



Exp. N° 1231-293-16

MINISTERIO DEL INTERIOR VS CONSORCIO H. ROJAS

LAUDO DE DERECHO

DEMANDANTE: Ministerio del Interior (en adelante, MININTER o Demandante)

DEMANDADO: Consorcio H. Rojas (en adelante, 'CONSORCIO' o Demandado)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho.

ÁRBITRO ÚNICO: Alfredo Fernando Soria Aguilar

SECRETARIO ARBITRAL: Rubén Rolando Cotaquispe Cabra
Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Resolución N° 19

En Lima, a los 6 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. Existencia del Convenio Arbitral e Instalación del Tribunal Arbitral

1.1 Convenio Arbitral

Con fecha 25 de noviembre de 2015, MININTER y el CONSORCIO celebraron el Contrato N° 039-2015-IN/DGI Contrato de Prestación de Servicio de Supervisión de la Obra:



"Mejoramiento del Servicio Policial en el Marco de la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en las Comisarías Sectoriales PNP de Huacaybamba y Llata de la XIX DIRTEPOL – Huánuco, Región Policial Centro" (en adelante, el Contrato). En la Cláusula Décimo Séptima del Contrato las partes pactaron el respectivo convenio arbitral cuyo texto literal es el siguiente:

"CLÁUSULA DECIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las partes acuerdan que todo litigio y controversia resultante de este contrato o relativo a éste, se resolverá mediante el arbitraje organizado y administrado por la UNIDAD DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ de conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el laudo que se emita en el proceso arbitral será inapelable y definitivo y se ejecutará conforme a lo establecido en el artículo 71 del Reglamento de Arbitraje del Centro, vigente.

El Arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima, debiendo iniciarse dentro de los plazos de caducidad establecidos en la normativa de contrataciones del Estado vigente.

El Arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje presentada a la Secretaría General del Centro. La parte que desee recurrir al arbitraje deberá solicitarlo por escrito a la Secretaría General del Centro, debiendo cumplir su solicitud con los lineamientos y formalidades exigidas en el artículo 13 del Reglamento de Arbitrajes del Centro. De cumplir con los requisitos exigidos, el Centro procederá a poner a conocimiento de la otra parte a fin que se apersone y conteste la solicitud de arbitraje dentro de un plazo de cinco días hábiles, debiendo para tales efectos considerar los requisitos señalados en el artículo 16 del referido reglamento.

El procedimiento arbitral será conducido y resuelto por un Tribunal Unipersonal, compuesto por un árbitro, cuya designación se efectuará a través del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, conforme al procedimiento y plazos establecidos en el artículo 23 del Reglamento.

Es requisito para la designación del árbitro, que acrediten su especialidad en Derecho Administrativo, Ley sobre Contrataciones con el Estado, y Ley de Arbitraje, sea académica o por su desempeño de la función arbitral.

Asimismo, las recusaciones que se formulen contra el árbitro serán resueltas por el Centro, sujetándose el procedimiento establecido en su reglamento.

En caso se presentara una solicitud de arbitraje, referida a una relación jurídica respecto de la cual exista otra solicitud en trámite entre las mismas partes y derivada del mismo convenio arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Secretaría General la acumulación de dichas solicitudes. Con el acuerdo expreso de la contraparte, la Secretaría General dispondrá la acumulación.

M



En caso se presentara una solicitud de arbitraje, referida a una relación jurídica respecto de la cual exista otra solicitud en trámite entre las mismas partes y derivada del mismo convenio arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que conocen el proceso anterior, la acumulación de la nueva controversia, siempre y cuando no se haya producido la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos. El árbitro o tribunal arbitral dispondrá la acumulación con el acuerdo expreso de la contraparte, para cuyos efectos se le correrá traslado de la solicitud por el plazo de tres (3) días hábiles".

1.2 Instalación del Tribunal Arbitral

Con fecha **29 de diciembre de 2016**, se reunieron el abogado **Alfredo Fernando Soria Aguilar**, en su calidad de Árbitro Único, y el abogado Luis Merino Brenis, en su calidad de Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, CENTRO); con la asistencia del **Ministerio del Interior**, debidamente representado por su Procurador Público, representado por el señor Guido Vivar Sedano identificado con DNI N° 41897241; y de otro lado el **Consorcio H. Rojas**, representado por el señor Rodolfo Eusebio Ojeda Sánchez Concha, identificado con DNI N° 08641670, acreditado mediante escrito presentado previo al inicio de la audiencia.

Mediante escrito presentado previo al inicio de la audiencia, el Procurador del Ministerio del Interior delega su representación a los doctores Samuel Romero Aparco, Cesar Augusto Nugent Becerra, Javier Humberto Torres Gutarra, Guido Vivar Sedano, Carmen del Rosario Lara Quispe, Magaly Cárdenas Nina, Sandra Guevara Zapata, Vicente Berrocal Rojas, Carlos Catalino Gómez Tafur, Guillermo Farfán Villegas, Mariella Quispealaya Madueño, Edison Ruiz Martínez, Lizbeth Sánchez Rodríguez y Manuel Martín Valdivia Orihuela. Al respecto, corresponde tener delegada la representación.

II. Normatividad aplicable al arbitraje

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, son de aplicación las siguientes normas: el Reglamento de Arbitraje del CENTRO (en adelante, el REGLAMENTO), el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto que norma el Arbitraje (en adelante la Ley de Arbitraje); la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la LEY); su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF(en adelante el REGLAMENTO); las modificaciones contenidas en el Decreto Supremo Nro.



154-2010-EF publicado con fecha 18.07.2010, la Ley Nro. 29873 publicada el 01.06.2012 y Decreto Supremo Nro. 138-2012-EF publicado con fecha 07.08.2012, las directivas emitidas por el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable y en forma supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.

En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considerase apropiado.

III. De la Demanda Arbitral presentada por MININTER

Con fecha 19 de enero de 2017, MININTER presentó su demanda arbitral refiriendo las siguientes pretensiones:

- 3.1 **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Se declare la INVALIDEZ Y/O INEFICACIA de la resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015, comunicada mediante Carta Notarial s/n de fecha 07 de setiembre de 2016 de referencia de la notaria Antonio del Pozo Valdez del Supervisor Consorcio H. Rojas.
- 3.2 **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Se declare la RESOLUCIÓN del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015 por incumplimiento de obligaciones atribuible al CONSORCIO H. ROJAS.
- 3.3 **PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL,** en caso se desestime la Segunda Pretensión Principal, solicita que se declare la resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015 por causal de acumulación del máximo de la penalidad.
- 3.4 **PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN ALTERNATIVA,** que se ordene que la Entidad procederá al cálculo actualizado de la penalidad a pagar por parte del CONSORCIO H. ROJAS por el retraso en la ejecución de sus obligaciones contractuales, más los intereses legales que se genere.



- 3.5 **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se ordene al CONSORCIO H. ROJAS, el pago de una indemnización a favor del Ministerio del Interior – Dirección General de Infraestructura, por afectación grave en el cumplimiento de sus metas institucionales, lo cual amerita ser resarcida en términos económicos, siendo un monto que se determinará en el Laudo Arbitral (cuantía indeterminada), más intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago.
- 3.6 **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**, se declare que CONSORCIO asuma el pago del total de los gastos arbitrales.

