

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Consorcio Ica Constructores

En adelante el **DEMANDANTE**, el **CONTRATISTA** o el **CONSORCIO**.

Demandado:

Gobierno Regional de Ica

En adelante la **DEMANDADA**, la **ENTIDAD** o el **GOBIERNO**.

Tribunal Arbitral:

Juan Huamaní Chávez (Presidente del Tribunal Arbitral).

Luis Felipe Pardo Narváez.

Alejandro Acosta Alejos.

Secretario Arbitral:

Luis Enrique Guerrero Gallegos.

RESOLUCIÓN N° 37

Lima, 9 de febrero de 2016.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 12 de setiembre de 2011, se suscribió el Contrato N° 017-2011-GORE-ICA para la Construcción del Puente Vehicular Marccarencca Km. 32+000 Ruta I-C 10 EMP.PE.1S Río Grande Pallpa - Ica¹ derivada de la LP N° 001-2011-GORE-ICA para la Ejecución de la Obra denominada: "Construcción del Puente Vehicular Marccarencca Km. 32+000 Ruta I-C 10 EMP.PE.1S Río Grande Pallpa - Ica", entre el Consorcio Ica Constructores (El Contratista) y el Gobierno Regional de Ica (La Entidad).

2. La Cláusula Décimo Novena del Contrato, establece lo siguiente:

¹ Ver el Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

"CLAUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 190°, 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.

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

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Resolución de Contrato realizada por el Gobierno Regional de Ica, el Consorcio Ica Constructores procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Décimo Novena del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 3) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se dispuso que en virtud a lo establecido en el artículo 52° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, el presente arbitraje será Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso sería vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, teniendo el valor de cosa juzgada y ejecutado como una sentencia².

II. DESARROLLO DEL PROCESO

² Ver Clausula Décimo Novena del Contrato N° 017-2011-GORE-ICA, ubicado en el Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral:

1. Con fecha 24 de setiembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Juan Huamaní Chávez, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Luis Felipe Pardo Narváez, en calidad de árbitro designado por el Consorcio Ica Constructores, y el Dr. Alejandro Acosta Alejos, en calidad de árbitro designado por el Gobierno Regional de Ica; conjuntamente con el Dr. Antonio Corrales Gonzales, Director de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.
2. Asimismo, con fecha 29 de octubre de 2013, el Consorcio Ica Constructores presentó su escrito de demanda. La demanda fue admitida mediante Resolución N° 01 de fecha 04 de noviembre de 2013, corriéndose a su vez traslado al Gobierno Regional de Ica, para que cumpla con contestarla dentro de un plazo de veinte (20) días hábiles, conforme a lo establecido en el numeral 13) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
3. Con fecha 5 de diciembre de 2013, y dentro del plazo concedido para ello, el Gobierno Regional de Ica contestó la demanda arbitral y presentó reconvencción. Mediante Resolución N° 02 de fecha 07 de enero de 2014, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda y reconvencción presentada, corriéndose traslado del mismo al Consorcio Ica Constructores a fin de que ésta, en un plazo de veinte (20) días de notificado, absuelva dicho traslado y exprese lo conveniente a su derecho.
4. Mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2014, el Consorcio Ica Constructores contestó la reconvencción planteada por la Entidad. Mediante Resolución N° 05 de fecha 27 de marzo de 2014, el Tribunal Arbitral tuvo por presentado el escrito de contestación a la reconvencción, y otorgó al Consorcio Ica Constructores un plazo de cinco (5) días hábiles para que

cumpliese con subsanar las observaciones realizadas en el considerando cuarto de dicha resolución.

5. Con escrito de fecha 15 de abril de 2014, el Consorcio Ica Constructores cumplió con subsanar las observaciones realizadas en la Resolución N° 05. Posteriormente, mediante Resolución N° 06 de fecha 18 de abril de 2014, el Tribunal Arbitral tuvo por subsanadas las observaciones realizadas mediante Resolución N° 05, admitiendo a trámite el escrito de contestación a la reconvencción presentado por el Contratista con fecha 17 de marzo de 2014 y complementado mediante escrito de fecha 15 de abril de 2014.
6. Mediante Resolución N° 12 de fecha 07 de julio de 2014, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día miércoles 23 de julio de 2014.
7. Por motivos de fuerza mayor, el Tribunal Arbitral decidió suspender la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios mediante Resolución N° 14 de fecha 21 de julio de 2014, indicando a las partes que la reprogramación de la citada diligencia les será oportunamente comunicada, vía la emisión de la resolución correspondiente, a ser notificada por conducto regular.
8. Con fecha 04 de agosto de 2014, el Gobierno Regional de Ica interpuso recurso de reconsideración contra lo dispuesto en la citada Resolución N° 13, por los motivos expuestos en el referido escrito. A través de la Resolución N° 15 de fecha 05 de agosto de 2014, se tuvo por formulado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 13, en los términos expuestos y, se procedió a correr traslado de dicho recurso al Consorcio Ica Constructores para que, en un plazo de cinco (5) días hábiles, cumpliera con manifestar lo conveniente a su derecho, debiendo indicarse que al vencimiento de dicho término, con o sin pronunciamiento de dicha parte, este Colegiado resolvería dicho recurso de reconsideración.
9. Vencido el plazo para tales efectos, se dictó la Resolución N° 16 de fecha 29 de agosto de 2014, dejándose constancia que el Consorcio Ica Constructores no ejerció su derecho de absolver el traslado conferido mediante Resolución

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

Nº 15, sin perjuicio de ello, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Gobierno Regional de Ica contra lo dispuesto por el Tribunal Arbitral mediante Resolución Nº 13, por lo términos expuestos a lo largo de dicha resolución.

10. A través de la Resolución Nº 17 de fecha 03 de setiembre de 2014, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día martes 23 de setiembre de 2014 a horas 12:00 p.m., a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral.

11. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no siendo factible que se concretase un acuerdo conciliatorio entre ellas. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.

12. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de la parte demandante, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- **Derivadas de la Demanda presentada por el Consorcio Ica Constructores:**

- i) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia legal de la Carta Notarial S/N de fecha 31 de julio de 2013, a través de la cual la entidad comunica y resuelve el Contrato, por no estar debidamente motivada y no ajustarse a la realidad de los hechos.
- ii) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, en el supuesto en que se declare la validez de la resolución del Contrato, resuelva el Contrato por responsabilidad de la Entidad.

iii) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare nula el Acta de Constatación Física realizada por la Entidad el día 5 de agosto de 2013.

iv) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad pagar a favor del Contratista una indemnización ascendente a la suma de S/. 1'000,000.00, incluido IGV, por los daños y perjuicios ocasionados.

v) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la no ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 211300686-R7, por la suma de S/. 222,213.10, y la Carta Fianza de Adelanto Directo N° 211300719-R8, por la suma de S/. 130,556.17.

vi) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad pagar a favor del Contratista la suma de S/. 522,722.91 por concepto de mayores gastos generales generados con la aprobación de las ampliaciones de plazo aprobadas y consentidas, y por la cancelación de los gastos generales que incurrió durante el periodo de paralización de obra.

- Derivadas de la Reconvención presentada por el Gobierno Regional de Ica:

vii) Determinar si corresponde o no que el Consorcio Ica Constructores abone a favor del Gobierno Regional de Ica una indemnización ascendente a la suma de S/. 1'000,000.00, por los daños y perjuicios ocasionados.

- Pretensión en Común de las partes:

viii) Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

13. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

- **De la parte Demandante:**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Ica Constructores en su escrito de demanda presentado el 29 de octubre de 2013, incluidos en el acápite denominado: "III. ANEXOS" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del 1) al 24).

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Ica Constructores en su escrito presentado el 15 de abril de 2014, indicados en el punto "MEDIOS PROBATORIOS", e identificados con los numerales que van del 1) al 9).

- **De la parte Demandada:**

El Gobierno Regional de Ica no ha presentado medios probatorios documentales para sustentar su posición, ofreciendo únicamente los Anexos 1-A y 1-B, mediante los cuales se presentan la Resolución Regional de nombramiento del Procurador Público del Gobierno Regional de Ica y la copia de su DNI, respectivamente.

14. Cabe señalar que, en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo proceso arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

15. A través de Resolución N° 18 de fecha 29 de setiembre de 2014, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia Especial de Ilustración para el día martes 21 de octubre de 2014, en la sede del arbitraje, con la finalidad de que las partes cumplan con ilustrar al Tribunal Arbitral con cada una de las pretensiones materia de controversia.

16. Por motivos de fuerza mayor, este Colegiado reprogramó la Audiencia Especial de Ilustración mediante Resolución N° 19 de fecha 21 de octubre de

2014, reprogramándose tal diligencia para el día jueves 13 de noviembre de 2014, en la sede del arbitraje.

17. En la fecha y hora programada se llevó a cabo la Audiencia Especial de Ilustración únicamente con la asistencia de la parte demandada dejándose constancia de la inasistencia de su contraria, pese a encontrarse debidamente notificada. La parte asistente, cumplió con ilustrar al Tribunal Arbitral respecto de cada una de las materias controvertidas, realizando éste las preguntas pertinentes, las cuales fueron respondidas por la dicha parte.

18. Con fecha 10 de diciembre de 2014, el Gobierno Regional de Ica en estricto uso de sus facultades, solicita la acumulación de determinadas pretensiones, para lo cual presenta su Demanda Acumulada, con los medios probatorios que consideran conveniente para sustentar sus alegaciones. Frente a ello, mediante Resolución N° 20 de fecha 12 de diciembre de 2014, se admitió a trámite la misma, en los términos expuestos, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se indican y a los autos los anexos que se acompañan, con conocimiento de la contraparte; y, se procedió a correr traslado de la referida Acumulación al Consorcio Ica Constructores, a fin de que, en un plazo de veinte (20) días hábiles, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción, debiendo tener presente para ello las reglas establecidas en el Acta de Instalación, en cuanto al ofrecimiento de medios probatorios se refiere.

