respecto, o en su defecto, los criterios del artículo 73º DLA.

Asimismo, puede advertirse de los documentos y medios probatorios que conforman el presente proceso que no existe acuerdo alguno donde las partes hayan establecido la distribución de costos derivados del arbitraje.

De la revisión y resolución de esta causa, se puede apreciar del contenido de la demanda y su contestación, así como de la reconvención y su contestación, así como de los demás escritos presentados por ambas partes; que las materias y numerosas pretensiones contenidas que han sido conocidas revisten un cariz de complejidad que ha influido de alguna manera en la extensión del proceso.

Con lo cual, se debe determinar que los honorarios arbitrales del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral deben ser asumidos en igualdad por ambas partes; tal y como han sido oportunamente cancelados.

En ejercicio de las competencias y facultades establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, el Decreto Legislativo que regula el Arbitraje; y demás normas modificatorias y complementarias; el Árbitro Único, en DERECHO;



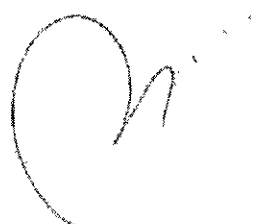
SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra ha sido debidamente ejecutada y culminada dentro del plazo contractual por parte del CONSORCIO; por los fundamentos expuestos. En contraparte, **declarar FUNDADA** la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la obra no ha sido concluida conforme a lo establecido en los planos y demás documentación técnica obrante en el expediente de contratación; por los fundamentos expuestos.

Artículo Segundo.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG respecto a si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que no es procedente que el BANCO aplique penalidad alguna en contra del CONSORCIO; por los fundamentos expuestos.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a la solicitud de declaración que el atraso configurado en la obra no es imputable a su representada; por los fundamentos expuestos.

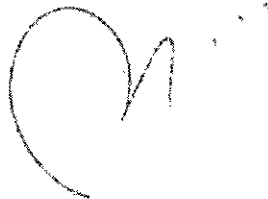
Artículo Cuarto.- Declarar INFUNDADA la pretensión formulada por CONSORCIO ALFA FAG referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad o ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el BANCO mediante Carta EF/92.262 No. 110/2012; por los fundamentos expuestos.



Artículo Quinto.- Declarar FUNDADA la pretensión formulada por el BANCO DE LA NACIÓN referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la resolución del contrato Carta EF/92.262 N°. 110/2012 por causa imputable al CONSORCIO conforme al artículo 168 del RELCE; por los fundamentos expuestos. De la misma manera, **Declarar FUNDADA** la pretensión formulada por el BANCO DE LA NACIÓN referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del contrato efectuada a través de la Carta EF/92.262 N°. 110/2012; por los fundamentos expuestos.

Artículo Sexto.- Declarar INFUNDADA la pretensión formulada por CONSORCIO ALFA FAG referida a la declaración de nulidad del acto de constatación física e inventario de la obra realizada el 22 de noviembre del 2012; por los fundamentos expuestos. De la misma manera, **declarar FUNDADA** la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN respecto a declarar la validez de la constatación física e inventario realizado el 22 de noviembre del 2012 con presencia de notario público y del representante de la institución; por los fundamentos expuestos.

Artículo Séptimo.- Declarar INFUNDADA la pretensión formulada por CONSORCIO ALFA FAG respecto a si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO la última valorización presentada por este por un total de S/. 245,123.28 más el interés legal correspondiente (calculado al 7 de marzo de 2014 en un total de S/. 8,161.23); por los fundamentos expuestos.



Artículo Octavo.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO pagar a favor del CONSORCIO una indemnización por la demora en la entrega del terreno de obra por un total de S/. 27,068.00 (VEINTISIETE MIL SESENTA Y OCHO CON 00/100 NUEVOS SOLES) más los intereses legales correspondientes; por los fundamentos expuestos.

