



CÁMARA  
DE COMERCIO  
INDUSTRIA Y  
PRODUCCIÓN  
DE TACNA

**CÁMARA DE COMERCIO DE TACNA**

**CENTRO DE ARBITRAJE**

**Caso Arbitral N° 004-2015-CA/CCIPT**

**CONSORCIO YARASCAY INGENIERÍA YARASCAY**

**VS.**

**PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN  
DE LOS RECURSOS HÍDRICOS  
DE TACNA**

---

**LAUDO**

---

*Miembros del Tribunal Arbitral*

Ricardo Rodríguez Ardiles  
Fernando Cantuarias Salaverry  
Richard Martin Tirado

*Secretario Arbitral*

*Thaneé Coahila*

## ÍNDICE

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| I.    | IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.....   | 4   |
| II.   | CONVENIO ARBITRAL .....   | 4   |
| III.  | TIPO DE ARBITRAJE .....   | 5   |
| IV.   | DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL .....                       | 6   |
| V.    | LEY APPLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIAS .....                           | 6   |
| VI.   | DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS .....                             | 6   |
| VII.  | DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA PRESENTADA POR EL PROYECTO ESPECIAL TACNA16 |     |
| VIII. | EXCEPCIONES .....   | 20  |
| IX.   | DE LA RECONVENCIÓN .....  | 22  |
| X.    | DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PLANTEADA POR EL CONSORCIO YARASCAY        | 27  |
| XI.   | CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN. ....                                       | 28  |
| XII.  | AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DE EXCEPCIONES.....                               | 30  |
| XIII. | AUDIENCIA DE SANEAR, CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....  | 30  |
| XIV.  | AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y SUSTENTACIÓN DE PERICIAS .....         | 33  |
| XV.   | OTRAS ACTUACIONES .....   | 33  |
| XVI.  | ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:.....                                 | 34  |
| XVII. | LAUDA:.....   | 855 |

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

**Demandante/**

**Consultor/CONSORCIO:**

CONSORCIO YARASCAY INGENIERÍA YARASCAY (EL CONSORCIO YARASCAY, EL DEMANDANTE)

**Demandada/Entidad/**

**PROYECTO/PET:**

PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA (LA ENTIDAD, EL PROYECTO ESPECIAL, LA DEMANDADA)

**Contrato:**

CONTRATO N° 019-2013-GRT-PET PARA EL SERVICIO DE CONSULTORÍA: ELABORACIÓN DEL ESTUDIO DE PRE INVERSIÓN A NIVEL DE FACTIBILIDAD “REPRESAMIENTO YARASCAY”.

**TYPSA:**

TÉCNICA Y PROYECTOS S.A.C. SUCURSAL DEL PERÚ

**ENERGO:**

ENERGO PROJEKT HIDROINZENJERING S.A.  
SUCURSAL DEL PERÚ

**OSCE:**

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

## RESOLUCIÓN N° 41

En Tacna, a los diecisiete días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad a 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 reconvención, por unanimidad, dicta el siguiente laudo:

### I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

1. Son partes del arbitraje:

| DEMANDANTE  | DEMANDADA  |
|---|--|
| CONSORCIO YARASCAY INGENIERIA YARASCAY<br>Representante: Frano Stanley Zampillo Pasten<br>Abogados:<br>Enrique Armando Navarro Sologuren<br>Guillermo Zavalaga Mariño | PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA<br>Representante: Maritza Rospigliosi Vásquez, Procuradora Pública Regional<br>Abogados:<br>Alberto Retamozo Linares. |

### II. CONVENIO ARBITRAL

2. Con fecha 15 de agosto de 2013, el CONSORCIO YARASCAY y la ENTIDAD suscribieron el Contrato para la elaboración del estudio de Pre Inversión a nivel de factibilidad “Represamiento Yarascay”, en adelante el Contrato.
3. De acuerdo con la Cláusula Vigésima Primera del Contrato, las partes acordaron lo siguiente:

#### “CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

- a) Las partes acuerdan que las controversias que surjan sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del Contrato se resolverán.....)
- b) Si la conciliación concluyera por inasistencia de una o ambas partes con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes someterán a un arbitraje de derecho para que se resuelvan las controversias definitivamente. La solicitud de arbitraje y la respuesta de ésta se efectuarán conforme a lo dispuesto por los artículos 215, 218 y 219 del Reglamento de la Ley (...)
- c) En caso de que el monto de la cuantía de las controversias señaladas en la solicitud de arbitraje sea mayor a 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha de la referida solicitud, o en el caso que las controversias señaladas en la solicitud de arbitraje, verse sobre materia de cuantía indeterminada será resuelta por un Tribunal compuesto por tres árbitros. Cada una de las partes designará un árbitro y ambos árbitros designarán a su vez al tercero, y éste último presidirá el

Tribunal Arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado el árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tacna, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles, la respectiva designación, acorde a lo establecido en los artículos 219 y 220 del Reglamento (...)

- d) De otro lado, si el monto de la cuantía de la controversia señalada en la solicitud de arbitraje sea menor a cincuenta (50) (...) UIT vigentes a la fecha de la referida solicitud, la controversia será resuelta por Árbitro Único, siguiente el procedimiento establecido en el artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
  - e) La designación de árbitro efectuada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tacna en defecto de las partes será inimpugnable.
  - f) Las partes acuerdan que los honorarios de los árbitros y el cobro de los gastos administrativos (incluye gastos secretariales) no excederán lo que corresponde según el Tarifario de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tacna, vigente a la fecha de presentación de la solicitud arbitral.
  - g) Asimismo, las partes acuerdan que el proceso arbitral será realizado bajo la organización, administración y reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tacna, sin perjuicio de lo expresamente estipulado en la totalidad de la presente cláusula.
  - h) Las partes acuerdan que cuando exista un proceso arbitral en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, sólo se procederá a la acumulación de procesos y/o pretensiones siempre que existe común acuerdo entre las partes formalizado por escrito.
  - i) El Laudo Arbitral emitido obligará a las partes y pondrá fin al procedimiento de manera obligatoria, siendo el mismo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecutará como una sentencia. Queda perfectamente entendido que las partes no le confiere al Tribunal o al Árbitro Único la posibilidad de ejecutar el laudo.
  - j) Las partes acuerdan que de considerar necesario interponer recurso de anulación del laudo arbitral ante el Poder Judicial, no constituirá requisito de admisibilidad de dicho recurso la presentación de recibo de pago, comprobante de depósito bancario, fianza solidaria por el monto laudado o cualquier otro tipo de carga o derecho a favor de la parte vencedora, creada o por crearse, sometiéndose expresamente a la jurisdicción de los jueces de la provincia de Tacna.
4. De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en el Contrato.

### III. TIPO DE ARBITRAJE

5. Mediante Resolución N° 01 de fecha 09 de noviembre de 2015, notificada a ambas partes el día 19 de noviembre de 2015, se aprobó el Acta de Instalación, disponiéndose una vez notificada la citada resolución, el inicio del cómputo de los plazos para la presentación de la Demanda y Contestación, así como el cumplimiento de los demás términos y reglas establecidas en el Acta de Instalación.

6. En la referida Acta de Instalación de Tribunal Arbitral se estableció que, en virtud de lo pactado en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

#### IV. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

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

#### V. LEY APPLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

8. En la referida Acta 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.
9. Así, se estableció que, para el presente proceso arbitral, serán de aplicación el Reglamento de Arbitraje del Centro y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.
10. 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.

#### VI. DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS

11. El 28 de diciembre de 2015, el CONSORCIO YARASCAY interpuso su demanda arbitral con las siguientes pretensiones:

**Primera Pretensión Principal:** El Tribunal Arbitral declare sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG, de fecha 19 de marzo de 2015, mediante la cual, la ENTIDAD declaró la nulidad de oficio del Contrato, por:

- a. Invalidz por prescripción extintiva de la facultad anulatoria de la ENTIDAD para declarar la nulidad de oficio del Contrato, en aplicación del numeral 202.3 de la Ley N° 27444.
- b. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, por defecto en el requisito de validez de competencia.
- c. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez del procedimiento.
- d. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez de motivación.

**Segunda Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD el pago de los daños y perjuicios generados a las empresas consorciadas, TYPSA y ENERGO, por la indebida y/o ilegal declaración de nulidad del Contrato.

**Tercera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral declare válida la resolución del Contrato dispuesta por el CONSORCIO YARASCAY mediante Carta Notarial N° 101-XIII, de fecha 17 de abril del 2015, por incumplimiento de la ENTIDAD en su obligación esencial, en aplicación del artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**Cuarta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral ordene el cumplimiento de la última prestación a cargo de la ENTIDAD, ordenando el pago a favor del CONSORCIO YARASCAY de la suma ascendente a S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles), correspondiente al 30% del monto contractual, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

**Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD el pago a favor del CONSORCIO YARASCAY de la suma ascendente a S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 soles) por enriquecimiento sin causa, más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

**Quinta Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral declare inválida la ejecución de las Cartas Fianzas señaladas en el siguiente cuadro y ordene el reembolso de la suma de S/ 2'970,292.77 (Dos millones novecientos setenta mil doscientos noventa y dos con 77/100 Soles), monto correspondiente a la ejecución de las Cartas Fianzas.

| Banco      | Nº Carta Fianza         | Concepto                       | Vigencia   | Monto - S/. |
|------------|-------------------------|--------------------------------|------------|-------------|
| BBVA       | 0011-0377-9800141028-99 | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,738.11  |
| BBVA       | 0011-0377-9800141034-96 | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41  |
| BBVA       | 011-0377-9800141042-96  | Adelanto directo               | 28.02.2015 | 783,661.80  |
| BBVA       | 011-0377-9800125500-93  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 91,112.00   |
| SCOTIABANK | 00128286-009            | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41  |
| SCOTIABANK | 00128285-009            | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,786.44  |
| SCOTIABANK | 00125895-009            | Adelanto directo               | 28.02.2015 | 783,661.60  |

**Sexta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD el pago de los daños y perjuicios generados a las empresas consorciadas, TYPSA y ENERGO, por la indebida y/o ilegal ejecución de las Cartas Fianzas señaladas en la Tercera Pretensión Principal.

**Sétima Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje,

incluido los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás gastos efectuados para su atención.

**EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, RESPECTO A QUE SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 050-2015-GRT-PET-GG POR INVALIDEZ POR PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA FACULTAD ANULATORIA DEL PROYECTO ESPECIAL TACNA.-**

12. EL CONSORCIO señala que el 15 de agosto del 2013 se suscribió el Contrato y el 22 de julio de 2014, la OPI de la ENTIDAD declaró viable a nivel de factibilidad el PROYECTO de inversión pública por lo que consideró que se concluyó satisfactoriamente el servicio.
13. No obstante, indica que el 13 de abril de 2015, la ENTIDAD declaró la nulidad de oficio del Contrato esto, un (1) año y siete (07) meses después de suscrito el Contrato.
14. Frente a ello, el CONSORCIO afirma que de acuerdo con la normativa nacional, la declaración de nulidad de oficio a cargo de la administración pública, únicamente puede ser declarada en el plazo de un (1) año contado desde que el acto administrativo ha quedado consentido. En esa línea, precisa que el plazo de un (1) año se contabiliza desde la suscripción del contrato por lo que considera que la ENTIDAD ya no contaba con dicha facultad.
15. Asimismo, el CONSORCIO indica que la Resolución que declaró la nulidad es un acto administrativo dictado por la ENTIDAD por lo que también se encuentra regulado por la LPAG y que la misma es aplicable ante vacíos normativos de la LCE y el Reglamento.
16. En el contexto descrito, se señala que la LCE y su Reglamento no establecen un plazo de prescripción o caducidad para la potestad anulatoria de la ENTIDAD, no obstante, advierten que dicha facultad debe tener un límite temporal, el mismo que se encuentra en el artículo 202.3 y 202.4 de la LPAG:

***“Art. 2: Nulidad de oficio***

*202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe el año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.*

*202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (02) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad de declarar la nulidad en sede administrativa”.*

17. En función de lo señalado, el CONSORCIO solicita se declare la invalidez de la citada Resolución.

**EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, RESPECTO A QUE SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 050-2015-GRT-PET-GG POR DEFECTO EN EL REQUISITO DE VALIDEZ DE COMPETENCIA.-**

18. El Contrato fue suscrito y declarado nulo por el Gerente General de la ENTIDAD; sin embargo, se afirma que la máxima autoridad de la ENTIDAD no es el Gerente General, puesto que mediante el Decreto Supremo N° 005-2005-PCM, norma que aprobó la transferencia del PROYECTO ESPECIAL TACNA al Gobierno Regional del Departamento de Tacna, se dispuso que se constituya un Consejo Directivo como máximo órgano del PROYECTO ESPECIAL TACNA, siendo la máxima autoridad del mismo, el Presidente del Consejo Directivo.

19. En esta línea de argumentación, se informa que el artículo 5 de la LCE indica que la autoridad competente para declarar la nulidad de oficio es:

*Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación*

*El Titular de la ENTIDAD podrá delegar, mediante resolución, la autoridad que la presente norma le otorga. No pueden ser objeto de delegación, la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio y las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra (...)*

20. Agrega que conforme a la Resolución Ejecutiva Regional N° 139-2006-G.R. Tacna de fecha 20 de abril del 2006, que aprueba el Manual de Organización y Funciones de la ENTIDAD se constata que la Gerencia General no cuenta con facultad para declarar la nulidad de oficio de los contratos suscritos con particulares regulados por la Ley de Contrataciones del Estado y depende directamente del Presidente del Consejo Directivo.

21. Conforme a ello, el CONSORCIO afirma que la ENTIDAD ha inobservado lo dispuesto en la normativa de Contrataciones del Estado, de modo tal que la resolución que declaró la nulidad del Contrato se encuentra incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, por omisión del requisito de validez:

*Artículo 10.- Causales de nulidad*

*(...)*

2. El defecto o la omisión de algunos de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14

22. En función de lo señalado, el CONSORCIO concluye que la resolución debe ser declarada nula.

**EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, RESPECTO A QUE SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 050-2015-GRT-PET-GG POR DEFECTO EN EL REQUISITO DE VALIDEZ (PROCEDIMIENTO REGULAR).-**

23. EL CONSORCIO indica que la ENTIDAD no ha respetado el debido procedimiento, puesto que el único acto comunicado al CONSORCIO YARASCAY para la declaración de nulidad de oficio del Contrato ha sido la Resolución.
24. En esta línea, el CONSORCIO se remite al artículo 104 de la LPAG, el mismo que señala que: "104.2 El inicio del procedimiento es notificable a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar. (...). La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible el plazo estimado de duración (...).
25. En opinión del CONSORCIO, resulta indispensable que antes de la emisión del acto administrativo mediante el cual se pretende declarar la nulidad de oficio del Contrato, se haya respetado el derecho al debido procedimiento, el cual trae consigo el derecho de los administrados a exponer sus argumentos.
26. Se estima que la resolución que declara la nulidad se encuentra incursa en causal de invalidez dispuesta por el numeral 4 del artículo 10º de la Ley N° 27444, por omisión del requisito de motivación.

**EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, RESPECTO A QUE SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 050-2015-GRT-PET-GG POR DEFECTO EN EL REQUISITO DE VALIDEZ (MOTIVACIÓN).-**

27. EL CONSORCIO afirma que la resolución materia de cuestionamiento, carece de motivación respecto al agravio al interés público por lo que se considera que igualmente, la resolución que declara la nulidad del Contrato se encuentra incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444.

**EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA..**

28. EL CONSORCIO sostiene que las empresas integrantes han sido perjudicadas en su buena reputación por la indebida declaración de nulidad, por lo que la ENTIDAD debe reparar los perjuicios, puesto que la imputación de presentación de documentos falsos y falsificación de firmas trae consigo la pérdida de credibilidad.
29. A fin de cuantificar los daños generados, EL CONSORCIO ha ofrecido una pericia que cuantificará los daños, la cual será presentada una vez que el Tribunal Arbitral así lo ordene.
30. De la **tercera pretensión principal**: Que el Tribunal Arbitral declare válida la resolución del Contrato dispuesta por el CONSORCIO YARASCAY ante el incumplimiento de la ENTIDAD.
31. Se han presentado cuatro informes previstos en la cláusula cuarta del Contrato, así como el avance del expediente técnico (primer entregable) y el expediente técnico final (segundo entregable) correspondientes a la prestación adicional.