19. Dentro del plazo concedido para ello, el Consorcio Ica Constructores contestó la demanda acumulada. Mediante Resolución N° 22 de fecha 30 de enero de 2015, se admitió a trámite el escrito de contestación de demanda acumulada presentada por el Consorcio Ica Constructores con fecha 14 de enero de 2014, con los términos expuestos, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios que se indican y a los autos los anexos que se acompañan, con conocimiento de su contraparte.

20. Habiéndose agotado el trámite correspondiente a la acumulación de nuevas pretensiones, de conformidad con lo establecido en el numeral 18) del Acta de Instalación, se dispuso mediante Resolución N° 28 de fecha 30 de abril de 2015, citar a las partes a una nueva Audiencia de Conciliación, Fijación de

Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la cual se llevaría a cabo el día miércoles 20 de mayo de 2015, en la sede del arbitraje.

21. Por motivos de fuerza mayor, el Gobierno Regional de Ica mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2015, solicita la reprogramación de la nueva Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, pedido que fue aceptado por el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 29 de fecha 19 de mayo de 2015, reprogramándose tal diligencia para el día martes 02 de junio de 2015, en la sede del arbitraje.

22. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede de arbitraje, se llevó a cabo la nueva Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no siendo factible que se concretase un acuerdo conciliatorio entre ellas. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.

23. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de la parte demandante, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- **Derivadas de la Acumulación de Pretensiones presentada por el Gobierno Regional de Ica:**

ix) Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare consentida la Resolución General Regional de Infraestructura N° 0267-2013-ICA/GRINF de fecha 12 de noviembre de 2013 expedida por la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Ica, en cuanto aprueba la Liquidación de Contrato de la Obra materia de Litis.

x) Determinar si corresponde que el Consorcio Ica Constructores pague a favor del Gobierno Regional de Ica la suma de S/. 1'632,718.34, correspondiente al saldo de la liquidación del Contrato de Obra realizada mediante Resolución General Regional de Infraestructura N° 0267-2013-ICA/GRINF de fecha 12 de noviembre de 2013.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

24. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

- **De la parte Demandante:**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Ica Constructores en su escrito presentado el 14 de enero de 2015, incluidos en el acápite denominado: "III. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito e identificados con los numerales que van del 1) al 4).

- **De la parte Demandada:**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Gobierno Regional de Ica en su escrito presentado el 10 de diciembre de 2014, incluidos en el acápite denominado: "VI. MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito e identificados con los numerales 1) y 2).

25. Cabe señalar que, en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo proceso arbitral, este Tribunal Arbitral deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral.

26. Es importante resaltar que en dicha diligencia el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria otorgando a las partes un plazo de diez (10) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presentaran sus escritos de alegatos y conclusiones finales. Asimismo, citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales programada para el día miércoles 01 de julio de 2015, en la sede del arbitraje.

27. Con fecha 16 de junio de 2015, el Consorcio Ica Constructores y el Gobierno Regional de Ica presentaron sus alegatos escritos dentro del plazo establecido, además el Consorcio Ica Constructores ofreció nuevos medios probatorios a manera de exhibición cuya presentación solicitan sea requerida a su contraria; motivo por el cual, a través de Resolución N° 32 de fecha 26

de junio de 2015, se tuvo por presentado dicho escrito de alegatos y se corrió traslado al Gobierno Regional de Ica la exhibición ofrecida de los medios probatorios que indica el recurrente a fin de que, en un plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.

28. Mediante escrito de fecha 24 de junio de 2015, el Consorcio Ica Constructores solicita la suspensión de la audiencia de informes orales. Ante dicha solicitud el Tribunal Arbitral a través de la referida Resolución N° 32 suspendió la Audiencia de Informes Orales para una fecha posterior, la cual será comunicada a las partes oportunamente vía la emisión de la resolución correspondiente, a ser notificada por conducto regular a las partes.

29. Dentro del plazo establecido, el Gobierno Regional de Ica interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 32, solicitando que este Tribunal Arbitral deje sin efecto el pedido de exhibición solicitado por su contraparte; en consecuencia, mediante Resolución N° 33 de fecha 30 de julio de 2015, se dejó constancia que ambas partes habían cumplido con presentar sus alegaciones escritas y se declaró improcedente el recurso de reconsideración en cuanto al traslado del pedido de exhibición dispuesto mediante Resolución N° 32. Asimismo, se declaró improcedente el pedido de exhibición documentaria ofrecida por el Consorcio Ica Constructores en el Primer Otro Digo de su escrito de alegatos finales, por los motivos expuestos a lo largo de dicha resolución.

30. A través de la Resolución N° 34 de fecha 18 de setiembre de 2015, el Tribunal Arbitral pese a haber brindado varias oportunidades al Consorcio Ica Constructores para que cumpla con el pago de los honorarios arbitrales derivados de la acumulación de pretensiones, y atendiendo al apercibimiento realizado en la Resolución N° 30, este Colegiado procedió a hacer efectivo el mismo declarando el archivo definitivo de la acumulación de pretensiones, manteniendo en trámite los extremos referidos a la demanda y reconvención planteadas por las partes.

31. Posteriormente, mediante Resolución N° 35 de fecha 22 de setiembre de 2015, se citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales programada para el día jueves 15 de octubre de 2015, en la sede del arbitraje.

32. En la fecha y hora programada para tales efectos, se apersonaron a la sede del arbitraje los miembros del Tribunal Arbitral en su mayoría -con excepción del Dr. Alejandro Acosta Alejos por motivos de fuerza mayor- y la parte demandada con la finalidad de llevar a cabo la Audiencia de Informes Orales; sin embargo, se debe indicar que previo al inicio de dicha diligencia este Colegiado en mayoría manifestó que la presente diligencia fue citada con la finalidad de que ambas partes expongan ante los árbitros sus consideraciones y conclusiones finales de derecho materia del presente arbitraje, y no estando presente la parte demandante, decidió, en dicho acto, reprogramar la referida Audiencia de Informes Orales la cual se llevaría a cabo el día miércoles 11 de noviembre de 2015, en la sede del arbitraje.

33. En la nueva fecha y hora programada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, diligencia en la cual se dejó constancia de la asistencia de ambas partes, otorgándose el uso de la palabra a cada parte, realizando el Tribunal Arbitral las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por éstas; asimismo, en dicha audiencia se declaró el cierre de la instrucción y se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificadas las partes con el acta de la audiencia realizada.

34. Posteriormente, mediante Resolución N° 36, el Tribunal Arbitral amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, conforme a lo dispuesto en el numeral 34) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, precisándose que el nuevo plazo empezaría a computarse a partir del vencimiento del plazo inicial.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ÁRBITRAL

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

**Dr. Juan Huamani Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, la Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda y formulando reconvención dentro de los plazos establecidos.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 23 de setiembre de 2014, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

17

teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

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

*"(...) La actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*³.

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

³ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

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

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia legal de la Carta Notarial S/N de fecha 31 de julio de 2013, a través de la cual la entidad comunica y resuelve el Contrato, por no estar debidamente motivada y no ajustarse a la realidad de los hechos.

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Consorcio Ica Constructores ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Con fecha 12 de setiembre de 2011, el Contratista y la Entidad suscribieron el Contrato N° 017-2011-GRE-ICA para la ejecución de la obra denominada: "Construcción del Puente Vehicular en Marccarencca KM 32+000 de la Ruta IC-108: Emp. PE-1S-Río Grande-Palpa-Ica, provincia de Palpa, Región Ica", por el monto de S/. 2'222,130.83 (Dos Millones Doscientos Veintidós Mil Ciento Treinta y 83/100 Nuevos Soles), incluido I.G.V. por un plazo de ejecución de obra de 105 días calendario.

La fecha de inicio de la obra fue el 14 de octubre de 2011, conforme quedo registrado en el Asiento N° 01 del cuaderno de obra habiéndose cumplido con las condiciones establecidas en el Contrato.

El Contratista con Carta N° 026-12-2011-CIC de fecha 07 de diciembre de 2011, solicitó la Ampliación de Plazo N° 01 por 24 días calendario por causas no imputables a su representada. Asimismo, mediante Carta N° 031/12/2011-CIC-GG de fecha 29 de diciembre de 2011, el Demandante presentó el presupuesto adicional N° 01 cuya necesidad se originó por el nuevo detalle de las planchas de

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

19

acero de las vigas metálicas que reemplazan a los que se detallan en los planos correspondientes del Expediente Técnico licitado, por no ser de dimensiones comerciales.

Mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 0209-2011-GORE-ICA/GGR de fecha 29 de diciembre de 2011, la Entidad aprueba la solicitud de Ampliación de Plazo N° 01 fuera de los plazos que exige la normativa de contrataciones. Además, el Contratista mediante Carta N° 032/12/2011-CIC-GG de fecha 29 de diciembre de 2011, hace de conocimiento de su contraparte que la ampliación de plazo N° 01 ha quedado consentida por haber sido emitida fuera de los plazos que exige el Reglamento.

Por otro lado, mediante Carta N° 033/12/2011-CIC-GG de fecha 23 de enero de 2012, el Contratista solicitó la aprobación del adicional N° 02 que a la fecha no tiene pronunciamiento de la Entidad.