Artículo Noveno.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG respecto al reclamo del pago de mayores gastos generales generados en virtud a la demora en la recepción de la obra por parte del BANCO DE LA NACIÓN por S/. 157,562.96 (CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS CON 96/100 NUEVOS SOLES) más los intereses legales correspondientes; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG referida a determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al BANCO emitir la constancia de cumplimiento de la prestación por parte del CONSORCIO; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Primero.- Declarar INFUNDADA la pretensión de si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la procedencia de la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Segundo.- Declarar INFUNDADA la pretensión de CONSORCIO ALFA FAG respecto a la determinación de que el Tribunal ordene al BANCO el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor del CONSORCIO por la demora injustificada en la firma del contrato por un

total de S/. 7,444.70 más los intereses legales correspondientes; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Tercero.- Declarar FUNDADA EN PARTE la solicitud del BANCO DE LA NACIÓN que solicita se declare que el CONSORCIO ALFA FAG ha faltado al principio de moralidad establecido en el literal b) del artículo 4 de la LCE y al de buena fe contractual establecido en el artículo 1362 del CC para la etapa de ejecución contractual; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Cuarto.- DECLARAR QUE CARERE DE SENTIDO pronunciarse respecto a la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN sobre si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al CONSORCIO la entrega de la obra ejecutada al cien por ciento (100%) conforme a los planos obrantes en el expediente de contratación, y dentro del plazo de cuatro (4) días calendario, atendiendo a que los días 15, 16, 17 y 18 de setiembre de 2012 serían los días restantes para el cumplimiento del plazo formal de la obra, sin retrasos; por los fundamentos expuestos.

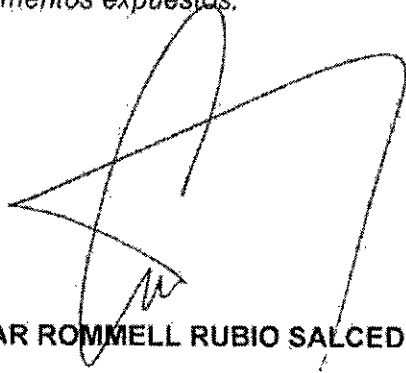
Artículo Décimo Quinto.- DECLARAR INFUNDADA la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN sobre si corresponde que el Tribunal Arbitral declare procedente la aplicación de una penalidad al CONSORCIO, conforme al artículo 194 del RELCE por impedir al supervisor el acceso al cuaderno de obra; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Sexto.- DECLARAR que el Tribunal Arbitral no tiene competencia alguna para pronunciarse respecto de la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN referida a la solicitud de condena de pago de sobrecostos

generados por la extensión del servicio de supervisión de la obra; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Séptimo.- Declarar INFUNDADA la pretensión del BANCO DE LA NACIÓN por la cual solicitó al Tribunal Arbitral condene al CONSORCIO al pago de los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del CONTRATO, así como los gastos notariales, de inventario y otros; por los fundamentos expuestos.

Artículo Décimo Octavo: DETERMINAR que los honorarios arbitrales del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral deben ser asumidos en igualdad por ambas partes; tal y como han sido oportunamente cancelados; por los fundamentos expuestos.



CÉSAR ROMMELL RUBIO SALCEDO
Árbitro



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Ad-Hoc

Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

INTERPRETACIÓN DE LAUDO DE DERECHO
CONSORCIO ALFA FAG - BANCO DE LA NACIÓN

RESOLUCIÓN N° 50

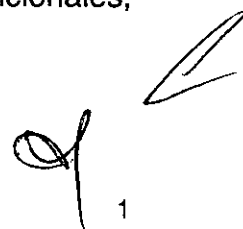
Lima, 29 de setiembre de 2015

VISTOS:

- i) El escrito "Solicita interpretación para aclarar laudo" presentado el 21 de agosto de 2015 por el Banco de la Nación (en adelante, BANCO);

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 7 de agosto de 2015 se expidió el Laudo de Derecho (en adelante, LAUDO), el cual se notificó a las partes, como consta en los cargos que obran en el expediente.
2. Con fecha 21 de agosto de 2015, el BANCO ha solicitado interpretación del LAUDO.
3. Mediante Resolución No. 48 de fecha 24 de agosto de 2015, se corrió traslado al Consorcio Alfa Fag (en adelante, CONSORCIO) para que se pronuncie, dentro del plazo de diez (10) días hábiles. También en esta Resolución, el Tribunal Arbitral amplió el plazo para resolver esta solicitud en diez (10) días hábiles adicionales, conforme lo autoriza el artículo 59 del Reglamento de Arbitraje aplicable.


