

Proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO CUSCO y el GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO
Contrato No. 068-2013-GR-CUSCO/GGR

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

RESOLUCION N° 22

Cusco, 10 de noviembre de 2016.

1. INTRODUCCIÓN.-

LAS PARTES : **CONSORCIO CUSCO** (en adelante, **EL CONSORCIO** o el **DEMANDANTE**)
GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO (en adelante, **LA ENTIDAD** o el **DEMANDADO**).

TRIBUNAL ARBITRAL : **RAÚL BARRIOS FERNÁNDEZ CONCHA**
(PRESIDENTE)
MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
KARINA ZAMBRANO BLANCO

SECRETARÍA ARBITRAL : **CESAR FORENCIO HUALLPA MAMANI**

2. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

El día 04.03.13, el Consorcio Cusco y el Gobierno Regional Cusco suscribieron el Contrato de Obra N° 068-2013-GR/CUSCO/GGR, para la elaboración del Expediente Técnico y ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Obra de Servicio Educativo de la I.E. Primaria N°50504 en la Comunidad de Umuto, Distrito de Ccatcca, Provincia de Quispicanchi, Cusco", en adelante **EL CONTRATO**.

De acuerdo a la Cláusula décimo octava de **EL CONTRATO**, las partes acordaron lo siguiente:

"SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS"

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

"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 179°, 181°, 184°, 199°, 201° y 212° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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.

El Arbitraje o Conciliación será en la ciudad del Cusco"

De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en EL CONTRATO.

3. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Los miembros del Tribunal Arbitral declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.

Asimismo, los árbitros ratificaron su compromiso de desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada, tal como lo dispone el Código de Ética aprobado mediante Resolución No 258-2008-CONSUCODE/PRE y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de junio de 2008.

4. TIPO DE ARBITRAJE.

El 22 de enero de 2015 se llevó a cabo en las oficinas de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE en la ciudad del Cusco, la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

A dicha audiencia asistió en representación del CONSORCIO CUSCO, el Sr. Roque Omar Ibañez Di Liberto. Así mismo, en representación del GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO, el Procurador Público del Gobierno Regional del Cusco, el Abogado Nilo Paravicino Alarcon, quien delegó representación a nombre de la Abogada Paola F. Navia Miranda.

En la referida Audiencia se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO, así como según lo dispuesto por el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho.

5. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.

En la Audiencia de Instalación de Tribunal Arbitral, los miembros del Tribunal Arbitral se ratificaron en su aceptación al cargo para el que fueron nombrados y quedaron firmes las reglas procesales consignadas en dicha acta.

Así, se estableció que, para el presente proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. En caso de insuficiencia de las reglas anteriormente referidas, el Tribunal Arbitral quedaría facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

6. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral declaró abierto el proceso y otorgó al CONSORCIO CUSCO un plazo de veinte (20)

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

días hábiles a fin de que cumpla con formular sus pretensiones y con ofrecer los medios probatorios que las respaldan.

Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2015, el CONSORCIO CUSCO formuló las siguientes pretensiones:

6.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por El CONSORCIO CUSCO

Las pretensiones planteadas por EL DEMANDANTE son las siguientes:

1. *Se declare la validez de la Carta N° 03/cc de fecha 11.08.14, entregada notarialmente el 12.08.14, por la cual el contratista al amparo del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolvió el Contrato N° 068-2013-GR/CUSCO/GGR, para la elaboración de expediente técnico y ejecución para la obra: "MEJORAMIENTO DE LA OBRA DE SERVICIO EDUCATIVO DE LA I.E PRIMARIA N°50504 EN LA COMUNIDAD DE UMUTO, DISTRITO DE CCATCCA, PROVINCIA DE QUISPICANCHI, CUSCO LICITACIÓN PUBLICA N°055-2012-GR CUSCO BAJO EL ÁMBITO DEL D.U. N°016-2012".*
2. *Se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N°045-2014-GR CUSCO/GGR, recepcionada el día 20.08.14, por la cual la Entidad al amparo del artículo 40° de la Ley De Contrataciones Del Estado y El Art. 169° del Reglamento De La Ley De Contrataciones Del Estado, resuelve el CONTRATO N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.*
3. *Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la resolución del contrato comunicada con CARTA N°03/CC de fecha 11.08.14, entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista; en consecuencia, se ordene el pago del monto ascendente a S/. 373,493.42 (TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL CUATROSCIENTOS NOVENTA Y TRES CON 42/100 NUEVOS SOLES) de conformidad con el art. 170° y 209° del Reglamento De La Ley De Contrataciones Del Estado.*
4. *Se reconozca y ordene el pago del 50% de la utilidad prevista por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la resolución del contrato*

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco





comunicada con CARTA N°03/CC de fecha 11.08.14, entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista; en consecuencia, se ordene el pago del monto de S/. 151,501.63 (CIENTO CINCUENTA Y UN MIL QUINIENTOS UNO CON 63/100 NUEVOS SOLES) de conformidad con el art. 209° del Reglamento De La Ley De Contrataciones Del Estado.

5. La obligación por parte de la Entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado.) Y costas (gastos del proceso: honorarios del Tribunal Arbitral Y De La Secretaria Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su pago.
6. Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, al haberse excedido los plazos contractuales, la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969° Y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección, por el monto de S/. 124 756.87 (CIENTO VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS CON 87/100 NUEVOS SOLES).

Fundamentos de hecho de la demanda.

Respecto la primera pretensión principal.

Que a continuación se transcribe.

- 

- A) Que habiéndose firmado el Contrato de Obra N°068-2013-GR/CUSCO/GGR el día 04.03.13, para la elaboración del expediente técnico y ejecución de la Obra: "Mejoramiento de la Obra de Servicio Educativo de la I.E. Primaria N°50504 en la Comunidad de Umuto, Distrito de Ccatcca, Provincia de Quispicanchi, Cusco"; así debe tenerse en cuenta que el contrato consigna dos (02) fases para el cumplimiento del contrato y de las condiciones de inicio de la obra; por un lado, la Fase 1 (Plazo de Elaboración del Expediente Técnico), donde su plazo de elaboración se iniciará de conformidad con la entidad, tras la entrega del terreno conforme Acta del día 13.03.13 y su término con la conformidad del Expediente Técnico con Resolución Ejecutiva Regional N°2031-2013-GR CUSCO/PR, recepcionada el 08.01.14, lo cual constituye el inicio de la Fase 2 (Plazo de Ejecución de Obra, Implementación y Capacitación).
- 


Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

De esta forma, conforme las Bases Integradas (Capítulo VII) y el Contrato de Obra (Clausula Quinta –punto 5.2-) se establece que el plazo de inicio de ejecución de obra empieza a regir una vez aprobado el expediente técnico bajo Resolución Ejecutiva Regional y con el cumplimiento de las condiciones de inicio de obra conforme el Art. 184° del RLCE.

"Artículo 184°.- Inicio del plazo de ejecución de obra El inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;*
- 2. Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;*
- 3. Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;*
- 4. Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;*
- 5. Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidades establecidas en el artículo 187°.*

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

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

*Si la entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 169°.
(...)"*

Que, teniéndose en consideración lo establecido en el Art. 184° se solicita el pago del Adelanto Directo con Carta N°02-2014/CSGMGJ, en tanto otorgamiento fue considerado tanto en las Bases (Capítulo 2.3.8) como en el contrato (Clausula Novena), habiendo sido solicitado conforme lo establecido en el Art. 187° del RLCE -Entrega del Adelanto Directo-, como consta en nuestra Carta N°02-2014/CSGMGJ, recepcionada con fecha 16.01.14, en la cual se adjunta la carta fianza respectiva y el comprobante de pago de conforme el Art. 187° del RLCE. De esta forma, habiéndose cumplido con solicitar el adelanto directo debe entenderse que la entidad debe cumplir con su entrega, en las condiciones y oportunidades establecidas en la ley, para

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

que pueda iniciarse el plazo de ejecución de la obra. Así, el RLCE establece en razón del Art. 187° lo siguiente:

"Artículo 187°.- Entrega del Adelanto Directo.