Respecto de la controversia MININTER sostuvo lo siguiente:

- 3.7 El 25 de noviembre de 2015, el 'CONSORCIO' y MININTER, suscribieron el Contrato de consultoría de obra 039-2015-IN/DGI, por el monto de S/ 75,629.34 (Setenta y cinco mil seiscientos veintinueve con 34/100 soles) en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario.
- 3.8 Con fecha 15 de diciembre de 2015 se realizó la entrega de terreno al CONSORCIO, con lo cual se fija como fecha de inicio de la obra el día 16 de diciembre 2015, y con ello se da inicio al plazo del servicio propiamente del supervisor de obra.
- 3.9 Con Resolución Directoral N° 111-2016-IN-DGI, del 17 de agosto de 2016 se le otorgó la ampliación N° 01, por 19 días calendarios.
- 3.10 Con Resolución Directoral N° 129-2016-IN-DGI, del 16 de setiembre se le otorgó la ampliación N° 01 (sic), por 50 días calendario.
- 3.11 Que el término contractual de la ejecución de la obra se dio el 20 de agosto de 2016.
- 3.12 Mediante carta notarial tramitada por la Notaria Pozo Valdez, el supervisor CONSORCIO H. ROJAS, remite el documento denominado Resolución de Contrato, en referencia al contrato N° 39-2015-IN/DGI.

**Respecto de la Primera Pretensión Principal:**

Falta de aprobación de la solicitud de reconocimiento de servicios adicionales de supervisión de campo, correspondiente a las medidas de plazo de ejecución de obra N° 01 y 03, respectivamente.

3.13 De acuerdo al informe N° 000134-2016-IN-DGI-DS-LGT, se gestionaron debidamente las ampliaciones del plazo 1 y 2 del supervisor con Resoluciones Directoral N° 111-2016-IN-DGI (17 agosto de 2016) y Resolución Directoral N° 129-2016-IN-DGI (12 de setiembre 2016). Las resoluciones señalan textualmente "que la aprobación de una ampliación de plazo de un contrato de supervisión genera obligación de la entidad de reconocer al supervisor los gastos generales variables y el costo directo derivado del incremento del plazo de ejecución, siempre que se encuentre debidamente acreditado conforme lo señala la opinión N°054/2014/DTN".

3.14 En ese sentido, MININTER sostiene que las observaciones señaladas por el Demandado no son imputables a la Demandante sino al CONSORCIO al exigir pagos que no le corresponde, debido a la falta de sustento conforme lo señala la opinión N°054-2014/DTN de la Dirección Técnico Normativa de la OSCE.

No existen requerimientos del contratista pendientes de ser atendidos por la Entidad.

3.15 El supervisor señala el incumplimiento del pago valorizado N°07 del mes de julio 2016, MININTER sostiene que existe un error sustancial en la valorización N° 07. El error consiste en haber considerado el metrado de la especialidad de instalaciones sanitarias de la valorización de obra N° 05 en la valorización de obra N° 07, evidenciándose claramente duplicidad en el metrado. Según MINISTER dicho error ameritaba una subsanación del informe mensual N°07 del supervisor (16.3 informe Mensual -TDR) para la aprobación de su pago, la cual nunca se realizó. El error consignado fue evidenciado en el informe N°000081-2016-IN-DGI-DS-LGT.

3.16 En relación a ello, MININTER señala que no ha existido incumplimiento de su parte. El Demandado exige el pago de la valorización N°07 pese a estar observado y tener conocimiento de ello, negándose a subsanarlo.

**Indebido procedimiento de resolución de contrato.**

Con respecto a este punto, MININTER ha señalado lo siguiente:

- 3.17 La decisión de resolver el contrato se fundamenta en la falta de aprobación de la solicitud de reconocimiento de servicios adicionales de supervisión de campo, correspondiente a las ampliaciones de plazo de ejecución de obra N° 01 y N° 03, respectivamente, cursando para tal efecto una carta notarial. Dicho documento detalla como fundamento legal el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 3.18 MININTER sostiene que resulta errado invocar el artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a la resolución por CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR, cuando no se está frente a ninguno de esos supuestos, dado que el Demandado atribuye un supuesto incumplimiento de parte de MININTER, en reconocer mayor gastos incurridos, situación que no configura un hecho fortuito o de fuerza mayor.
- 3.19 Asimismo, MININTER cree necesario señalar que el segundo párrafo artículo 168 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF, manifiesta la posibilidad de que el contratista resuelva el contrato de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo 1017, en caso la entidad incumpla injustificadamente con sus obligaciones esenciales pese a haber requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169º del Reglamento.
- 3.20 Por su parte el Art. 169 del reglamento señala "si alguna de las partes falta al cumplimiento de las obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que satisfaga en un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura (...) pero en ningún caso mayor a quince (15) días, (...).



3.21 En virtud a ello, MININTER sostiene que no ha existido el requerimiento previo del contratista como lo exige el citado dispositivo legal, de lo que se colige que la resolución del contrato efectuada a través de la carta notarial resulta a todas luces invalida o nula, por recaer (sic) del presupuesto previo.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal, Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión Principal y Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal y Pretensión Alternativa:

Incumplimiento de obligaciones por parte del Demandado

3.22 Según MININTER, el Demandado en su calidad de supervisor ha venido incumpliendo sus responsabilidades, e incurriendo en penalidades, por lo siguiente:

- Por presentar el informe de diagnóstico. Vigencia del expediente técnico inicial y plan de trabajo, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar la valorización de obra N°01, fuera del plazo que establece la norma.
- Por no atender oportunamente las consultas efectuadas por el contratista en el cuaderno de obra.
- Por presentar el informe mensual N°05, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar la valorización de obra N° 06, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar informe mensual N°06, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar la valorización de obra N° 07, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar el informe mensual N°07, fuera del plazo establecido en las bases.
- Presentar fuera de plazo la ampliación de plazo N°02 de obra, señalando en la normativa.



- Por presentar la planilla de metrado de la especialidad de instalaciones sanitaria erróneamente (duplicó lo presentado en la valorización N° 05 en Valorización N° 07)
- Por presentar la valorización de obra N°08, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de adicional de obra N° 01, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar informe mensual N°08, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar el segundo informe semanal de julio, fuera de plazo.
- Por presentar la valorización de la obra N° 09, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de adicional de obra N° 02, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar de forma incompleta las valorizaciones N°09 y adicional N°02.
- Por no presentar los informes semanales del 22 y 29 de agosto.
- Por no presentar el informe mensual N°09, como lo establece las bases.
- Inasistencia injustificada en la obra por parte del jefe de supervisión.

M

- Por presentar la planilla de metrado de la especialidad de instalaciones sanitaria erróneamente (duplicó lo presentado en la valorización N° 05 en Valorización N° 07)
- Por presentar la valorización de obra N°08, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de adicional de obra N° 01, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar informe mensual N°08, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar el segundo informe semanal de julio, fuera de plazo.
- Por presentar la valorización de la obra N° 09, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de adicional de obra N° 02, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar de forma incompleta las valorizaciones N°09 y adicional N°02.
- Por no presentar los informes semanales del 22 y 29 de agosto.
- Por no presentar el informe mensual N°09, como lo establece las bases.
- Inasistencia injustificada en la obra por parte del jefe de supervisión.

M



3.24 En virtud a lo manifestado anteriormente, MININTER concluye que el supervisor CONSORCIO H. ROJAS, ha superado la penalidad máxima, alcanzando un monto de s/ 19,185.15 por otras penalidades, Art. 166º del RLCE-DS N° 184-2008-EF, superando el máximo de 10 % que señala la norma, siendo el monto a considerar S/. 7, 562.93 (siete mil quinientos sesenta y dos y 93/100 soles).

Aplicación de penalidad por mora.

3.25 Con respecto a este punto, MININTER se ha referido a lo manifestado en el artículo 165º de la Ley de Contrataciones del Estado que reglamenta la aplicación de penalidades por parte de la Entidad al contratista en casos de retraso injustificado.

Asimismo, MININTER hace mención a la opinión N° 027-2010/DTN donde el OSCE detalla la finalidad que tiene la penalidad por mora: "como mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos".

MININTER además ha invocado los artículos 1333º, 1336º, 1338º, 1339º del Código Civil que versan sobre constitución en mora, responsabilidad del deudor en caso de mora, mora del acreedor e indemnización por mora del acreedor.