32. El informe cuatro (Estudio de Factibilidad) fue elaborado cumpliendo con los requerimientos mínimos del SNIP consignados en la Directiva N° 001-2011-EF/68.01-Directiva Nacional del Sistema Nacional de Inversión Pública, aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/6.8.01, prueba de ello es la cancelación de los pagos realizados por la ENTIDAD.
33. El último pago ascendente a S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles), correspondiente al 30% del monto contractual, se encontraba supeditado a la emisión de la opinión definitiva de la Oficina de Programación e Inversiones (OPI) del Gobierno Regional de Tacna.
34. Para que proceda el pago del 30% del monto contractual se debía haber cumplido previamente con la aprobación del cuarto informe y haberse emitido la opinión definitiva de la OPI del Gobierno Regional de Tacna.
35. Con fecha 28 de mayo del 2014, la ENTIDAD cumplió con el pago del 20% del monto contractual, correspondiente al pago parcial estipulado por la presentación del cuarto informe con lo cual, considera que la ENTIDAD daba su conformidad al mismo.
36. Con fecha 22 de julio del 2014, la OPI del Gobierno Regional de Tacna emitió la aprobación definitiva de la viabilidad de la factibilidad, con lo cual, estima que su representada se encontraba hábil en su derecho al cobro del 30% del monto contractual (último pago).
37. Así, al haberse emitido la opinión definitiva de la OPI del Gobierno Regional de Tacna, con carta N° 1374-CO-EST-00000086 de fecha 18 de julio del 2014, el CONSORCIO YARASCAY presentó la factura N° 0001-000116, de fecha 18 de julio del 2014, ascendente a S/. 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles), monto que correspondía al 30% del monto del contrato.
38. Se afirma que la ENTIDAD no cumplió con realizar el pago respectivo, incumpliendo con lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato. Por ello, mediante Carta Notarial N° 00319 del 9 de abril del 2015, el CONSORCIO YARASCAY requirió a la ENTIDAD el cumplimiento de su obligación esencial de pago de la retribución, para que sea cumplida en un plazo máximo de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato, en aplicación del artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones de Estado.
39. Se sostiene que la ENTIDAD continuó con el incumplimiento de su obligación esencial y, en lugar de dar cumplimiento a su obligación esencial, emitió la resolución que declaró la nulidad del Contrato, lo que considera que no es más que una mera forma de evadir sus obligaciones, puesto que se ha demostrado que la resolución ha sido emitida en contravención al ordenamiento jurídico nacional.
40. Frente al incumplimiento por parte de la ENTIDAD y a pesar de haber requerido su cumplimiento, el CONSORCIO YARASCAY se vio obligado a resolver el Contrato

mediante Carta Notarial N° 101-XIII de fecha 17 de abril del 2015, al amparo de los artículos 168º y 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**EN RELACIÓN A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE EL PAGO A FAVOR DE EL CONSORCIO YARASCAY DE S/. 1'462,834.99.-**

41. La Cláusula Cuarta del Contrato dispuso que el monto contractual sea pagado en cinco (5) armadas, estando el último pago condicionado a la emisión de la opinión definitiva de la OPI del Gobierno Regional de Tacna. Se afirma que este pago corresponde al 30% del monto contractual, el cual asciende a la suma de S/. 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles).
42. El 22 de julio del 2014, la OPI del Gobierno Regional de Tacna emitió la opinión definitiva. Por ello, mediante Carta N° 1374-CO-EST-00000086 de fecha 18 de julio del 2015, el CONSORCIO YARASCAY presentó su factura N° 0001-000116 por S/. 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles).
43. La ENTIDAD a pesar de los requerimientos del CONSORCIO YARASCAY , no ha cumplido con el pago de la factura N° 0001-000116.Por ello, al encontrarse pendiente el pago y al haberse cumplido con el requisito para su cobro, es que solicita que el Tribunal Arbitral ordene el pago de S/. 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 soles), sin perjuicio de la declaración del Tribunal Arbitral declarando válida la resolución de contrato.

**EN RELACIÓN A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:  
QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE EL PAGO A FAVOR DE EL CONSORCIO YARASCAY DE  
LA SUMA DE S/ 1'462,834.99 POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA POR PARTE DEL  
PROYECTO ESPECIAL TACNA.-**

44. En la medida en que el contrato sea declarado nulo, corresponde reembolsar los gastos incurridos por el CONSORCIO YARASCAY. De acuerdo con lo inicialmente pactado, el costo establecido por el CONSORCIO YARASCAY por la ejecución de los servicios requeridos por la ENTIDAD asciende a S/ 6'965,880.90 (Seis millones novecientos sesenta y cinco mil ochocientos ochenta con 90/100 Soles).
45. En esta línea de análisis, se precisa que la ENTIDAD pagó la suma de S/ 5'503,045.91 (Cinco millones quinientos tres mil cuarenta y cinco con 91/100 Soles), quedando pendiente de pago la suma de S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles).
46. De acuerdo a lo señalado en el artículo 1954 del Código Civil, este configura una expresión de aquel principio general del derecho que prohíbe a una persona enriquecerse a expensas de otra. Agrega que los siguientes presupuestos se han cumplido, para el presente caso y que generan sustento para el reclamo:

- i. Un enriquecimiento (la adquisición de una ventaja patrimonial) por parte de un sujeto frente al empobrecimiento por parte de otro. Así indica que la ENTIDAD se ha enriquecido y su representada se ha empobrecido.
- ii. Una relación de causalidad entre ambos eventos. Se afirma que corresponde a los trabajos realizados por el CONSORCIO YARASCAY y la falta de pago de la ENTIDAD
- iii. La falta de justificación en el enriquecimiento considera que no existe justificación por el no pago.
- iv. Carencia de otra acción para remediar el perjuicio.

47. A modo de indemnización por los trabajos ejecutados, corresponde a juicio del CONSORCIO, que la ENTIDAD pague la suma de S/. 1'462,834.99 a favor de la parte demandante.

**EN RELACIÓN A LA EJECUCIÓN DE LAS CARTAS FIANZAS Y EL REEMBOLSO DEL MONTO EJECUTADO DE LAS MISMAS. FORMULADO EN LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, EL CONSORCIO SOLICITA QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE INFUNDADAS LAS ACCIONES ADOPTADAS POR EL PROYECTO ESPECIAL.**

48. En las Bases Administrativas del Concurso Público N° 01-2013-GRT-PET, se estableció como requisito para la suscripción del Contrato que se presente carta fianza por el fiel cumplimiento y carta fianza por el monto diferencial de la propuesta.

49. De acuerdo con la Cláusula Décima del Contrato y la Cláusula Sexta de la Adenda N° 002-2013-GRT-PET, el CONSORCIO YARASCAY tenía derecho a solicitar un adelanto directo, debiendo de cumplir con (i) presentar la carta fianza de garantía y (ii) presentar el comprobante de pago respectivo.

50. Asimismo, se indica que mediante la Adenda N° 002-2013-GRT-PET se modificó el monto contractual por la aprobación del adicional “Investigaciones Geotécnicas - Información Técnica sustentatoria para los Estudios de Perforaciones Diamantinas”. En función del artículo 174 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el CONSORCIO YARASCAY tuvo que presentar las garantías de forma proporcional al costo del adicional.

51. De lo anterior, señala que su representada solicitó el adelanto directo correspondiente al adicional aprobado mediante Adenda N° 002-2013-GRT-PET, por lo que tuvo que presentar cartas fianzas por adelanto directo del adicional.

52. En ese sentido, su representada presentó once (11) cartas fianzas, las cuales son detalladas en el siguiente cuadro:

| Banco      | Nº Carta Fianza         | Concepto          | Monto - S/. |
|------------|-------------------------|-------------------|-------------|
| BBVA       | 0011-0708-9800062833-53 | Fiel Cumplimiento | 302,738.44  |
| BBVA       | 011-0377-9800125500-93  | Fiel Cumplimiento | 91,112.00   |
| SCOTIABANK | 10402357-000            | Fiel Cumplimiento | 302,738.44  |

|            |                         |                    |              |
|------------|-------------------------|--------------------|--------------|
| BBVA       | 0011-0708-9800062817-56 | Monto Diferencial  | 353,166.41   |
| SCOTIABANK | 10402383-000            | Monto Diferencial  | 353,166.41   |
| BBVA       | 0011-0377-9800131179-98 | Fiel Cumplimiento  | 37,456.63    |
| SCOTIABANK | 10425764-000            | Fiel Cumplimiento  | 37,456.63    |
| BBVA       | 0011-0708-9800062809-53 | Adelanto Directo   | 1'044,882.15 |
| SCOTIABANK | 00107163-009            | Adelanto Directo   | 1'044,882.15 |
| BBVA       | 0011-0377-9800135115-98 | Adelanto adicional | 112,369.87   |
| SCOTIABANK | 10437952                | Adelanto adicional | 64,211.35    |

53. Se afirma que todas las cartas fianzas fueron correctamente renovadas, permaneciendo vigentes durante toda la ejecución del CONTRATO.

54. Las renovaciones del mes de febrero fueron informadas mediante Carta N° 1374-CO-EST-000000126 de fecha 02 de marzo de 2015, notificada a la ENTIDAD, el día 04 de marzo de 2015. La ENTIDAD recién podría solicitar la ejecución de las Cartas Fianzas, en caso no hayan sido renovadas el día 02 de marzo de 2015; sin embargo, según el Demandante, la ENTIDAD mediante Cartas Notariales N° 944852 y N° 944853, ambas de fecha 27 de febrero de 2015, comunicó a las entidades financieras (Banco Continental y Banco Scotiabank) la solicitud de ejecución de las Cartas Fianzas, siendo que dichas comunicaciones fueron notificadas a las entidades bancarias los días 02 y 03 de marzo de 2015. Es decir, solicitó la ejecución de las cartas fianzas cuando éstas aún estaban vigentes.

55. El CONSORCIO YARASCAY afirma que la Demandada tenía conocimiento que las Cartas Fianzas habían sido renovadas, habiéndose entregado los originales de las mismas. Así, indica que la ENTIDAD con fecha 19 de marzo del 2015, procedió a recoger los cheques de las instituciones bancarias, a pesar de que su representada, mediante correo electrónico de Richard Adhemar Villena Carpio, de fecha 19 de marzo del 2015, dirigido a Luz Marina Chuquimamani (quien observó las Cartas Fianzas), reiteró que las Cartas Fianzas se encontraban renovadas y vigentes.

56. La ENTIDAD no podía ni debía ejecutar las garantías, puesto que jamás se encontró desprotegida ante un eventual incumplimiento toda vez que las garantías siempre estuvieron vigentes.

57. En esa línea, se remite a la Opinión N° 030-2014-DTN de fecha 25 de febrero de 2014 que señala:

*"Como se aprecia, la ENTIDAD podrá solicitar la ejecución de las garantías otorgadas por el Contratista cuando éste no ha cumplido con renovarlas antes de la fecha de su vencimiento."*

Por tanto, cuando el contratista haya cumplido con su obligación de renovar una garantía oportunamente; es decir, antes de su vencimiento presentándola a la ENTIDAD con fecha posterior, la ENTIDAD no deberá solicitar la ejecución de dicha garantía, pues no se encontraría desprotegida ante un eventual incumplimiento del contratista.

58. Por lo que considera que la ENTIDAD no se encontraba facultada a ejecutar las fianzas puesto que, conforme a lo expuesto en la Opinión del OSCE, no se configura la causal del artículo 164 del Reglamento.

**EN RELACIÓN A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, CORRESPONDIENTE A QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA DEMANDADA EL PAGO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS POR LA EJECUCIÓN DE LAS CARTAS FIANZAS.-**

59. El CONSORCIO YARASCAY manifiesta que los gastos financieros irrogados por TYPASA ascienden a S/. 34,288.98 (Treinta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho con 98/100 soles), correspondientes a comisiones y tasas por el Banco Continental, para la ejecución de las Cartas fianzas.

60. Asimismo, agrega que los gastos irrogados por ENERGO ascienden a S/. 67,967.54 (Sesenta y siete mil novecientos sesenta y siete con 54/100 nuevos soles), correspondientes a comisiones y tasas por el Banco Continental, por la ejecución de las Cartas Fianzas.

61. El CONSORCIO YARASCAY manifiesta que debido a la indebida ejecución de las Cartas fianzas, ENERGO se quedó sin liquidez, por lo que no pudo cumplir con el pago de sus obligaciones tributarias. En tal sentido, el CONSORCIO YARASCAY señala que dicha empresa tuvo que pedir un préstamo; sin embargo, los impuestos fueron pagados fuera del plazo, por lo que generaron intereses, los mismos que ascienden a S/. 1,686.00 (Mil seiscientos ochenta y seis con 00/100 soles).

62. Por otro lado, el CONSORCIO YARASCAY señala que las empresas consorciadas se han visto afectadas en el sistema financiero, viéndose afectadas en su nombre lo que constituiría el daño moral que ha sufrido; por ello, a fin de cuantificar los daños generados, el CONSORCIO YARASCAY ofreció una pericia que se encargará de cuantificar los daños.

63. Se afirma que la ENTIDAD no debía ejecutar las garantías presentadas por causales distintas a las dispuestas por el artículo 164 del Reglamento.

64. A pesar de contar con un plazo de quince (15) días para solicitar la ejecución de las cartas fianzas, la ENTIDAD antes del vencimiento de las cartas fianzas solicitó la ejecución de las mismas, actuando de mala fe. Refiere que la mala fe queda probada porque: (i) las cartas fianzas estaban renovadas y vigentes, (ii) solicitó su ejecución antes de haberse vencido y (iii) no debía ejecutar las cartas fianzas ni mucho menos cobrar los cheques por más que el CONSORCIO YARASCAY haya comunicado de forma posterior la renovación de las cartas fianzas.

65. En conclusión, se remite a los artículos 1321, 1330 y 1331 del Código Civil para solicitar el reconocimiento de los daños y perjuicios y su correspondiente pago.

**EN RELACIÓN CON LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA, QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD EL REEMBOLSO DE TODOS LOS COSTOS INCURRIDOS EN EL PRESENTE ARBITRAJE.-**

66. El CONSORCIO manifiesta que con los fundamentos expuestos a la largo de las pretensiones de su demanda, ha demostrado que se vio obligado a iniciar el arbitraje exclusivamente para defender sus derechos y en tal sentido le corresponde a la ENTIDAD asumir el íntegro de los costos que irrogue el presente arbitraje, al amparo del artículo 57º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Tacna y el artículo 73º de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.

**VII. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA PRESENTADA POR EL PROYECTO ESPECIAL TACNA.-**

67. El 19 de febrero de 2016, el PROYECTO ESPECIAL TACNA contesta la demanda solicitando que las pretensiones del Demandante sean declaradas infundadas. En esa línea, se pronuncia sobre cada una de las pretensiones.

**EN RELACIÓN AL PEDIDO DE NULIDAD POR LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA FACULTAD ANULATORIA DEL PROYECTO ESPECIAL TACNA PARA DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO DEL CONTRATO, EN APLICACIÓN DEL NUMERAL 202.3 DE LA LEY N° 27444.-**

68. Se afirma que el artículo 202.3 de la LPAG que establece el plazo de un (1) año para declarar la nulidad de oficio, sólo se aplica a los actos administrativos y no a un contrato administrativo. Por tanto, se estima que no se podría realizar una aplicación del artículo citado a un contrato administrativo, pues la naturaleza de ambas figuras es distinta.

69. Se agrega que la LCE y su modificatoria, no establece plazo alguno de prescripción y tampoco lo hace su respectivo Reglamento por lo que considera que es posible la declaratoria de la nulidad del Contrato en cualquier momento posterior a la verificación de los principios rectores de la citada Ley, tales como los principios de moralidad y presunción de veracidad.

**EN RELACIÓN CON EL PEDIDO DEL CONSORCIO YARASCAY PARA QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 050-2015-GRT-PET-GG, DE FECHA 19 DE MARZO DE 2015, MEDIANTE LA CUAL EL PROYECTO ESPECIAL TACNA DECLARÓ LA NULIDAD DE OFICIO DEL CONTRATO, POR DEFECTO EN EL REQUISITO DE VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO.-**

70. La ENTIDAD sostiene que de conformidad con el artículo 11º del Reglamento de Organización y Funciones del PROYECTO, se describe que la Gerencia General es "el órgano de ejecución y dirección del PROYECTO ESPECIAL TACNA (PET), responsable del cumplimiento de los objetivos y metas, de acuerdo con la política impartida por el Consejo Directivo y la Presidencia del Gobierno Regional de Tacna. Se encuentra a cargo de un Gerente General, quien es la máxima autoridad técnica y administrativa,

designado por la Presidencia del Gobierno Regional de Tacna, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto Supremo N° 005-2005-PCM del 22 de enero de 2005".

71. LA ENTIDAD considera que el Gerente General es la máxima autoridad y en concordancia con el principio de legalidad, la emisión de la resolución de gerencia general que dispone la nulidad del proceso y contrato resulta concordante con las facultades y competencias otorgadas. Por lo que considera que no existe vicio referido por el Demandante.