En el caso que en las Bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondiente, vencido dicho plazo no procederá la solicitud. La Entidad debe entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación. En el caso que las Bases hubieran previsto entregas parciales del adelanto directo, se considerará que la condición establecida en el inciso 5) del artículo 184° se dará por cumplida con la entrega del primer desembolso".

De esta forma, no habiéndose entregado el adelanto directo, el Contratista remite la Carta N°18-2014 RIDL/CC0-2014/CC, recepcionada el 23.01.14, a fin de recordar a la entidad que el plazo máximo para la entrega era ese mismo día, siendo recibida a las 10:42 am de este mismo día, advirtiendo las consecuencias ante el incumplimiento; no obstante ello, ante el incumplimiento de la Entidad, nuestra representada con Carta Notarial N°02/CC del 02.06.14 solicita la entrega del adelanto directo bajo apercibimiento de resolver el contrato, otorgando el plazo de 15 días. Así, ante el incumplimiento resolvemos el contrato con Carta Notarial N°03/CC del 11.08.14, recepcionada el 12.08.14, conforme el Art. 169° del RLCE.

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

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

(...)

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

(...) Si la entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 169°. (...)"

"Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

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

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

En el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del SEACE.

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

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

Que, conforme se dejó constancia, la Entidad no cumplió con la entrega del adelanto directo y por esta razón, no se puede dar inicio al plazo de ejecución de la obra; no obstante ello, la Entidad nos remite Carta Notarial N°045-2014-GR CUSCO/GGR, recepcionada el 20.08.14, donde desestima nuestra Carta N°03/CC del 11.08.14 (resolución de contrato) y arbitrariamente resuelve parcialmente el contrato - por incumplimiento del plazo de ejecución de inicio de la obra -, indicando además que hemos actuado de manera contraria al Principio de Razonabilidad, lo cual es errado en tanto el objeto del contrato no ha perdido su carácter de razonabilidad y lo que se ha dado es el incumplimiento al contrato firmado lo que impide el cumplimiento de su finalidad (objeto) por responsabilidad de la Entidad. Por tanto, rechazamos la referencia a un actuar temerario por nuestra parte, cuando pese a los avisos y con conocimiento de la norma especial, la Entidad no ha cumplido con sus obligaciones para dar inicio a la ejecución de la obra, siendo la entrega del

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

adelanto directo una condición necesaria, conforme lo establecían las Bases, el contrato y la norma especial, tras nuestra solicitud; quedando bajo la responsabilidad de la Entidad su cumplimiento, hecho que no se realizó. De esta forma, conforme el Art. 169° del RLCE presentamos nuestra solicitud de arbitraje Carta N°063/CS, de fecha 20.08.14.

Así, se levantó el Acta de Contratación Física y de Materiales al 20.08.14, sin la participación de la Entidad, dejándose constancia en el acta que nunca se dio el inicio de la obra.

Por tanto, se debe declarar fundada nuestra pretensión en razón de la validez de nuestra resolución de contrato.

Respecto la segunda pretensión principal.

Que a continuación se transcribe.

- B) *Que, la entidad actúa de una forma arbitraria al resolver el contrato conforme se indica con su Carta Notarial N°045-2014-GR CUSCO/GGR, recepcionada el 20.08.14, donde desestima nuestra Carta N°03/CC del 11.08.14 (resolución de contrato), el mismo día que se debió de dar la diligencia de Constatación Física y de Materiales, en razón de la supuesta demora en el plazo para ejecutar la obra, atribuyéndonos que la obra no ha tenido inicio formal por inacción técnica, desestimándose nuestra resolución e indicando que cuentan con disponibilidad presupuestal y que no se tiene cuaderno de obra ni avances en los trabajos, lo cual desestimamos pues no se cumplieron con las condiciones para el inicio del plazo de ejecución de la obra, siendo la entrega de Adelanto Directo una condición establecida en las Bases y el contrato, la cual debía de cumplirse una vez aprobado el Expediente Técnico, mediante Resolución Ejecutiva Regional N°2031-2013-GR CUSCO/PR, recepcionada el 08.01.14, para dar inicio del plazo de ejecución de la Fase 2 del contrato (Plazo de Ejecución de Obra, Implementación y Capacitación).*

En este sentido, conforme lo indicado, nuestra representada ha cumplido con sus obligaciones contractuales, siendo impreciso lo argumentado por la Entidad

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

al indicar que existe una acumulación del monto máximo de penalidad por mora, cuando se tiene claro que NO SE DIO INICIO AL PLAZO DE EJECUCION DE LA OBRA.

Por lo tanto, vuestro Tribunal debe de tener como fundada nuestra pretensión y declarar la nulidad y/o ineficacia de la resolución de contrato efectuada por la Entidad.

Respecto la tercera pretensión principal.

Que a continuación se transcribe.

- C) *Que, habiéndose demostrado la validez de la resolución de contrato planteada por el Contratista, debemos tener en cuenta que un efecto de la resolución de contrato cuando es realizada por el Contratista es el reconocimiento de la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados en favor de quien ha sufrido perjuicio.*

Así, se ha dejado constancia que la Entidad no ha cumplido con sus obligaciones contractuales establecidas en las bases y el contrato, lo cual nos ha obligado a tener que resolver el contrato al no cumplirse con la entrega del adelanto directo, pese a haberse solicitado conforme a ley.

Por ello, nos corresponde el reconocimiento de los efectos de la resolución siendo el pago de la indemnización conforme el Art. 170° y 209° del RLCE.

"Artículo 170° Efectos de la resolución

(..)

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (..)".

Respecto la cuarta pretensión principal.

Que a continuación se transcribe.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

D) Que, habiéndose demostrado la responsabilidad en la entidad para el cumplimiento de las condiciones para el inicio del plazo de ejecución del contrato y habiéndose resuelto el contrato de forma válida por causa atribuible a esta, entendemos que corresponde se realice el pago a favor del contratista por el 50 % de la utilidad prevista, sobre el saldo de obra que resta ejecutar; es decir, sobre la Fase 2 del contrato de conformidad con el Art. 209° del RLCE.

"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. (...)

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. (...)"

Respecto la quinta pretensión principal.

Que a continuación se transcribe.

E) Que, hemos dejado constancia que nuestra representada ha comunicado y ha expuesto en cada solicitud dirigida a la Entidad, sus fundamentos legales y en virtud del contrato y las Bases, no teniendo respuesta alguna, lo cual constituye la razón de nuestras pretensiones que conforme los fundamentos expuestos, deben declararse fundadas y se ordene el pago de estas; así como, se reconozca la obligación por parte de la entidad al pago de costas y costos, al tener responsabilidad en el inicio de las controversias.

Respecto la sexta pretensión principal.

Que a continuación se transcribe.

F) Queda plenamente demostrado que la Entidad Contratante, obra de manera incorrecta y sin sustento legal ni técnico, al resolver el contrato de forma arbitraria frente a la resolución de contrato efectuada válidamente por nuestra representada, sin un fundamento legal válido, emitido en la misma fecha del

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

levantamiento del acta de Constatación Física y de Materiales, esperando que desistiéramos en nuestro derecho de reclamar por un hecho injusto, negándose en todo momento a solucionar nuestras controversias, cuya responsabilidad total es de la Entidad Contratante.