1

Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda


4. El CONSORCIO no ha absuelto en término oportuno el traslado.
5. Mediante Resolución No. 49 de fecha 16 de setiembre de 2015, el Tribunal Arbitral dispuso resolver la solicitud del BANCO dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta resolución, sin perjuicio de su facultad de prorrogar este plazo por quince (15) días adicionales.
6. En consecuencia, este Colegiado procede a resolver estos actuados dentro del plazo reglamentario correspondiente.

II. MARCO CONCEPTUAL:

7. Antes de iniciar el análisis de las solicitudes promovidas por el BANCO, resulta pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que se aplicará al analizar estas solicitudes y que, por tanto, sustenta la presente resolución.
8. Fundamentalmente, este marco conceptual se centrará en analizar en qué consiste el pedido de interpretación, concepto que será utilizado por el Tribunal Arbitral al evaluar aquello que ha solicitado una de las partes.

II.1 INTERPRETACIÓN:

9. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 58(1)(b) del Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante, "LA") y en el artículo 59(b) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el "REGLAMENTO"), corresponde a los árbitros interpretar cuando exista "**algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución**". (El subrayado y las negritas son nuestras)



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

10. Como puede apreciarse, la interpretación tiene por objeto solicitar al árbitro o al tribunal arbitral que aclare: (i) aquellos extremos de la parte resolutive de sus resoluciones que resulten oscuros o que aparezcan dudosos; o (ii) aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutive (aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes del arbitraje).

11. En otras palabras, lo único que procede interpretar es la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo como excepción la parte considerativa, en cuanto esta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutive.

12. De la misma manera, la doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar su laudo. Así, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

“El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la “interpretación” requerida”¹. (El énfasis es nuestro).

13. De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan señalan:

¹ Traducción libre del siguiente texto: “The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party’s application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested ‘interpretation’”. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, “International Chamber of Commerce Arbitration”, ob. cit., 3era. Ed., 408.



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

“Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra “interpretación” por “aclaración” o “explicación”. Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término “interpretación”. La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término “interpretación” tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo”². (El énfasis es nuestro).

14. En la misma línea, Monroy señala que:

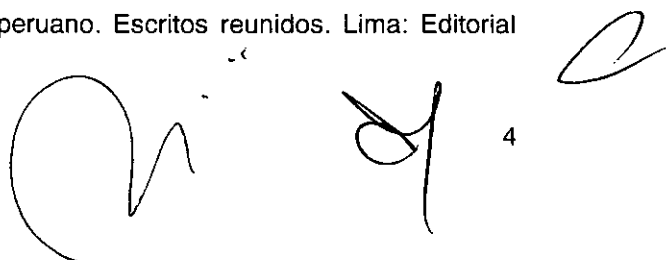
“(...) otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración no aparecía esencialmente”³. (El énfasis es nuestro)

15. Siendo ello así, a través de una solicitud de interpretación no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación.

16. Atendiendo a lo anterior, cualquier solicitud de “interpretación” referida a los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del Laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido -

² Traducción libre del siguiente texto: “During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word ‘interpretation’ with ‘clarification’ or ‘explanation’. However in the final version of the Rules ‘interpretation’ was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term ‘interpretation’ was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify ‘the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties’ but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award”. David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN. Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law. En: International Arbitration Law Review, Vol. 4, No. 4, 2001.p. 121.

³ MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima: Editorial Comunidad. 2003, p. 219.