**EN RELACIÓN A QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN GERENCIAL N° 050-2015-GTR-PET-GG, DE FECHA 19 DE MARZO DE 2015, MEDIANTE LA CUAL EL PROYECTO ESPECIAL TACNA DECLARÓ LA NULIDAD DE OFICIO DEL CONTRATO, POR OMISIÓN DEL REQUISITO DE VALIDEZ DE MOTIVACIÓN.-**

72. La ENTIDAD sostiene que el contrato no es producto necesariamente de un procedimiento, pues pueden existir contratos sin procedimientos de selección, así como procedimientos de selección sin contrato; esto los lleva a la conclusión que el contrato como figura jurídica no requiere de un procedimiento para su validez como si lo requiere un acto administrativo, salvo lo establecido en el ordenamiento jurídico.

73. LA ENTIDAD sostiene que la figura de la nulidad del contrato es independiente de algún tipo de procedimiento administrativo, pues ésta se declara en base a vicios establecidos ya en la Ley de Contrataciones del Estado o en la relación contractual misma y que operan al comprobarse automáticamente.

**EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONSORCIO YARASCAY.-**

74. La ENTIDAD afirma que no se ha podido evidenciar derecho de resarcimiento alguno, debido a que la nulidad del contrato obedece a la presentación de documentación falsa por parte del CONSORCIO YARASCAY, hecho evidenciado y ratificado en sede administrativa, por la que se dispuso la sanción administrativa.

75. LA ENTIDAD afirma que el demandante no ha podido acreditar la existencia de un hecho generador y causante de un daño patrimonial, más aún cuando el hecho generador (nulidad del contrato) resulta ser una consecuencia de la vulneración al principio de presunción de veracidad realizada por el CONSORCIO YARASCAY.

**EN RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONSORCIO YARASCAY.-**

76. Precisa que el CONSORCIO YARASCAY incumplió con los plazos establecidos para la resolución del contrato, por lo que la misma -la resolución- resulta extemporánea respecto al apercibimiento y a la declaración de nulidad del contrato.-

77. Con fecha 10 de abril de 2015 se notificó la Carta Notarial N° 0319 por la que el CONSORCIO YARASCAY apercibió a la ENTIDAD al pago de S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100

Soles), por supuestamente haber cumplido con el pago del Cuarto Producto, para lo cual se otorgó un plazo de cinco (05) días calendario.

78. Señala que con fecha 13 de abril de 2015 se notificó la Resolución de Gerencia General N° 050-2015-GG, por la cual se dispuso la nulidad de oficio del Contrato, debido a la vulneración al principio de presunción de veracidad.

79. Indica que el 15 de abril de 2015 vencía el plazo otorgado por el CONSORCIO YARASCAY por supuestamente incumplir con el pago del Producto N° 04, por lo que, de haber cumplido con el procedimiento, correspondía disponer la resolución del Contrato.

80. Advierte que el 16 de abril de 2015, vencido el plazo de apercibimiento, el CONSORCIO YARASCAY no emitió comunicación alguna respecto a su solicitud de resolución del Contrato, por lo que jurídicamente dicho apercibimiento perdió su efecto procedural.

81. Agrega que el 22 de abril de 2015, de manera extemporánea al plazo de vigencia del apercibimiento, el CONSORCIO YARASCAY notificó la Carta Notarial que notifica la resolución del Contrato por falta de pago.

82. Precisa que la Carta Notarial del 22 de abril de 2015 fue emitida con posterioridad a la declaratoria de nulidad del Contrato, por lo que la misma resulta además extemporánea.

83. Sin perjuicio de ello, respecto al fondo de la comunicación y el requerimiento, considera que debe quedar claro que el pedido del CONSORCIO YARASCAY resulta ser respecto al pago del Producto N° 04, el cual requiere entre otros requisitos:

- i. El levantamiento de las observaciones por la desviabilización
- ii. El estudio hidrológico con la aprobación de la Autoridad Nacional del Agua.
- iii. El Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Agrarios del Ministerio de Medio Ambiente.
- iv. La viabilidad otorgada por la OPI.

84. Como se podrá evidenciar de los medios probatorios que deba exhibir el demandante, no se cumplieron con sus obligaciones contractuales relativas a los Productos N° 02, N° 03 y N° 04, por lo que no correspondía pago alguno ni existía sustento para la resolución del Contrato.

#### **EN RELACIÓN A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DEL CONSORCIO YARASCAY.-**

85. Señala que el cumplimiento del pago de la última prestación resulta estar a cargo de la entidad cuando sea exigible y, únicamente será exigible si el CONSORCIO YARASCAY había cumplido con la prestación respectiva.

86. En este sentido, señala que su representada solicitó al CONSORCIO YARASCAY que exhiba la documentación que acredite la notificación oficial por parte del

PROYECTO ESPECIAL TACNA en la cual se da por culminado el cumplimiento de la obligación respecto de la cual pretende el pago.

87. Por lo que refiere que la parte que requiere la exigibilidad de un derecho, debe probarlo previamente, estando la carga de la prueba en el CONSORCIO YARASCAY .

**EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONSORCIO YARASCAY .-**

88. Señala que si bien la acción por enriquecimiento ilícito constituye un mecanismo de tutela para aquél que se ha visto perjudicado, es indispensable que se verifique las condiciones necesarias para la constitución del enriquecimiento ilícito, para lo cual la doctrina considera necesario que se verifiquen las siguientes condiciones: "a) el enriquecimiento del sujeto demandado y el empobrecimiento del actor; b) la existencia de un nexo de conexión entre ambos eventos; y c) la falta de una causa que justifique el enriquecimiento."

89. Indica que, en el presente caso, no ha existido enriquecimiento sin causa por parte de la ENTIDAD, pues ésta en ningún momento ha tenido un comportamiento lesivo contra el CONSORCIO YARASCAY, debido a que las decisiones tomadas por la ENTIDAD estaban a fin de evaluar la situación concreta que era la falsificación de documentos y, en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, tomar la decisión más conveniente para el Estado y el interés público involucrado.

90. Se afirma que la Corte Superior de Justicia en su jurisprudencia ha sostenido que "Tratándose de una demanda por enriquecimiento indebido, el reclamante de la indemnización debe probar no sólo el empobrecimiento sufrido, sino también el enriquecimiento producido a expensas del mismo. El título valor por sí solo no es suficiente para acreditar el empobrecimiento sufrido"

91. Se estima que el CONSORCIO YARASCAY no ha probado el supuesto perjuicio o empobrecimiento de éste ni el supuesto enriquecimiento de la ENTIDAD enriquecimiento sin causa. Por el contrario, se evidencia un perjuicio económico, por el pago de prestaciones que no se cumplieron a cabalidad.

**EN RELACIÓN CON LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO YARASCAY.-**

92. Se afirma que con fecha 28 de febrero de 2015, vencían las cartas fianzas de fiel cumplimiento y de adelanto emitidas por el CONSORCIO YARASCAY. en tal sentido, mediante el oficio n° 097-2015-grt-pet.gg se solicitó al demandante que renueve las cartas fianza, pese a que dicha solicitud no se encuentra establecida como procedimiento alguno o prerequisito para la ejecución de las cartas fianza luego de su vencimiento.

93. Se añade que con el Oficio N° 122-2015-GRT-PET.GG de fecha 20 de febrero de... se emitió un reiterativo al CONSORCIO YARASCAY , respecto a la no renovación de las Cartas Fianzas, no obstante, ninguna de las comunicaciones remitidas al



CONSORCIO YARASCAY fue materia de respuesta, ni de manera formal ni informal, evidenciando una vulneración al principio de buena fe contractual.

94. Indica que con fecha 02 y 03 de marzo de 2015, sin comunicación alguna del CONSORCIO YARASCAY solicitó información al Scotiabank y BBVA respecto al posible trámite de renovación de las Cartas Fianza, siendo informados que no existía trámite en curso.

95. Con fecha 09 de marzo de 2015, el Scotiabank remitió los cheques de gerencia relativos a las Cartas Fianzas, por lo que se procedió a su ejecución, dando por canceladas las Cartas Fianzas y con fecha 12 de marzo de 2015, el BBVA hizo lo propio remitiendo los cheques de gerencia relativos a las Cartas Fianzas, dando a estas por canceladas.

96. De este modo, la ENTIDAD afirma que el CONSORCIO YARASCAY incumplió con su obligación legal de renovación y notificación oportuna de la misma de las Cartas Fianzas, la ENTIDAD en cumplimiento de la normativa aplicable, dispuso su ejecución. Tal hecho se puede evidenciar con la emisión extemporánea de las Cartas Fianzas del BBVA Continental N° 0011-0377-9800141034-93, N° 0011-0377-9800141042-96 y N° 0011-0377-9800141026-99, todas de fecha 06 de marzo de 2015, fuera del plazo legal.

#### EN RELACIÓN A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO YARASCAY.-

97. Señala que no se ha podido evidenciar derecho de resarcimiento alguno relativo a empresas que no forman parte de la relación contractual, más aún cuando se evidencia que la nulidad del contrato obedece a la presentación de documentación falsa por parte del CONSORCIO YARASCAY, hecho evidenciado y ratificado en sede administrativa, por la que se dispuso la sanción administrativa.-

98. Reitera que el Demandante no ha podido acreditar la existencia de un hecho generador y causante de un daño patrimonial al CONSORCIO YARASCAY, menos aún que el hecho generador (nulidad del contrato) resultado de su propia vulneración al principio de presunción de veracidad traiga como consecuencia un daño resarcible a terceras personas por parte de la ENTIDAD.

#### EN RELACIÓN A LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL PRESENTADA POR EL CONSORCIO YARASCAY.-

99. Sostiene que, con los argumentos y pruebas ofrecidas del demandante, la única intención de éste es dilatar el plazo para la devolución de los montos ilegalmente obtenidos, por lo que no sólo no corresponde su otorgamiento, sino la condena de las costas y costos.

#### VIII. EXCEPCIONES

100. En la misma fecha, el PET formuló las siguientes excepciones: (i) incompetencia por la materia respecto a la primera pretensión principal de la demanda, (ii) excepción de incompetencia por inexistencia de convenio arbitral

respecto a la segunda y sexta pretensión principal, (ii) excepción de incompetencia por la materia respecto a la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, en base a los siguientes fundamentos:

**EN RELACIÓN CON LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA.-**

101. Señala que ni el Tribunal Arbitral ni la institución jurídica del arbitraje, son competentes para declarar la nulidad de actos administrativos aplicando el artículo 11.2 de la LPAG que dispone: “*La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad*”.
102. Agrega el PROYECTO ESPECIAL TACNA que la norma referida lo que expresa en el fondo es el respeto a uno de los principios rectores de la organización administrativa, el Principio de Jerarquía, donde sólo el superior jerárquico es el que puede declarar la nulidad, respecto de sus actos a pedido de parte por medio del recurso de apelación o, de oficio por medio de la nulidad de oficio; además de lo anterior, precisa que el ordenamiento jurídico peruano posibilita que la Administración Pública declare la nulidad de sus propios actos, en supuestos derivados de una relación con el administrado, posibilitando la demanda contencioso administrativa en la vía judicial.

**EN RELACION A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR INEXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL, RESPECTO A LA SEGUNDA Y SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-**

103. La ENTIDAD alega que el PROYECTO ESPECIAL TACNA no tienen ningún vínculo jurídico con las empresas TYPASA y ENERGO por quienes el CONSORCIO YARASCAY ha solicitado el pago de daños y perjuicios. Es decir, dichas empresas no forman parte del presente arbitraje, por lo que resultaría contrario a derecho que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre las dos pretensiones antes señaladas, ya que en ambas se hace referencia a personas jurídicas con las cuales el PROYECTO ESPECIAL TACNA no mantiene relación jurídica contractual alguna, ni son parte del Contrato en virtud del convenio arbitral.

**EN RELACION A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA, RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-**

104. Señala que, pese a que el enriquecimiento sin causa *per se* es materia arbitrable, ello no es indicario que, en caso de autos para someter al proceso arbitral, pues las partes no declararon su voluntad expresa de someter esta institución al fuero arbitral y existe una limitación expresa de la Ley de Contrataciones del Estado.
105. La ENTIDAD alega que el Tribunal no tendría facultades para someter el enriquecimiento sin causa al arbitraje debido a que el artículo 52, numeral 52.1 de la Ley de Contratación del Estado que establece de manera expresa cuáles son las

controversias arbitrales surgidas de la ejecución del contrato público, regulación en la que no se incluyen al enriquecimiento sin causa, pues legislativamente el enriquecimiento injusto es una fuente de obligaciones distinta, independiente y autónoma al contrato.

## IX. DE LA RECONVENCIÓN

106. Con escrito de fecha 19 de febrero de 2016, el PROYECTO ESPECIAL TACNA formuló su Reconvención, solicitando al Tribunal Arbitral el reconocimiento de las siguientes pretensiones:

**Primera pretensión principal de la Reconvención:** El Tribunal Arbitral declare que, de conformidad con la Cláusula Vigésima del Contrato relativa al marco legal, para la declaración de nulidad del contrato se aplica la Ley de Contrataciones del Estado y por consecuente, resulta inaplicable la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, siendo válida y eficaz la Resolución de Gerencia General N° 050-2015-GRT-PET.

**Segunda pretensión principal de la Reconvención:** El Tribunal Arbitral determine que habiéndose declarado la nulidad del contrato corresponde que el CONSORCIO YARASCAY revierta el monto ascendente a S/ 6'027 438.62 (Seis Millones Veintisiete Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho con 62/100 Soles), relativo a sus contraprestaciones, más los intereses legales.

**Primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la Reconvención:** En el supuesto que se desestime la Segunda Pretensión Principal, que el Tribunal Arbitral determine que el CONSORCIO YARASCAY incumplió con sus prestaciones contractuales, relativas a los Productos N° 01, N° 02, N° 03, N° 04 y N° 05 y las prestaciones adicionales, por un monto total ascendente a S/ 6'027 438.62 (Seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 Soles) más los intereses legales hasta su cumplimiento.

**Segunda pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la Reconvención:** En el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión principal, se ordene pagar al CONSORCIO YARASCAY a favor de la ENTIDAD por concepto de indemnización por daños y perjuicios de una suma ascendente a S/ 6'027 438.62 (Seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 Soles) más los intereses legales hasta su cumplimiento.

**Tercera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** En el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión principal, se ordene pagar al CONSORCIO YARASCAY el monto máximo de la penalidad ascendente al 10% del monto total del Contrato

107. Con relación a la Primera Pretensión de la Reconvención se remite a la Cláusula Vigésima del Contrato que establece:

“a) El proceso de selección de EL CONSORCIO YARASCAY , fue convocada con arreglo a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones

del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que en lo sucesivo se denominarán: LA LEY Y EL REGLAMENTO, respectivamente;

b) La relación jurídica contractual está subordinada a las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento, y demás normas ampliatorias y modificatorias, así como las disposiciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;

c) Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa que resulte aplicable, se utilizaran las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.”

108. Refiere que el vínculo contractual tiene ciertamente una razón crítica. La otra fórmula que habitualmente lo expresa tiene el sonido de un imperativo moral: “pacta sunt servanda”. Considera que el imperativo moral de fidelidad a la palabra dada, de no traicionar el compromiso dado, de asumir la responsabilidad de sus elecciones, de afrontar las consecuencias de sus decisiones.

109. Añade que, “(...) Uno de los principios cardinales que rigen en el marco de la contratación administrativa es el mismo que plasmó Vélez Sarsfield en el artículo 1197 del Código Civil: el contrato es lex inter partes, y de este principio, a su vez se deriva el de pacta sunt servanda [...] principio que, ciertamente, no excluye la aplicación de los procedimientos elaborados por la teoría jurídica en punto al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato”.

#### EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-

110. Señala que, de conformidad con lo dispuesto en el código civil peruano, norma aplicable al presente contrato, y lo dispuesto en su cláusula vigésima, la declaración de nulidad de un contrato constituye una sanción jurídica por la cual no se reconoce efecto alguno de su existencia.-

111. Añade que la sanción por la mala fe contractual del CONSORCIO YARASCAY debe suponer el no reconocimiento de sus prestaciones, pues lo contrario supondría validar el mecanismo perverso por el cual, los contratantes puedan actuar de mala fe e incluso contra la Ley, remitiendo documentación falsificada respecto a alguna característica o cualidad que incide en su elección y que finalmente, reconocido o identificada la actuación indebida se premie con el pago de lo ejecutado contra la Ley.

112. En el presente caso, el hecho evidente y confirmado de la presentación de documentación falsa trajo como consecuencia la selección de una propuesta que en los hechos no supuso ningún beneficio a la ENTIDAD, pues como se verá del Estado del Estudio de Pre Inversión se encuentra observado, sin haber supuesto ninguna utilidad o beneficio a la ENTIDAD.