Mediante Carta N° 043/02/2012-CIC-RL de fecha 10 de febrero de 2012, el Contratista solicitó la aprobación de la Ampliación de Plazo N° 02, a la cual, la Entidad a través de Resolución Ejecutiva Regional N° 042-2012-GORE-ICA/GGR de fecha 20 de febrero de 2012, declaró improcedente tal pedido.

A través de Resolución Ejecutiva Regional N° 0184-2012-GORE-ICA/GGR de fecha 17 de abril de 2012, la Entidad aprobó el Adicional de Obra N° 01.

El Contratista con Carta N° 066/06/2012-CIC-RL de fecha 01 de junio de 2012, solicitó la Ampliación de Plazo N° 03 por 105 días calendario.

Posteriormente, la Entidad mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 0142-2012-GORE-ICA/GGR de fecha 21 de junio de 2012, la Entidad se pronunció sobre la Ampliación de Plazo N° 03. Sin embargo, a través de Carta N° 076/07/2012-CIC-RL de fecha 05 de julio de 2012, el Contratista comunicó a la Entidad que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 03 ha quedado consentida por pronunciamiento extemporáneo.

Con Carta N° 052-05-2012-CIC-RL de fecha 30 de mayo de 2012, el Contratista solicita la Ampliación de Plazo N° 04. Asimismo, con Carta N° 081-07-2012-CIC-RL

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

de fecha 21 de julio de 2012, el Demandante solicitó la Ampliación de Plazo N° 05 por 105 días calendario y, frente a tal pedido reitera mediante Carta N° 085-08/2011-CIC-RL de fecha 03 de agosto de 2012, que la Ampliación de Plazo N° 05 ha quedado consentida por falta de pronunciamiento.

La Entidad a través de Resolución Ejecutiva Regional N° 0172-2012-GORE-ICA/GGR de fecha 07 de agosto de 2012, se pronunció sobre la Ampliación de Plazo N° 05. Además, con Resolución Ejecutiva Regional N° 0339-2012-GORE-ICA/PR de fecha 19 de julio de 2012 y, a solicitud del Contratista rectifica la Resolución Ejecutiva Regional N° 0184-2012-GORE-ICA/PR de fecha 17 de abril de 2012, disponiendo su integración, con lo cual recién se cumple con la forma de aprobar el adicional de obra N° 01.

Así el Contratista mediante Carta N° 084-07-2012-CIC-RL de fecha 02 de agosto de 2012, solicitó la Ampliación de Plazo N° 06 que a la fecha no tiene pronunciamiento de la Entidad.

Asimismo, según lo sostiene el Consorcio Ica Constructores en su escrito de demanda, el Demandante de común acuerdo con la Entidad acordaron la paralización parcial entre el 11 de febrero hasta el 01 de junio de 2012 y desde el 03 de agosto de 2012 hasta el 31 de mayo de 2013, por condiciones de clima y por no contar con las áreas necesarias para la ejecución de los trabajos.

De ese modo, respecto al presente punto controvertido el Contratista manifiesta que en reiteradas cartas notariales comunicó a la Entidad que no pudo iniciar los trabajos, en vista que no se contaba con los permisos de los propietarios de la zona donde se tenían que ejecutar los trabajos, este inconveniente también fue informado por el monitor de obra Ing. Huamaní en su Informe N° 260-2012-SGO/ING.EJHL.

De otro lado, las circunstancias como demora en la absolución de consulta y la aprobación de presupuestos adicionales que han derivado en causales de ampliaciones de plazo establecidas en el artículo 200° del Reglamento de Contrataciones del Estado, provienen de un deficiente expediente técnico cuya calidad es responsabilidad de la Entidad.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

En ese orden de ideas la Demandante refiere que los argumentos de resolución de contrato planteados por la Entidad no resultan válidos, en consecuencia, solicita se declare la nulidad e Ineficacia legal de Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013, en vista que la Entidad no ha cumplido con lo que se establece en los artículos 13° y 40° de la Ley de Contrataciones con el Estado, al no contar con todas las áreas necesarias para construcción de la obra material del contrato suscrito, y que recién con fecha 10 de diciembre de 2012, logra vía escritura pública la cesión en uso de los terrenos por parte de los propietarios que impedían la construcción de las estructuras del puente, este documento es emitido por la Notaria Barnuevo Cuellar.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Entidad demandada, respecto a este punto controvertido:

Al respecto, la Entidad señala que con esta pretensión su contraparte busca dejar sin efecto las cartas notariales, lo cual se encuentra fuera del ámbito del presente Tribunal Arbitral resultando la misma improcedente.

Sin perjuicio de ello, la Demandada expresa que su contraparte no describe cuales son las supuestas deficiencias del expediente técnico.

Sumado a ello, la Demandada alega también el vencimiento del plazo contractual lo cual, generó una grave situación; es decir, el abandono de la obra. Señala que, como es evidente se trató de una grave negligencia por parte del Contratista, situación que no es descrita por ellos, pero sin embargo, es una realidad que no se puede ocultar, esto más que todo es muestra del incumplimiento de la parte demandante.

Por tales consideraciones, la Entidad expresa que la presente pretensión debe ser declarada improcedente. De la misma manera que, el Tribunal Arbitral considere procedente la misma, ésta debería declararse infundada dado que carece de argumentos fácticos y legales que la sustenten.

1.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

22

La Entidad resuelve el Contrato materia de litis mediante Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013; frente al referido documento, el Contratista solicita que el Tribunal Arbitral declare su nulidad y/o ineficacia por no estar debidamente motivada y no ajustarse a la realidad de los hechos.

El Contratista sustenta su posición, indicando en su demanda arbitral, que el retraso de la Obra no es por causas atribuibles al Contratista sino a la Entidad, por las siguientes razones: No podía reiniciar los trabajos en la obra porque no contaba con los permisos de los propietarios y por la demora en la aprobación de los presupuestos adicionales.

Por el contrario, la Entidad, en su correspondiente contestación de demanda arbitral, señala lo siguiente: Que, en cuanto a la forma, en estricto el Tribunal Arbitral no tendría competencia para pronunciarse sobre lo peticionado por su contraria y que, en cuanto al fondo, la obra se encontraba abandonada, el plazo contractual había culminado y los hechos descritos en la Carta de resolución de Contrato son los ocurridos realmente.

Previo a confrontar lo indicado por las partes en relación al fondo de la controversia, es necesario pronunciarnos sobre lo indicado por la Entidad respecto a la competencia del Colegiado para emitir el pronunciamiento respectivo, pues aunque dicha parte no ha interpuesto excepción de incompetencia alguna a manera de cuestión previa, no es menos cierto que los árbitros de oficio pueden determinar o no su competencia y dicho pronunciamiento debe realizarse más aún si se tiene una alegación como la mencionada por la demandada.

Pues bien, en la contestación de demanda, se indica lo siguiente:

"Tal como está expuesta la primera pretensión, lo que se buscaría con la aludida pretensión, en estricto, sería dejar sin efecto las cartas notariales, es decir, cuestionaría si las aludidas cartas han sido emitidas cumpliendo todas sus formalidades.

Al respecto, consideramos que tal pretensión se encuentra fuera del ámbito del presente Tribunal Arbitral, en estricto, es una materia que no

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

23

se encuentra comprendida dentro las facultades que han otorgado las partes (...)".

Frente a lo expuesto por la parte demandada, debemos tener en claro que conforme a lo dispuesto en nuestro Código Procesal Civil, la competencia está referida a la distribución de la jurisdicción entre diversos órganos jurisdiccionales. Para distribuir la competencia según Fairén Guillen⁴, se utilizan tres criterios: el de la "función" que desempeña cada tribunal en relación con los demás de su orden; el del "objeto material" o jurídico del proceso; y el del "territorio", que dicho tribunal cubre, en relación con los territorios de los demás del mismo orden.

Para Chiovenda⁵ los límites de la competencia se determinan por razones de materia, cuantía, grado, turno y territorio; ello supone que si se interpone una demanda ante un juez que carece de algunos de estos elementos, nos encontramos frente a un proceso iniciado ante un juez incompetente.

El estudio de la competencia comprende el examen de los criterios que sirven para determinarla, como la materia, cuantía, territorio y grado.

De acuerdo a lo establecido, podemos definir a la competencia como la aptitud que tiene el juzgador para ejercer válidamente la función jurisdiccional. El requisito que la competencia exige, para el válido desarrollo de un proceso, no es sólo que intervenga un órgano jurisdiccional al que esté legalmente atribuida la materia en litigio, sino, además que este órgano sea el que tiene asignado el conocimiento del asunto. De esta forma, la competencia es un presupuesto de validez de la relación jurídica procesal, que está fundamentado en el derecho que tienen las partes a que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica sean resueltos por un tercero imparcial e independiente predeterminado por ley.

Ahora, teniendo presente lo expuesto y, siendo que la Entidad ha manifestado que el Tribunal Arbitral no es competente para resolver este punto controvertido debido a que *"en estricto, es una materia que no se encuentra comprendida dentro de las facultades que le han otorgado las partes"*, se procederá al siguiente análisis.

⁴ FAIRÉN GUILLEN, Víctor. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 247.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. II, Cárdenas Editor, México, 1989 p. 174.

Previamente indicar que, el numeral 1) del Artículo 41° del Decreto Legislativo N°1071 – Ley que norma el Arbitraje (En adelante Ley de Arbitraje), este artículo recoge el Principio Kompetenz Kompetenz, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del Tribunal Arbitral

1) El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. (...)"⁶.

Sobre el principio Kompetenz Kompetenz, el doctor Roque Caivano⁷ expresa que:

"Se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta ha sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto".