4

Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria-, deberá de ser necesariamente declarada improcedente.

III. CONSIDERANDOS:

17. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Arbitral procederá a evaluar los pedidos formulados por el BANCO.

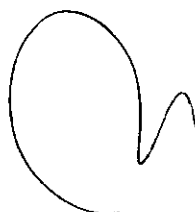
18. Antes de continuar, y como se verificará seguidamente, los pedidos del BANCO no buscan interpretar la parte resolutive del LAUDO (parte decisoria) ni la parte considerativa, en cuanto esta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutive.

III.1. Primer pedido de interpretación del LAUDO

19. El BANCO solicita que se interpreten los numerales 73-74 y 83-85 del LAUDO porque, en su opinión, no se habría “realizado análisis, ni fundamentación alguna respecto de ambas constataciones policiales” y que existiría una “motivación aparente” cuando se ha afirmado que “el Banco no ha podido probar su principal argumento acerca de que el Consorcio no habría culminado la obra”.

20. Como se aprecia, el BANCO lo que pretende es que el Tribunal Arbitral reconsidere su fallo y vuelva a evaluar la prueba aportada por las partes, lo que se encuentra vedado por el recurso de interpretación.

21. Además, como consta de los numerales 63 al 103 del punto IV de la parte considerativa del LAUDO, este Colegiado ha procedido analizar en conjunto los argumentos y pruebas aportadas por las partes para arribar a la convicción racional allí señalada.



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

22. En consecuencia, el hecho que el BANCO no esté de acuerdo con el fallo, no le da derecho a reconsiderar la decisión, bajo la presentación de un recurso inadecuado, por lo que estos pedidos son IMPROCEDENTES.

III.2. Segundo pedido de interpretación del LAUDO

23. El BANCO solicita se interpreten los numerales 104-106 del LAUDO, porque en su opinión existirían “evidentes inconsistencias”.

24. Como consta de los numerales 104-106 del punto V de la parte considerativa del LAUDO, no existe “inconsistencia” alguna. Simple y llanamente, si el Tribunal Arbitral en el punto IV de la parte considerativa del LAUDO ha arribado a la convicción racional de que el CONSORCIO culminó la obra a tiempo no se ha configurado atraso alguno. Es por ello, que esta línea de argumentación lógica se mantiene durante los puntos siguientes del LAUDO.

25. Este pedido deviene en IMPROCEDENTE.

III.3. Tercer pedido de interpretación del LAUDO

26. En este punto, El BANCO solicita se interprete el numeral 112 del LAUDO, porque afirma que, si bien “para el tribunal no existirían elementos suficientes para amparar esta pretensión, sin embargo, tampoco fundamenta la razón de esta conclusión”.

27. Sin embargo, como bien señala el Tribunal Arbitral en los numerales 110-113 del punto VII de la parte considerativa del LAUDO, conforme al análisis realizado por este Colegiado en el punto IV de la parte considerativa del LAUDO, a partir de la



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

prueba ofrecida y actuada por las partes no se ha podido arribar a la convicción racional de que efectivamente hubiera existido algún problema real con el cuaderno de obra, razón por la cual esta imputación que no ha sido debidamente probada por el BANCO y, por tanto, no ha sido amparada.

28. No existe pues nada que interpretar sobre este tema, siendo el pedido del BANCO IMPROCEDENTE porque, en el fondo, lo que busca con la presentación de un recurso de interpretación es que se resuelva una reconsideración a la decisión, situación impropia.

III.4. Cuarto pedido de interpretación del LAUDO

29. El BANCO solicita que se interpreten los numerales 114-116 del LAUDO porque, en su opinión, existiría “falta de motivación” porque si bien “se trata de dos actos vinculados, también es cierto que cada uno es independiente...”.

30. En el punto VIII de la parte considerativa del LAUDO se analiza si es que el acta de constatación física e inventario de obra realizado el 22 de noviembre de 2012 es nulo o no.