<sup>1</sup> Caso Sideco de la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina, cit. Por ídem pp. 184

**EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

113. Indica que en el supuesto que se desestime su Segunda Pretensión Principal, que el Tribunal Arbitral determine que el CONSORCIO YARASCAY incumplió con sus prestaciones contractuales, relativas a los Productos N° 01, N° 02, N° 03, N° 04 y N° 05 y las prestaciones adicionales, por un monto total ascendente a S/ 6'027 438.62 (Seis Millones Veintiuno Mil Cuatrocientos Treinta y Ocho con 62/100 Soles) más los intereses legales hasta su cumplimiento.
114. Añade que el CONSORCIO YARASCAY incumplió con los Términos de Referencia relativos al cumplimiento y detalle de la documentación requerida para la emisión de una válida conformidad de servicio, así como al personal autorizado para la emisión de los mismos.
115. Agrega que el CONSORCIO YARASCAY no solo presentó documentación falsificada, sino que mantuvo a personas en el plantel técnico que no cumplían las condiciones establecidas en los Términos de Referencia, por lo que no solo los productos presentados fueron defectuosos sino emitidos contraviniendo las condiciones del Contrato.
116. Indica que se desconocen las razones que llevaron a determinados servidores públicos a emitir actos contra el Contrato, en los que se otorgaba conformidad sin evidenciar que el personal que suscribía los documentos estaba inhabilitado o, el contenido no cumplía con los Términos de Referencia, todo lo cual contraviene el Contrato que es Ley entre las Partes e incluso la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. Sin embargo, en este estado, corresponde al Tribunal Arbitral determinar si las prestaciones ejecutadas por el CONSORCIO YARASCAY fueron debidamente cumplidas, de conformidad con la documentación obrante en el expediente.
117. Como se ha podido acreditar en el procedimiento administrativo sancionador, el Formulador del Estudio de Factibilidad, ingeniero Víctor Carrasco Avilés nunca participó en la elaboración de los Productos, con lo cual los entregables resultan carecer de validez.
118. Ello ha quedado demostrado y consentido con el pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones, en la decisión definitiva que se ofrece como medio probatorio, por la cual se confirma la no participación del ingeniero Carrasco Avilés durante la ejecución del servicio, lo que conlleva a un pago indebido a favor del CONSORCIO YARASCAY.
119. Por su parte, el ingeniero de puertos y caminos, ingeniero Rafael López Manzano no se encontraba habilitado en el Colegio de Ingenieros del Perú al momento de emitir pronunciamiento, acreditando el incumplimiento de los Términos de Referencia y constituyendo causal de invalidez de todos los Productos, debido a que su participación se produce desde el inicio del servicio.

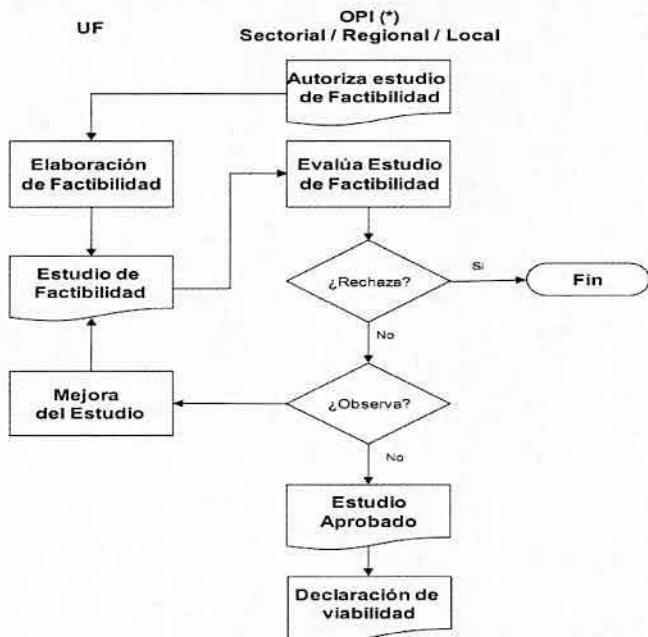
**EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

120. En el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión principal, se ordene pagar al CONSORCIO YARASCAY a favor de la ENTIDAD por concepto de indemnización por daños y perjuicio una suma ascendente a S/ 6'027 438.62 (Seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 Soles) más los intereses legales hasta su cumplimiento”

121. Se sostiene que los daños y perjuicios han sido generados por el actuar con culpa y dolo del CONSORCIO YARASCAY, por la presentación de documentación falsa y los incumplimientos. En tal sentido, se afirma que el CONSORCIO YARASCAY ha debido de cumplir durante los entregables detallados en el contrato cada uno de los puntos especificados en los términos de referencia que son necesarios en su cumplimiento y como requisito mínimo de presentación.

122. Agrega que de las bases integradas se tiene respecto de la Supervisión del Estudio, que para el pago del último informe se requerirá necesariamente que cuente con la opinión favorable del equipo de supervisión de la ENTIDAD, aprobación y declaratoria de viabilidad del estudio de factibilidad.

123. Por otra parte, añade que de acuerdo con la Directiva N° 001-2011-EF/68.01 aprobada mediante Resolución Directoral R.D. N° 003-2011-EF/68.01, que forma parte de las bases legales de los términos de referencia, así como de las bases integradas, que son parte del contrato, se extrae el siguiente diagrama del procedimiento de aprobación y declaratoria de viabilidad de un PIP (PROYECTO de inversión pública).



124. Sostiene que posteriormente a una declaratoria de viabilidad de acuerdo con el ítem 15.11 del procedimiento de declaratoria de viabilidad de la Directiva N° 001-2011-EF/68.01 se aplica:

15.11 En todos los casos señalados en el presente artículo, para que la OPI registre la declaración de viabilidad de un PIP en el Banco de Proyectos, deberá incluir en la Ficha de Registro del PIP, el archivo electrónico del estudio de preinversión que sustenta la viabilidad, así como el Resumen Ejecutivo de dicho estudio y el Informe Técnico de declaración de viabilidad escaneados. Asimismo, una vez que la OPI declara la viabilidad de un PIP tiene un plazo no mayor de 05 días hábiles para comunicarla a la DGPM (hoy DGIP), debiendo remitir copia del Formato SNIP-09 y del Informe Técnico que sustenta la declaración de viabilidad. Los registros a que se refiere la presente disposición son de responsabilidad de la OPI, en tanto que, la información contenida en los estudios de preinversión es de única y exclusiva responsabilidad de la UF que formuló el PIP. (El subrayado es nuestro).

125. Es claro que en un procedimiento del SNIP, se remitió lo actuado a la DGIP y la cual en sus atribuciones de ser un ente superior a la OPI REGIONAL deshabilitó el PIP Represamiento Yaracuy y la OPI REGIONAL en cumplimiento a la Directiva N° 001-2011-EF/68.01, procedió a hacer suyo el informe y retirar la viabilidad y comunicar al PROYECTO ESPECIAL TACNA el estado de observado de dicho PROYECTO, constituyéndose en válida la deshabilitación y válidas las observaciones formuladas al CONSORCIO YARASCAY, ya que todos los procedimientos están considerados dentro de los términos de referencia y las bases integradas que forman parte del contrato.

126. **EN RELACIÓN CON LA TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

127. Se sostiene que en el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión principal, se ordene pagar al CONSORCIO YARASCAY el monto máximo de la penalidad ascendente al 10% del monto total del Contrato.

128. La ENTIDAD considera que ha quedado evidenciado que corresponde proceder a la aplicación de la máxima penalidad por retraso injustificado en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que se acredita con la Carta Notarial de fecha 03 de febrero de 2015, por la cual se notificó al Demandante la aplicación de una penalidad ascendente a S/ 773 188.99 (Setecientos Setenta y Tres Mil Ciento Ochenta y Ocho con 99/100 Soles).

129. El CONSORCIO YARASCAY mediante el escrito N° 03 presentado el 18 de abril de 2017, absuelve las excepciones formuladas por la ENTIDAD conforme a lo siguiente:

**ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, POR RAZÓN DE LA MATERIA.-**

130. Indica que el numeral 52.1 del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, establece que “las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”.

131. En este sentido, se considera que al haberse dispuesto por mandato legal, que las controversias que surjan sobre la nulidad y/o invalidez del contrato se resuelven mediante arbitraje, no podría haberse discutido la presente controversia en el proceso judicial contencioso administrativo.

**EN RELACIÓN A LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR INEXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL RESPECTO A LA SEGUNDA Y SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL, POR RAZÓN DE MATERIA.-**

132. Al respecto, señala el CONSORCIO YARASCAY que de acuerdo a la Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, el CONSORCIO YARASCAY no es más que un contrato asociativo, mediante el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una de las personas asociadas, su propia autonomía, con lo cual los CONSORCIO YARASCAY s no crean una nueva persona jurídica, siendo únicamente un contrato de asociación entre dos o más personas, creando una ficción societaria.

133. De tal manera, considera que el Contrato que suscribe la ENTIDAD con un CONSORCIO YARASCAY , es igual a un contrato suscrito entre la ENTIDAD con cada una de las partes integrantes del CONSORCIO YARASCAY (en las obligaciones que le corresponde a cada parte, recordando que cada parte se vincula a título individual.

**EN RELACIÓN A LA ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA, RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL-**

134. Afirma que las partes pactaron resolver las controversias derivadas del Contrato N° 019-2013-GRT-PET mediante arbitraje de derecho, es decir pactaron su deseo de no acudir al Poder Judicial ante las controversias que pudieran derivar del acto jurídico que contiene el convenio arbitral contenido en la cláusula vigésima segunda del CONTRATO.

135. En base a lo descrito, el CONSORCIO YARASCAY solicita se declare infundadas o improcedentes las excepciones.



X.

**DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PLANTEADA POR EL CONSORCIO YARASCAY**

136. El CONSORCIO YARASCAY con escrito presentado el 18 de abril 2016 formuló excepción de incompetencia y excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda contra la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvención, en base a los siguientes fundamentos.

**EN RELACIÓN A LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.-**

137. Refiere que el PET inició el proceso administrativo sancionador ante el OSCE por una supuesta trasgresión al principio de legalidad por parte de EL CONSORCIO YARASCAY por una supuesta presentación de documentación falsa.

138. Explica que, con fecha 16 de diciembre de 2015 se expidió la Resolución N° 2849-2015-TCE-S1, mediante la cual, el Tribunal de Contrataciones del OSCE declaró que el CONSORCIO YARASCAY había transgredido el principio de legalidad por presunta presentación de documentación falsa, sancionando a las empresas consorciadas.

139. Agrega que con fecha 23 de diciembre de 2015, su representada a través de sus empresas consorciadas, presentaron recurso de reconsideración contra la Resolución N° 2849-2015-TCE-S1.

140. Añade que con fecha 15 de enero de 2016, el Tribunal de Contrataciones del OSCE resolvió el recurso de reconsideración presentado por las empresas consorciadas mediante la Resolución N° 103-2016-TCE-S1, declarándolo infundado.

141. Con fecha 11 de abril de 2016 y dentro del plazo señalado en el artículo 19 del T.U.O. de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, el CONSORCIO YARASCAY a través de sus empresas consorciadas, presentaron una demanda contenciosa administrativa en sede judicial a fin de discutir la Resolución N° 0103-2016-TCE-S1 que confirma la Resolución N° 2849-2015-TCS1.

142. Por ello, considera que al encontrarse en discusión judicial la Resolución N° 0103-2016-TCE-S1 y en consecuencia la Resolución N° 2849-2015-TCE-S1, la cual declara la transgresión al principio de legalidad, en el 5º Juzgado Permanente bajo el expediente N° 06342-2016-0-1801-JR-CA-05 el Tribunal Arbitral resulta incompetente para pronunciarse respecto a la existencia de documentación falsa.

**EN RELACIÓN CON LA EXCEPCIÓN DE OSCURIDAD O AMBIGÜEDAD EN EL MODO DE PROPOSICIÓN DE LA DEMANDA CONTRA LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

143. El CONSORCIO YARASCAY afirma que de la lectura de la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvención se observa que el PET solicita se declare que el Demandante ha incumplido con sus obligaciones contractuales hasta por un monto total ascendente a S/. 6'027,438.62, esto es, se trata de una pretensión declarativa.

144. De la lectura de los fundamentos fácticos, se advierte que la Demandada solicita el reembolso de la suma de S/.6'027,438.62 que según lo alegado corresponden a prestaciones indebidamente pagadas. Esto constituiría a su criterio, una pretensión constitutiva de derechos, siendo el derecho en discusión la devolución de las prestaciones indebidamente pagadas, no existiendo congruencia entre el petitorio y los fundamentos de hecho.

**XI. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN.**

145. El 18 de abril de 2016, el CONSORCIO YARASCAY contesta la reconvención, solicitando que la misma sea declarada infundada o improcedente.

**EN RELACION A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

146. El CONSORCIO YARASCAY sostiene que no puede declararse inaplicable la LPAG (Ley de Procedimiento Administrativo General), debido a que es una norma pública. En este sentido, considera que cuando la administración pública contrata con un administrado se encuentra vinculada positivamente al principio de legalidad, por ello su actuación se encontrará sometida al ordenamiento jurídico en la medida que solo podrá hacer lo que la ley permite.

147. Refiere que la ENTIDAD alega teorías y principios de derecho privado, desconociendo que en una relación entre administración y administrado primero se aplican normas de derecho público y luego normas de derecho privado; siendo los dos ámbitos del derecho distintos.

**EN RELACIÓN A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

148. Afirma el CONSORCIO YARASCAY que la causal de la declaración de nulidad por parte de la ENTIDAD TACNA se viene discutiendo en vía judicial (bajo el expediente N° 06342-2016-0-1801-JR-CA-05 del Quinto Juzgado Permanente en lo Contencioso Administrativo), por lo que no cabe pronunciarse sobre la misma en el presente proceso arbitral.

**EN RELACIÓN A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

149. Señala que los pagos realizados por el PROYECTO ESPECIAL TACNA se realizaron una vez que se cumplió con la presentación formal y completa de la documentación correspondiente a cada actividad descrita. En este sentido, al haberse realizado los pagos existe una aprobación a los trabajos presentados que demuestra el cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONSORCIO YARASCAY.

150. De otro lado, sostiene que en caso un ingeniero no se haya encontrado habilitado no supone el incumplimiento de la obligación, solo su cumplimiento defectuoso, puesto que este no se prestó como indicaba los acuerdos contractuales, dicho actuar no supone un reembolso de la prestación debida, puesto que de acuerdo con el Código Civil los cumplimientos defectuosos no son sancionados con la devolución de la contraprestación.

**EN RELACION A LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

151. Refiere que los alegados supuestos incumplimientos a su cargo, no se ajustan a la realidad de los hechos, por cuanto el PET efectuó los pagos correspondientes a cada informe presentado por el CONSORCIO YARASCAY, los cuales fueron aprobados y pagados luego de revisar y comprobar que cumplían con los términos de referencia.
152. Asimismo, indica respecto a la pretendida indemnización en el retiro de la viabilidad del PROYECTO, no tiene mucha injerencia en el presente arbitraje, puesto que el retiro o no de la viabilidad por un ente superior o por el Ministerio de Economía y Finanzas no es parte del Contrato.
153. Agrega que el PET no ha cumplido con sustentar la ilicitud o antijuricidad, el factor de atribución de la ilicitud, el nexo causal entre el hecho generador y la existencia del daño de la pretendida indemnización.

**EN RELACIÓN A LA TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

154. Manifiesta que no corresponde la aplicación de ninguna pretendida penalidad y que además la ENTIDAD no ha cumplido con presentar la supuesta carta notarial de fecha 3 de febrero del 2015, mediante la cual supuestamente imputa una penalidad ascendente a S/. 777,188.99.

**XII. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DE EXCEPCIONES.**

155. Con fecha 07 de setiembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de sustentación de excepciones, donde las partes sustentaron sus posiciones. Concluidos los informes de las partes y absueltas las preguntas formuladas a las mismas, el Tribunal Arbitral informó que se reservaba el derecho de resolverlas en cualquier momento, inclusive al momento de emitir laudo arbitral que ponga fin al presente proceso.