Además, el principio Kompetenz Kompetenz permite evitar que una parte, limitándose a Invocar la incompetencia del órgano arbitral, pueda retrasar o interrumpir el desarrollo del arbitraje, al otorgar a los árbitros el poder de decidir sobre su propia competencia.

Asimismo, Roger Rubio Guerrero⁸ en relación al Artículo 40° de la Ley de Arbitraje⁹, la cual refiere sobre la Competencia de los Árbitros, precisa que:

⁶ El subrayado es nuestro.

⁷ CAIVANO, Roque. "Arbitraje". Editorial: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor. Argentina, 2000. pp. 159 - 160.

⁸ RUBIO GUERRERO, Roger. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Editorial: Instituto Peruano de Arbitraje. Perú, 2011. pp. 454 - 468.

⁹ "Artículo 40°.- Competencia del tribunal arbitral

"El Artículo 40° de la ley, sin salir del universo de la competencia de los árbitros, plantea ahora un enfoque distinto, nos presenta dos escenarios diferenciados, de un lado, la competencia sobre el fondo de la controversia, que comprende las cuestiones "conexas y accesorias" vinculadas a la materia principal y, de otro lado, la competencia para dictar reglas arbitrales complementarias."

Sobre la base de lo mencionado, se advierte que es facultad exclusiva de este Tribunal resolver sobre su competencia para conocer la presente pretensión formulada en el presente proceso arbitral; por lo que, corresponde determinar si la solicitud de improcedencia de la pretensión en análisis debe ser amparada o no.

En revisión del argumento de la Entidad, se advierte que es una alegación sin mayor sustento jurídico, pues basa lo indicado en una mera opinión, sin citar ni referenciar los presupuestos que llevan a concluir la supuesta incompetencia del Colegiado, por lo que se debe indicar, con independencia de la diferencia entre los presupuestos, elementos y requisitos de validez de una determinada manifestación de voluntad con su naturaleza jurídica en sí misma, que el Tribunal Arbitral tiene competencia para revisar tanto la forma como el fondo de una manifestación de voluntad de alguna de las partes dentro de un Contrato de Obra Pública, más aún, teniendo en cuenta el texto del Convenio Arbitral, contenido en la "Cláusula Décimo Novena: Solución de Controversias":

"CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 190°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley (...)"

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas".

En este lineamiento, debemos preguntarnos cuáles son este tipo de controversias que, presentándose durante la etapa de ejecución contractual sean susceptibles de ser arbitrables.

Ante ello, debemos remitirnos a la Ley de Contrataciones que, en su artículo 52º referido a la solución de controversias declara que es materia arbitrable:

"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".

De lo versado, tenemos claro que, siendo voluntad de las partes el solucionar las controversias que deriven de su contrato en el proceso arbitral, y asimismo, observando que es materia arbitrable cualquier conflicto que surja en torno a la resolución del contrato, se concluye que el Tribunal Arbitral tiene plena competencia para pronunciarse sobre la presente pretensión, debido a que así lo estipularon las partes en la cláusula décimo novena, y así lo prescribe de forma imperativa el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado.

Aclarada la discusión precedente, continuaremos con revisar el fondo de la controversia.

La tarea de los árbitros es, como ya es sabido, laudar conforme a derecho, no puede haber duda de ello, y para ello las partes deben alegar cuestiones de hecho y de derecho que, confrontadas, lleven al Colegiado a formar una única opinión y resolver. Sin embargo, hay ocasiones donde las partes basan esfuerzos en poner en conocimiento de los juzgadores situaciones que a su juicio son importantes (por ello el esfuerzo en mencionarlas reiteradamente) pero que, luego del examen propio de quienes van a resolver, el punto neurálgico en controversia se encuentra en otro lado muy distinto.

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

Cuando ocurre ello ¿Qué hacer? Pues, al igual que con el principio "*iura novit curia*" será obligación, y no solo derecho, de los árbitros el desentrañar la verdadera materia en controversia; he allí la explicación de porqué en las diversas actas de fijación de puntos controvertidos, y ciertamente en la suscrita por las partes en el presente caso, existe un apartado que faculta a los árbitros de prescindir del pronunciamiento de puntos controvertidos o de premisas en discordia, si se determina que carece de objeto el pronunciarse sobre aquéllas.

De lo dicho por las partes en las Audiencias de Sustentación de Hechos e Informes Orales, así como de la revisión de la demanda y contestación que obran en autos, tal como se ha mencionado al inicio del pronunciamiento de este punto controvertido, el Contratista alega que la Resolución de Contrato de la Entidad deviene en nula o ineficaz por dos razones: No podía reiniciar los trabajos en la obra porque no contaba con los permisos de los propietarios y por la demora en la aprobación de los presupuestos adicionales; mientras que la Entidad se reafirma en las razones indicadas en su Carta Notarial de Resolución de Contrato, sin más.

Asimismo, ambas partes han realizado grandes esfuerzos por intentar probar a este Colegiado, incumplimientos de su contraria durante la etapa de ejecución contractual, básicamente respecto de la paralización y reinicio de los trabajos en obra por la ausencia de permisos de los propietarios. Al respecto, mientras que, por un lado, el Contratista a lo largo de su demanda intenta advertir que hubo problemas en el expediente técnico, que la entrega del terreno fue insuficiente por los problemas con los permisos de un propietario aledaño y que, finalmente, dicho problema no le es imputable a ellos, y por otro lado, la Entidad intenta sostener que el Contratista no tuvo intención de continuar con la obra y que esos problemas no fueron subsanados, es necesario indicar que dichas razones o hechos si bien son materia en discordia, no es elemento que llevará a determinar si corresponde declarar la validez o no, de la Carta Notarial de Resolución de Contrato, pues en la misma, dichos problemas no confluyen.

En la Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013, notificada el 1 de agosto de 2013, mediante la cual la Entidad resuelve el Contrato materia de Litis, se indica lo siguiente:

"Ante dichos incumplimientos y la falta de interés de su representada, la Entidad ha decidido la Resolución del Contrato por haber acumulado el máximo de las Penalidades por atraso en obra.

Que, la presente resolución total de contrato de obra se encuentra tipificada en el primer párrafo del artículo 44° de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, concordante con el tercer párrafo del artículo 169° de la acotada norma legal, el cual señala que "(...) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida, en este caso, bastará con comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Que, conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución de Contrato se deba o se trate de una situación de incumplimiento que no puede ser revertida, para este caso, la causal de incumplimiento está afectada por circunstancias insuperables, toda vez que usted ha tenido tiempo suficiente para el reinicio y la culminación de la Obra, motivo por el cual se procede a la Resolución de Contrato por causas debidamente justificadas". (...) (El sombreado y subrayado es del texto original).

De lo anterior expuesto, se observa que la Entidad identifica claramente la causal, pues aunque menciona la culminación del plazo contractual y acaecimiento del máximo de penalidad, sin embargo, ello no puede ser considerado como causal de resolución contractual por este Tribunal, quien toma en cuenta las siguientes razones:

La primera de ellas, que el máximo de penalidad únicamente es mencionado por la Entidad mas no probado o sustentado en ningún momento.

Como se indicara en el caso de autos, si la penalidad pudo haber sido decidida por la Entidad como causal de resolución contractual, debiera haber acreditado dicha

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

situación ante este Tribunal, sin embargo no obran en el expediente elementos que otorguen a este Colegiado la certeza de la regularidad de la aplicación de la penalidad.

Debe recordarse que la STC N° 04762-2007-PA/TC-SANTA menciona que el demandante debe acreditar los hechos que sustentan su pretensión, mientras que el demandado, aquellos que configuran su contradicción; sin embargo, ello no siempre ocurre así, pues la teoría de la carga de la prueba eventualmente da pase a la denominada prueba dinámica, con cuyo análisis se determina si en efecto la probanza del hecho alegado le corresponde a quien lo alega.

Una carga procesal¹⁰ es entendida como *"un imperativo en propio interés. El que no cumple un acto que le conviene a su propio interés en el proceso, sufre las consecuencias de ese incumplimiento, pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto. Nadie obliga a la parte a cumplir ese acto, pero ella sabe que le conviene hacerlo y si no lo hace puede verse perjudicada"*¹¹; una carga no es sino un derecho subjetivo que permite a la parte hacer o no algo, pero con la particularidad de que si decide no hacer ese algo, perderá la ocasión de realizarlo posteriormente, asumiendo los perjuicios que para sí mismo conlleva su no hacer.

Vista la idea de carga procesal, podemos afirmar que la carga de la prueba no supone que la parte sobre la cual recae, sea quien necesariamente deba ofrecer el medio probatorio, sino que **es a ella a quien le interesa hacerlo**.

Sin embargo, nada obsta que el medio probatorio pueda ser ofrecido por la contraparte en beneficio del primero; el problema surge por el hecho de que si nadie ofrece el medio probatorio, las consecuencias de esa omisión, las sufre la parte sobre la cual recae la carga de la prueba.

Así, en el presente caso, este Colegiado advierte que la carga de la prueba recaería sobre la Entidad, siendo a dicha parte a quien correspondería acreditar, en principio, la resolución contractual por causa de acumulación del máximo de

¹⁰ Se distingue de los deberes procesales que constituyen Imposiciones de conducta a los sujetos, a las partes, en miras del interés de la comunidad. ej. Lealtad. Y de las obligaciones procesales que supone el sometimiento del individuo para cumplir una obligación en beneficio de otro, tales como la condena de costos.