6.2 Admisión de la demanda presentada por el CONSORCIO CUSCO.

Mediante Resolución N° 2 de fecha 03 de marzo de 2015, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda interpuesta por el CONSORCIO CUSCO, corriendo traslado de la misma al GOBIERNO REGIONAL CUSCO, para que en el plazo de veinte (20) días hábiles cumpla con contestarla. De igual manera, tuvo por ofrecidos los medios probatorios consignados en el escrito de demanda.

6.3 Posición del GOBIERNO REGIONAL CUSCO:

Mediante escrito presentado con fecha 09 de junio de 2015, el GOBIERNO REGIONAL CUSCO, cumplió con contestar la demanda sustentando su posición en base a los siguientes argumentos:

Respecto de la primera pretensión del demandante.

Que a continuación se transcribe.

1. *Al respecto dicha carta NO TIENE EFICACIA LEGAL en vista de que es una carta simple que ingreso a la Entidad en fecha 12 de agosto del 2014 con registro N°12748 y de acuerdo al Artículo 169° el procedimiento de Resolución del contrato es mediante CARTA NOTARIAL y no carta simple como quiere hacer consentir el contratista.*
2. *Así mismo no habiéndose dado INICIO FORMAL de obra respecto de los alcances del Artículo 184° del RLCE; se advierte que NO SE AMERITA RECONOCER CONSTATACIÓN FISICA DE OBRA Y MATERIALES citada para el día 20 de agosto a horas 10:00 am.; mucho menos participar en ella, llamándonos la atención el actuar*

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

temerario del Contratista pues al no iniciarse la obra, no se cuenta con cuaderno de obra; mucho menos avance físico de la misma por lo que nos extraña su procedencia, hechos que se ratifican con la Constatación Notarial instada por el Contratista, la cual hacemos nuestra en lo referente a (...) no se realizó demolición alguna de las instalaciones el mismo; no se aprecia maquinaria, obras provisionales, tampoco existe local asignado a la Empresa para que hagan uso de él, mucho menos se puede realizar una constatación del Inventario de obra porque no existen evidencias e inicio de obra (...), resulta un imposible jurídico de resolver lo que no se inició por ineficiencia técnica del contratista por tanto esta pretensión deviene en IMPROCEDENTE.

Respecto de la segunda pretensión del demandante:

Que a continuación se transcribe.

3. *Al respecto dicha Carta Notarial fue emitida con todas las formalidades de Ley, de acuerdo al procedimiento de Resolución de Contrato Art. 169° (...) 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 resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso bastará comunicar al contratista mediante Carta Notarial la decisión de resolver el contrato. Es así que resolvimos el contrato en forma parcial en vista de que ya se tiene aprobado el Expediente Técnico, por tanto, esta pretensión deviene en INFUNDADA.*

Respecto de la tercera pretensión del demandante:

Que a continuación se transcribe.

4. *Al respecto el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que, en caso de incumplimiento del contratista de alguna de*

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

sus obligaciones, la Entidad puede resolver el contrato de forma total o parcial, correspondiéndole el mismo derecho al contratista ante el incumplimiento por parte de la Entidad de sus obligaciones esenciales. Cuando el incumplimiento sea imputable a alguna de las partes, la parte que incumplió debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley, por tanto, esta pretensión deviene en **INFUNDADA**.

Respecto de la cuarta pretensión del demandante:

Que a continuación se transcribe.

5. Al respecto debemos manifestar que como lo indica el propio contratista la ejecución de la obra no se ejecutó, NO SE TIENE INICIO DE OBRA entonces de que utilidad podemos hablar, es por eso que la ENTIDAD RESOLVIO EN FORMA PARCIAL EL CONTRATO. Por lo tanto, el artículo mencionado no es aplicable al presente caso, por tanto, esta pretensión deviene en **INFUNDADA**, por no tener asidero legal.

Respecto de la quinta pretensión del demandante:

Que a continuación se transcribe.

6. Las costas y costos del proceso deben ser asumido en su totalidad por el contratista, quien con su proceder malintencionado está generando este proceso de arbitraje; por lo tanto, deviene en **INFUNDADA** su pretensión.

Respecto de la sexta pretensión del demandante:

Que a continuación se transcribe.

7. Al respecto el Contratista NO HA PROBADO FEHACIENTEMENTE SOBRE EL DAÑO EMERGENTE, por lo tanto deviene en **INFUNDADA** su pretensión, toda vez quien aduce daño debe probarlo en concordancia con la Opinión N°77-2010-DTN sobre Resolución de

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

Contrato del cual se extrae lo siguiente, en relación con lo anterior, cabe precisar que el segundo párrafo del Artículo 44° de la Ley establece que "Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios". En esa medida, cuando el contrato es resuelto debido al incumplimiento de una de las partes, la parte perjudicada tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por su contraparte. Para tal efecto, la parte perjudicada debe probar la existencia de los daños y perjuicios sufridos, así como su cuantía, conforme a lo establecido en el Artículo 1331° del Código Civil.

6.4 Reconvencción formulada por el GOBIERNO REGIONAL CUSCO

6.4.1 Pretensiones formuladas en la Reconvencción:

Mediante el mismo escrito LA ENTIDAD formuló RECONVENCIÓN basándose en las siguientes pretensiones que se transcriben a continuación:

1. *Que se declare la nulidad y/o ineficacia de la Carta N°03-CC, presentada por Consorcio Cusco, recepcionada en fecha 12 de agosto del 2014, mediante la cual el Contratista Resuelve el Contrato.*
2. *Se declare la total y plena validez de la Carta Notarial N°045-2014 – GR-CUSCO/GGR, que Resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.*
3. *Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios irrogados a la Entidad y los directos beneficiarios del PIP; de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley; hasta por el monto de S/. 363,604.92 que se originaron por el incumplimiento por parte del Consorcio Cusco de sus obligaciones esenciales.*

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

4. *Que el Tribunal Arbitral Ordene al Consorcio Cusco pagar las costas y costos del presente Proceso de Arbitraje.*

6.5. Mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de junio de 2015, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) Tener por apersonada a la Procuraduría del Gobierno Regional Cusco y por señalado su domicilio procesal, que es el mismo que ha venido señalando en anteriores escritos; (ii) se tiene presente el "PRIMER OTROSI DIGO" del escrito de Vistos 2); (iii) se tiene presente el "PRIMER MAS DIGO" del escrito de Vistos 2); (iv) se admite la Demanda Reconvencional y se corre traslado al Consorcio para que exprese lo que corresponda a su posición dentro del plazo de veinte (20) días hábiles, siguientes a la notificación del presente; (...)

6.6. Mediante escrito de fecha 17 de julio de 2015, el CONSORCIO CUSCO cumplió con absolver el mandato conferido mediante Resolución N° 05 de fecha 18 de junio de 2015.

6.7. Mediante Resolución N° 07 de fecha 27 de julio de 2015, el Tribunal Arbitral resolvió: (...) (iii) Tener por presentado el escrito de Vistos 3) presentado por el demandante Consorcio Cusco; por absuelta la reconvención, por ofrecidos los (01) medios probatorios y agregar al expediente los anexos que se acompañan.

7. **DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-**

7.1. En atención a las pretensiones planteadas en el escrito de Demanda y Reconvención, el Tribunal Arbitral procede a fijar los puntos controvertidos mediante resolución N° 12 para que las partes en un plazo de diez (10) días hábiles de notificado, expresen lo que corresponda a su derecho respecto de los puntos controvertidos formulados por el Tribunal Arbitral.

7.2. **Determinación de Puntos en Controversia:**

Que mediante resolución N° 13 el Tribunal Arbitral, ratifica los puntos

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

controvertidos formulados mediante resolución N° 12, siendo que estas no fueron materia de oposición alguna de parte del Demandante y el Demandado resultando como puntos controvertidos del presente proceso, los siguientes.