**XIII. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.-**

156. Con fecha 07 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral realizó la Audiencia programada en presencia de los representantes de ambas partes. En esa línea, previo al inicio de la audiencia, se dio cuenta de la existencia de una relación jurídica válida entre las partes.
157. Asimismo, el Tribunal Arbitral propició el acuerdo conciliatorio entre las partes a fin de resolver sus controversias, sin embargo, manifestaron que de momento no resultaba posible arribar a una conciliación, no obstante dejan a salvo la posibilidad de que pudiera darse en cualquier estado del proceso, hasta antes de emitirse en correspondiente laudo.
158. A continuación, el Tribunal procedió a fijar los puntos controvertidos con la anuencia de las partes asistentes, quedando establecidos los siguientes:

#### A. PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG de fecha 19 de Marzo de 2015, mediante la cual la ENTIDAD declaró la nulidad de oficio del contrato, por:
  - a. Invalidez por prescripción extintiva de la facultad anulatoria de la ENTIDAD para declarar la nulidad de oficio del Contrato, en aplicación del numeral 202.3 de la Ley N° 27444.
  - b. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, por defecto en el requisito de validez de competencia.
  - c. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez del procedimiento.
  - d. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez de motivación.
2. Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago de los daños y perjuicios generados a las empresas consorciadas TYP SA y ENERGO por la indebida y/o ilegal declaración de nulidad del contrato.
3. Determinar si corresponde o no declarar valida la resolución del contrato dispuesta por el Contratista mediante Carta Notarial N° 101-XIII de fecha 17 de abril del 2015, por incumplimiento de la ENTIDAD en su obligación esencial, en aplicación del art. 168º del Reglamento de Contrataciones del Estado.
4. Determinar si corresponde o no ordenar el cumplimiento de la última prestación a cargo de la ENTIDAD, ordenando el pago a favor del contratista de S/. 1'462,834.99 (un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 soles) correspondiente al 30% del monto contractual más los intereses legales hasta la fecha de pago efectivo.
5. En el supuesto que se desestime el punto anterior determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago a favor del contratista de la suma ascendente a S/. 1'462,834.99 (un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 soles) por enriquecimiento sin causa más los intereses legales hasta la fecha de pago efectivo.
6. Determinar si corresponde o no declarar inválida la ejecución de las Cartas Fianzas señaladas en el siguiente cuadro y si corresponde o no ordenar el reembolso de la suma de S/. 2'970,292.77 (dos millones novecientos setenta mil doscientos noventa y dos con 77/100 soles) monto correspondiente a la ejecución de Cartas Fianzas siguientes:

| Banco | Nº de Carta Fianza     | Concepto          | Vigencia   | Monto S/.  |
|-------|------------------------|-------------------|------------|------------|
| BBVA  | 011-0377-9800141028-99 | Fiel cumplimiento | 28.02.2015 | 302,738.11 |

|            |                         |                                |            |            |
|------------|-------------------------|--------------------------------|------------|------------|
| BBVA       | 0011-0377-9800141034-96 | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| BBVA       | 011-00377-9800141042-96 | Adelanto directo               | 28.02.2015 | 783,661.80 |
| BBVA       | 011-0377-9800125500-93  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 91,112.00  |
| SCOTIABANK | 00128286-009            | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| SCOTIABANK | 00128285-009            | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,786.44 |
| SCOTIABANK | 00125895-009            | Adelanto Directo               | 28.02.2015 | 783,661.60 |

7. Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago de daños y perjuicios generados a las empresas consorciadas TYP SA y ENERGO por la indebida y/o ilegal ejecución de las Cartas Fianzas señaladas en el numeral anterior.
8. Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el reembolso de todos los gastos y costos incurridos en el presente arbitraje, incluidos los honorarios profesionales contratados para la defensa en este proceso, así como gastos administrativos del Centro de Arbitraje y demás gastos efectuados para su atención.

#### B. PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA RECONVENCIÓN

1. Determinar si corresponde o no declarar que de conformidad con la Cláusula Vigésima del Contrato relativa al marco legal, para la declaración de nulidad del Contrato se aplica la Ley de Contrataciones del Estado y consecuentemente, resulta inaplicable la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, siendo válida y eficaz la Resolución de Gerencia General N° 050-2015-GRT-PET.
2. Determinar si corresponde o no que habiéndose declarado la nulidad del Contrato corresponde que el Contratista revierta el monto ascendente a S/. 6'027,438.62, relativo a sus contraprestaciones, más los intereses legales.
3. En el supuesto que se desestime el punto anterior, determinar si corresponde o no que se declare que el Contratista incumplió con sus prestaciones contractuales, relativas a los Productos N° 1, N° 2, N° 3, N° 4 y N° 5 y las prestaciones adicionales, por un monto total ascendente a S/. 6'027,438.62 (seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 soles) y se ordene al Contratista su pago a la ENTIDAD, más los intereses legales hasta su cumplimiento.
4. En el supuesto que se desestime el punto signado como numeral 2, determinar si corresponde o no ordenar al Contratista el pago a favor de la ENTIDAD por concepto de indemnización por daños y perjuicios de una suma ascendente a

S/. 6'027,438.62 (seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 soles) más los intereses legales hasta su cumplimiento.

5. En el supuesto que se desestime el punto signado como numeral 2, determinar si corresponde o no que se ordene al Contratista pagar a la ENTIDAD el monto máximo de la penalidad ascendente al 10% del monto total del Contrato.

159. Asimismo, el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por las partes y el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer la actuación de alguna pericia.

#### XIV. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE HECHOS Y SUSTENTACIÓN DE PERICIAS

160. El 11 de octubre de 2017, se llevó a cabo la audiencia programada con la participación de ambas partes, otorgándose el uso de la palabra para la ilustración de los hechos y la sustentación de las pericias. Posteriores a ello, el Tribunal Arbitral formuló las preguntas a las partes, a los peritos, las mismas que fueron absueltas. En dicha audiencia, se dispuso el cierre de la etapa probatoria y se otorgó el plazo para que presenten sus alegatos.

#### XV. OTRAS ACTUACIONES

161. Mediante el escrito presentado el 20 de enero de 2017, el CONSORCIO YARASCAY presenta sus pericias, las cuales se detallan:

- A. Pericia respecto a la afectación económica – financiera de las empresas consorciadas TYPSA y ENERGO por la indebida declaración de nulidad de contrato.
- B. Pericia respecto a la afectación económica – financiera de las empresas consorciadas TYPSA y ENERGO por la indebida ejecución de las cartas fianzas.
- C. Peritaje respecto a los supuestos incumplimientos y observaciones realizadas por el PET y el MEF.

162. Con la Resolución N° 24 del 24 de enero de 2017, se corrió traslado de las pericias presentadas por el CONSORCIO YARASCAY a la ENTIDAD por un plazo de 95 días.

163. El 13 de junio del 2017, la ENTIDAD absuelve el traslado dentro del término establecido a cuyo efecto, remite las siguientes pericias e informes legales:

- A. Dos Informes Legales elaborados por el Estudio Alberto Retamozo Linares Abogados Asociados, donde se realizan precisiones de carácter legal que no fueron tomadas en cuenta en los 03 Informes Periciales presentados por el CONSORCIO YARASCAY .
- B. Informe Legal del Estudio Echecopar, elaborado por el Dr. Juan Carlos Morón Urbina, respecto del Informe Legal presentado por el Dr. Víctor Baca Oneto.
- C. Pericia Técnica elaborada por el Ph.D en recursos hídricos, el Ing. Edwin Martín Pino Vargas, donde se concluye que lo ejecutado por el

CONSORCIO YARASCAY no se ajusta a los parámetros exigidos en la contratación de consultoría.

164. Con fecha 08 y 09 de noviembre de 2017, la ENTIDAD y el CONSORCIO YARASCAY formulan sus alegatos e igualmente alcanzan documentación complementaria.
165. El 11 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Informes orales con la asistencia de las partes.
166. En dicha audiencia, el CONSORCIO YARASCAY a través de su asesor Sr. Víctor Baca Oneto sustentó su Informe Legal. Asimismo, por parte de la ENTIDAD, el Sr. Morón Urbina sustentó su Informe Legal.
167. Seguido a ello, se autorizó a ambas partes hacer uso de la palabra para que procedan con sus informes orales.
168. El 18 y 26 de diciembre de 2017, el CONSORCIO YARASCAY y el PET, respectivamente, presentan alegaciones solicitando tenerlos presentes al momento de resolver.
169. Con la Resolución N° 37 de fecha 29 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles.

#### XVI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

170. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el Tribunal Arbitral se ha regido de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se le ha recusado o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, el CONSORCIO YARASCAY presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda, cumpliendo con contestar la misma y formulando su reconvenCIÓN; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como la facultad de presentar sus alegatos escritos y la oportunidad de formular sus informes orales, derecho que han ejercido; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.
171. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo con la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Colegiado declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.
172. El referente regulatorio de las partes es la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado

mediante el Decreto Supremo N 184-2008-EF, es pertinente señalar que cuando se haga mención a “la Ley” se deberá entender a la Ley de Contrataciones y cuando se mencione “el RLCE” deberá entenderse a su Reglamento.

173. En forma previa, es pertinente indicar que en la Audiencia de Sustentación de Excepciones de fecha 07 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral informó a las partes que se reservaba el derecho de resolverlas en cualquier momento, inclusive al momento de emitir el laudo arbitral. Sobre el particular, el Colegiado decide resolver las excepciones en el presente laudo, en ese sentido, es pertinente tener en cuenta que se formularon las siguientes excepciones:

- i. Excepción de incompetencia formulada por la ENTIDAD contra la primera pretensión principal de la demanda.
- ii. Excepción de incompetencia por inexistencia de convenio arbitral formulada por la ENTIDAD respecto a la segunda pretensión principal de la demanda.
- iii. Excepción de incompetencia por inexistencia de convenio arbitral formulada por la ENTIDAD respecto a la sexta pretensión principal de la demanda.
- iv. Excepción de incompetencia por razón de la materia formulada por la ENTIDAD respecto a la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.
- v. Excepción de incompetencia formulada por el CONSORCIO YARASCAY contra la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvención.
- vi. Excepción de oscuridad y ambigüedad formulada por el CONSORCIO YARASCAY contra la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvención.

174. Sobre el particular, el presente Colegiado estima pertinente, previo al análisis de cada una de las excepciones planteadas, desarrollar brevemente la figura procesal en mención.

175. La excepción es parte del derecho de defensa que le asiste al demandado o contrademandado en un proceso. Precisamente, el derecho de defensa puede adoptar tres modalidades no excluyentes: la primera, relacionada al fondo del asunto en controversia; la segunda, denominada defensa previa, consistente en el cuestionamiento al ejercicio del derecho de acción del demandante por no haber realizado un acto previo que habilita dicho ejercicio; y la tercera, la defensa de forma o excepción.<sup>2</sup>

176. De esta manera, la excepción es la defensa de forma que el demandado o contrademandado formula con el propósito de impedir la continuidad de algunas o todas las actuaciones procesales, argumentando que no se han satisfecho en su

<sup>2</sup> MONROY GALVEZ, Juan. Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano. Revista Themis. 1994. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109837.pdf> (último ingreso: 16:51 del 2 de marzo de 2017), pp. 120-121

totalidad los presupuestos procesales o existen hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica descrita por el actor en su demanda<sup>3</sup> o reconvenCIÓN. En otros términos, mediante la excepción se denuncia la inexistencia o defectuosidad de un presupuesto procesal de o una condición de la acción.<sup>4</sup>

177. Los presupuestos procesales son aquellos “elementos básicos y necesarios para la existencia de una relación jurídica procesal válida”<sup>5</sup>, entiéndase competencia del juzgador, capacidad procesal de los intervenientes en el proceso y requisitos formales de admisibilidad y procedencia de la demanda.

178. Por otro lado, “las condiciones de la acción son los elementos indispensables para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo”<sup>6</sup>, léase, el interés para obrar y la legitimidad para obrar.

179. En función de lo señalado, el Tribunal Arbitral considera pertinente resolver en forma previa las excepciones i), ii) y iii); disponiendo que las demás sean analizadas en forma conjunta con la pretensión que derivan.

i. **Excepción de incompetencia respecto a la Primera Pretensión Principal de la demanda.**

180. El CONSORCIO YARASCAY solicitó en su primera pretensión principal lo siguiente:

*Primera Pretensión Principal*

Que, el Tribunal Arbitral declare sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG de fecha 19 de marzo de 2015, mediante la cual, el PROYECTO ESPECIAL TACNA declaró la nulidad de oficio del contrato, por:

- a. *Invalidez por prescripción extintiva de la facultad anulatoria de la ENTIDAD para declarar la nulidad de oficio del Contrato, en aplicación del numeral 202.3 de la Ley N° 27444.*
- b. *Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, por defecto en el requisito de validez de competencia.*
- c. *Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez del procedimiento.*
- d. *Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez de motivación.*

181. Mediante el escrito N° 01 presentado el 19 de febrero de 2016, la ENTIDAD formuló su excepción de incompetencia contra la primera pretensión principal de la demanda.

<sup>3</sup> OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Séptima edición, Harla, México, 1995, pp. 70-71.

<sup>4</sup> Ver MONROY GALVEZ, Juan. Art. Cit., p. 125, quien refiere que “cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa un Presupuesto procesal o que no existe o existe, pero de manera defectuosa una Condición de la acción”.

<sup>5</sup> Ibid., p. 122.

<sup>6</sup> Ibid., p. 124.

182. De la lectura de la excepción de incompetencia, el PROYECTO advierte que el Tribunal no es competente para declarar la nulidad de actos administrativos aplicando la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, cuyo artículo 11.2 expresa que: “*la nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución de la misma autoridad*”.

183. En esa línea, la ENTIDAD afirma que el ordenamiento jurídico peruano posibilita que la Administración Pública declare la nulidad de sus propios actos, en un supuesto derivado de una relación con el administrado, lo que posibilita la demanda contencioso-administrativa en la vía judicial.

184. Añade que el artículo 56 de la Ley indica que: “*cuando corresponda al (...) tribunal arbitral evaluar la nulidad de contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en el presente legislativo y su reglamento y luego las causales de nulidad reconocidas en el derecho público aplicable*”. Así refiere que en virtud de la lógica del Demandante si se pretende valorar un acto administrativo a la luz de la Ley N° 27444 entonces, el Tribunal Arbitral resulta incompetente puesto que no tiene facultades para declarar la nulidad de un acto administrativo, siendo una materia distinta al arbitraje.

185. Por lo que concluye que la competencia arbitral no sólo se refiere a la materia controvertida sino también al ordenamiento jurídico aplicable al pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

186. Por su parte, el CONSORCIO YARASCAY mediante el escrito presentado el 18 de abril de 2016, considera que el Tribunal Arbitral es competente para el análisis de la primera pretensión principal de la demanda, toda vez, que la norma de compra pública estableció los mecanismos de impugnación a las actuaciones de la ENTIDAD entre ellos, el arbitraje.

187. Como se advierte de las actuaciones arbitrales, la parte Demandada considera que el Tribunal Arbitral no es competente para declarar la nulidad de actos administrativos aplicando la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444. Por su parte, el CONSORCIO enfatiza que se trata de materia de jurisdicción arbitral.

188. El artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, establece que: pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

189. Ahora bien, el sustento de la excepción de la ENTIDAD está referida – siguiendo el argumento del CONSORCIO YARASCAY - que si la nulidad contenida en la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG es un acto administrativo, no le corresponde al Tribunal Arbitral su análisis, puesto que bajo los alcances de la LPAG debe ser materia de la demanda contenciosa administrativa.

190. En primer término, el artículo 52.1 de la Ley señala como materia arbitrable: las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, **nulidad** o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje. Entendiéndose el contrato como el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento<sup>7</sup>.
191. En segundo término, el artículo 56 de la Ley dispone, tratándose de la nulidad de los actos de los procesos de contratación señala que: “(...) corresponde al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considerarán en primer lugar las causales previstas en la presente ley y su reglamento, y luego de las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional” (Subrayado nuestro).
192. La disposición antes señalada, se encuentra referida a que el análisis del Tribunal debe encontrarse no sólo en las causales consignadas en la normativa de compra pública sino también en aquellas del derecho nacional. Bajo dicho contexto, se desprende indefectiblemente que la primera pretensión principal de la demanda está destinada a que el Tribunal Arbitral analice los alcances de la declaratoria de nulidad bajo las causales reconocidas en el derecho nacional; entre ellas, la LAPG, norma de carácter nacional y atendiendo, que la nulidad del contrato es un elemento posible de arbitraje se evidencia que las controversias que pudieran suscitarse se someten a las instancias de resolución de conflictos que en el presente caso y conforme a la voluntad de Ley, son los tribunales arbitrales quienes están destinados a la resolver dichas controversias.
193. Para efectos del análisis aplicable al presente caso, el Tribunal Arbitral ciertamente, no sólo analizará la nulidad del Contrato bajo los alcances de la norma de compra pública sino también, aquella norma que se encuentre dentro del derecho nacional en esa línea, la aplicación o no de la LAPG ciertamente, es un elemento que ha sido largamente materia de debate pero no implica que el Colegiado no posea competencia respecto a la nulidad del Contrato sino más bien, su discusión es expresión misma de los alcances que brinda el artículo 56 de la Ley.
194. Bajo lo expuesto, resulta este Tribunal Arbitral competente para emitir pronunciamiento respecto a la primera pretensión principal formulada por el CONSORCIO YARASCAY.
- ii. **Excepción de inexistencia de convenio arbitral respecto a la segunda pretensión principal de la demanda formulada por la ENTIDAD.**
- iii. **Excepción de inexistencia de convenio arbitral respecto a la sexta pretensión principal de la demanda formulada por la ENTIDAD.**
195. El Tribunal Arbitral decide analizar en forma conjunta la excepción formulada contra la segunda y sexta pretensión de la Demanda, debido a que están referidas a

<sup>7</sup> Definición N° 13. Anexo Único. Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

la supuesta inexistencia de convenio arbitral respecto a las empresas TYPSCA y ENERGO, como integrantes del CONSORCIO YARASCAY.