¹¹ LIÑAN ARANA, Luis Alberto. "Apuntes sobre la Prueba en el Proceso Civil". En: *Advocatus* N° 4. Lima, p. 250.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

penalidad por atraso en obra en el que habría incurrido el Consorcio, a través de documentos que acrediten que efectivamente la Entidad haya aplicado penalidades al Consorcio por este atraso, lo cual permitiría corroborar la concurrencia de la causal alegada por la Entidad en su carta notarial. La razón de ello es sumamente clara, sólo a la Entidad le interesa acreditar que su Resolución Contractual es válida y eficaz en base a la causal alegada para ello.

En igual sentido, el supremo intérprete de la Constitución en el fundamento 6) de la STC N° 06135-2006-PA/TC-ICA ha señalado que:

"En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada debe probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituye un típico caso de "prueba diabólica", dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e, incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención."

La carga de la prueba busca determinar a quién le interesa probar y no quien debe probar; por ello, siendo el Seguro Social de Salud – ESSALUD el interesado en demostrar la existencia de aplicación de penalidades a su contraparte, le corresponde asumir la carga de la prueba de tales hechos, tanto más si nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento 5) de la STC N° 04822-2011-PA/TC-CAJAMARCA ha señalado que:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

31

"Constituye un principio procesal que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma un hecho, por tanto este Tribunal Constitucional considera que si la Municipalidad emplazada asegura que el demandante fue contratado mediante contratos para obra determinada o servicio específico, al amparo del artículo 63º del Decreto Supremo N.º 003-97.TR debió probar dicha afirmación, por lo que al no haberlo efectuado, pese a que se le notificó debidamente la demanda y sus recaudos, este Tribunal concluye que de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, se configuró una relación laboral a plazo indeterminado desde el 25 de junio de 2008, pues conforme a las boletas de pago antes citadas el recurrente laboró en forma ininterrumpida desde esta fecha."

Asimismo, es pertinente reiterar lo señalado de manera precedente por el Tribunal Arbitral, en relación a que son las partes quienes tienen la obligación de presentar todos los medios probatorios que consideren convenientes para sustentar sus respectivas posiciones, siendo de cargo del Colegiado el requerir los medios probatorios de oficio que considere convenientes para contrastar los medios probatorios indiciarios presentados por las partes; sin embargo, en el presente caso, ninguna de las partes ha presentado documento alguno que acredite fehacientemente ante este Tribunal la aplicación de penalidades por la Entidad, no pudiendo el Tribunal Arbitral requerir como medios probatorios de oficio, documentos que sustituyan a los que las partes inicialmente debieron presentar, particularmente la Entidad quien es la parte interesada en demostrar que las penalidades fueron correctamente aplicadas por el retraso -de su contraparte- en la prestación y debido a ello su resolución contractual se encontrara válida.

Ahora bien, en cuanto a una segunda razón, este Colegiado advierte que la causal que determina la Entidad para resolver el contrato sería sólo la falta de reinicio y culminación de la obra, a las cuales denomina como "circunstancias insuperables".

A continuación su análisis.

Recordemos que el artículo 169º del RLCE establece con claridad el procedimiento para la Resolución de Contrato, y señala únicamente que en dos supuestos no será necesario un apercibimiento previo: Por la acumulación por el máximo de la

penalidad o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, siendo esta última la causal que aplica la Entidad para enmarcar la causal de su resolución de Contrato, tal como la propia Entidad destaca en su Carta de Resolución de Contrato:

"Que, la presente resolución total de contrato de obra se encuentra tipificada en el primer párrafo del artículo 44° de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, concordante con el tercer párrafo del artículo 169° de la acotada norma legal, el cual señala que "(...) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida, en este caso, bastará con comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato(...)..." (El sombreado y subrayado es del texto original).

En perspectiva de lo declarado por la Entidad, no cabe duda que la Resolución de Contrato se debió a la causal de "falta de reinicio y culminación de la obra", tipificado como "incumplimiento que no puede ser revertido", por lo que debemos preguntarnos si ¿efectivamente la falta de reinicio de la obra y, por ende, su consiguiente culminación, son elementos que pueden ser tipificados como "incumplimiento que no pueda ser revertido"?

Para ello debemos tener en cuenta que se debe entender por "situación de incumplimiento que no pueda ser revertida". Para ello, la Subdirección de Capacitación del OSCE, informa lo siguiente:

"Con relación a la segunda causal, se presentan muchas hipótesis que deben ser correctamente evaluadas por la Entidad para establecer que se trata de una situación de incumplimiento que no pueda ser revertida. En el caso de ejecución de obras, se presenta legalmente esta situación, en los artículos 205° y 206° del Reglamento".

En atención a lo señalado, conviene precisar que revisada con mayor detenimiento la Resolución contractual materia de evaluación se verifica que la misma no refiere

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

que en el caso presente se habría configurado el supuesto previsto por el artículo 205° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado lo cual hubiera dado lugar a que la Entidad demandada se encuentre habilitada para dar por resuelto el contrato; dicho precepto normativo señala lo siguiente:

"Artículo 205°.- Demoras injustificadas en la ejecución de la Obra

Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente.

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

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

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

De acuerdo a la norma reseñada, si el supervisor advierte la ocurrencia de un retraso injustificado del Contratista en la ejecución de la obra, cuya valorización sea menor al 80% de la valorización acumulada programada, éste lo requerirá para que

cumpla con presentar un nuevo calendario de avance de obra acelerado que garantice la culminación de la obra en el plazo previsto. Frente a ello:

- El Contratista se encontrará en obligación de presentar este nuevo calendario, pues de no hacerlo, la Entidad se encontrará habilitada para resolver el Contrato.
- Asimismo, en caso el Contratista cumpla con presentar este nuevo calendario acelerado, pero vuelva a verificarse un avance acumulado menor al 80% de la valorización acumulada programada del nuevo calendario, la Entidad podrá resolver el contrato o intervenir económicamente la obra.

Sin embargo, como ya se observó, la Entidad no alegó la presente causal que de crédito a una situación de incumplimiento irreversible, ni asimismo, lo versado por el artículo 206° del reglamento acotado referido a lo siguiente:

"Artículo 206.- Intervención Económica de la Obra

La Entidad podrá; de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos. La intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. La intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

Si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento.

Para la aplicación de lo establecido en el presente artículo deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en la Directiva y demás disposiciones que dicte el OSCE sobre la materia".

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

35

Por lo tanto, la respuesta es clara para este Tribunal Arbitral. La actividad constructiva es una obligación esencial del Contratista, y dicha inactividad puede ser revertida justamente con el reinicio de dichas actividades. A decir de este Colegiado, dicho incumplimiento no calza con uno "que no pueda ser revertido" en atención a los artículos 205° y 206° del Reglamento de Contrataciones del Estado, máxime si los mismos no fueron alegados ni acreditada su existencia por parte de la Entidad, a quien le competiría la carga de la prueba tal como ya extensamente nos hemos referido oportunamente. En ese sentido, bastaba que el Contratista (luego del apercibimiento correspondiente por el plazo máximo de quince (15) días que establece la norma para posteriormente resolver el contrato) reinicie las actividades para superar dicha causal de incumplimiento.

En orden a lo expuesto, por la causal alegada, la Entidad debió apercibir al Contratista para que cumpliera con sus actividades dentro de un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo pena de resolver el Contrato, situación que la propia Entidad manifiesta no haber realizado, con lo cual, al no haberse seguido con el procedimiento establecido para ello, corresponde declarar nula e ineficaz la Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013, mediante la cual la Entidad resolvió el Contrato materia de Litis.

Por lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda, correspondiente al Primer Punto Controvertido, debiendo dejarse sin efecto la Resolución de Contrato efectuado por la Entidad mediante Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral, en el supuesto en que se declare la validez de la resolución del Contrato, resuelva el Contrato por responsabilidad de la Entidad.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista sustenta su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

36

El Demandante resalta que sobre la base de lo señalado en el punto controvertido precedente, su representada se ha visto obligada a solicitar paralizaciones de obra en vista que la Entidad no podía liberar las áreas donde se tenían que ejecutar las obras.

En tal sentido, queda demostrado que su contraparte ha incumplido con proporcionar un expediente técnico debidamente elaborado más aun cuando se trata de un sistema de contratación a suma alzada, tal como lo establece en el artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado al haberse aprobado adicionales de obra y estando pendientes de aprobar otros en razón a las absoluciones de consultas pendientes.

Por todo lo señalado, solicitan que se resuelva el Contrato N° 017-2011-GORE-ICA por causales que son responsabilidad de la Entidad.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Respecto a esta pretensión, la Entidad demandada expresa que resulta ambigua la redacción de la misma, ya que si el Tribunal Arbitral declara la validez de la Resolución Contractual practicada por la Entidad debido a causas que serían imputables al contratista -lo cual es precisamente lo que postula la Entidad- - no correspondería que se resuelva el Contrato por responsabilidad de la Entidad, pues ello no tendría ningún tipo de sentido.

Como se puede verificar del escrito de Contestación de Demanda, la Demandada refiere que no hay lógica en el pedido de su contraparte, hecho que debería permitir que el Tribunal proceda a declarar la improcedencia de la presente pretensión, esto en función a que no se sabe con certeza cuál es el objetivo o motivo de la misma.

Por tales consideraciones, la Entidad demandada solicita que el Tribunal Arbitral declare improcedente ésta pretensión.

2.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

En el presente punto en controversia, el Contratista solicita que ante la declaración de validez de la Resolución del Contrato de la Entidad, sea el Tribunal Arbitral quien resuelva el presente Contrato por responsabilidad de la Entidad.