Respecto de la Tercera Pretensión Principal:

3.26 MININTER ha solicitado que se ordene al CONSORCIO el pago de una indemnización por los daños generados a causa del incumplimiento del contrato. Con respecto a esta pretensión, la Demandante ha manifestado la existencia de un daño, el cual consiste en la afectación grave en el cumplimiento de las metas institucionales de la Entidad. En virtud de ello, MININTER considera que debe ser resarcida en términos económicos. Este daño es la lesión a un interés jurídicamente protegido, por lo tanto, se ha generado un perjuicio y debe ser indemnizado, señala MININTER. En concordancia a lo mencionado, la Entidad manifiesta que la existencia del daño es efectiva y, existe un nexo causal entre el incumplimiento y el hecho dañoso. Asimismo, señala que nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante una conducta antijurídica.

M



Respecto de la Cuarta Pretensión Principal:

3.27 MININTER solicita que se ordene el pago de los gastos arbitrales al CONSORCIO, en razón que la demandada ha incurrido en los siguientes actos:

- Aplicación de una base legal incorrecta para resolver el contrato.
- Resolver el contrato sin seguir el procedimiento establecido en la normatividad aplicable.
- Haber incurrido en el máximo de la (sic) penalidades a imponer.
- Haber incurrido en incumplimiento de obligaciones.
- Obligar a la Entidad a iniciar un proceso arbitral para resolver la controversia que la propia contratista ha originado con su conducta.
- El daño o perjuicio a la Entidad traducido en el cumplimiento de metas institucionales.

IV. Contestación de la Demanda Arbitral presentada por CONSORCIO H. ROJAS

Mediante escrito presentado con fecha 15 de febrero de 2017, CONSORCIO H. ROJAS contesta la demanda considerando que todas las pretensiones demandadas deben ser declaradas infundadas pues carecen de sustento técnico o legal.

De los fundamentos de hecho y/o de derecho sostenido por el CONSORCIO:

Respecto de la Primera Pretensión Principal de la demanda.

4.1 Que la supervisión de la construcción de la obra se inició a partir del 16/12/2015 y culminó el 12/06/2016 (180 días). Sin embargo, por causas no atribuibles al Demandado, el proyecto no se logró culminar dentro del plazo establecido (12/06/16).

4.2 Conforme con el último párrafo del Artículo 202º del Reglamento de Contrataciones del Estado (RLCE), el plazo de la Supervisión debió ser ampliado por MININTER. Para ello, el CONSORCIO señala que mediante Cartas N° 041 y 042 solicitó al



MININTER la ampliación de plazo y la Entidad aprobó ambas ampliaciones de plazo de forma tardía, mediante las Resoluciones Directorales N°111-2016-IN-DGI (notificada a fines de agosto) y N° 129-2016- IN-DGI (notificada en setiembre), es decir, luego de haber culminado el plazo de ejecución.

- 4.3 El Demandado sostiene que MININTER, en un claro abuso del derecho y sustentándose en su posición de dominio, desconoce los servicios prestados desde el 6 de junio del 2016 hasta el 20 de agosto del 2016, aduciendo que al CONSORCIO no le correspondía. Es por esta razón, señala el CONSORCIO, que ya no correspondía seguir prestando sus servicios, los cuales no serían reconocidos por MININTER. Asimismo, el Consorcio manifiesta que esta situación supone un caso de fuerza mayor que imposibilitaba la continuidad del contrato. Todo ello fue motivo suficiente para la Resolución de Contrato sin responsabilidad para las partes, conforme al artículo 44º de la Ley de Contrataciones del Estado (aprobada mediante D.L 1017).
- 4.4 De igual manera, el Demandado refiere que MININTER está en su derecho, según la ley y el reglamento, de oponerse ante la resolución del contrato. Sin embargo, esta acción solo es posible dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación notarial. Por lo mencionado anteriormente el Demandado solicita que la demanda de MININTER se declare improcedente por ser extemporánea.

Respecto de la Segunda Pretensión Principal y la Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión Principal:

- 4.5 Que MININTER, al solicitar que el árbitro declare la resolución del contrato por incumplimiento, está desconociendo el debido procedimiento, puesto que, la Ley establece como requisito para la resolución contractual por incumplimiento, un requerimiento previo a la parte en falta.
- 4.6 Con respecto a las penalidades, no son de aplicación irrestricta, sino, que corresponde su aplicación ante la demostración de la responsabilidad del



contratista. No basta la sola mención de dichos actos de incumplimiento, señala el Demandado. E CONSORCIO manifiesta adicionalmente, que las faltas señaladas por MININTER nunca fueron motivo de reclamación.

Respecto de la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal y Pretensión Alternativa:

- 4.7 Con respecto a este punto, el CONSORCIO sostiene que no corresponde ordenar el cálculo de penalidad alguna, puesto que, MININTER no ha probado debidamente la responsabilidad del Demandado.
- 4.8 Asimismo, el Demandado manifiesta que el Árbitro debe tener en cuenta que la aplicación de penalidades no es irrestricta, sino, que corresponde a un procedimiento previo de probanza de la responsabilidad del contratista.

Respecto de la Tercera Pretensión Principal:

- 4.9 Que debe declararse infundada puesto que, MININTER no ha acreditado debidamente la existencia de un daño.

Respecto de la Cuarta Pretensión Principal:

- 4.10 Que ninguna de las pretensiones solicitadas por MINITER han sido debidamente probadas, razón por la cual, se debe condenar al Demandante con el pago de los costos arbitrales y administrativos del presente proceso.

V. De la Excepción de Caducidad planteada por el CONSORCIO H. ROJAS

- 5.1 Con fecha 8 de septiembre del 2016, mediante una carta notarial de fecha 7 de septiembre, se comunicó a la Demandante de la Resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI. De acuerdo a la normativa aplicable, el Artículo 170º del RLCE expresa que la Entidad tiene quince (15) días hábiles para recurrir a los medios de

solución de controversias. La Demandante recurrió al arbitraje el 31 de octubre de 2016. Sin embargo, el plazo venció el veintinueve (29) de septiembre del 2016. Por lo tanto, el derecho que tiene MNINTER a recurrir al arbitraje ha caducado.

- 5.2 El Demandado invoca el artículo 52º del D.L. 1017 Ley de Contrataciones del Estado y 170º de su reglamento.
- 5.3 Mediante la Resolución N° 2 se corrió traslado de la excepción de caducidad al MININTER por un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que manifieste lo pertinente a su derecho.
- 5.4 Mediante el escrito de fecha 13 de marzo de 2017 el MININTER absuelve el traslado señalando que la misma deviene en infundada en tanto su solicitud de arbitraje fue presentada al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos PCUP el 29 de setiembre de 2016.
- 5.5 Mediante Resolución N° 5 el Árbitro Único declaró INFUNDADA la excepción de caducidad formulada por el Consorcio por las consideraciones siguientes:
 - 5.5.1. El artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, dispone lo siguiente:

*"Artículo 170.- Efectos de la resolución
[...]
Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".* (Negrita y subrayado nuestro)
 - 5.5.2. Conforme con el citado artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el plazo de caducidad para someter a conciliación y/o arbitraje una controversia relacionada a la resolución de un contrato (sujeto al Reglamento y a la Ley de Contrataciones con el Estado) es de quince (15) días hábiles, contado a partir de comunicada la misma.
 - 5.5.3. Habiéndose notificado notarialmente a la Entidad la resolución del Contrato 039-2015-IN/DGI el 08 de setiembre de 2016, el plazo de caducidad de

quince (15) días hábiles para someter a arbitraje cualquier controversia relacionada a dicha resolución venció el 29 de setiembre de 2016.

- 5.5.4. El artículo 33º de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

"Artículo 33.- Inicio del arbitraje.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje".