Puntos Controvertidos de la demanda presentada por Consorcio Cusco:

1. Determinar si corresponde o no declarar la validez de la carta N°03/CC de fecha 11.08.14 entregada Notarialmente el 12.08.14 por la cual el contratista al amparo del Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolvió el contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR, para la elaboración de expediente técnico y ejecución para la obra. "Mejoramiento de la Obra de servicio educativo de la I.E. primaria N°50504 en la Comunidad de Umuto, distrito de Ccatcca, provincia de Quispicanchis, Cusco Licitación Publica N°055-2012-GR CUSCO, bajo el ámbito del D.U. N°016-2012.
2. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N°045-2014-GR CUSCO/GGR, recepcionada el día 20.08.2014, por la cual la Entidad al amparo del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.
3. Determinar si corresponde o no declarar el pago por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la Resolución del contrato comunicada con carta N°03 de fecha 11.08.14 entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista; en consecuencia, se ordene el pago del monto ascendente a S/. 373,493.42 (Trescientos setenta y tres mil cuatrocientos noventa y tres con 42/100 Nuevos Soles) de conformidad con el art. 170° y 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
4. Determinar si corresponde o no declarar el pago del 50% de la utilidad prevista por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

efecto de la Resolución del contrato comunicada con Carta N°03/CC de fecha 11.08.14, entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista, en consecuencia, se ordene el pago del monto de S/. 151,501.63 (ciento cincuenta y un mil quinientos uno con 63/100 Nuevos Soles) de conformidad con el art. 209° del Reglamento de la ley de Contrataciones el Estado.

5. Determinar si corresponde o no el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, al haberse excedido los plazos contractuales, la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección, por el monto de S/. 124,756.87 (Ciento veinticuatro mil setecientos cincuenta y seis con 87/Nuevos Soles).

Puntos Controvertidos de la Reconvención presentada por el Gobierno Regional de Cusco:

1. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N°03-CC, presentada por Consorcio Cusco, recepcionada en fecha 12 de agosto del 2014, mediante la cual el Contratista Resuelve el Contrato.
2. Determinar si corresponde o no declarar la total y plena validez de la Carta Notarial N°045-2014 – GR-CUSCO/GGR, que Resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.
3. Determinar si corresponde o no declarar el pago por los daños y perjuicios irrogados a la Entidad y los directos beneficiarios del PIP; de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley; hasta por el monto de S/.363,604.92 que se originaron por el incumplimiento por

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

parte del Consorcio Cusco de sus obligaciones esenciales.

Punto controvertido en común:




1. Determinar el modo en el que las partes deberán asumir los costos y costas del proceso arbitral.

7.3 Admisión de Pruebas:

Mediante Resolución N° 12 se determinan los Puntos Controvertidos, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas:

1. En cuanto al Consorcio Cusco, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos en su escrito de Demanda y signados con los numerales 5.1 al 5.16 (acápite 5. MEDIOS PROBATORIOS).
2. De igual manera, respecto al Gobierno Regional Cusco el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos en su escrito de Contestación de Demanda y Reconvención, invocando el principio de adquisición procesal las pruebas presentadas por el Demandante y entre ellos signados con los numerales 1 al 3 (acápite PRIMER MAS DIGO), así como las pruebas ofrecidas para el sustento de la reconvención, (acápite ANEXOS Y MEDIOS PROBATORIOS).

8 ALEGATOS ESCRITOS E INFORME ORAL.-

- 
- 
- 8.1 Mediante Resolución N°14 de fecha 13.06.16 el Tribunal Arbitral consideró pertinente dar por concluida la etapa probatoria y conceder a las partes de plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus respectivos alegatos escritos. Y disponer de oficio, la celebración de la audiencia única de ilustración e informes orales para el día viernes 01 de Julio del 2016 a horas 12:00 pm en la sede del tribunal arbitral sito en la oficina 101 del Jr. Cuba I-12-B de la Urb. Quispicanchis Cusco."
- 

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

- 8.2 Mediante Resolución N°16 de fecha 28.06.16 el Tribunal Arbitral suspendió la celebración de la audiencia única de ilustración e informes orales del viernes 01 de Julio del 2016 a horas 12:00 pm y en consecuencia se reprogramo la misma, para el día viernes 15 de julio del 2016 a horas 12:00 pm en la sede del tribunal arbitral sito en la oficina 101 del Jr. Cuba I-12-B de la Urb. Quispicanchis Cusco. Así mismo, otorgo a las partes el plazo de diez (10) días hábiles; de estimarlo conveniente; cumplan con presentar sus alegatos escritos.
- 8.3 Mediante escrito presentado con fecha 14.07.16, el Consorcio Cusco cumplió con presentar sus alegatos escritos.
- 8.4 Mediante escrito presentado con fecha 14.07.16, el Gobierno Regional Cusco cumplió con presentar sus alegatos escritos.
- 8.5 Mediante Resolución N° 18 de fecha 15.07.15, el Tribunal Arbitral resolvió: (i) Tener por presentados los alegatos escritos tanto por el Consorcio Cusco como por el Gobierno Regional Cusco.
- 8.6 Con fecha 15.07.15, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales. En dicho acto, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra a los representantes de las partes. Posteriormente, los árbitros formularon preguntas relacionadas con la materia controvertida, las mismas que fueron absueltas por las partes.
- Así mismo, el Tribunal Arbitral en uso de sus facultades, dispuso que el Consorcio Cusco, exhiba la copia certificada de la Carta Notarial N°03 de fecha 20.08.14 y una certificación del notario que efectivamente se notificó dicha carta notarial, del mismo modo se requirió a ambas partes, alcancen una copia de las Bases Integradas; otorgándose el plazo de cinco (05) días hábiles para su cumplimiento; sin perjuicio de que las partes presenten documentación que estimen pertinente; con lo que concluyo el presente informe oral.
- 8.7 Mediante Resolución N°20 de fecha 18 de agosto del 2016, el Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta que no existían actuaciones pendientes de realizar, dispuso el cierre de la instrucción y fija el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles,

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

con reserva de prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales, de ser el caso.

- 8.8 Mediante Resolución N°21 de fecha 27 de setiembre del 2016, el Tribunal Arbitral, dispuso prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales para la emisión del laudo arbitral.

9 CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente arbitraje se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de fecha 22 de enero de 2015; iii) que, el DEMANDANTE presentó su escrito de demanda y su escrito de contestación a la reconvención dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte el DEMANDADO fue debidamente emplazado, contestando la demanda y la formulando reconvención dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios.

Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que los puntos controvertidos podrán ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el tribunal respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo No 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de fecha 30/11/87) (1)

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

10 ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

Que, el presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto a la ejecución del Contrato N° 068-2013-GR CUSCO/GGR para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: Mejoramiento de la Oferta de Servicio Educativo de la I.E. Primaria N° 50504 en la Comunidad de Umuto, Distrito de CCatcca, provincia de Quispicanchi, Cusco (CONTRATO).

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

El Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido en la Resolución N° 12 de fecha 11 de enero de 2016.

Que, para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba, dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada; para lo que este colegiado procede a analizar y resolver los puntos controvertidos:

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA PRESENTADA POR CONSORCIO CUSCO:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la validez de la carta N°03/CC de fecha 11.08.14 entregada Notarialmente el 12.08.14 por la cual el contratista al amparo del Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolvió el contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR, para la elaboración de expediente técnico y ejecución para

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

la obra. "Mejoramiento de la Obra de servicio educativo de la I.E. primaria N°50504 en la Comunidad de Umuto, distrito de Ccatcca, provincia de Quispicanchis, Cusco Licitación Publica N°055-2012-GR CUSCO, bajo el ámbito del D.U. N°016-2012".

1.1. En relación al presente punto controvertido, este Tribunal determina que se deberá realizar un análisis si la resolución del contrato realizada por el contratista ha cumplido con lo establecido en el artículo 40° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE), así como, determinar si la resolución en mención cumple con lo establecido en el artículo 169° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RLCE).