En relación a la presente pretensión es de advertirse que tiene carácter de pretensión subordinada a la Primera Pretensión a la que se refiere el Contratista en este punto, es preciso tener en cuenta que el pronunciamiento que haga el Tribunal Arbitral sobre esta, está supeditado a que previamente se haya declarado improcedente o, en su defecto, infundada la pretensión a la cual está subordinada, por cuanto el Consorcio solicita:

"Que, el Tribunal Arbitral, en el supuesto en que se declare la validez de la resolución del Contrato, resuelva el Contrato por responsabilidad de la Entidad".

Así, es importante tener en cuenta la naturaleza de la pretensión subordinada:

"Cuando concurren dos pretensiones y el actor pide que se declare fundada la segunda, para el caso que no se ampare la primera. En otros términos, cuando la pretensión calificada como tal (subordinada, eventual o subsidiaria), queda sujeta a la eventualidad que no sea amparada la pretensión propuesta como principal."¹²

Ahora bien, conforme se ha analizado, la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013 no surte ningún efecto por adolecer de vicios de forma esenciales, con lo cual, el Contrato a la fecha sigue vigente.

Ahora, conforme el Tribunal Arbitral puede advertir de lo solicitado por el Consorcio, se solicita a este Colegiado se declare resuelto el Contrato por causa atribuible a la Entidad.

De ese modo, corresponde tener en cuenta lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, en lo que se refiere a la Resolución del Contrato. En tal sentido, de las normas antes mencionadas podemos advertir lo siguiente:

¹² RANILLA COLLADO, Alejandro. La Pretensión Procesal. Revista de estudiantes de Derecho UNSA. Arequipa. Página 200.

"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."

Asimismo, el Reglamento de la ley de Contrataciones del estado, en su artículo 209 refiere:

"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

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

34

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 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 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."

Conforme se puede apreciar de los dispositivos legales antes mencionados, tenemos que la Ley de Contrataciones en su artículo 44° y el Reglamento de la Ley de Contrataciones en su artículo 209° -artículo que regula la resolución del Contrato en Obras - establecen que los únicos llamados a resolver el contrato, son los que intervinieron en el Contrato, es decir las propias partes.

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

40

Si bien es cierto que se señalan diversos motivos para resolver un contrato, la normativa es clara al señalar que son las partes, en este caso el representante del Consorcio o el representante de la Entidad, quienes son los únicos autorizados legalmente para resolver el Contrato.

Ahora, conforme ha sido solicitado por el Consorcio en su demanda, dicha parte pretende que el Tribunal Arbitral resuelva el Contrato por causa atribuible a la Entidad, sin embargo, es importante entender que para el presente Contrato, no basta con la manifestación de voluntad de una de las partes, sino que ésta manifestación debe estar en concordancia con lo establecido en la normativa de contratación pública, toda vez que el presente Contrato se rige bajo estas normas.

Ahora, si bien es cierto que el Tribunal Arbitral es el competente para resolver las controversias que se hayan suscitado de la ejecución contractual en el presente caso, no es menos cierto que la actuación arbitral se ve limitada de acuerdo a los parámetros que la norma aplicable, regula.

En ese sentido, conforme ha sido indicado por este Colegiado en párrafos precedentes donde se señala cómo está regulada la Resolución del Contrato en la normativa aplicable, tenemos que en los artículos 44° y 209° de la Ley y su Reglamento, respectivamente, no se señala que el Tribunal Arbitral pueda resolver el Contrato por cualquiera de las causales ahí indicadas, en la medida que los únicos autorizados para realizar ello, son las propias partes.

De ese modo, cabe precisar que el pronunciamiento de un Tribunal Arbitral respecto a alguna controversia referida a la resolución del Contrato, el cual se rija bajo la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, versará sobre la validez o ineficacia de los procedimientos o las causales de resolución que éstas hayan alegado para hacer efectiva su resolución, mas no para resolver el Contrato sin que alguna de las partes lo haya hecho, pues esta facultad les pertenece únicamente a ellas.

En este orden de ideas, el pedido de resolver el contrato por causal imputable a la Entidad deviene en no amparable, pues el Tribunal Arbitral no puede disponer o resolver el Contrato materia de Litis, pues nos encontramos ante un Contrato de Obra Pública donde el procedimiento de Resolución de Contrato está debidamente

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

establecido y tipificado, no siendo de competencia del Colegiado disponer o declarar una resolución del Contrato efectuada por los mismos árbitros, no sólo por la ausencia de competencia para ello, sino que, además, al hacerlo, no estaría cumpliendo los requisitos procedimentales mínimos dispuestos que, en el presente caso, han hecho que justamente la Resolución de Contrato de la Entidad no surta efecto alguno.

Por todo lo expuesto, este Tribunal Arbitral decide declarar IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal, correspondiente al Segundo Punto Controvertido, por las razones expuestas.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare nula el Acta de Constatación Física realizada por la Entidad el día 5 de agosto de 2013.

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

La Entidad el 05 de agosto de 2013, en presencia del Juez de Paz realizó la constatación física e inventario de la obra.

Por los argumentos expuestos en los puntos controvertidos precedentes la Resolución de Contrato de Obra realizada por la Entidad no es válida, por lo tanto, la Constatación Física e Inventario de Obra realizado por éste el día 05 de agosto de 2013, no es válida.

En ese sentido, el Contratista solicita se declare nula el Acta de Constatación Física e Inventario de Obra realizada por la Entidad.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

En relación a ello, la Entidad señala que la Constatación Física ha sido realizada en estricta concordancia a lo señalado en nuestra legislación en atención a los incumplimientos y retrasos injustificados de la Demandante.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

42

La Demandada añade que del Informe N° 001-2013-CCF de fecha 13 de agosto de 2013, se puede observar un sinnúmero de observaciones que no hacen más que demostrar que el trabajo realizado por la demandante ha sido sumamente defectuoso.

Por todo lo expuesto, la realización del acto de constatación física representa una prueba fehaciente del incumplimiento de las obligaciones del Contratista, ya que el hecho de solicitar una supuesta nulidad, se trata de una maniobra dilatoria con el objetivo de no tener pruebas fehacientes con respecto al real comportamiento de la parte demandante; motivo por el cual, corresponde declarar infundada la presente pretensión.

3.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como consecuencia de la Resolución de Contrato efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013, la Entidad realizó una Constatación Física con fecha 5 de agosto de 2013, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 209° del RLCE:

"Artículo 209°.- Resolución del Contrato de Obras

(...)

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 a dos (2) días (...)"

En atención a esta litis, a juicio de este Tribunal, el presente punto controvertido encuentra profunda relación con lo resuelto en el primer punto en controversia de la presente discusión. En ese sentido, este Colegiado, debe indicar que en el primer punto controvertido, analizado precedentemente resolvió declarar INFUNDADA dicha pretensión, señalando que corresponde declarar la nulidad y/o Ineficacia legal de la Carta Notarial S/N de fecha 31 de julio de 2013, mediante la cual el Gobierno Regional de Ica comunica y resuelve el Contrato N° 017-2011-GORE-ICA.

En ese orden de ideas, siendo que la Resolución de Contrato realizada por la Entidad fue declarada nula e Ineficaz por este Colegiado, todos los efectos que se hayan generado a partir de dicha Resolución de Contrato devienen en nulos, entre

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

43

ellas, la Constatación Física en obra como elemento generado a partir de la resolución del Contrato.

Por lo expuesto, se resuelve declarar FUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda, correspondiente al Tercer Punto Controvertido, debiendo declararse nula el Acta Constatación Física en Obra de fecha 5 de agosto de 2013.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad pagar a favor del Contratista una indemnización ascendente a la suma de S/. 1'000,000.00, incluido IGV, por los daños y perjuicios ocasionados.

4.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Demandante refiere que ha quedado demostrado que la Resolución de Contrato fue por causas imputables a la Entidad, ya que su representada ha sobrevenido en pérdidas que han afectado su patrimonio dado que se le ha causado un perjuicio económico con la indebida Resolución de Contrato por parte de la Entidad.

Por ello de conformidad a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde que su contraparte pague una indemnización por daños y perjuicios a favor de su representada la misma que sin perjuicio del que se practicará en la liquidación de obra conforme lo establece el cuarto párrafo del artículo 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se ordene a la Entidad pague a favor del Contratista una indemnización por la suma de S/. 1'000,000.00 Soles incluido I.G.V. Este concepto incluye los daños ocasionados al Contratista por no tener la posibilidad de postular a otras convocatorias públicas por no contar con el Acta de Recepción de Obra.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Respecto al presente punto controvertido la Entidad advierte que el mismo carece de sustento. Pues como se sabe la indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el perjudicado, por un acto indebido de exigir al causante del daño una reparación que tenga como fin compensar o reparar el daño causado

(daño emergente) así como cubrir lo que se ha dejado de percibir a raíz de la referida acción (lucro cesante).

Resulta evidente, entonces que para poder indemnizar un daño, es necesario que la parte que lo solicita cuantifique el mismo y proporcione todos los medios probatorios necesarios para que el órgano que resuelva la pretensión tenga la certeza que el monto concedido corresponderá efectivamente al daño que se ha recibido y que por ende, debe ser reparado.

En el presenta caso, la Entidad demandada refiere que su contraparte no ha cumplido con acreditar la cuantificación del daño y los métodos que llevaron a determinar las razones por las cuales el Tribunal no debería amparar esta pretensión.

4.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Cabe indicar que, mediante el escrito de Alegatos de fecha 16 de junio de 2015, el Contratista se desistió de la Cuarta Pretensión de su Demanda, que genera el presente punto controvertido, en los siguientes términos:

"Cumplimos con manifestar que nos desistimos de esta pretensión, reservándonos el derecho de solicitarla en la liquidación que se practique al término de las controversias pendientes por resolver."