- 5.5.5. De la revisión de los actuados, se advierte que el MININTER presentó su solicitud arbitral, mediante la cual se dio inicio al presente arbitraje, el 29 de setiembre de 2016.
- 5.5.6. Que la solicitud de arbitraje fue objeto de observación por parte de la Secretaría Arbitral a cargo de la administración del presente proceso; sin embargo, el artículo 33º de la Ley de Arbitraje no hace distinción sobre este extremo, sino que, por el contrario, indica que el proceso arbitral inicia con su presentación¹, por lo que se puede colegir que el presente arbitraje ha iniciado el 29 de setiembre de 2016, conforme al marco legal aplicable al presente proceso, y no el 31 de octubre de 2017 como sostiene el CONSORCIO.

VI. Fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios.

Con fecha 27 de febrero de 2017, en el local designado por el Tribunal Arbitral Unipersonal, sitio en Calle Esquilache N°371, San Isidro; se reunieron el abogado Alfredo Fernando Soria Aguilar, en su calidad de Árbitro Único, y el abogado Luis Merino Brenis, en calidad de Secretario Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se dejó constancia que ambas partes fueron debidamente notificadas, conforme con los cargos que obran en el expediente.

Fijación de puntos controvertidos

¹ Cabe precisar que, de acuerdo a lo dispuesto en el convenio arbitral, el presente proceso arbitral es Institucional, en ese sentido, se entiende que el inicio del presente proceso arbitral empezó con la presentación de la solicitud de arbitraje ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El Árbitro Único procedió a establecer las controversias sometidas al presente proceso arbitral, en función a las pretensiones planteadas en el escrito de demanda presentado el 19 de enero de 2017, determinándose los siguientes puntos controvertidos:

- 1) **Primera Pretensión Principal.-** *Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 039-2015- IN/DGI del 25 de noviembre de 2015*
- 2) **Segunda Pretensión Principal.-** *Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015 por incumplimiento de las obligaciones atribuible al CONSORCIO H. ROJAS.*
- 3) **Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión Principal.-** *Determinar si corresponde o no, en caso se desestime la Segunda Pretensión Principal del MININTER, declarar la resolución del Contrato N° 039-2015- IN/DGI del 25 de noviembre de 2015 por la causal de acumulación del máximo de la penalidad.*
- 4) **Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal y Pretensión Alternativa.-** *Determinar si corresponde o no ordenar que el MININTER proceda al cálculo actualizado de la penalidad a pagar por parte del CONSORCIO H. ROJAS por el retraso en la ejecución de sus obligaciones contractuales, más los intereses legales que se genere.*
- 5) **Tercera Pretensión Principal.-** *Determinar si corresponde o no ordenar al CONSORCIO H. ROJAS el pago de una indemnización a favor del Ministerio del Interior – Dirección General de Infraestructura, por la afectación grave en el cumplimiento de sus metas institucionales, lo cual amerita ser resarcido en términos económicos, siendo un monto*



que se determinará en el Laudo Arbitral (cuantía indeterminada), más intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago.

- 6) **Cuarta Pretensión Principal.-** *Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista que asuma el pago del total de los gastos arbitrales.*

El Árbitro Único dejó establecido que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido. Asimismo, declaró que si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.

Finalmente, el Árbitro Único dejó expresa constancia que estos puntos controvertidos pueden ser ampliados, de conformidad con el literal b) del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje.

Admisión de medios probatorios.

Acto seguido se admiten como medios probatorios en el presente proceso, los siguientes:

A) Demanda.

Sobre la exhibición del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015: el Árbitro Único la admite, en ese sentido, INSTRUYE a la Secretaría Arbitral a fin de que remita un Oficio dirigido a la Dirección General de Infraestructura del Ministerio del Interior, para que en el plazo de cinco (5) días hábiles remitan copia certificada o fedateada del Contrato N° 039-2015-IN/DGI.

Sin perjuicio de ello, el Árbitro Único considera pertinente otorgar al MININTER un plazo de tres (3) días hábiles, contado a partir del día siguiente de





notificada la presente acta, a fin de que informe a quién deber ir dirigido el oficio, así como el domicilio a dónde debe dirigirse el oficio.

B) Contestación a la demanda.

Mediante la Resolución N° 2 se dejó constancia de que el Consorcio no adjuntó medios de prueba a su escrito de contestación de demanda.

C) Pruebas de Oficio.

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de solicitar medios probatorios de oficio en cualquier momento, de considerarlo necesario para el esclarecimiento de los hechos que sustentan la controversia que deberá ser materia de su decisión, de conformidad con las facultades conferidas por el artículo 49º del Reglamento de Arbitraje.

En virtud de lo expresado en el párrafo anterior, mediante Resolución No. 7, el Árbitro Único requirió a las partes del proceso, a fin de que presenten la Carta Notarial s/n de fecha 07 de setiembre de 2016. Conforme a la Resolución No. 8, MININTER cumplió con presentar el documento requerido.

Asimismo, mediante Resolución No. 16, el Árbitro ordenó que la Secretaría Arbitral remita un oficio a la Dirección General de Infraestructura del Ministerio del Interior, para que así la Entidad presente el Expediente del Contrato N 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015.

VII. Alegatos y plazo para laudar

- 7.1 Sobre los alegatos escritos, corresponde señalar que mediante la Resolución No. 6 se tuvo por presentado el alegato escrito en su oportunidad por parte de MININTER. Asimismo, se dejó constancia que el CONSORCIO no presentó sus alegatos escritos finales.

M



- 7.2 El Árbitro citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día miércoles 19 de abril de 2017 a las 10:00 a.m. horas, sito en Calle Esquilache N° 371, San Isidro. A efectos que manifiesten, de forma oral, su posición respecto a la controversia, sin embargo, ninguna de las partes asistió, pese a ser debidamente notificados mediante Resolución No. 6.
- 7.3 Mediante Resolución N° 18, el Árbitro Único declaró que, en vista que no hay más medios probatorios por actuar, así como en mérito a la decisión del Árbitro Único de prescindir de la audiencia de informe oral en aplicación del artículo 58º del Reglamento, en vista que la audiencia convocada para dicho fin para el día 19 de abril de 2017, las partes no asistieron a la misma y no solicitaron el uso de la palabra; se dispuso el inicio del plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contado a partir de notificado la presente Resolución, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.

VIII. Aspectos preliminares

- 8.1 El Árbitro Único señala que resolverá la presente controversia a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean mencionadas en forma expresa, analizando lo qué se ha pretendido demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.
- 8.2 En este estado, el Árbitro Único, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:
- El proceso arbitral se constituyó con arreglo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron incondicionalmente.
 - En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra el Árbitro Único.

- Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
- Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como para ofrecer y actuar sus medios probatorios, alegatos e informes orales.
- El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

8.3 Corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.

IX. Análisis de la materia controvertida

- 9.1 Corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.
- 9.2 Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
- 9.3 Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.



PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

- *Determinar si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia de la resolución del Contrato N° 039-2015- IN/DGI del 25 de noviembre de 2015.*

9.4 En virtud a la primera pretensión, el árbitro único realizará el análisis correspondiente. Este extremo de la controversia está referido a determinar si la resolución de contrato realizada por parte del Consorcio es inválida y/o ineficaz.

9.5 El literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente sobre la resolución del contrato:

"c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte de 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."

9.6 El artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado detalla cuáles son las causales de resolución por incumplimiento, con el siguiente tenor literal:

M



"Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

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

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

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

- 9.7 El artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento que debe proseguirse para resolver un contrato por incumplimiento, con el tenor literal siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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



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

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

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

- 9.8 Por otro lado, el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el Contrato puede resolverse también por caso fortuito o fuerza mayor, expresando lo siguiente:

"Artículo 44.- Resolución de los contratos

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

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

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

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

- 9.9 Para el supuesto de resolución por caso fortuito o fuerza mayor, el artículo 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado expresa lo siguiente:

"Artículo 167.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto."