1.2. En ese sentido, el inciso c) del artículo 40° de la LCE, señala:

"Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento".

1.3. El artículo glosado determina que la potestad resolutoria para el caso del contratista se limita a que solo puede resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

- 1.4. Las obligaciones esenciales son *aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte*; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, *es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato*².
- 1.5. Es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, *pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas*³.
- 1.6. Dentro de estas últimas tenemos que por ejemplo, el penúltimo párrafo del artículo 184° del RLCE, establece que *si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior de acuerdo a lo señalado en el artículo 169°*.
- 1.7. Lo expuesto, permite determinar que las condiciones establecidas en el artículo 184° del RLCE son consideradas como obligaciones esenciales por parte de la entidad, siendo que su incumplimiento faculta al contratista a resolver el contrato.
- 1.8. En el presente caso, se tiene que en fecha 04 de marzo de 2013, las partes del presente proceso suscribieron el Contrato N° 068-2013-GRCUSCO/GGR, el cual, tenía por objeto la elaboración de expediente técnico y ejecución de la obra "Mejoramiento de la Oferta de Servicio Educativo de la I.E. Primaria N° 50504 en la comunidad de Umuto, Distrito de Ccatcca, Provincia de Quispicanchi, Cusco". Es de

² Opinión N° 027-2014/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

³ *Ibidem*.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

establecer que la contratación se dio bajo la modalidad de concurso oferta.

1.9. En el marco de ejecución del contrato en mención, se tiene que el contratista presentó el expediente técnico, el cual, fue aprobado por la Entidad mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 2031-2013-GR CUSCO/PR de fecha 29 de noviembre de 2013, la cual, fue notificada al representante del contratista en fecha 08 de enero de 2014, conforme se aprecia de los medios probatorios aportados por la demandante como anexo D, fecha que no ha sido cuestionada ni desvirtuada por la Entidad.

1.10. Asimismo, es de tener en cuenta que conforme se tiene de los medios probatorios aportados por la demandante como anexo C, se aprecia el Acta de Entrega de Terreno de fecha 13 de marzo de 2013, la cual, ha sido suscrita por las partes.

1.11. Al respecto, el primer párrafo del artículo 184° del RLCE, establece las siguientes condiciones:

- Que se designe al inspector o al supervisor, según corresponda;
- Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo;
- Que la Entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra;
- Que la Entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las Bases, hubiera asumido como obligación;
- Que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187°.

1.12. Es de tener en cuenta que el numeral 5.2 de la cláusula quinta del Contrato N° 068-2013-GR CUSCO/GGR suscrito por las partes, señala: "El contratista deberá ejecutar la obra, materia del contrato,

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

previa aprobación del expediente técnico con Resolución Ejecutiva Regional, cuyo plazo de ejecución se computará a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

- 1.13. En atención a lo expuesto, se tiene que se realizó la entrega de terreno y se aprobó el expediente técnico, habiéndose cumplido algunas de las condiciones antes señaladas.
- 1.14. Particularmente, se tiene que el tema fondo radica en la solicitud de adelanto directo que solicitó el contratista en fecha 16 de enero de 2014 y que no fue atendida por la Entidad en su oportunidad incluso habiendo pasado más de 6 meses.
- 1.15. Sobre el particular, la Entidad ha señalado como argumento de defensa que la solicitud de adelanto directo en mención no cumplía con las condiciones establecidas en las bases y por lo tanto, no justificaba la resolución de contrato realizada por el contratista.
- 1.16. En relación a ello, debe tenerse presente que las bases consideran el adelanto directo tanto para la etapa de elaboración del expediente técnico como para la de ejecución de la obra, habiéndose aprobado el expediente técnico, se evidencia que la solicitud de adelanto directo realizada por el contratista era para la etapa de ejecución de obra.
- 1.17. De la revisión de las bases administrativas del proceso de selección objeto del presente proceso, se tiene que en la sección específica, ítem 2.9.1., señalan:
- *“La Entidad otorgará dos adelantos directos por el 20% del monto del contrato original. La entidad entregará al contratista dentro de los siete (7) días naturales de presentada formalmente la solicitud por escrito, adjuntando la correspondiente garantía y el comprobante de pago correspondiente, el adelanto hasta por el*

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

veinte por ciento (20%) del monto del contrato original, siempre que haya sido solicitado por el contratista dentro de los ocho (8) días siguientes de la suscripción del contrato".

1.18. Lo glosado permite establecer que para efecto de considerar válida la solicitud de adelanto directo, ésta debe cumplir lo siguientes requisitos:

- Solicitud de adelanto hasta por el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original.
- Se adjunte la correspondiente garantía y el comprobante de pago correspondiente.
- Se solicite dentro de los ocho (8) días siguientes de la suscripción del contrato.

1.19. De la evaluación de la solicitud de adelanto directo presentada por el contratista en fecha 16 de enero de 2014, se tiene que fue presentada luego de 8 días de habersele notificado la resolución que aprobó el expediente técnico, lo que determina que lo hizo dentro del plazo establecido en las bases, dado que, ya se encontraban en la etapa de ejecución de la obra, los plazos se contabilizarían desde la aprobación del expediente técnico, no siendo aplicable contabilizar desde la suscripción del contrato, toda vez, que al ser un contrato bajo la modalidad de concurso oferta, primero se debía elaborar el expediente técnico y tener su aprobación para poder recién pasar a la ejecución de la obra.

Asimismo, se tiene que la solicitud acompañó la garantía correspondiente y el comprobante de pago respectivo.

Punto importante, es el referido al monto de la solicitud del adelanto, es de señalar que las bases administrativas claramente señalan que la solicitud era hasta por el 20% del monto del contrato original, es decir, no es condición en las bases que el contratista requiera el 20% total,

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

pudiendo haber requerido un monto menor o igual que quedaba a sola discreción del contratista.

En atención a lo expuesto, se evidencia que la solicitud de adelanto directo presentada por el contratista cumplía con las condiciones establecidas en las bases.

- 1.20. Ahora, es de señalar que en el supuesto negado de que la solicitud en mención no hubiera cumplido con las condiciones señaladas en las bases, la Entidad tenía la obligación de rechazar la solicitud y notificar de dicha decisión al contratista mediante conducto regular y dentro del plazo de 7 días calendario, situación que no ha sucedido en el presente caso.
- 1.21. En esta línea, la solicitud de adelanto directo ha cumplido con lo señalado en las bases, por lo que, la Entidad debía cumplir con entregar el mismo en el plazo de 7 días, situación que no se dio, incluso pasaron más de 6 meses y la Entidad no cumplía con la entrega del adelanto.
- 1.22. Conforme se tiene del artículo 184° del RLCE, las condiciones establecidas en el indicado articulado deben cumplirse dentro del plazo de 15 días, de no cumplirse las mismas, la norma faculta al contratista a iniciar el procedimiento de resolución del contrato.
- 1.23. Es de recalcar, que la Entidad tampoco ha acreditado que haya designado al supervisor o inspector para la obra, situación que conllevaría otro incumplimiento de las condiciones establecidas por el artículo 184° del RLCE, que constituye un incumplimiento de obligaciones esenciales.
- 1.24. Todo lo hasta aquí expuesto, determina que la Entidad incumplió sus obligaciones esenciales contenidas en el artículo 184° del RLCE, por lo que, la resolución del contrato realizada por el contratista se encuentra sustentada en el RLCE.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

- 1.25. Ahora, corresponde evaluar si la resolución del contrato en cuestión cumple con lo establecido en el artículo 169° del RLCE, en ese sentido, el artículo en cuestión señala:

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

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

- 1.26. De la revisión de los medios probatorios aportados por la demandante se tiene que mediante Carta N° 02-CC de fecha 23 de julio de 2014, el contratista apercibió a la Entidad para que en el plazo de 15 días cumpla con la entrega del adelanto directo, dicha carta ha sido diligenciada por conducto notarial.