196. La ENTIDAD afirma que su representada no mantiene relación jurídica contractual con las personas jurídicas TYPSCA y ENERGO para cuyo efecto, se remite al Contrato donde si bien se hace referencia a dichas empresas, únicamente se reconoce la participación del CONSORCIO YARASCAY Ingeniería Yarascay, precisando que en el supuesto negado de emitirse un laudo ordenando a la ENTIDAD, el pago por daños y perjuicios sería – a su consideración – una causal de anulación de Laudo Arbitral.
197. Por su parte, el demandante refiere que el CONSORCIO YARASCAY es un contrato asociativo que no genera una persona jurídica, agrega, que conforme al artículo 145 del Reglamento, las partes conformantes responden solidariamente ante la ENTIDAD: “*los integrantes de un CONSORCIO YARASCAY responden solidariamente respecto de la no suscripción (...) y del incumplimiento (...) estando facultada la ENTIDAD, en dichos casos, para demandar a cualquiera de ellos, por los daños y perjuicios causados*” por lo que considera, que el Colegiado es competente para analizar las pretensiones.
198. El artículo 445 de la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887, señala que el CONSORCIO YARASCAY: «*Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía (...)*».
199. De acuerdo con el artículo 438 de la Ley General de Sociedades un contrato asociativo “no genera una persona jurídica” (el subrayado es agregado). En este sentido, Elías LaRoza afirmaba como uno de los caracteres esenciales de los contratos asociativos (que comprende al CONSORCIO YARASCAY) es que “no dan lugar a la formación de una persona jurídica”<sup>8</sup>.
200. Con mayor precisión Hundskopf Exebio afirma: “No crea una persona jurídica, por lo que carece de una razón o denominación social, patrimonio y domicilio propio. Es tan solo un contrato”<sup>9</sup>.
201. Frente a ello, el Tribunal Arbitral estima pertinente preguntar, ¿Qué significa que el CONSORCIO YARASCAY no genere una persona jurídica? Ello supone básicamente dos consecuencias: 1) que el CONSORCIO YARASCAY no es por sí

<sup>8</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pág. 702.

<sup>9</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las singularidades de los contratos asociativos, con especial énfasis en la asociación en participación y en el CONSORCIO YARASCAY ». En: *Derecho Comercial*. Tomo XIV. Lima: Universidad de Lima, 2015, pág. 57.

mismo un sujeto de derechos<sup>10</sup> y 2) que no tiene, por si mismo, igualmente, autonomía formal<sup>11</sup>.

202. En efecto, el CONSORCIO YARASCAY no es sujeto de derechos; por tanto, no es un centro de imputación de derechos y deberes<sup>12</sup>. Además, al no ser una persona jurídica el CONSORCIO YARASCAY no tiene existencia distinta respecto a las personas que se asocian, es decir, no tiene autonomía formal.

203. Si el CONSORCIO YARASCAY no es un sujeto de derechos resulta claro que no puede ser Parte Formal ni Parte Sustancial. Por otro lado, al carecer de autonomía formal, en estricto son los miembros del CONSORCIO YARASCAY los que son Parte Formal y/o Parte Sustancial<sup>13</sup>. Al respecto, Elías LaRoza señala: "Cada miembro del CONSORCIO YARASCAY adquiere derechos y obligaciones, a título particular, al realizar operaciones del CONSORCIO YARASCAY con terceros"<sup>14</sup>.

204. Teniendo en cuenta lo señalado, entonces no es el "CONSORCIO YARASCAY" la Parte Sustancial sino los miembros que lo conforman.

205. Sin perjuicio de lo señalado el Tribunal Arbitral se pregunta ¿El CONSORCIO YARASCAY es un supuesto de titularidad conjunta?

206. La pluralidad activa se organiza de manera conjunta, de modo tal que todos los acreedores en conjunto (en mano común<sup>15</sup> o *zurgesammtem hand*) tienen derecho a la totalidad de la prestación. La colectividad o los acreedores en conjunto son titulares del crédito de tal manera que éste sólo puede ser ejercitado conjuntamente por todo el grupo.

207. De acuerdo con Diez Picazo refiriéndose a la pluralidad activa: «Hablamos de créditos conjuntos o en mano común en todos aquellos casos en que el derecho de crédito pertenece a una colectividad o grupo de acreedores y ha de ser ejercitado conjuntamente por ellos, de modo que todos los acreedores juntos, en mano común, son acreedores de la totalidad de la prestación»<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Como señala FERRARA, persona en el sentido técnico-jurídico quiere decir sujeto de derecho (FERRARA, Francesco. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Granada: Comares, 2006, pág. 239). Más adelante el autor italiano define a la persona jurídica como «asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho» (FERRARA, Francesco. Ob. Cit., p. 268).

<sup>11</sup> Artículo 78 del Código Civil. «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas».

<sup>12</sup> Ver al respecto ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Lima: Rhodas, 2006, pág. 37.

<sup>13</sup> Al respecto es necesario tener en cuenta la distinción entre «Parte Formal» y «Parte Sustancial». Parte en sentido formal es el autor del contrato; es decir, quien emite las declaraciones contractuales constituidas. Parte en sentido sustancial es el titular de la relación contractual a quien se le imputa el conjunto de efectos jurídicos del contrato. Estos dos significados de parte hacen referencia a los dos perfiles del contrato: como acto y como relación.

Normalmente quien es parte del contrato (como acto) también es parte en la relación jurídica que el contrato constituye. No obstante, es posible que las dos posiciones no coincidan. En efecto, ello ocurre en los casos de representación directa, donde el representante es parte formal en cuanto concurre con su propia declaración de voluntad a la formación del contrato, mientras el representado es parte sustancial, pues sobre él recaen los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

<sup>14</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit., pág. 713. En el mismo sentido, HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Ob. Cit., pág. 58.

<sup>15</sup> Con esta terminología ENNECKERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLF. «Derecho de Obligaciones». Volumen I. En: *Tratado de Derecho Civil*. Segundo Tomo. Traducción de la 35 edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Librería Bosch, 1933, pág. 427.

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Ob. Cit., pág. 182.

208. Cuando la pluralidad pasiva se organiza de manera conjunta, todos los deudores en conjunto (en mano común o *zurgesammtem hand*) deben el íntegro. La deuda es de titularidad conjunta y por tanto hay un patrimonio común que se constituye como garantía genérica del acreedor.
209. Respecto a la pluralidad pasiva el autor español señala: «La deuda con pluralidad de deudor es mancomunada o colectiva cuando el acreedor solo puede exigir el cumplimiento de la prestación al conjunto o grupo de deudores colectivamente considerados y cuando los deudores sólo pueden liberarse llevando a cabo la prestación conjuntamente»<sup>17</sup>.
210. Las obligaciones conjuntas, presuponen la existencia de un patrimonio separado<sup>18</sup>, por cuanto no solo la deuda sino también la responsabilidad es conjunta (no responde el patrimonio de cada uno de los sujetos sino el patrimonio de ambos separados del propio).
211. En este sentido, Ennecerus señala: «Los créditos que pertenecen a un patrimonio especial, cuyos titulares sean varios en mano común, son créditos en mano común de los partícipes en el patrimonio especial. Tales patrimonios especiales son el de la sociedad, la herencia común antes de la división y los bienes comunes en las comunidades conyugal y continuada. De igual modo, las deudas que gravan semejante patrimonio especial son obligaciones en mano común de los partícipes en el patrimonio especial, pero sólo en tanto se trate de la satisfacción de las mismas sobre los objetos pertenecientes a ese patrimonio especial»<sup>19</sup>
212. En nuestro ordenamiento jurídico sería el caso de las deudas comunes de la sociedad conyugal sujeta al régimen de la sociedad de gananciales y las deudas del causante cuando existe la pluralidad de herederos, mientras la masa hereditaria se encuentra indivisa
213. El CONSORCIO YARASCAY en el Perú a diferencia de lo que ocurre en Italia, no constituye un supuesto de titularidad conjunta, pues, no puede hablarse de un patrimonio autónomo cuando, como lo ha señalado Hundskpf Exebio, el CONSORCIO YARASCAY no tiene patrimonio<sup>20</sup>.
214. Es pertinente indicar que el hecho de que el CONSORCIO YARASCAY tenga la posibilidad de acceder al Registro Único de Contribuyente - RUC y que tenga contabilidad separada no significa que tenga «personalidad jurídica». Así, tenemos la Resolución de Superintendencia N° 210-2004/SUNAT que indica que, los CONSORCIO YARASCAY s que lleven contabilidad independiente de la de sus partes

<sup>17</sup> IBÍDEM, pág. 199.

<sup>18</sup> En principio, un sujeto de derecho tiene sólo un patrimonio; excepcionalmente, sin embargo, «...puede presentarse una separación de distintas masas patrimoniales del mismo titular; en este caso, junto a un patrimonio principal o patrimonio regular, al que se aplican los preceptos ordinarios, posee aquél uno o varios patrimonios especiales...» (LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte general*. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1978, pág. 414). Los patrimonios separados son «...patrimonios para un fin determinado especialmente con referencia a la responsabilidad por deudas...» (ENNECKERUS, citado por BUSTAMANTE SALAZAR, Luis. *El patrimonio. Dogmática jurídica*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979, pág. 87). El patrimonio separado sólo puede ser conformado por disposición legal.

<sup>19</sup> ENNECKERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLF. OB. CIT., pág. 428.

<sup>20</sup> Ver HUNDSKOPF EXEBIO retro nota (2).

contratantes deben inscribirse en el RUC. Ello no supone que el CONSORCIO YARASCAY origine una persona jurídica según el derecho privado.

215. En efecto, en el Informe No. 165-2009-SUNAT/2Boooo, la SUNAT señala que de acuerdo con la Norma XI del Título Preliminar del TUO del Código Tributario, las personas naturales o jurídicas, sociedades conyugales, sucesiones indivisas u otros entes colectivos, nacionales o extranjeros, domiciliados en el Perú “están sujetos al cumplimiento de obligaciones establecidas en dicho Código y en las leyes y reglamentos tributarios”.
216. De dicha norma surge que determinados entes colectivos pueden tener capacidad tributaria (artículo 21 del TUO del Código Tributario) y aún así, se carece de personalidad jurídica y, en tal sentido, ser sujetos de derechos y obligaciones tributarias cuando lo disponga la normatividad correspondiente.
217. Por otro lado, el artículo 65 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta establece que los CONSORCIO YARASCAY s perceptores de rentas de tercera categoría, deberán llevar contabilidad en forma independiente de sus partes contratantes.
218. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Resolución de Superintendencia N° 210-2004/SUNAT, deberán inscribirse en el RUC, entre otros, los sujetos señalados en el Anexo N° 1 de dicha resolución. El numeral 17 del Anexo N° 1 incluye a los contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente, como es el caso de los CONSORCIO YARASCAY s.
219. Tal como lo señala la SUNAT en el informe citado, “para efectos tributarios, se les ha reconocido una personería jurídica distinta a la de sus partes contratantes» (el subrayado es agregado). Por tanto, podemos concluir que el hecho de que el CONSORCIO YARASCAY tenga RUC y que tenga contabilidad separada no significa que tenga «personalidad jurídica» según el derecho.
220. Es pertinente sobre el particular tener en cuenta lo que expresa la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD (aplicable al presente caso), donde se precisa y uniformiza los criterios que deben ser observados por las Entidades y los agentes del mercado ante la participación de proveedores en CONSORCIO YARASCAY , en los procesos de contratación que realizan las Entidades.
221. En el acápite 5.1 se lee lo siguiente: “De conformidad con el numeral 8 del Anexo de Definiciones del Reglamento, el CONSORCIO YARASCAY es el contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian, con criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un proceso de selección y, eventualmente, contratar con el Estado”.
222. Por su parte en el acápite 5.2 se lee lo siguiente “Se pueden asociar personas naturales y/o personas jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, con el fin de participar en los procesos de contratación que realicen las Entidades, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente, por lo que cada integrante del

CONSORCIO YARASCAY mantiene su personalidad jurídica" (el subrayado es agregado).

223. En la Directiva citada, el OSCE reconoce que un CONSORCIO YARASCAY no tiene personalidad jurídica propia y que cada integrante mantiene su personalidad jurídica. En tal sentido, los derechos y obligaciones derivados del contrato son asumidos por los integrantes del mismo y no por el CONSORCIO YARASCAY mismo. Por ello, en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas, responden solidariamente los integrantes del CONSORCIO YARASCAY con sus propios patrimonios, puesto que el CONSORCIO YARASCAY no cuenta con patrimonio autónomo.
224. Conforme a lo descrito, se advierte que la alegada inexistencia del convenio arbitral entre las empresas consorciadas y el PET, carece de sustento toda vez, que son los integrantes del CONSORCIO YARASCAY quienes asumen – en última instancia – las cargas y obligaciones que pudieran derivarse de la actuación del CONSORCIO YARASCAY de modo tal, que en estricta equivalencia, les corresponde igualmente, la posibilidad de controvertir los supuestos daños y perjuicios que derivan de las relaciones jurídicas que tiene el CONSORCIO YARASCAY por lo que el Tribunal Arbitral concluye que la pretensión formulada por el demandante referente a la indemnización por daños y perjuicios corresponde ser analizada en el presente proceso arbitral y en consecuencia, infundada la excepción de falta de convenio arbitral contra la segunda y sexta pretensión principal de la demanda.

#### ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

225. En el presente caso, nos encontramos ante diversas pretensiones de las partes, las mismas que han sido ampliamente debatidas durante las actuaciones arbitrales donde han tenido la oportunidad de emplear los medios de defensa que han estimado pertinente para generar certeza en el Tribunal a cuyo efecto, la labor del Colegiado analizará el comportamiento de las partes respecto al alcance del Contrato a efectos de verificar si dichos comportamientos son congruentes con las pretensiones que hoy disputan.

**Primera Pretensión Principal de la demanda: Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG de fecha 19 de marzo de 2015, mediante la cual la ENTIDAD declaró la nulidad de oficio del contrato, por:**

- a) *Invalidez por prescripción extintiva de la facultad anulatoria de la ENTIDAD para declarar la nulidad de oficio del Contrato, en aplicación del numeral 202.3 de la Ley N° 27444.*
- b) *Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, por defecto en el requisito de validez de competencia.*
- c) *Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez del procedimiento.*

d) **Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez de motivación.**

226. Por un lado, el CONSORCIO YARASCAY refiere que la declaratoria de nulidad es una abierta transgresión de los numerales 1 y 2 del artículo 10 y del numeral 3 del artículo 202 de la LAPG de modo tal, que genera que se deje sin efecto, la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG y por otro lado, la ENTIDAD considera que el Tribunal debe analizar la nulidad del Contrato a la luz de la LCE y su Reglamento, por lo que dicha disposición no puede ser evaluada por el Tribunal Arbitral con una norma distinta siendo más bien, que en el supuesto que se impugne la nulidad de un acto administrativo emitida por la máxima autoridad, en virtud de la LAPG corresponde el inicio de la demanda contencioso administrativo; afirmando además que la declaratoria de la nulidad ha seguido lo estrictamente dispuesto en el artículo 56 de la Ley razón por la cual, la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG es válida.

227. Bajo esa línea, las partes han presentado sendos informes legales a efectos de generar convicción en el Tribunal ya sea respecto a la aplicación de la LPAG o ya sea la valoración de la nulidad del Contrato exclusivamente bajo los alcances de la LCE y su Reglamento.

228. En el ámbito del derecho público, los sujetos sólo pueden hacer aquello que estén expresamente autorizados. En esta línea, el artículo 56 de la Ley de Contrataciones dispone lo siguiente:

Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación.  
(...)

**Después de celebrados los Contratos, la ENTIDAD puede declarar la nulidad de oficio,** en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.

229. El referido artículo establece los supuestos en los que, pese a haberse celebrado un contrato e iniciado su ejecución, el Titular de la ENTIDAD puede declarar de oficio su nulidad, con la finalidad de salvaguardar la legalidad de la contratación y los fines que esta persigue.

230. Entre estos supuestos se encuentra el literal b), según el cual, el Titular de la ENTIDAD podrá declarar la nulidad de oficio de un contrato: “Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad<sup>21</sup> durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato”.

<sup>21</sup> El numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que “En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.”

231. De un análisis de la disposición citada, se advierte que el legislador ha establecido que la potestad del Titular de la ENTIDAD<sup>22</sup> para declarar de oficio la nulidad de un contrato, debido a la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad, se limita a estos dos supuestos: (i) la presentación de documentación falsa o inexacta durante el proceso de selección, como parte de la propuesta técnica; y (ii) la presentación de documentación falsa o inexacta para la suscripción del contrato<sup>23</sup>.