- 9.10 De los artículos citados en los numerales 9.5 al 9.9 precedentes, se advierte que la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto los supuestos en los cuales se puede resolver un contrato.
- 9.11 Adicionalmente, cabe destacar que la cláusula Décimo Tercera del Contrato N°. 039-2015-IN/DGI establece lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA:

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40º de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167º y 168º de su Reglamento. De darse el caso, LA ENTIDAD procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

- 9.12 Conforme con las normas citadas, el contratista podrá solicitar la resolución del contrato: (i) en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, establecidas en las Bases o en el contrato, si es que habiéndose requerido a la Entidad conforme al procedimiento establecido en el



artículo 169°, la Entidad persiste en el incumplimiento o; (ii) por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

- 9.13 La presente controversia se ha suscitado por la decisión de resolver el contrato por parte del Consorcio, argumentando la aplicación del supuesto de fuerza mayor, en su carta notarial resolutoria, de fecha 7 de setiembre de 2016.
- 9.14 La referida carta notarial resolutoria, en su penúltimo y último párrafo, expresa literalmente lo siguiente:

"Conforme a lo estipulado en el Art. 44 de la Ley de Contrataciones del Estado que manifiesta lo siguientes: 'cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato'. Por consiguiente, tal como se advierte al haberse vencido el plazo para la supervisión de la construcción de la obra, estipulado en el contrato en ciento ochenta (180) d.c. y debido a que a la fecha la Entidad MININTER no se ha pronunciado respecto a la solicitud de reconocimiento de mayores prestaciones adicionales de supervisión correspondiente a las ampliaciones de plazo n° 01 y 03, así como el incumplimiento de pago a la Supervisión de la Valorización n° 07- correspondiente al mes de junio de 2016, hechos que vienen perjudicando al contratista de la supervisión, e imposibilitan de manera definitiva la continuación del contrato.

Por lo expuesto, comunico a su representante mi voluntad irrevocable de resolver el contrato sin responsabilidad alguna de las partes, dado que el motivo de la resolución del contrato no es imputable al contratista de la Supervisión, siendo la causal de la resolución de contrato la falta de aprobación de la solicitud de reconocimiento de servicios adicionales de supervisión de campo, correspondiente a las ampliaciones de plazo de ejecución de obra n° 01 y 03 respectivamente, hechos que demuestran fehacientemente que el motivo de la resolución del contrato obedece a un hecho imprevisible e irresistible ajeno a la voluntad del contratista de la Supervisión, los cuales imposibilitan de manera definitiva la continuación



del contrato, de conformidad con lo establecido en el Art. 44 de la Ley de Contrataciones del Estado".

- 9.15 De lo expresado, resulta claro que Consorcio sostiene que la causal de resolución del Contrato es "*la falta de aprobación de la solicitud de reconocimiento de servicios adicionales de supervisión de campo, correspondiente a las ampliaciones de plazo de ejecución de obra n° 01 y 03 respectivamente, hechos que demuestran fehacientemente que el motivo de la resolución del contrato obedece a un hecho imprevisible e irresistible ajeno a la voluntad del contratista de la Supervisión, los cuales imposibilitan de manera definitiva la continuación del contrato, de conformidad con lo establecido en el Art. 44 de la Ley de Contrataciones del Estado".*
- 9.16 El artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, citado textualmente en el numeral 9.8 precedente, faculta a cualquiera de las partes a resolver el contrato cuando se presente un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que genera la imposibilidad de continuar con la ejecución del contrato.
- 9.17 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en su Opinión N° 131-2015/DTN, señala que para la definición de caso fortuito o fuerza mayor es necesario tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 1315 del Código Civil que establece que el "*Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."*"

Conforme con esta opinión y el citado artículo 1315 del Código Civil, para que se cumpla con el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, el evento debe cumplir con tres requisitos: el evento debe ser extraordinario, imprevisible e irresistible.



- 9.18 Un suceso extraordinario es considerado como un hecho excepcional y singular. Así lo entiende Felipe Osterling Parodi quien sostiene que "Acontecimiento extraordinario es todo aquél que sale de lo común, que no es usual"².
- 9.19 Lo imprevisible es aquello que no se puede prever dentro de los cálculos ordinarios. Al respecto, Felipe Osterling Parodi sostiene que "El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación"³.
- 9.20 La irresistibilidad, como lo explica Mario César Gianfeli, implica que "debe tratarse de un hecho que el deudor no pueda contrarrestar; o bien que esté dotado de una fuerza invencible; o que el hombre sea impotente para impedir su ocurrencia; o en fin, que importe un obstáculo insuperable que coloque al deudor en la imposibilidad de ejecutar la obligación"⁴.
- 9.21 Conforme se expresa en la Carta Notarial de fecha 7 de setiembre de 2016, remitida por el CONSORCIO a la Entidad, el motivo que señaló el CONSORCIO para respaldar su decisión de resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor fue "la falta de aprobación de la solicitud de reconocimiento de servicios adicionales de supervisión de campo, correspondiente a las ampliaciones de plazo de ejecución de obra n° 01 y 03 respectivamente".
- 9.22 A criterio del Árbitro Único, la resolución por caso fortuito o fuerza mayor realizada por el CONSORCIO resulta ineficaz por lo siguiente:
- i) El artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado establece en su primer párrafo que:

² OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil . Volumen VI. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1992. P. 199.

³ OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil . Volumen VI. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1992. P. 200.

⁴ GIANFELICI, Mario César. Caso Fortuito y Caso de Fuerza Mayor en el sistema de responsabilidad civil. Abeledo Perrot. Buenos aires, 1995. P. 50.



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

- ii) Asimismo, la Opinión N° 062-2013/DTN del OSCE establece literalmente lo siguiente:

"corresponde a la parte que solicita la resolución del contrato probar a su contraparte la ocurrencia del "caso fortuito" o "fuerza mayor", y la consecuente imposibilidad de continuar con la ejecución de las prestaciones a su cargo.

(...)

Por tanto, una vez celebrado un contrato, el contratista podrá resolverlo por "caso fortuito" o "fuerza mayor", siempre que demuestre a la Entidad que tal resolución obedece a un hecho o evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

- iii) La citada Opinión 062-2013/DTN deja claramente establecido que la parte que decide resolver el contrato en este supuesto, deberá probar: en primer lugar, el caso fortuito o fuerza mayor (es decir, debe acreditar que el evento es extraordinario, imprevisible e irresistible) y, en segundo lugar, que tal evento imposibilita la continuación del contrato.
- iv) Conforme con la Opinión 062-2013/DTN y con el citado primer párrafo del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, para que una de las partes resuelva el contrato por el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor es necesario que pruebe que el suceso es extraordinario, imprevisible e irresistible. Además, es indispensable que se acredite que el evento en cuestión imposibilita de manera definitiva la continuación del Contrato.
- v) Conforme con las pruebas aportadas, si bien CONSORCIO sostiene en su carta notarial que la causa de resolución del contrato es la falta de aprobación de la solicitud de reconocimiento de servicios adicionales de supervisión de campo, correspondiente a las ampliaciones de plazo de



ejecución de obra n° 01 y 03, sin embargo, CONSORCIO no ha cumplido con acreditar, en el presente arbitraje ni en la Carta Notarial resolutoria de fecha 7 de setiembre de 2016, por qué dicho supuesto (la falta de la referida aprobación) configura un caso fortuito o fuerza mayor, y CONSORCIO tampoco ha cumplido con acreditar por qué dicho evento imposibilita la continuación del contrato.