- 1.27. Asimismo, se tiene que mediante Carta N° 03-CC de fecha 12 de agosto de 2014, ante el incumplimiento de la entrega del adelanto directo, el contratista procede a resolver el contrato, advirtiéndose que esta carta ha sido diligenciada mediante conducto notarial, por lo que, se ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 169° del RLCE.

- 1.28. Es de advertirse que la Entidad no ha cuestionado ni desvirtuado lo expuesto. En consecuencia, se tiene que la resolución del contrato realizada por el contratista es válida y eficaz, debiéndose declarar fundada la pretensión incoada.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N°045-2014-GR CUSCO/GGR, recepcionada el día 20.08.2014, por la cual la Entidad al amparo del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.

- 2.1. Conforme se ha desarrollado precedentemente se ha determinado que la Entidad ha incumplido sus obligaciones esenciales establecidas en el artículo 184° del RLCE.
- 2.2. De la revisión de la Carta Notarial N° 045-2014-GR CUSCO/GGR recibida por el Contratista en fecha 20 de agosto de 2014, se tiene que la Entidad basa su decisión de resolver el contrato en la aplicación de penalidades que alcanzaron el 10% del monto del contrato, toda vez, que el contratista no habría iniciado la ejecución de la obra a pesar de haber transcurrido un plazo considerable de tiempo.
- 2.3. En atención a ello, se tiene que en principio el contratista no pudo iniciar la ejecución de la obra, dado que, la Entidad no cumplió con las condiciones establecidas en el artículo 184° del RLCE, por lo que, la no ejecución de la obra es únicamente imputable a la Entidad.
- 2.4. Asimismo, si bien las penalidades se aplican por el solo hecho de la ocurrencia que determina la configuración del incumplimiento y la imposición de su sanción respectiva, esta debe ser debidamente identificada y encontrarse individualizada en un informe.
- 2.5. La Carta materia de resolución por parte de la Entidad, no posee antecedente alguno ni hace mención a informe que permita establecer la aplicación de penalidades y su monto en estricto a fin de poder determinar si el mismo es igual o supera el 10% del monto del contrato.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

- 2.6. Estas omisiones permiten establecer a este Tribunal que la razón de las penalidades aludida por la Entidad no sea posible de contrastar y de determinar su veracidad.
- 2.7. A ello agregamos el hecho propio de que no era posible el inicio de la ejecución de la obra, por cuanto, la Entidad no cumplió con lo establecido en el artículo 184° del RLCE, por lo que, no existe retraso injustificado en la ejecución de la misma.
- 2.8. En consecuencia, la Carta cuestionada no se sustenta en situación válida para poder sustentar la resolución del contrato, por lo que, no es válida ni eficaz, en consecuencia, debe declararse fundada esta pretensión.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar el pago por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la Resolución del contrato comunicada con carta N°03 de fecha 11.08.14 entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista; en consecuencia, se ordene el pago del monto ascendente a S/. 373,493.42 (Trescientos setenta y tres mil cuatrocientos noventa y tres con 42/100 Nuevos Soles) de conformidad con el art. 170° y 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- 3.1. Sobre el particular, el segundo párrafo del artículo 170° del RLCE, señala: "Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad".
- 3.2. La disposición legal en mención, determina que se debe reconocer la respectiva indemnización sufrida por el contratista a causa de la resolución del contrato.
- 3.3. Al respecto es de indicar que la indemnización de daños no ha sido regulada por la LCE ni su reglamento, por lo que, en aplicación

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

supletoria debemos aplicar el Código Civil, el cual, establece en su artículo 1331°, lo siguiente: "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

- 3.4. De la revisión de los medios probatorios aportados por la demandante en su escrito postulatorio y en el desarrollo del presente proceso no se aprecia documento alguno que permita demostrar o acreditar los daños y perjuicios que alega la demandante, más aún, no se advierte como se ha llegado al cálculo sostenido por la demandante.
- 3.5. Cabe señalar que si bien la resolución del contrato es de plena responsabilidad de la Entidad por incumplimiento de sus obligaciones esenciales, ello no determina per se que se haya causado daños y perjuicios a la demandante, más aún, si los supuestos daños alegados no se encuentran debidamente acreditados.
- 3.6. En materia de responsabilidad civil, se debe acreditar el daño, y su existencia, así como, su cuantificación.
- 3.7. A ello debemos agregar que conforme se tiene del medio probatorio ofrecido por el demandante como anexo L, referido al Acta de Constatación de fecha 20 de agosto de 2014, se ha acreditado que el demandante no tenía absolutamente nada en obra, ni equipo, ni materiales, ni una caseta, por ende, no se aprecia daño o perjuicio causado al demandante.
- 3.8. En ese sentido, al tratarse de que el demandante no ha probado lo alegado y propiamente constituye una cuestión probatoria corresponde declarar improcedente la pretensión planteada.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar el pago del 50% de la utilidad prevista por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la Resolución del contrato comunicada con

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

Carta N°03/CC de fecha 11.08.14, entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista, en consecuencia, se ordene el pago del monto de S/. 151,501.63 (ciento cincuenta y un mil quinientos uno con 63/100 Nuevos Soles) de conformidad con el art. 209° del Reglamento de la ley de Contrataciones el Estado.

- 4.1. El quinto párrafo del artículo 209° del RLCE, señala: *"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"*.
- 4.2. Del dispositivo glosado se tiene que por disposición legal, se establece que en el caso de que la resolución del contrato imputable a la entidad se deba reconocer el 50% de la utilidad prevista.
- 4.3. En el presente caso, la resolución del contrato realizada por el Contratista es válida, siendo que la Entidad incumplió sus obligaciones esenciales contempladas en el artículo 184° del RLCE. Por lo que, corresponde que la Entidad reconozca a favor del contratista la suma requerida.
- 4.4. Cabe señalar que en el presente caso, si bien corresponde reconocer al contratista el 50% de la utilidad prevista, la misma debe ser acreditada por parte del contratista. No obstante, en el presente proceso no se advierte que el demandante haya acreditado el monto reclamado por este concepto. En ese sentido, corresponde determinar que el contratista deberá acreditar el monto del 50% de la utilidad reconocida en la respectiva liquidación, al no haberse acreditado en el presente proceso.
- 4.5. En consecuencia, es procedente declarar fundada la pretensión del demandante.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, al haberse excedido los plazos contractuales, la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección, por el monto de S/. 124,756.87 (Ciento veinticuatro mil setecientos cincuenta y seis con 87/Nuevos Soles).

5.1. En ese sentido, debe tenerse presente que a fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil, debe tenerse presente los siguientes presupuestos:

- Daño: Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Se define como *"todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"*⁴.
- Antijuridicidad: Se entiende a una conducta antijurídica como aquella que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.
- Nexa Causal: Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones

⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op. cit., págs. 303 y ss. También, en CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit., págs. 72 a 80, y en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 307.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

materiales que explican la producción de determinado resultado - causas materiales o de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño - causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva⁵.

- Factor de Atribución: Propiamente, se tiene a factores objetivos como subjetivos, en el caso de los segundos tenemos al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo.

5.2. Asimismo, debe tener presente que el artículo 1331° del Código Civil aplicable supletoriamente, establece: *"La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*. Ello se condice, con la máxima procesal que quien afirma un hecho debe probarlo.