232. En este orden de ideas, el Titular de la ENTIDAD puede declarar la nulidad de oficio de un contrato cuando se verifique la transgresión al Principio de Presunción de Veracidad, al haberse presentado documentación falsa o inexacta durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.

233. En tal sentido, la ENTIDAD dentro de los alcances que el artículo 56 de la Ley le brinda, ejerció dicha facultad y determinó que se había quebrado el principio de presunción de veracidad por lo que emitió la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG de fecha 19 de marzo de 2015, la misma que fue puesta en conocimiento del CONSORCIO YARASCAY con fecha 13 de abril de 2015.

234. El Tribunal Arbitral no pierde de vista que la actuación de la ENTIDAD evidentemente debe encontrarse acorde a la Constitución Política del Perú en adelante la Constitución por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado que se: “debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida, y por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias a fin de ser válidamente aplicadas deben necesariamente ser interpretadas ‘desde’ y ‘conforme’ con la Constitución<sup>24</sup>”.

235. Así queda claro que la Constitución vincula de modo efectivo a sus destinatarios sean públicos o privados. Bajo esa línea, el Tribunal Constitucional ha referido que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico – estatal y como tal, la validez de todos los actos y normas expedidas por los poderes públicos depende de su conformidad con ella<sup>25</sup>”

236. En palabras de Manuel Atienza “(...) el avance del Estado constitucional (ha) ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos”.

237. La norma de compra pública establece la prevalencia de la Constitución, como marco fundamental para el análisis de las controversias, tal como se encuentra reconocido en el artículo 52.3 de la Ley que prevé el siguiente orden de preferencia:

**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;**

<sup>22</sup> El artículo 5 de la Ley establece que la potestad del Titular de la Entidad de declarar de oficio la nulidad de un contrato es indelegable.

<sup>23</sup> Opinión N° 030-2015-DTN de fecha 13 de febrero de 2015.

<sup>24</sup> Exp. 1230-2002-HC/TC de 20 de junio de 2002.

<sup>25</sup> Exp. 2209-2002-AA/TC de 12 de mayo de 2003, f. j. 7.

**manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. (...).**  
(Negrita es agregado)

238. Por su parte, el Tribunal Constitucional: “ha vinculado el proceso regular con las garantías en la administración de justicia que recoge la Constitución en su artículo 139<sup>26</sup>” o como ha declarado de modo general que el debido proceso está: “caracterizado como un derecho genérico hacia cuyo interior se individualiza diversas manifestaciones objetivamente reconocidas en la Constitución<sup>27</sup>”.

239. Bajo dicho contexto, es pertinente tener en cuenta el inciso 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución que establece:

“3. La observación del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...) (...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...”

240. El Tribunal Arbitral entiende que la manifestación del debido proceso no se encuentra únicamente, en la mera expresión de aquel sino más bien, alcanza sentido en las diversas manifestaciones que se hallan a lo largo de un procedimiento que vincula a distintas partes de una relación jurídica.

241. El Colegiado considera que la aplicación del artículo 56 de la Ley exige el respeto al debido proceso previsto en el artículo 139 de la Constitución. Así lo ha señalado, el Tribunal Constitucional cuando indica que: “(...) las garantías del debido proceso (...) son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento privado<sup>28</sup>.”.

242. En palabras de Castillo Córdova: “no hay debido proceso, o lo que es lo mismo, existe un proceso irregular, cuando se han afectado cualquiera de las principios o derechos contenidos en el artículo 139 de la Constitución” pero advierte que dicha afectación “no sólo se agota en dicho artículo sino también se manifiesta si es que tal afectación se haya producido de manera manifiesta, sin que quepa duda sobre ella<sup>29</sup>”.

243. Debe tenerse presente, además, que el debido proceso tiene un doble ámbito de significación: una dimensión formal y otra de índole material<sup>30</sup>. El primero es entendido como las garantías estrictamente procesales que tiene una persona, cuando ésta es parte procesal y el segundo, sobre la base de dichas garantías, apela a principios complementarios de razonabilidad y conexión entre los hechos evaluados, el derecho invocado y el resultado obtenido, el cual debe estar acompañado de principios de certeza, oportunidad, legitimidad y justicia.

<sup>26</sup>CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Disposiciones Generales*. Universidad de Piura y Ara Editores. Pág. 138.

<sup>27</sup>Exp. 0665-2000-HC/TC de 19 de enero de 2001, f.j.4

<sup>28</sup>Exp. 685-1997-AA/TC del 08 de enero de 1998. f.j.3.

<sup>29</sup>CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Disposiciones Generales*. Universidad de Piura y Ara Editores. Pág. 141.

<sup>30</sup>EGUIUREN PRAELI, Francisco. *Estudios Constitucionales*. P. 212- 217

244. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha declarado que: “una afectación del derecho al debido proceso no sólo se practica cuando se afecta alguna de sus garantías formales, sino incluso cuando la actuación administrativa no observa un mínimo de criterio de justicia, es decir, un criterio perfectamente objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>31</sup>”.
245. Dicho derecho constitucional es una “categoría jurídica plenamente vigente y que deben ser respetadas por sus destinatarios<sup>32</sup>”. Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional ha dicho: “el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado, cuando en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedido, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos<sup>33</sup>”.
246. Adviértase que, el Tribunal Constitucional ha extendido el concepto de debido proceso al ámbito administrativo. Así en relación con dicho derecho ha señalado: “Si bien tiene su ámbito natural en sede judicial, también es aplicable en el ámbito de los procedimientos administrativos<sup>34</sup>”.
247. En adición, encontramos que el Tribunal Constitucional en la STC 4289-2004-AA/TC, ha expresado en sus fundamentos 2 y 3, respectivamente, que: “(...) el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos ...”; y que “El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.)” (énfasis agregado).
248. Posteriormente, en lo que respecta al contenido constitucional del derecho al debido proceso el Tribunal Constitucional, ha señalado en la STC 0023-2005-PI/TC, fundamento 43 que: “(...) los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)” y fundamento 48 que: “(...) este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento

<sup>31</sup> EXP. N.º 061-2002-AA/TC

<sup>32</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Comentarios al Código Procesal Civil. Ara Editores E.I.R.L. y Universidad de Piura. P. 43

<sup>33</sup> EXP. N.º 00753-2010-PA/TC

<sup>34</sup> Exp. N.º 5514-2005-PA/TC

pre establecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (énfasis agregado).

249. Por otro lado, en general y refiriéndose al derecho de defensa, el Tribunal Constitucional indica que: “constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión, lo cual también resulta aplicable en sede administrativa<sup>35</sup>”.

250. Consecuentemente, “el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos; lo cual, implica entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra<sup>36</sup>” (Subrayado y negrita son agregados).

251. Lo que acontece es que, como bien hace notar el Tribunal Constitucional, “el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos incluidos, los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos en cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea este administrativo sancionatorio – como es el caso de autos – o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal<sup>37</sup>”.

252. Conforme a ello, el Tribunal Arbitral constata que el máximo intérprete de la Constitución señala que la garantía de derecho al debido proceso es un derecho de carácter transversal, es decir, no sólo se agota en el ámbito jurisdiccional – como elemento natural para su aplicación sino también, se traslada a cualquier ámbito donde se presenta una controversia.

253. En el presente caso bajo análisis, el Tribunal Arbitral advierte que nos encontramos ante una relación jurídica nacida a consecuencia del Contrato donde cada una de las partes, tiene facultades, derechos y obligaciones, no obstante, el ejercicio de dichas facultades o prerrogativas no puede encontrarse distanciada con los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución; entre ellas, el derecho al debido proceso o debido procedimiento.

254. El Colegiado considera oportuno analizar los alcances previamente anotados a efectos de verificar si la actuación de la ENTIDAD ha tenido en cuenta ciertamente, los mínimos lineamientos que garantiza el debido proceso. El Tribunal Arbitral advierte que para que la ENTIDAD emita su decisión materializada en la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG siguió un análisis para determinar la existencia – según su criterio- de la causal que genera la nulidad y la adopción de la nulidad del Contrato, extremo éste que ciertamente no puede alejarse de los

<sup>35</sup> Exp. 649-2002-AA/TC citado f.j. 1 de la parte referida al derecho de defensa.

<sup>36</sup> Exp. 649-2002-AA/TC

<sup>37</sup> Exp. 858-2001-AA/TC

derechos reconocidos en el artículo 139 de la Constitución y cuya aplicación se hace necesaria precisamente para aquel cuya esfera de derechos y obligaciones se verá directamente afectada con dicha decisión.

255. Así una de las manifestaciones del inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, dentro de los conceptos previamente reseñados, es la posibilidad que su contraparte conozca las actuaciones iniciadas en su contra, de modo tal, que se le permita ejercer su derecho de defensa, aspecto que se hace vital debido a que la ENTIDAD a la postre se inclinó por la nulidad del contrato.

256. La ENTIDAD sin haber otorgado la posibilidad a que el Contratista ejerza su derecho de defensa, esto es, haber escuchado su posición y valorar los argumentos que pudiera esgrimir, procedió a declarar la nulidad del contrato, lo que a consideración del Tribunal Arbitral constituye una manifiesta trasgresión al parámetro mínimo del ejercicio del derecho de defensa y del debido procedimiento previsto en el artículo 139 de la Constitución, por cuanto en el ejercicio de la facultad legal no puede generarse una conducta que pudiera significar a la postre una decisión arbitraria al haberse asumido ésta sin valorar los descargos y pruebas de la contraparte.

257. En efecto, si bien el artículo 56 de la Ley establece como facultad de la ENTIDAD declarar nulo los Contratos, no es menos cierto, que ello no implica la vulneración de garantías reconocidas en el artículo 139 de la Constitución. Para el Tribunal Arbitral el ejercicio de derecho de defensa no sólo se manifiesta en el desarrollo del presente arbitraje sino más bien, dicho derecho, es uno de carácter transversal esto es, debe reposar en todos los procesos o instancias; aspecto que ciertamente, la ENTIDAD no cauteló en forma previa a la emisión a la declaratoria de nulidad, afectándose así el debido proceso tal como se ha explicado.

258. En este orden de ideas, el referido comportamiento constituye una causal de nulidad del acto administrativo prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 10º de la Ley del Procedimiento Administrativo General en la cual, se establece que “*Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

- 1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*
- 2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, ...”*

*En relación al tema señalado, Jorge Danós señala con respecto a los alcances del numeral 1 del artículo 10, que “La infracción al ordenamiento jurídico es la más grave de las infracciones en que puede incurrir un acto administrativo porque una de las garantías más importantes del Estado Constitucional de Derecho consiste precisamente en que la Administración Pública sólo puede actuar dentro del marco de la juricidad. Por dicha razón el principio de legalidad es el primero de los principios rectores del procedimiento administrativo consagrados por el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, conforme al cual las autoridades administrativas están obligadas a actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho”.*

Más adelante, Danos agrega que la citada causal es de vital importancia, puesto que “.... cuanto sanciona con nulidad la contravención a todo tipo de norma legal, incluso la reglamentaria, está puntuizando las diferencias entre el acto administrativo como una declaración de la administración pública "en el marco de normas de derecho público" (Art. 1º LPAG) con respecto de los reglamentos, porque mientras que el reglamento forma parte del ordenamiento jurídico (es fuente de derecho), el acto administrativo es producido en el seno del mismo y constituye una aplicación concreta de dicho ordenamiento. Por esa razón es que el artículo 5º.3 de la LPAG establece que un acto administrativo jamás podrá contravenir disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias, sin importar que estas últimas hayan sido dictadas por autoridades de inferior jerarquía, o incluso por la misma autoridad que dictó el acto administrativo en cuestión<sup>38</sup>”

En la misma línea de análisis, se ha comentado que cuando se produce la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, se deben efectuar los correctivos necesarios, pues se entiende que la “... Administración debe actuar conforme a reglas del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, sus actos no pueden contravenir estas. Esta causal es una consecuencia lógica de la vigencia del principio de legalidad contenida en el numeral 1.1 del artículo IV del título preliminar de la LPAG por el cual la Administración debe actuar conforme a la Constitución y las leyes. Por otro lado, responde al principio de inderogabilidad, singular de los reglamentos contenidos en el numeral 5.3 del artículo 5 de la LPAG, por el cual señala que un acto administrativo no podrá contravenir en el caso concreto disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes; ni podrá infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad que dicte el acto<sup>39</sup>.

259. Se enfatiza de manera explícita, que el Tribunal Arbitral no cuestiona el ejercicio de la prerrogativa recogida en el artículo 56 de la Ley sino más bien, considera que su ejercicio debe ser acorde al derecho de un debido proceso contenido en la Constitución; aspecto que en el presente caso no se ha cumplido por lo que el Tribunal Arbitral concluye que corresponde declarar la invalidez de la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG por la afectación constitucional previamente anotada.

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE, DE CONFORMIDAD CON LA CLÁUSULA VIGÉSIMA DEL CONTRATO RELATIVA AL MARCO LEGAL, PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO SE APLICA LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y CONSECUENTEMENTE, RESULTA INAPLICABLE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, LEY N° 27444, SIENDO VÁLIDA Y EFICAZ LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 050-2015-GRT-PET.-**

260. Tal como se indicó en el punto controvertido anterior, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión que en el ejercicio de la prerrogativa del artículo 56 de la Ley

<sup>38</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General”. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores, Lima, 2003. Págs. 232 – 233.

<sup>39</sup> MARTÍN TIRADO, Richard. “Del régimen jurídico de los actos administrativos” En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2009, Pág. 148.

ciertamente, la ENTIDAD demandada no ha tenido en cuenta el debido proceso entendido éste como la posibilidad que el CONSORCIO YARASCAY conozca de las imputaciones y que ejerza su derecho de defensa de manera previa a la decisión resolutoria de la ENTIDAD.

261. Atendiendo a ello, la discusión si corresponde o no la inaplicabilidad de la Ley N° 27444 carece de objeto, toda vez que la declaratoria de la nulidad ha sido dejado sin efecto puesto que se constata que ha existido una afectación al debido proceso reconocido en el artículo 139 de la Constitución, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE HABIÉNDOSE DECLARADO LA NULIDAD DEL CONTRATO CORRESPONDE QUE EL CONTRATISTA REVIERTA EL MONTO ASCENDENTE A S/. 6'027,438.62, RELATIVO A SUS CONTRAPRESTACIONES, MÁS LOS INTERESES LEGALES.-**

262. Encontrándose que la nulidad del Contrato se ha dejado sin efecto, no corresponde ordenar al CONSORCIO YARASCAY que revierta el monto ascendente a S/ 6'027,438,62 Soles relativo a sus contraprestaciones, más los intereses.

**EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA CONTRA LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

263. Al respecto, el Demandante formuló la excepción de incompetencia, la misma que quedó ampliada mediante el escrito presentado el 06 de julio de 2016. Sobre ello, el Demandante afirma que el Tribunal Arbitral no es competente para discutir la presentación de documentación a efectos de evaluar el incumplimiento contractual relativos a los productos N° 01, 02, 03, 04 y 05.

264. El artículo 52.1 de la Ley establece que: "las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes".

265. En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que conforme a los alcances del artículo previamente glosado, tiene competencia para analizar dentro de la ejecución contractual, si el CONSORCIO YARASCAY ha incumplido con sus prestaciones respecto a los productos N° 01, 02, 03, 04 y 05 de modo tal, que genere la obligación en éste para la devolución de la suma de S/. 6'027,438.62 (Seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 soles) razón por la cual, la excepción de incompetencia formulada por el CONSORCIO YARASCAY deviene en infundada.

**EXCEPCIÓN DE AMBIGÜEDAD RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN.-**

266. Al respecto, no se advierte regulación expresa relativa a la excepción de oscuridad en la forma de proponer la demanda en la normativa de contratación

pública, así como en la normativa de arbitraje, siendo que aquella se encuentra enumerada en el inciso 4 del artículo 446 del Código Procesal Civil;

267. Para Hugo Alsina nos encontramos en un supuesto de oscuridad en la forma proponer la demanda “cuando la exposición de los hechos no es suficientemente clara, de tal forma que, si la demanda adoleciera de oscuridad o insuficiencia, tal que no permita con precisión y seguridad las personas involucradas en el reclamo o el objeto que se pretende o los hechos que valen de título o causa de pedir, no existiría el presupuesto de un proceso válido”<sup>40</sup>. (subrayado es nuestro).

268. En esa línea, Lino Palacio afirma que: “lo importante es que las falencias que pueda adolecer la demanda deben ser suficientes como para afectar el derecho de defensa del demandado, privando a este de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándola la eventual producción de la prueba”<sup>41</sup> (subrayado es nuestro).