- vi) Lo expresado por CONSORCIO en la Carta Notarial resolutoria de fecha 7 de setiembre de 2016, es una declaración de parte que resulta insuficiente para resolver un contrato sujeto a la normativa de contrataciones del Estado, que exige acreditar la configuración del caso fortuito o fuerza mayor en el supuesto concreto, así como acreditar también la imposibilidad de la continuación del contrato como consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor.
- vii) Conforme con lo analizado anteriormente, el Árbitro Único concluye que la resolución por caso fortuito o fuerza mayor realizada por CONSORCIO deviene en ineficaz, dado que no se ha cumplido con acreditar, en la carta notarial resolutoria ni en el presente arbitraje, que la causal alegada configure un caso fortuito o fuerza mayor, y CONSORCIO tampoco ha cumplido con acreditar la imposibilidad de la continuación del contrato como consecuencia de la causal alegada, los cuales son exigencias que deben cumplirse conforme con la Opinión 062-2013/DTN y con el primer párrafo del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado. Por tanto corresponde declarar fundada la Primera Pretensión de la demanda.

Conforme con lo expresado en los numerales 9.4 al 9.22, el Árbitro Único considera que debe declararse fundada la Primera Pretensión de la demanda.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

- *Determinar si corresponde o no declarar la resolución del Contrato N. 039-2015-INDGI del 25 de noviembre de 2015 por incumplimiento de obligaciones atribuible al CONSORCIO.*



9.23 En relación a este punto, el Árbitro Único considera importante analizar si tiene competencia para declarar la resolución del contrato en sede arbitral. Para ello, es necesario revisar el cuerpo normativo de Contrataciones del Estado.

9.24 El numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia".

Conforme al texto legal citado, la Ley le confiere al árbitro la facultad para que se pronuncie sobre las controversias que surjan del contrato, incluso respecto de la resolución del mismo.

9.25 El literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

"Artículo 40.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

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

M

Este artículo prevé que, en los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, debe incluirse una cláusula que habilite a una parte a resolver el contrato ante el incumplimiento de la otra, mediante la remisión de carta notarial.

Este mecanismo de resolución contractual implica el ejercicio del derecho potestativo de la parte afectada con el incumplimiento y una resolución del contrato que opera sin necesidad de pronunciamiento arbitral para dichos efectos.

- 9.26 Para que opere la resolución del contrato prevista en el literal c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, que no requiere de pronunciamiento arbitral para dichos efectos, el acreedor debe seguir el procedimiento resolutorio previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

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

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



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

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

- 9.27 El numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

“52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo”.

Este artículo prevé cuáles son las normas aplicables a los contratos regidos por la Ley de Contrataciones con el Estado, estableciendo un orden de preferencia que contempla la posibilidad de aplicar las normas de derecho privado siempre que la Constitución, la Ley de Contrataciones del Estado o su Reglamento o las normas de derecho público no dispongan algo en contrario.

- 9.28 La Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no establecen normas especiales relativas a la resolución que se obtiene como consecuencia de un laudo arbitral (resolución por autoridad jurisdiccional). Sin embargo, es importante destacar además que la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, tampoco prohíben a la parte afectada con el incumplimiento, solicitar que el árbitro sea quien determine y declare la resolución del contrato. Es decir, la norma de



contrataciones del Estado no prohíbe la resolución del Contrato por autoridad jurisdiccional, a través de laudo arbitral.

- 9.29 La resolución por autoridad jurisdiccional es aquella que se actúa a través de un proceso (arbitral en este caso) en donde la ineeficacia contractual tiene lugar como consecuencia de una sentencia constitutiva.
- 9.30 Ante la falta de norma específica de contrataciones del Estado que regule la resolución por autoridad jurisdiccional, resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 1372 del Código Civil que reconoce que "la resolución se invoca judicial o extrajudicialmente". El citado artículo 1372 del Código Civil, para el caso de la contratación con el Estado, debe interpretarse en el sentido que la resolución "se invoca arbitral o extrajudicialmente" pues conforme con la Cuarta Disposición Complementaria del decreto Legislativo N° 1071, a partir de la vigencia de la Ley de Arbitraje "todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes".

Por ende, no puede negarse la viabilidad de la resolución del contrato por autoridad jurisdiccional (arbitral) en el ámbito de la contratación estatal.

- 9.31 Conforme con lo expresado, en la presente controversia, las normas aplicables facultan al árbitro para resolver el contrato por autoridad jurisdiccional, por lo que el Árbitro Único tiene la competencia para emitir una decisión sobre la pretensión a desarrollar en la presente controversia.

Sobre el Contrato y su Vinculación para las partes

- 9.32 La normativa de contrataciones públicas aplicable a la presente relación jurídica posee diversas disposiciones que concluyen en una premisa básica: el principio de obligatoriedad del Contrato. Así lo dispone expresamente el segundo párrafo del artículo 142 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado con el tenor literal siguiente:



*"Artículo 142º.- Contenido del Contrato
(...)*

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado."

- 9.33 El incumplimiento contractual supone la inejecución de las prestaciones debidas en el marco de una relación contractual. En caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, las normas de contratación con el Estado prevén diversos mecanismos de tutela del acreedor. La resolución contractual es uno de ellos y se encuentra previsto por la Ley de Contrataciones del Estado.
- 9.34 Dado que el presente punto controvertido se refiere a la resolución del contrato por incumplimiento, el Árbitro Único considera necesario analizar, en primer lugar, la existencia y acreditación del incumplimiento para, posteriormente, analizar si es que el Contrato puede resolverse como consecuencia del mismo.
- 9.35 Respecto del incumplimiento, MININTER informa que existieron una serie de incumplimientos, los cuales se describen en un listado que forma parte de su demanda y que se reproduce a continuación:

Incumplimiento de obligaciones de parte del contratista.-

La demandada en su calidad de supervisor ha venido incumpliendo sus responsabilidades, incurriendo en penalidades por lo siguiente:

- Por presentar el informe de diagnóstico. Vigencia del expediente técnico inicial y plan de trabajo, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar la valorización de obra N°01, fuera del plazo que establece la norma.
- Por no atender oportunamente las consultas efectuadas por el contratista en el cuaderno de obra.
- Por presentar el informe mensual N°05, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar la valorización de obra N° 06, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar informe mensual N°06, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar la valorización de obra N° 07, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de obra N°07, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar el informe mensual N°07, fuera del plazo establecido en las bases.
- Presentar fuera de plazo la ampliación de plazo N°02 de obra, señalando en la normativa.
- Por presentar la planilla de metrado de la especialidad de instalaciones sanitaria erroneamente {duplicó lo presentado en la valorización N° 05 en Valorización N° 07 }
- Por presentar la valorización de obra N°08, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de adicional de obra N° 01, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar informe mensual N°08, fuera del plazo establecido en las bases.
- Por presentar el segundo informe semanal de julio, fuera de plazo.
- Por presentar la valorización de la obra N° 09, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar la valorización de adicional de obra N° 02, fuera del plazo que establece la norma.
- Por presentar de forma incompleta las valorizaciones N°09 y adicional N°02.
- Por no presentar los informes semanales del 22 y 29 de agosto.
- Por no presentar el informe mensual N°09, como lo establece las bases.
- Inasistencia injustificada en la obra por parte del jefe de supervisión.