5.3. En ese sentido, la jurisprudencia italiana señala que: *"Es evidente que para que se pueda hablar de resarcimiento ha de haberse producido un daño, y la prueba, al menos de forma general, del mismo, incumbirá al actor: 'la parte interesada debe probar la existencia del daño sufrido aunque el demandado niegue su propia culpa y la atribuya a un tercero,*

⁵ LORENZO ROMERO, D. (Reseña de sobre, M^a Luisa ARCOS VIEIRA: Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia. Ed. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 1.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

sin oponer ninguna excepción, ni aún genérica sobre la existencia del daño" (Casación N° 01092 de fecha 23 de abril de 1953)⁶.

5.4. En el presente caso, el demandante no ha aportado medio de prueba alguno que permita establecer el daño sufrido y que el mismo sea cuantificable en la suma pretendida, menos ha aportado liquidación alguna.

5.5. En consecuencia, corresponde declarar infundada la pretensión incoada.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA RECONVENCIÓN PRESENTADA POR EL GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO:

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N°03-CC, presentada por Consorcio Cusco, recepcionada en fecha 12 de agosto del 2014, mediante la cual el Contratista Resuelve el Contrato.

6.1. En relación al presente punto controvertido, este Tribunal ha analizado en los fundamentos expresados en el desarrollo del primer punto controvertido, sobre la validez de la Carta N° 03-CC, mediante la cual, el demandante resolvió el contrato suscrito entre las partes.

6.2. En atención a ello, este Tribunal se remite a lo expuesto en el desarrollo del primer punto controvertido a fin de sostener que la Carta en cuestión es válida y la resolución de contrato realizada por el demandante es plenamente válida y eficaz.

6.3. En consecuencia, corresponde declarar infundada la presente pretensión planteada vía reconvención por la Entidad.

6 BONASI BENUCCI, Eduardo. *La Responsabilidad Civil*. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: José M. Bosch Editor. 1958.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)
Mario Manuel Silva López
Karina Zambrano Blanco

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar la total y plena validez de la Carta Notarial N°045-2014 – GR-CUSCO/GGR, que Resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.

- 7.1. En relación al presente punto controvertido, este Tribunal ha analizado en los fundamentos expresados en el desarrollo del segundo punto controvertido, sobre la validez de la Carta Notarial N° 045-2014-GR CUSCO/GGR, mediante la cual, la Entidad resolvió el contrato suscrito entre las partes.
- 7.2. En atención a ello, este Tribunal se remite a lo expuesto en el desarrollo del segundo punto controvertido a fin de sostener que la Carta en cuestión no es válida y la resolución de contrato realizada por la entidad no es válida ni eficaz.
- 7.3. En consecuencia, corresponde declarar infundada la presente pretensión planteada por la entidad vía reconvención.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no declarar el pago por los daños y perjuicios irrogados a la Entidad y los directos beneficiarios del PIP; de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley; hasta por el monto de S/.363,604.92 que se originaron por el incumplimiento por parte del Consorcio Cusco de sus obligaciones esenciales.

- 8.1. Al respecto, debe tenerse presente que a fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil, debe tenerse presente los siguientes presupuestos:
 - Daño: Es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil, ya que si no existe daño se descarta cualquier análisis posterior de esta figura; así sin daño no hay lugar a responsabilidad civil. Se define como "todo menoscabo que a consecuencia de un

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁷.

- Antijuridicidad: Se entiende a una conducta antijurídica como aquella que no se encuentra justificada por alguna norma existente en el ordenamiento jurídico.
- Nexo Causal: Es la relación entre el daño y el agente que daña. Requiere de dos análisis fundamentales: la causalidad material y la jurídica. Esto implica que deben diferenciarse entre las condiciones materiales que explican la producción de determinado resultado - causas materiales o de hecho- y los criterios normativos que justifican y delimitan los responsables de un determinado daño - causalidad jurídica-. Es decir, a pesar de que la causalidad material se dé en la realidad, que de facto sea constatable que determinada conducta produce determinado daño, no por ello deberá responder el autor, ya que falta aún por analizarse si dicha causalidad pasa el análisis de determinados razonamientos, denominados criterios de imputación objetiva, los cuales serán expuestos más adelante⁸.
- Factor de Atribución: Propiamente, se tiene a factores objetivos como subjetivos, en el caso de los segundos tenemos al dolo y la culpa. El dolo se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo cabría tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo.

8.2. Asimismo, debe tener presente que el artículo 1331° del Código Civil aplicable supletoriamente, establece: “La prueba de los daños y

⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Trad. española de SANTOS BRIZ, I. Madrid, 1959. Y notas SANTOS BRIZ, T.I, Madrid, 1958, pág. 193. Citado en VICENTE DOMINGO, E. op. cit., págs. 303 y ss. También, en CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit., págs. 72 a 80, y en DIEZ PICAZO, L., op. cit., pág. 307.

⁸ LORENZO ROMERO, D. (Reseña de sobre, M^a Luisa ARCOS VIEIRA: Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia. Ed. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 1.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso". Ello se condice, con la máxima procesal que quien afirma un hecho debe probarlo.

8.3. En ese sentido, la jurisprudencia italiana señala que: *"Es evidente que para que se pueda hablar de resarcimiento ha de haberse producido un daño, y la prueba, al menos de forma general, del mismo, incumbirá al actor: 'la parte interesada debe probar la existencia del daño sufrido aunque el demandado niegue su propia culpa y la atribuya a un tercero, sin oponer ninguna excepción, ni aún genérica sobre la existencia del daño'" (Casación N° 01092 de fecha 23 de abril de 1953)*⁹.

8.4. Ahora, dentro del régimen de responsabilidad civil de nuestro ordenamiento jurídico se reconocen básicamente a los daños materiales llamados también patrimoniales y a los inmateriales denominados a su vez como no patrimoniales.

8.5. En el caso de los daños materiales, que por su contenido netamente patrimonial pueden ser expresados en dinero y acreditarse mediante un estudio y análisis de los mismos, tal es el caso, de un peritaje de daños, como por ejemplo, en el caso de obras públicas a través de un peritaje técnico emitido por un profesional en relación a la materia de los daños, así se tendría una situación de si una obra se ejecutó con concreto de menor o mayor calidad se puede acreditar con un estudio técnico de muestra de concreto emitido por un laboratorio especializado.

8.6. Ahora, en el caso de daños patrimoniales se tiene que los mismos se clasifican en daño emergente y lucro cesante.

8.7. En el primeo se tiene un daño directo y materializado de forma inmediata a consecuencia de la producción del daño, siendo que en el

⁹ BONASI BENUCCI, Eduardo. *La Responsabilidad Civil*. Traducción y notas de Derecho español por Juan Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: José M. Bosch Editor. 1958.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

caso, del lucro cesante, este se aprecia en el tiempo, con las ganancias dejadas de percibir a ocurrencia de la circunstancia dañosa.

8.8. En esa línea, a efecto de poder probar el daño emergente debe tenerse en consideración la demostración de que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado antes del evento dañoso y que, como consecuencia de éste, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que, se requerirá de medios probatorios que puedan corroborar que el bien objeto de daño se encontraba en el patrimonio del sujeto perjudicado, así como, que determine la verificación concreta de la ocurrencia del daño. Por ejemplo, en el caso de obras, que la ejecución de una obra se haya ejecutado la misma sin la observancia del expediente técnico, impidiendo que la obra cumpla su finalidad, siendo que dicha situación es corroborable mediante un peritaje técnico elaborado por un especialista debidamente acreditado.

8.9. Así, en el caso del lucro cesante, al tratarse de un daño que se produce en el tiempo, deberá demostrarse que el bien dejó de ingresar al patrimonio de la víctima por efectos del daño, asimismo, deberá acreditarse que existía una probabilidad o expectativa cierta de que el bien hubiera ingresado al patrimonio del perjudicado, de no haber ocurrido el daño, y que ello implicaría la pérdida de un lucro (beneficio económico).