En análisis a este desistimiento, es de verificar este Tribunal Arbitral que, el escrito de fecha 16 de junio de 2015, fue presentado (y suscrito) por el Representante Legal del Consorcio Ica Constructores, el señor Juan Carlos Castillo Sánchez, conforme consta del contrato de constitución de la Empresa, quien además fue quien presentó su escrito de demanda arbitral en fecha 29 de octubre de 2013.

Que, atendiendo en primer lugar que, este desistimiento fue presentado por persona legitimada para ello, y, en segundo término que éste resulta jurídicamente posible en tanto no afecta los intereses ni derechos de su parte contraria, este Colegiado estima menester tener presente la misma.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

45

Por lo expuesto, se resuelve que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento al respecto.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la no ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 211300686-R7, por la suma de S/. 222,213.10, y la Carta Fianza de Adelanto Directo N° 211300719-R8, por la suma de S/. 130,556.17.

5.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista refiere que el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, contempla el arbitraje como solución de controversias dentro del Contrato y que mientras no esté consentida una liquidación no se puede ejecutar las fianzas.

Por lo que solicitan que se declare fundada la presente pretensión por ajustarse a derecho.

5.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A lo largo de los anteriores puntos controvertidos, la Entidad refiere que ha demostrado una serie de incumplimientos de contrato, hecho que posibilita a su representada pueda proceder a la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 211300686-R7 por la suma de S/. 222,213.10 y la Carta Fianza de Adelanto Directo N° 211300719-R8 por la suma de S/. 130,556.17.

En atención a lo expuesto, la aludida pretensión debe ser declarada infundada.

5.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En este punto controvertido, el Contratista solicita que el Tribunal Arbitral declare que no corresponde que la Entidad ejecute la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 211300686-R7 por la suma de S/. 222,213.10 y la Carta Fianza de Adelanto Directo N° 211300719-R8 por la suma de S/. 130,556.17.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

En orden a atender esta pretensión, este Tribunal considera necesario esclarecer los conceptos tanto de garantía de fiel cumplimiento como de carta fianza antes de dilucidar el presente punto controvertido.

Con respecto a la garantía de fiel cumplimiento tenemos que indicar, que:

"La garantía de fiel cumplimiento tiene como fin el respaldar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista tras la firma del contrato y compensar a la Administración por el retraso en la ejecución de la obra, que ha de implicar, en términos generales, una nueva licitación o la suspensión o la suspensión o inejecución parcial o total del servicio público, perjuicios estos de difícil evaluación, que por esa razón se evalúan a priori de forma objetiva a través de la fianza.

La garantía en mención debe cubrir todas las obligaciones a cargo del Contratista, derivadas de su vínculo contractual (...) debe responder del necesario buen hacer del Contratista y de las posibles responsabilidades en que pueda incurrir por defectos de los bienes suministrados, de las obras ejecutadas.¹³"

Sentado ello, este Tribunal Arbitral procederá a indicar que se entiende por Carta Fianza, es así que:

"A través de la Carta Fianza, el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena frente al acreedor; en esa medida, si el deudor incumple sus obligaciones, el fiador asume la obligación de pago.

Así en el marco de las contrataciones del Estado, la Carta Fianza garantiza el cumplimiento de una obligación ajena que tiene su origen en la relación deudor- acreedor o proveedor - Estado"¹⁴.

¹³ RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y comentarios. 9ª Edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2013. Página 809.

¹⁴ RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. Cit. Pág. 806.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

47

En ese sentido conviene citar la Resolución N° 587-2012-TC-S2, en la que el Tribunal de Contrataciones señala claramente que, la Carta Fianza es:

"Es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación, por ello, el tenor literal del documento es decisivo para determinar el contenido y la extensión del derecho que emerge de dicho título. De tal modo, resulta evidente entonces que el contenido de la carta fianza debe indicar -expresa, manifiestamente y sin lugar a duda- la obligación garantizada, ello en salvaguarda del interés de la Entidad, detrás del cual se encuentra indudablemente el interés público plasmado en la contratación a realizarse".

Indicado lo anterior, este Tribunal Arbitral debe señalar cuales son las normas aplicables al presente punto controvertido en cuestión, así tenemos, la Ley de Contrataciones del Estado, que expresa:

Artículo 39.- Garantías

Las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus modalidades, montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las Micro y Pequeñas Empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.

En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio sólo será procedente cuando:

a) Por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública;

b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,

c) El pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con lo dispuesto en el presente artículo, que motive la resolución del contrato, dará lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

Ahora bien, indicada la norma pertinente de la Ley de Contrataciones del Estado, es también necesario citar las normas del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que al respecto señalan:

Artículo 155.- Requisitos de las garantías

Las garantías que acepten las entidades conforme al artículo 39° de la Ley sólo podrán ser efectuadas por empresas bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones o que estén consideradas en la lista actualizada de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Para tal fin, en las bases del proceso de selección, la entidad establece el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado.

Alternativamente, en caso de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, así como en los contratos de consultoría y ejecución de obras, las micro y pequeñas empresas podrán optar que, como garantía de fiel cumplimiento, la Entidad retenga el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, conforme a lo dispuesto en el artículo 39° de la Ley.

Para estos efectos, la retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

Las Entidades están obligadas a aceptar las garantías que se hubieren emitido conforme a lo dispuesto en los párrafos precedentes, bajo responsabilidad.

Aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada en el plazo establecido en el artículo 39° de la Ley, serán sancionadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Las garantías sólo se harán efectivas por el motivo garantizado.

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 seriedad de oferta.
2. **Garantía de fiel cumplimiento.**
3. Garantía por el monto diferencial de la propuesta.
4. Garantía por adelantos.

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.

Las normas antes citadas, son las referidas a las garantías que entrega el Contratista, ahora es deber señalar el precepto normativo que regula la Ejecución de garantías, así tenemos:

Artículo 164.- Ejecución de garantías

51

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.*

Ahora bien, en contraposición a esta pretensión, en su contestación de demanda, la Entidad manifiesta lo siguiente:

"(...) hemos podido demostrar la existencia de una serie de incumplimientos al contrato, hecho que posibilita que la Entidad pueda -

**Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos**

52

legalmente hablando- proceder a la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y de Adelanto Directo".

Como se advierte, la Entidad estima que le asiste el derecho de ejecutar dichas garantías (Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y de Adelanto Directo) toda vez que habría resuelto debidamente el Contrato materia de Litis (causal 2 del artículo 164 del RLCE).

Cabe resaltar que conforme al artículo 164º, inciso 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado antes acotado, las garantías otorgadas por el Contratista 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.

En ese sentido, el artículo 170º expresa que uno de los efectos de la resolución de contrato podrían ejecutarse las garantías otorgadas por el Contratista acorde con lo siguiente:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados".

Sin embargo, conforme se ha resuelto en el presente laudo, dicha Resolución de Contrato es nula e ineficaz y, por ende, las consecuencias que se pretendan derivar a partir de su emisión.

Dicho esto, la Entidad no podrá ejecutar dichas garantías aduciendo la resolución del Contrato, resolución que no ha operado, manteniéndose a la fecha la obligación del Contratista de mantener vigentes dichas Cartas Fianzas.

Por lo expuesto, se resuelve declarar FUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, correspondiente al Quinto Punto Controvertido, debiéndose indicar que no corresponde que la Entidad ejecute la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 211300686-R7 por la suma de S/. 222,213.10 soles y la Carta Fianza de Adelanto

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

Directo N° 211300719-R8 por la suma de S/. 130,556.17 soles al no haberse resuelto el presente Contrato.

6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad pagar a favor del Contratista la suma de S/. 522,722.91 soles por concepto de mayores gastos generales generados con la aprobación de las ampliaciones de plazo aprobadas y consentidas, y por la cancelación de los gastos generales que incurrió durante el periodo de paralización de obra.

6.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Consorcio Ica Constructores ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

El demandante alega que de acuerdo a lo contemplado en la normativa de contrataciones la sustentación de los mayores gastos generales la cuantificará oportunamente.

Por lo expuesto, el Contratista solicita que se ordene el pago de los mayores gastos generales consentidos por paralizaciones y ampliaciones de plazo por causas ajenas a su representada, los mismos que se cuantificaran oportunamente.

6.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Al respecto, la Entidad demanda expresa que a su contraparte no le asiste ningún tipo de derecho con respecto al presente caso.

En el específico caso de mayores gastos generales generados por la aprobación de las ampliaciones de plazo aprobadas y consentidas, la Entidad considera que las mismas carecen de sustento. En el caso de las paralizaciones, éstas se realizaban por efectos de la naturaleza, sobre la cual ni el Contratista ni la Entidad tenían ningún tipo de injerencia, como es lógico. Siendo esto así, no correspondería pagar la suma que exige el demandante en su demanda.

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

En atención a lo expuesto, la presente pretensión debe ser declarada infundada.

6.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Cabe indicar que en su escrito de Alegatos de fecha 16 de junio de 2015, el Contratista se desistió de la Cuarta Pretensión de su Demanda, que genera el presente punto controvertido, en los siguientes términos:

"Cumplimos con manifestar que nos desistimos de esta pretensión, la misma que será debidamente sustentada en la liquidación que se practique al término de las controversias pendientes por resolver, en razón a que el plazo de caducidad para interponer la solicitud de arbitraje está determinado en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado."