- 9.36 Quien alega un hecho debe probarlo y si bien MININTER describe en su escrito de demanda cuáles eventualmente fueron los incumplimientos por parte de CONSORCIO (según se describe en su listado, cumplimientos fuera de plazo en su mayoría) no aporta prueba alguna que permita al Árbitro Único concluir la existencia de dichos retrasos. MININTER no aporta prueba alguna que acredite la oportunidad en la que CONSORCIO cumplió las prestaciones, que según MININTER, fueron ejecutadas fuera de plazo.
- 9.37 Asimismo, MININTER adjunta un cuadro con el cálculo de penalidades generadas a causa de incumplimientos de CONSORCIO, el cual contiene la siguiente información:

ANEXO N° 01

OTRAS PENALIDADES - Art. 166º del Reglamento; Cláusula Décima segunda de los Términos de Referencia del Supervisor:

	OTRAS PENALIDADES	FECHA DE ENTREGA		Nº Días / Ocurrida	Penalidad a aplicar
		MÁXIMA	REAL		
F1	Presentar de forma incompleta* un informe técnico. REGLA DE CUMPLIMIENTO: VIGEN, LA FECHA EXCEDIENTE TECNICO ANTES Y FIANDE DE TRABAJO Censo N° 03354-2016-INC (Falta de ejecución de Censo N° 03)	25/02/2016	25/02/2016	21	S/ 126.40
F4	No presentar dentro del plazo establecido en respectivo Informe Técnico Presentación de Valorización de Obra N° 01 para el pago establecido de Seguro Aventura	Art 157º RECE	03/03/2016	18/03/2016	S/ 166.16
F5	No acudir oportunamente las reuniones convocadas para el desarrollo de la Cuenta de Caja		22/02/2016	21/03/2016	S/ 612.37
F6	No presentar dentro del plazo establecido en respectivo Informe Técnico Presentación de informe Mensual N° 20	Informe Mensual 16.3.1.DA	04/03/2016	26/03/2016	S/ 604.21
F7	No presentar dentro del plazo establecido en respectivo Informe Técnico Presentación de Valorización de Obra N° 16	Art 157º RECE	04/03/2016	23/03/2016	S/ 321.14
	Presentación de informe Mensual N° 17	Informe Mensual 16.3.1.DA	16/03/2016	28/03/2016	S/ 355.14
F8	No presentar dentro del plazo establecido en respectivo Informe Técnico Presentación de Valorización de Obra N° 27	Art 157º RECE	05/03/2016	27/03/2016	S/ 316.14
	Presentación de Informe Mensual N° 27	Informe Mensual 16.3.1.DA	05/03/2016	27/03/2016	S/ 1.174.49
	Presentar fuera de plazo al amparo de plazo N° 02 de Caja, según anotación		30/03/2016	31/03/2016	S/ 163.07
F9	firmes de cambio y/o transferencias Se presenta la planilla de monto de cada una correspondiente a la valoración N° 15, anteriormente es la valoración N° 01			1	S/ 163.07
F10	No presentar dentro del plazo establecido en respectivo Informe Técnico Presentación de Valorización de Obra N° 48	Art 157º RECE	05/03/2016	03/03/2016	S/ 164.21
	Presentación de Valorización de Obra Adicional N° 01		05/03/2016	03/03/2016	S/ 164.21
	Presentación de Informe Mensual N° 08	Informe Mensual 16.3.1.DA	05/03/2016	03/03/2016	S/ 164.21
	2º semestre 2016	11/03/2016	12/06/2016	5	S/ 826.57
F11	Inexistencia especificada en la obra por parte del jefe de Supervisión, previamente evaluado por la Unidad Vista realizada por la coordinadora de Proyectos el día 05/03/2016, no se efectuó al supervisor en obra			1	S/ 163.07
F12	No presentar dentro del plazo establecido en respectivo Informe Técnico Presentación de Valorización de Obra N° 09	Art 157º RECE	05/03/2016	01/03/2016	S/ 163.14
	Presentación de Valorización de Obra Adicional N° 01		05/03/2016	01/03/2016	S/ 163.14
	Presentación de Informe Mensual N° 09	Informe Mensual 16.3.1.DA	25/03/2016	13/03/2016	S/ 1.144.56
	Presentar el informe de Termos Contratual como lo señala el Artículo 210º - Recpción de la Otra parte		25/03/2016	13/03/2016	S/ 1.193.31
	2º semestre 2016	03/03/2016	05/03/2016	1	S/ 68.07
	3º semestre 2016	15/03/2016	16/03/2016	1	S/ 68.07
	4º semestre 2016	22/03/2016	13/03/2016	12	S/ 167.41
	5º semestre 2016	23/03/2016	13/03/2016	15	S/ 221.69
F13	Presentar de forma incompleta* un informe técnico Presentación de valorizaciones N° 09 y Adic N° 02 en forma incompleta y sin firma del ejecutivo de obra			2	S/ 16.20
					S/ 19.185.15 75.57%



- 9.38 MININTER manifiesta en su demanda que CONSORCIO, ha superado la penalidad máxima, alcanzando un monto de s/ 19,185.15, superando el máximo de 10 % que señala el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 9.39 Si bien MININTER adjunta un cuadro que contiene el cálculo de las penalidades, detalla las fechas en las que el CONSORCIO debió ejecutar sus prestaciones y las fechas en las que, supuestamente, ejecutó las mismas, sin embargo, no existen medios de prueba que respalden sus afirmaciones.
- 9.40 La declaración de parte que realiza MININTER acerca de los cumplimientos fuera de plazo, no son suficientes para acreditar o crear convicción en el Árbitro Único acerca de la existencia de los mismos. Por tanto, el Árbitro Único considera que no se han probado, ni siquiera mínimamente, los incumplimientos de las obligaciones alegados por MININTER en su demanda.
- 9.41 Consecuentemente, el Árbitro Único considera que la Segunda Pretensión de la demanda debe declararse infundada debido a que no ha quedado acreditado los eventuales incumplimientos alegados por MININTER en su demanda.

PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- Determinar si corresponde o no, en caso se desestime la Segunda Pretensión Principal del MININTER, declarar la resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015 por la causal de acumulación del máximo de la penalidad.*

- 9.42 El Árbitro Único considera que conforme con lo analizado respecto de la Segunda Pretensión de la Demanda, MININTER no ha acreditado debidamente los incumplimientos en los que supuestamente ha incurrido CONSORCIO. Por tanto, al no haberse probado los incumplimientos señalados en la demanda, no resulta viable considerar como debidamente acreditada la cuantificación de penalidades manifestada por MININTER, debido a que, la verificación del cálculo y cuantificación de las penalidades estimadas por MININTER en el cuadro que adjuntó a su demanda, depende de la acreditación de las fechas en que las



prestaciones fueron cumplidas por CONSORCIO, lo cual no ha sido acreditado por MININTER.

- 9.43 Al no existir medios de prueba que acrediten fehacientemente que CONSORCIO ha ejecutado sus prestaciones fuera de plazo, no es posible pronunciamiento del Árbitro Único respecto de la exactitud o no de la cuantificación de penalidades calculadas por MININTER y por ende, el Árbitro Único no puede declarar resuelto el Contrato por la causal de acumulación del máximo de la penalidad, porque no se ha acreditado en el presente arbitraje que CONSORCIO haya acumulado el máximo de penalidades permitida por la Ley de Contrataciones del Estado.
- 9.44 Por tanto, el Árbitro Único considera que debe declararse infundada la Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión Principal consistente en que se declare la resolución del Contrato por la causal de acumulación del máximo de la penalidad, de conformidad con lo expresado en los numerales 9.42 y 9.43 precedentes.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN ALTERNATIVA

- Determinar si corresponde o no ordenar que el MININTER proceda al cálculo actualizado de la penalidad a pagar por parte del CONSORCIO H. ROJAS por el retraso en la ejecución de sus obligaciones contractuales, más los intereses legales que se genere.
- 9.45 La penalidad es uno de los mecanismos de tutela que detenta el acreedor frente al incumplimiento imputable de su respectivo deudor.
- 9.46 Aída Kemelmajer sostiene que "el objeto del contrato es siempre la obligación principal entrando la cláusula penal sólo en su lugar por el incumplimiento imputable y a opción del acreedor"⁵. En esta breve reflexión, queda claro que para aplicar las penalidades será necesario que: (i) exista incumplimiento por parte del deudor, (ii) que dicho incumplimiento sea imputable al deudor y (iii) el acreedor ejerza dicho derecho.

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. La Cláusula penal. Depalma. Buenos Aires. 1981. p. 242. Citado por: OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de derecho de las obligaciones. Segunda edición. Volumen VI. ECB Ediciones. Lima. 2014. P. 2640.