31. Como bien señala el Tribunal Arbitral en el LAUDO:

115. El Acta de Constatación Física e Inventario que es objeto de nulidad por parte del CONSORCIO y de validez por parte del BANCO, es el que fue realizado por el BANCO inmediatamente después de que el BANCO remitió al CONSORCIO la carta notarial mediante la cual pretendió resolver el CONTRATO.

116. Sin embargo, este Colegiado ya se ha pronunciado declarando ineficaz la resolución del CONTRATO practicada por el BANCO, razón por la cual,



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

ineficaz la resolución, el Acta que se levantó como consecuencia de esa decisión ineficaz es nula.

32. En consecuencia, declarada ineficaz la resolución del CONTRATO promovida por el BANCO y que dio origen al Acta en cuestión, esta última sigue la misma suerte, y así lo declaró este Colegiado.

33. La opinión del BANCO es eso, una opinión, pero no se ajusta al análisis y decisión arribados por este Colegiado.

34. En consecuencia, al ser una apreciación de fondo que no se ajusta a la naturaleza del recurso interpuesto, esta solicitud del BANCO es improcedente.

III.5. Quinto pedido de interpretación del LAUDO

35. El BANCO solicita que se interpreten los numerales 126-128 del LAUDO porque, en su opinión, "no existe una explicación detallada y motivada que permita establecer con certeza el monto".

36. El Tribunal Arbitral trata este tema en los numerales 123 al 128 del punto X de la considerativa del LAUDO, identificando la prueba aportada por el CONSORCIO en este arbitraje y, como corresponde a lo acreditado, se excluyen una serie de conceptos y se reducen –por falta de acreditación- otros, arribando al monto diminuto –frente a lo solicitado- que ha sido ordenado su pago.

37. En consecuencia, no cabe reconsiderar esta decisión, por lo que este pedido es IMPROCEDENTE.



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

III.6. Sexto pedido de interpretación del LAUDO

38. El BANCO solicita que el Tribunal Arbitral interprete el punto X de la parte considerativa del LAUDO porque, en su opinión, “no se aprecia una explicación o una fundamentación”.

39. Sobre este particular, este Tribunal Arbitral dijo:

144. Sobre este particular, **el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE** establece que los “**costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida**”. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

145. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y **considerando el resultado de este arbitraje**, corresponde disponer que el BANCO asuma el cien por ciento (100%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral. (Las negritas son nuestras)

40. Basta constatar la parte resolutive del LAUDO para verificar que la parte vencida ha sido el BANCO, por lo que “considerando el resultado de este arbitraje”, el Tribunal Arbitral conforme a sus facultades dispuestas por el artículo 73 de la Ley de Arbitraje la ha condenado al pago de parte de las costas de este arbitraje (ya que no la ha condenado al pago de los honorarios de los abogados de su contraria).

41. En consecuencia no existe nada que interpretar y este pedido es IMPROCEDENTE porque, en el fondo, se propone una reconsideración.



Tribunal Arbitral

Dr. Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)

Dr. César Rubio Salcedo

Dra. Natalia Canchanya Barreda

42. Por último, como los pedidos introducidos por el BANCO están referidos al texto del LAUDO firmado por dos de los tres árbitros, no interviene en esta decisión el doctor César Rubio Salcedo, aun cuando ha sido informado de todo lo actuado.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declárense IMPROCEDENTES las solicitudes de interpretación de LAUDO adelantadas por el BANCO DE LA NACIÓN.

SEGUNDO.- La presente resolución forma parte del Laudo, conforme a lo dispuesto en el artículo 58(2) de la Ley de Arbitraje.

TERCERO.- Dispóngase que el Secretario Arbitral cumpla con remitir la presente decisión a la OSCE, dentro del plazo de cinco (5) días de notificado.

Notifíquese a las partes



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Presidente del Tribunal Arbitral



NATALIA CANCHANYA BARREDA
Árbitro



MIGUEL SANTA CRUZ VITAL
Secretario Ad-Hoc