8.10. Por ejemplo, hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido¹⁰.

8.11. En atención a lo expuesto, el lucro cesante puede demostrarse mediante cualquier medio probatorio permitido por el ordenamiento jurídico procesal, como es el caso de testigos, declaraciones de parte,

¹⁰ CHIRONI, G.P. *La culpa en el Derecho Civil moderno*. Traducción de la segunda edición italiana corregida y aumentada por Bernaldo de Quirós. Tomo 11. Barcelona: Editorial Reus SA, 1949.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

inspecciones, entre otros, los que permitan determinar la existencia del no ingreso de un bien al patrimonio del perjudicado y que la probabilidad de dicho ingreso sea cierta y valida.

- 8.12. Como se ha afirmado precedentemente, los daños referidos a emergente y lucro cesante, son y pueden ser objeto de valoración pecuniaria, es decir pueden ser cuantificados, por ser inminentemente patrimoniales.
- 8.13. Ante tal situación, deberá evaluarse si la cuantificación ofrecida por quien solicita la indemnización corresponde a la realidad de los hechos o simplemente obedece a una alegación subjetiva y carente de sustento o corroboración objetiva documental.
- 8.14. Por tanto, de considerar inadecuada la valoración efectuada, tendrá que resolver indicando su disconformidad y efectuando una valoración conforme a los datos de hecho demostrados, pudiéndose amparar en el artículo 1332° del Código Civil, el cual, permite realizar una valoración de los hechos y establecer una indemnización equitativa.
- 8.15. Ahora, en relación al presente caso, debe tenerse presente que la Entidad incumplió con sus obligaciones esenciales establecidas en el artículo 184° del RLCE.
- 8.16. A ello, debemos agregar que la Entidad no ha acreditado los daños alegados, menos ha probado que los mismos sean imputables al contratista.
- 8.17. En consecuencia, debe declararse infundada la presente pretensión por los argumentos expresados.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

PUNTO CONTROVERTIDO EN COMÚN:

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar el modo en el que las partes deberán asumir los costos y costas del proceso arbitral.

- 9.1. El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante LA), dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.
- 9.2. Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 9.3. En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos 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.
- 9.4. Al respecto, este colegiado considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual llevada por las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio del Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero.
- 9.5. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA y señaló que "**Existe en la norma actual un énfasis muy claro en**

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)"¹¹.

9.6. Respecto al concepto de "gastos razonables", Huáscar Ezcurra Rivero señala que "(...) **a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento**"¹².

9.7. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje. Así como, el hecho que ambas partes han tenido razones para defender en el presente arbitraje.

9.8. Si bien ambas partes tuvieron razones para iniciar el presente arbitraje, se tiene que el Contratista planteó cinco (05) pretensiones de las cuales en el presente laudo se han amparado tres (03) de ellas y no se ampararon dos (02). Por su parte, la Entidad planteó tres (03) pretensiones, las cuales no fueron amparadas.

¹¹ EZCURRA RIVERO, Huáscar. "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

¹² EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*; p. 812.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

- 9.9. Es decir, de las ocho (08) pretensiones planteadas en el presente arbitraje, el Contratista abstuvo un pronunciamiento favorable en seis (06) de ellas y la Entidad en dos (02).
- 9.10. Asimismo, tenemos que el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, dispone que los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.
- 9.11. En atención a ello, este Tribunal Arbitral estima pertinente que los costos del presente arbitraje sean asumidos por las partes de modo inversamente proporcional al éxito obtenido en las pretensiones que plantearon. Vale decir, del siguiente modo:
- Demandante (Contratista) $2/8 = 0.25$
 - Demandado (Entidad) $6/8 = 0.75$
- 9.12. En consecuencia, al Contratista le corresponde asumir el 25% de los costos arbitrales y a la Entidad le corresponde asumir el 75%.
- 9.13. En consecuencia, el Tribunal Arbitral dispone que el Contratista debe asumir el 25% de los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos, y la Entidad debe asumir el 75% de los mismos. En tanto los costos por servicios legales deben ser asumidos por cada parte, según corresponda.

11 DECISIÓN.-

Por lo expuesto, y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso, el Tribunal Arbitral, **RESUELVE:**

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal del demandante. Por lo que corresponde declarar la validez de la carta N°03/CC de fecha 11.08.14 entregada notarialmente el 12.08.14 por la cual el contratista al amparo del Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resolvió el contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR, para la elaboración de expediente técnico y ejecución para la obra. "Mejoramiento de la Obra de servicio educativo de la I.E. primaria N°50504 en la Comunidad de Umuto, distrito de Ccatcca, provincia de Quispicanchis, Cusco Licitación Publica N°055-2012-GR CUSCO, bajo el ámbito del D.U. N°016-2012".

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal del demandante. Por lo que corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la Carta Notarial N°045-2014-GR CUSCO/GGR, recepcionada el día 20.08.2014, por la cual la Entidad al amparo del artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la tercera pretensión principal del demandante, por lo que, no corresponde declarar el pago por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la resolución del contrato comunicada con carta N°03 de fecha 11.08.14 entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista. En consecuencia, no corresponde ordenar el pago del monto ascendente a S/. 373,493.42 (Trescientos setenta y tres mil cuatrocientos noventa y tres con 42/100 soles) de conformidad con el art. 170° y 209° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la cuarta pretensión principal del demandante. Por lo que corresponde declarar el pago del 50% de la utilidad prevista por los daños y perjuicios irrogados, que se originan como efecto de la Resolución del contrato comunicada con Carta N°03/CC de fecha 11.08.14, entregada notarialmente el 12.08.14 por el contratista. En consecuencia, el contratista deberá acreditar el monto del 50% de la utilidad reconocida en la respectiva liquidación, al no haberse acreditado en el presente proceso arbitral.

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la quinta pretensión principal del demandante. Por lo que no corresponde el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, al haberse excedido los plazos contractuales, la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación del Contratista en diversos procesos de selección, por el monto de S/. 124,756.87 (Ciento veinticuatro mil setecientos cincuenta y seis con 87/100 soles).

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal de la reconvención. Por lo que no corresponde declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta N°03-CC, presentada por Consorcio Cusco, recepcionada en fecha 12 de agosto del 2014, mediante la cual el Contratista resuelve el Contrato.

SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la reconvención. Por lo que no corresponde declarar la total y plena validez de la Carta Notarial N°045-2014 – GR-CUSCO/GGR, que Resuelve el Contrato N°068-2013-GR/CUSCO/GGR en forma parcial.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la reconvención. Por lo que, no corresponde declarar el pago por los daños y perjuicios irrogados a la Entidad y los directos beneficiarios del PIP; de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley; hasta por el monto de S/ 363,604.92 que se originaron por el incumplimiento por parte del Consorcio Cusco de sus obligaciones esenciales.

NOVENO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la quinta pretensión principal del demandante. Por lo que la Entidad deberá asumir los gastos arbitrales, costos y costas del arbitraje derivados de los honorarios del Tribunal Arbitral y del Secretario Arbitral en proporción igual al 75%, siendo que el demandante deberá asumir la proporción igual al 25%. Asimismo, cada una de las partes deberá asumir los gastos de asesoría legal y otros vinculados en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje.

Proceso arbitral seguido entre el CONSORCIO CUSCO y el GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO
Contrato No. 068-2013-GR-CUSCO/GGR

Tribunal Arbitral:

Raúl Barrios Fernández Concha (Presidente)

Mario Manuel Silva López

Karina Zambrano Blanco

DECIMO: DISPONER la remisión de una copia de la presente decisión al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE para su correspondiente publicación.



RAÚL BARRIOS FERNANDEZ CONCHA

Presidente del Tribunal Arbitral



KARINA ZAMBRANO BLANCO

Miembro del Tribunal



MARIO MANUEL SILVA LOPEZ

Miembro del Tribunal



CESAR FLORENCIO HUALLPA MAMANI

Secretario Arbitral