- 9.47 Precisamente, debido a que la aplicación de la penalidad, que incluye el cálculo de la misma, es una facultad que puede ejercer o no el acreedor, no corresponde que el Árbitro Único ordene al acreedor (MININTER) que ejerza una facultad que la ley confiere a su favor. Conforme lo prevé las normas aplicables dependerá de la decisión de MININTER aplicar o no la penalidad, si es que en los hechos, se ha verificado uno o más incumplimientos por parte de CONSORCIO.
- 9.48 Conforme con lo anterior, el petitorio resulta jurídicamente imposible dado que no resulta viable que el Árbitro Único ordene el ejercicio de un derecho potestativo establecido a favor del acreedor, cuando el ejercicio de dicho derecho es facultativo y no obligatorio. En consecuencia corresponde declarar improcedente este extremo de la demanda.
- 9.49 Siendo el pedido de intereses legales accesorio a la pretensión de ordenar el cálculo actualizado de las penalidades, como se declaró improcedente ordenar el cálculo actualizado de penalidades, el pedido de intereses legales como pretensión accesoria debe seguir también la suerte del principal.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- Determinar si corresponde o no ordenar al CONSORCIO H. ROJAS el pago de una indemnización a favor del Ministerio del Interior – Dirección General de Infraestructura, por la afectación grave en el cumplimiento de sus metas institucionales, lo cual amerita ser resarcido en términos económicos, siendo un monto que se determinará en el Laudo Arbitral (cuantía indeterminada), más intereses legales que se generen hasta la fecha de su pago.

- 9.50 Que, como resulta ampliamente reconocido, la indemnización solamente procede si es que se acredita necesariamente la concurrencia de cuatro elementos⁶ o presupuestos que son los siguientes:

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las obligaciones. Vol. XVI. Cuarta Parte. Tomo X. Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2003. P. 268.

- a) Elemento antijurídico: Se trata de la actuación contraria a derecho que sustenta la obligación de indemnizar. En el ámbito de los contratos es el incumplimiento contractual.
 - b) Imputabilidad: No basta la acreditación del incumplimiento, sino que además resulta necesario que dicho incumplimiento sea imputable al deudor de la obligación. En las normas de contratación con el Estado se dispone que no existen consecuencias jurídicas (aplicación de penalidad, facultad de resolver) por el mero incumplimiento del deudor, sino que es necesario que el incumplimiento además sea injustificado.
 - c) Daño: Es el perjuicio ocasionado, el cual debe ser cierto y probado.
 - d) Nexo Causal: Es la relación que debe existir entre el daño y el elemento antijurídico.
- 9.51 Que, respecto de la presente pretensión indemnizatoria, MININTER no precisa ni acredita cuál es el elemento antijurídico ni el daño, que sustentarían una eventual obligación de indemnizar por parte de CONSORCIO.
- 9.52 Respecto del daño la parte demandante simplemente expresa que existió una "afectación grave en el cumplimiento de sus metas institucionales" sin sustentar ni acreditar cuáles eran dichas metas, ni en qué medida fueron afectadas las mismas. Asimismo, MININTER tampoco sustentó el nexo causal, dado que no desarrollo cuál era, eventualmente, la relación entre el daño y el elemento antijurídico.
- 9.53 Por lo expresado, en los numerales 9.50 al 9.52 precedentes, corresponde que el Árbitro Único declare infundada la Tercera Pretensión Principal en todo lo que contiene.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- *Determinar si corresponde o no ordenar al Contratista que asuma el pago del total de los gastos arbitrales.*

9.54 Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 104 del Reglamento del CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ señala lo siguiente:

Artículo 104º.-

"Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considera atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje."

- 9.55 Conforme al artículo citado, de no existir un acuerdo sobre la asunción de los costos en el pacto arbitral, la responsabilidad sobre ello recaerá sobre la parte vencida. Sin embargo, el árbitro puede disponer que los costos sean asumidos por las partes, es decir, que se dé una distribución.
- 9.56 De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Árbitro Único teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 9.57 Así, el Árbitro Único estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones diversas. Por lo que, corresponde que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje sean asumidos por cada una de las partes.

- 9.58 En ese sentido, mediante Resolución Administrativa No. 1 se fijó como honorarios netos del Árbitro Único y gastos administrativos que corresponden al Centro de Arbitraje PUCP las sumas de s/ 10,000.00 (Diez mil con 00/100 soles) y s/



8,000.00 (Ocho mil con 00/100 soles) respectivamente, las mismas que debieron ser asumidos por ambas partes en proporciones iguales.

9.59 Al respecto, en el presente caso, solo MININTER ha asumido el pago de la totalidad de los honorarios del Árbitro Único y gastos administrativos que corresponden al Centro de Arbitraje PUCP que se enuncian en el numeral 9.58 precedente, por lo que corresponde que CONSORCIO reembolse a MININTER la suma de s/ 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 soles) y s/ 4,000.00 (Cuatro mil y 00/100 soles) por concepto de honorarios de Árbitro Único y gastos administrativos que corresponden al Centro de Arbitraje PUCP respectivamente, que MININTER tuvo que pagar en subrogación de su contraparte, conforme consta en las Resoluciones 11 y 12 del presente arbitraje.

X. Laudo

Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único RESUELVE:

Primero: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda. En consecuencia, CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO la Resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI efectuada por el Consorcio H. Rojas, mediante Carta Notarial s/n de fecha 07 de setiembre de 2016.

Segundo: Declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda. En consecuencia, NO CORRESPONDE declarar la resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI por incumplimiento de obligaciones atribuible al CONSORCIO H. ROJAS.

Tercero: Declarar **INFUNDADA** la Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión principal. En consecuencia, NO CORRESPONDE declarar la resolución del Contrato N° 039-2015-IN/DGI del 25 de noviembre de 2015 por causal de acumulación del máximo de la penalidad.

Cuarto: Declarar **IMPROCEDENTE** la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión principal y Pretensión Alternativa. En consecuencia, NO CORRESPONDE que el Árbitro Único ordene a la Entidad que proceda a realizar el cálculo actualizado de la penalidad a pagar por parte del CONSORCIO H. ROJAS por el retraso en la ejecución de sus



obligaciones contractuales, ni de los intereses legales que se generen, dado que se trata de una facultad cuyo ejercicio depende de la decisión de la propia Entidad.

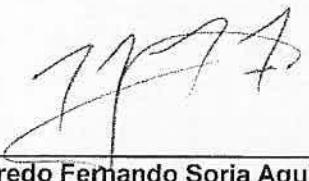
Quinto: Declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión principal. En consecuencia, NO CORRESPONDE que el Árbitro Único ordene al CONSORCIO H. ROJAS, el pago de una indemnización a favor de la parte demandante, por afectación grave en el cumplimiento de sus metas institucionales, ni los intereses legales vinculados a dicha pretensión.

Sexto: Respecto de la Cuarta Pretensión Principal, mediante Resolución Administrativa 1, quedaron fijados los honorarios del Árbitro Único en la suma de s/ 10,000.00 (Diez mil con 00/100 Soles) netos y de la Secretaría Arbitral en el monto de s/ 8,000.00 (Ocho mil ochocientos con 00/100 Soles) netos, según liquidaciones de honorarios y gastos administrativos practicados en el presente arbitraje, los mismos que deberán ser asumidos en partes iguales por ambas partes.

Siendo ello así, el Árbitro Único ordena a CONSORCIO H. ROJAS reembolsar a la parte demandante la suma de s/ 5,000.00 (Cinco mil y 00/100 soles) por concepto de honorarios de Árbitro Único y s/ 4,000.00 (Cuatro mil y 00/100 soles) por concepto de gastos administrativos que corresponden al Centro de Arbitraje PUCP.

Séptimo: INDÍQUESE que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será notificado a través del portal electrónico del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado – SEACE.

Notifíquese a las partes.-


Alfredo Fernando Soria Aguilar
Árbitro Único