En análisis a este desistimiento, es de verificar este Tribunal Arbitral que, el escrito de fecha 16 de junio de 2015, fue presentado (y suscrito) por el Representante Legal del Consorcio Ica Constructores, el señor Juan Carlos Castillo Sánchez, conforme consta del contrato de constitución de la Empresa.

Que, atendiendo en primer lugar que, este desistimiento fue presentado por persona legitimada para ello, y, en segundo término que éste resulta jurídicamente posible en tanto no afecta los intereses ni derechos de su parte contraria, este Colegiado estima menester tener presente la misma.

Por lo expuesto, se resuelve que CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento al respecto.

7. SEPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Consorcio Ica Constructores abone a favor del Gobierno Regional de Ica una indemnización ascendente a la suma de S/. 1'000,000.00, por los daños y perjuicios ocasionados.

7.1 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

Al respecto, la Entidad alega que su contraparte incumplió con los términos del Contrato, dicha situación no solo ha producido un retraso de las obras sino también un considerable número de familias de la zona se ven perjudicadas con dicha situación.

En palabras del Gobierno Regional de Ica, tal como se puede verificar tanto de las pruebas que obran en autos como por la Información brindada en su contestación, la Entidad refiere que la Resolución de Contrato ha sido realizada de manera correcta y por causas atribuibles al Contratista.

Otra prueba palpable del grave daño y del enorme retraso del Contratista durante la ejecución de la obra consta en el Informe N° 001-2013-CCF de fecha 13 de agosto de 2013.

El Contratista con su actuar ha causado un serio perjuicio de naturaleza material - no construcción de la obra- sino también un serio perjuicio a la buena imagen del Gobierno Regional de Ica dado que la población no cree ya en sus autoridades como consecuencia del actuar de un tercero.

Por todo lo expuesto, la Entidad expresa que su contraparte debe otorgarles una indemnización por los daños y perjuicios causados, la cual asciende a la suma de S/. 1'000,000.00 (Un Millón y 00/100 Nuevos Soles).

7.2 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista señala que su contraparte es el principal causante de las demoras en la ejecución de la obra y del mayor perjuicio ocasionado a los pobladores al no aprobar negligentemente el adicional N° 02 por más de un año, lo que les impidió culminar el acceso derecho, no liberando los terrenos de la margen izquierda por más de un año y ahora pretende trasladar la negligencia e irresponsabilidad de la Entidad en perjuicio del Contratista.

También expresa que lo manifestado por la Entidad es totalmente falso y trata con argumentos inconsistentes trasladar su irresponsabilidad y negligencia reiterada, todo se origina por contratar a profesionales sin experiencia en el diseño de

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

puentes, lo cual se puede comprobar con el adicional N° 01 en el que prácticamente se le corrigió el diseño al proyectista que no tuvo en cuenta que los espesores de planchas que figuraban en los planos no existen en el mercado nacional, como "cotizaron entonces estas planchas", no considero ninguna contraflecha en su diseño en un puente de 45 metros es un pecado capital no considerarlo, tampoco se liberó los terrenos oportunamente en contravención al Artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado que dispone liberar los terrenos previo a la Convocatoria, lo que ocasiono una demora de un año y medio aproximadamente, esto en perjuicio del Contratista y pobladores de la zona.

Asimismo, añaden que es cierta la mala imagen de la Entidad ya que por las mismas causales de malos proyectos no culminaron el puente anterior en la misma vía, los presupuestos mal elaborados no considerando todo lo necesario para lograr el objetivo, pues consideraron equipos sobre oruga pero ni saben que este tiene que trasladarse sobre sus orugas desde la Panamericana hasta la obra lo que es antitécnico y menos consideran el gasto y plazo de esta movilización, entre otras cosas.

Por tales motivos, el Contratista expresa que la solicitud de indemnización solicitada por su contraparte debe ser desestimada por los argumentos expuestos.

7.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En el presente punto controvertido, la Entidad solicita que el Tribunal Arbitral declare que le asiste una indemnización por el monto de S/. 1'000,000.00 (Un Millón y 00/100 Soles) por los daños y perjuicios ocasionados.

Al respecto, dicha parte sustenta su pretensión indicando lo siguiente:

"(...) La Contratista con su actuar ha causado un serio perjuicio de naturaleza material -no construcción de la obra- sino también un serio perjuicio a la buena imagen del GORE ICA dado que la población no cree ya en sus autoridades, como consecuencia del actuar de un tercero.

(...)

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

57

En atención a todo lo antes expuesto, solicitamos al Tribunal que proceda a otorgarnos una indemnización ascendente a la suma de S/. 1,000,000.00 (Un Millón de Nuevos Soles)"

Por lo expuesto, la Entidad refiere que a partir de la Resolución del Contrato (que finalmente no ocurrió) se ha generado en detrimento de la Entidad daños materiales y a su imagen que ascienden a la suma solicitada, sin embargo, únicamente refiere dicha situación sin presentar alguna prueba, estimación o documento que, al menos, intente cuantificar alguno de los daños que alega y que pretende se le cancelen.

Al respecto, siendo que no sólo el hecho generador de la consecución del daño no ha ocurrido (no surtió efectos la Resolución del Contrato realizada por la Entidad), sino que además el daño en sí mismo no ha sido probado o intentado ser probado o estimado, no corresponde reconocimiento alguno por este concepto.

Por lo expuesto, se resuelve declarar INFUNDADO la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, correspondiente al Séptimo Punto Controvertido, por los motivos expuestos.

8. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

8.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El demandante expresa que su representada ha cumplido con sustentar y fundamentar las pretensiones planteadas en su demanda, por lo que corresponde al demandado asumir el pago de los costos y costas del presente proceso arbitral, incluyendo los diversos gastos administrativos, así como el pago de honorarios del abogado y miembros del Tribunal Arbitral ya que conforme se ha demostrado la discrepancia suscitada se ha realizado por responsabilidad de la Entidad.

8.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

Respecto a la presente pretensión la Entidad considera que los gastos de los costos y costas del presente proceso arbitral deben ser asumidos por la parte demandante, en atención a que el proceso arbitral fue iniciado careciendo de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su pretensión.

Tal como se ha demostrado a lo largo de los puntos controvertidos la no culminación del Contrato N° 017-2011-GORE-ICA se debe a la exclusiva responsabilidad del Contratista, situación que no solo trajo consigo el no cumplimiento de la obra, sino también un serio perjuicio económico.

En atención a ello, la Entidad expresa que la presente pretensión debe ser declarada infundada.

8.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

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

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la Incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

59

costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a ello, cabe precisar que mediante Resolución N° 3 el Tribunal Arbitral dispuso que sea el demandante, en su calidad de parte interesada en continuar con el trámite de la demanda, quien cancele en su totalidad los gastos generados por la demanda arbitral. Asimismo, se dispuso mediante Resolución N° 4, que sea la parte demandada, en su calidad de parte interesada en continuar con el trámite de la reconvención, quien cancele en su totalidad los gastos generados por la reconvención.

Siendo ello así, se dispone que cada parte asuma los gastos arbitrales generados con el trámite de la demanda y reconvención, respectivamente.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, dentro del plazo establecido, el Tribunal Arbitral resolviendo en Derecho **LAUDA:**

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda, correspondiente al Primer Punto Controvertido, debiendo declararse nula e ineficaz la Resolución de Contrato efectuado por la Entidad mediante Carta Notarial s/n de fecha 31 de julio de 2013.

SEGUNDO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal, correspondiente al Segundo Punto Controvertido, por las razones expuestas.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda, correspondiente al Tercer Punto Controvertido, debiendo declararse nula el Acta Constatación Física en Obra de fecha 5 de agosto de 2013.

CUARTO.- DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento en cuanto a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda.

QUINTO.- DECLÁRESE FUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la Demanda, correspondiente al Quinto Punto Controvertido, debiéndose indicar que no corresponde que la Entidad ejecute la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento N° 211300686-R7 por la suma de S/. 222,213.10 y la Carta Fianza de Adelanto Directo N° 211300719-R8 por la suma de S/. 130,556.17 al no haberse resuelto el presente Contrato, debiendo mantenerse a la fecha la obligación del Contratista de mantener vigentes dichas Cartas Fianzas, obligación que deberá mantenerse firme mientras se encuentre vigente el Contrato N° 017-2011-GORE-ICA "Construcción del Puente Vehicular Marccarencca Km. 32+000 Ruta I-C 10 EMP.PE.1S Río Grande Pallpa - Ica".

SEXTO.- DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento al respecto en cuanto a la Sexta Pretensión Principal de la Demanda.

SÉPTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADO la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, correspondiente al Séptimo Punto Controvertido, por los motivos expuestos.

OCTAVO.- DÉJESE CONSTANCIA que las pretensiones acumuladas por el Gobierno Regional de Ica presentadas mediante escrito de fecha 10 de diciembre de 2014, fueron archivadas por falta de pago mediante Resolución N° 34, resolución

Laudo Arbitral de Derecho
Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez
Dr. Luis Felipe Pardo Narváez
Dr. Alejandro Acosta Alejos

que quedó consentida para todos los efectos, por lo que **CARECE DE OBJETO** emitir mayor pronunciamiento al respecto.

NOVENO.- DECLÁRESE que la Contratista asuma los costos generados por el trámite de su demanda y la Entidad asuma los costos generados por el trámite de su reconvención.

DÉCIMO.- REMÍTASE un ejemplar del presente Laudo Arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Notifíquese a las partes.


JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ
Presidente del Tribunal Arbitral


LUIS FELIPE PARDO NARVÁEZ

Árbitro


ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS

Árbitro


LUIS ENRIQUE GUERRERO GALLEGOS

Secretario Ad Hoc