269. Por su parte Benabentos considera que: “Para la procedencia de la excepción de defecto legal es necesario que la oscuridad o las omisiones de la demanda sean de gravedad suficiente como para colocar al demandado en estado de indefensión, al impedirle o dificultarle la refutación o producción de pruebas conducentes. No es admisible cuando el accionado cuenta con antecedentes suficientes para contestar la demanda.”<sup>42</sup> (Subrayado es nuestro).

270. Conforme lo señala Marianella Ledesma: “Lo importante de esta excepción es que la imprecisión en el planteamiento de la demanda dificulta en mayor medida la posibilidad de una defensa adecuada; sin embargo, ello no justifica que se ampare esta excepción ante la omisión o la errónea invocación de las normas legales en que se funda la demanda, ya que por aplicación del iura novit curia, el juez está facultado para suplir ese tipo de deficiencias.”<sup>43</sup>

271. Debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO YARASCAY funda su excepción de oscuridad indicando que la Demandada formula una pretensión declarativa, no obstante ello, refiere que los argumentos de dicha pretensión corresponden a una pretensión constitutiva de derechos por lo que considera que no hay armonía entre el petitorio y los fundamentos de hecho.

272. La ENTIDAD mediante el escrito presentado el 25 de mayo de 2016, procedió a ampliar y detallar su primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal.

<sup>40</sup> ALSINA Hugo. Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III, Segunda Edición, Edic. Ediar, Buenos Aires, f. 95g, p. 112. Citado en: LEDESMA Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo II, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2008, p. 454.

<sup>41</sup> PALACIO, Lino. Derecho Procesal Civil, Tomo V Abeledo Perrot. Buenos Aires, s/iref., p. 397 Citado en: LEDESMA Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo II, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2008, p. 410.

<sup>42</sup> BENABENTOS, FISCELLA, LLOBET. Excepciones y Defensas Procesales, Primera impresión, editorial Juris. Buenos Aires. 1999 p.121.

<sup>43</sup> LEDESMA Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo II, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2008, p 456.

273. Mediante la Resolución N° 06 de fecha 30 de mayo de 2016, el Tribunal Arbitral acepta la modificación de la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal.

274. El CONSORCIO YARASCAY no ha formulado ninguna excepción de oscuridad respecto a la modificación de la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal. En esa línea, se advierte que la ENTIDAD mediante la modificación de la primera pretensión, supera cualquier tipo de oscuridad, encontrándose plenamente definida su alcance por lo que, el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar infundada la excepción de oscuridad contra la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvenCIÓN.

**PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN: EN EL SUPUESTO QUE SE DESESTIME EL PUNTO ANTERIOR, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE DECLARE QUE EL CONTRATISTA INCUMPLIÓ CON SUS PRESTACIONES CONTRACTUALES, RELATIVAS A LOS PRODUCTOS N° 01, 02, 03, 04 Y 05 Y LAS PRESTACIONES ADICIONALES, POR UN MONTO TOTAL ASCENDENTE A S/. 6'027,438.62 (SEIS MILLONES VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO CON 62/100 SOLES) Y SE ORDENE AL CONTRATISTA SU PAGO A LA ENTIDAD, MÁS LOS INTERESES LEGALES HASTA SU CUMPLIMIENTO, DEBIENDO ORDENAR EL PAGO A FAVOR DE LA ENTIDAD DE LA SUMA SEÑALADA MÁS LOS INTERESES LEGALES HASTA SU FECHA DE SU CUMPLIMIENTO.-**

275. La ENTIDAD afirma que el CONSORCIO YARASCAY no sólo presentó documentación falsificada, la misma que se encuentra demostrada y consentida con el pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones del OSCE, sino que mantuvo a personas en el plantel técnico que no cumplían las condiciones establecidas en los términos de referencia.

276. Así refiere que el ingeniero Carrasco Avilés no participó durante la ejecución del servicio por lo que los entregables carecen de validez. Asimismo, indica que el ingeniero Rafael López Manzano no se encontraba habilitado en el Colegio de Ingenieros del Perú para emitir pronunciamiento, lo que constituye a su criterio causal de invalidez de todos los productos presentados.

277. Por su parte, el CONSORCIO YARASCAY indica que mediante la Resolución N° 01 de fecha 23 de mayo de 2016, el Quinto Juzgado Permanente Contencioso Administrativo de Lima concedió medida cautelar y suspendió provisionalmente los efectos de las Resoluciones N° 0103-2016-TCE-S1 y N° 2849-2015-TCE-S1 por lo que considera que estas resoluciones no pueden ser evaluadas por el Tribunal Arbitral, puesto que están siendo discutidas a nivel judicial y que incluso se encuentran suspendidas.

278. Asimismo, refiere que mediante la Resolución N° 21 de fecha 09 de noviembre de 2017, el Poder Judicial declaró fundada su demanda contra las Resoluciones N° 0103-2016-TCE-S1 y N° 2849-2015-TCE-S1.

279. En adición, con relación al ingeniero Rafael López Manzano, el CONSORCIO YARASCAY sostiene que el citado profesional estuvo registrado en el CIP durante

la ejecución del Contrato, no obstante, precisa que el CIP demoró en el trámite de los requerimientos para la colegiatura temporal. Explica, además, que, durante los tres primeros informes presentados, se encuentran firmados por el ingeniero civil Frano Zampillo Pasten con CIP N° 35666 quien, a su vez, es el representante legal del CONSORCIO YARASCAY .

280. Añade que el ingeniero Rafael López Manzano sólo visó los informes, pero no indicó número de colegiatura ni la profesión.

281. En relación a la supuesta ausencia del ingeniero Víctor Carrasco Avilés, refiere que han presentado una declaración jurada del profesional que da cuenta que la firma consignada en el Informe N° 04 le corresponde y que él y su equipo elaboraron el informe N° 04.

282. Se afirma que si la ENTIDAD pretende imputar incumplimientos, debió en todo caso, imponer las penalidades previstas en el Contrato.

283. En primer término, en relación a la supuesta documentación falsa y/o información inexacta imputada al Demandante, la ENTIDAD sustenta el incumplimiento del CONSORCIO YARASCAY remitiéndose a las Resoluciones emitidas por el Tribunal del OSCE, el Tribunal Arbitral advierte que aquellas resoluciones se encuentran controvertidas en un proceso judicial, en torno al cual las partes han alcanzado diversas resoluciones que dan cuenta de los distintos pronunciamientos que se viene produciendo pero sin que exista, sentencia judicial consentida o ejecutoriada a efectos de generar el elemento de convicción sobre la supuesta documentación falsa y/o información inexacta para proceder respecto a esta causal, a analizar el supuesto incumplimiento de sus obligaciones relativo a los productos N° 01, 02, 03, 04 y 05.

284. El Tribunal Arbitral no genera convicción respecto a la posición de la ENTIDAD relativo a que la imputación de la documentación falsa y/o inexacta, implique el incumplimiento de los productos elaborados toda vez que dicha imputación es materia de análisis en el fuero judicial.

285. En segundo término, la Demandada ha formulado cuestionamientos respecto a los profesionales de modo tal, que afirma que su incumplimiento respecto a la participación o calidad de aquellos deviene en que los productos N° 01, 02, 03, 04 y 05 sean inválidos.

286. El Tribunal Arbitral estima pertinente pronunciarse en este punto controvertido, respecto a los productos N° 01, 02, 03 y 04. El producto N° 05 será materia de pronunciamiento en forma posterior cuando se analice la tercera y cuarta pretensión de la Demanda.

287. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera relevante tener en cuenta el procedimiento previsto para la conformidad y pago de los productos.

288. El artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento para la recepción y conformidad.

"Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la ENTIDAD.

La **conformidad** requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá **verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias**". (Énfasis agregado)

De manera complementaria, el artículo 177º del RLCE señala:

"Artículo 177.- Efectos de la conformidad

**Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista.**

Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo".

(Subrayado y negrita son agregados)

289. Una vez otorgada la conformidad prevista en el artículo 176 del Reglamento, el artículo 181 del citado cuerpo normativo dispone la procedencia del pago:

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

La ENTIDAD deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. **Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos**".

(Subrayado y negrita son agregados)

290. Por su parte, en el Contrato se dispuso en la Cláusula Décima Primera, el procedimiento para la conformidad del Servicio:

**CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: CONFORMIDAD DEL SERVICIO**

La conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento (...), la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración del órgano establecido en las bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización del PROYECTO.

**La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria,** que deberá verificar dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cumplimiento de las condiciones contractuales.

**De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario.** Si pese al plazo otorgado, EL

CONSORCIO YARASCAY no cumpliese a cabalidad con la subsanación, EL PROYECTO (...) podrá resolver el Contrato, sin perjuicio que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando las prestaciones de los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso PROYECTO (...) no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.  
 (Subrayado y negrita son agregados)

291. La Cláusula Cuarta del Contrato señaló, además, qué actividades debía cumplirse para el pago. Dicha cláusula fue modificada mediante la adenda aclaratoria N° 001-2013 conforme al siguiente tenor:

| PAGOS | PLAZO  | ACTIVIDADES   |
|-------|--|---|
| 3%    | A la presentación y aprobación del plan de trabajo                                     | A la presentación del primer informe descrito en el ítem 19.3 de los presentes términos de referencia y conformidad de la oficina de supervisión y monitoreo (equipo supervisor)  |
| 22%   | A los 30 días calendario, computados a partir del inicio de la ejecución contractual.  | A la presentación del segundo informe descrito en el ítem 19.3 de los presentes términos de referencia y conformidad de la oficina de supervisión y monitoreo (equipo supervisor) |
| 25%   | A los 90 días calendario, computados a partir del inicio de la ejecución contractual.  | A la presentación del tercer informe descrito en el ítem 19.3 de los presentes términos de referencia y conformidad de la Oficina de Supervisión y Monitoreo (equipo supervisor)  |
| 20%   | A los 180 días calendario, computados a partir del inicio de la ejecución contractual. | A la presentación del cuarto informe descrito en el ítem 19.3 de los presentes términos de referencia y conformidad de la Oficina de Supervisión y Monitoreo (equipo supervisor)  |
| 30%   |  | A la emisión de la opinión definitiva de la OPI Regional  |

292. De los textos glosados se desprende que la **conformidad** de la prestación constituye una actividad previa y generadora de pago al CONSORCIO YARASCAY en esa línea, producido el pago se advierte que la ENTIDAD ha verificado que los productos cumplan con las exigencias ya que sin ello no hubiese otorgado la conformidad.
293. De acuerdo con lo previsto en el artículo 176º del RLCE y en las cláusulas del Contrato, en el presente caso, el mecanismo que debe seguir el CONSORCIO YARASCAY para el pago, era contar con la emisión de la conformidad a la prestación efectuada que se encontraba en el ámbito de acción de la ENTIDAD y al haber sido éstas emitidas se evidencia que la prestación efectuada por el CONSORCIO YARASCAY cumplió con las condiciones contractuales; esto es, el pago constituye la evidencia más concreta que el producto había cumplido con las exigencias contractuales.
294. En consecuencia, resulta evidente que en el presente caso no existe base normativa ni contractual alguna que permita afirmar que el pago efectuado por la ENTIDAD ha sido efectuado al margen de los términos contractuales pactados o que la ENTIDAD formule observaciones, cuando éstas no fueron evidenciadas oportunamente salvo que se tratases de vicios ocultos y que hubiesen merecido un tratamiento distinto.
295. En este punto, el Tribunal Arbitral considera oportuno analizar el presente caso lo referente a lo que en doctrina se denomina actos propios.
296. Como lo ha señalado O'Neill<sup>44</sup> citado por Alfredo Bullard, la doctrina de los Actos Propios no es un principio general del Derecho, sino una regla que se deriva de un principio general: el principio de buena fe, esta doctrina, consiste en si alguien procede algo de tal manera que su conducta genera la apariencia y la expectativa razonable de que sucederá algo, no puede luego pretender exigirse tal derecho contra quien confió en la apariencia de que no se reclamaría, se trata pues, de una norma de buena conducta, basada en la buena fe.
297. Al respecto, Diez Picazo ha señalado que: "El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado – según el sentido objetivo que de ella se desprende - confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen."<sup>45</sup>

<sup>44</sup> O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. *El Cielo de los Conceptos Jurídicos Versus la Solución de Problemas Prácticos. A Propósito de la Doctrina de los Actos Propios* En: Thémis. N° 51, 2005 p. 48.

<sup>45</sup> DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*". Editorial Bosch: 1963. p. 193.

298. Agrega que: “el acto de formular una pretensión contradictoria con el sentido objetivo que, según la buena fe, debía atribuirse a una conducta anterior del mismo sujeto, es un acto inadmisible (...)”<sup>46</sup>
299. Bullard ha señalado que: “La Doctrina de los Actos Propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar, pero que se pierde como consecuencia de la contradicción. El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria.”<sup>47</sup> (Subrayado es nuestro).
300. Por su parte, René Ortiz, señala: “Lo inicuo de contradecir un acto propio estribaba en el perjuicio que se occasionaría al que se sustentó en, o beneficio con, el acto objeto de impugnación, quien se condujo creyendo en la validez del acto en mención y, o, confiando en la rectitud de conducta del ahora impugnante”.<sup>48</sup>
301. Sostiene Bullard que: “queda claro entonces que, de considerarse que existe una contradicción en la propia conducta, la consecuencia sería que no serán amparables aquellas pretensiones que contradigan la conducta anterior, toda vez que las mismas atentarían contra el principio de buena fe y la coherencia en el actuar de las personas que nuestro ordenamiento busca tutelar.”<sup>49</sup>(Subrayado es nuestro).
302. Lo descrito por los citados autores, es de tal importancia debido a que, si verificamos las actuaciones realizadas en el presente caso, advertimos que la conducta de la ENTIDAD fue de brindar conformidad a los informes del CONSORCIO YARASCAY, razón por la cual, procedió con los pagos de los señalados informes N° 01, 02, 03 y 04.
303. No obstante, en forma posterior la Demandada a través de su reconvenCIÓN, formula una serie de observaciones respecto a los mencionados informes N° 01, 02, 03 y 04; en forma extemporánea y al margen de los términos del

<sup>46</sup> DIEZ PICAZO, Op. Cit, p. 245.

<sup>47</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. Los Fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios. En: Revista Ius Et Veritas N° 40. 2010. Lima. Pág. 52-53.

<sup>48</sup> ORTIZ, René. La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano. En: Derecho PUCP N° 45, Diciembre de 1991. p. 271

<sup>49</sup> BULLARD GONZALES, Alfredo. Op. Cit. P.61

contrato al no estar previsto en éste un procedimiento como el que pretende aplicar.

304. De lo descrito hasta el momento, el Tribunal constata que la Demandada ha desarrollado dos conductas completamente contradictorias.
  - (i) **Primera conducta:** procede con los pagos de los productos (informes) N° 01, 02, 03 y 04, luego de haber brindado su conformidad.
  - (ii) **Segunda conducta:** en forma posterior a los pagos de los citados productos (informes), formula observaciones respecto a estos.
305. Durante la ejecución contractual, la Demandada dirigió sus actuaciones al reconocimiento de los productos (informes), es más, como se ha expresado, los evaluó y aprobó concediendo conformidad de modo tal que procedió al pago de los N° 01, 02, 03 y 04.
306. El Tribunal Arbitral advierte que si bien la ENTIDAD tiene la facultad de formular observaciones tal como lo reconoce el Contrato, es cierto también que el ejercicio de dicho derecho se hace inadmisible cuando es manifiestamente contradictoria a la conducta previa luego de que ella emitiera la conformidad y procediera el pago. De tal forma, que la posición de la Demandada respecto a formular observaciones posteriores aparece como un ejercicio indebido de un derecho en notoria contradicción con la buena fe<sup>50</sup> así como las disposiciones del artículo 176 y 181 del Reglamento, y las condiciones previstas en el Contrato.
307. Sobre ello, la primera conducta, esto es, la conformidad y pago de los productos N° 01, 02, 03 y 04 han generado una confianza sobre el Demandante de modo tal, que la pretensión posterior respecto a las observaciones no puede prevalecer sobre aquella puesto que esta pretensión posterior constituye una actuación contraria a sus propios actos, así como una contradicción al deber de buena fe.
308. Para el Tribunal, el ejercicio de un derecho no puede implicar atentar contra los propios actos desarrollados, esto es, si la ENTIDAD brindó la conformidad y pagó no puede, referir cuestionamientos a su procedencia cuando por sus propias actuaciones ha reconocido el cumplimiento de las condiciones contractuales. En tales circunstancias, el Tribunal Arbitral estima que, en coherencia con la primera conducta realizada por la ENTIDAD, no corresponde ordenar al CONSORCIO YARASCAY el pago a la ENTIDAD correspondiente a los productos N° 01, 02, 03, 04 que en su oportunidad y con sujeción a las condiciones contractuales fueron declarados conformes.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR VALIDA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

<sup>50</sup> DIEZ – PICAZO, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios, Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia de Tribunal Supremo*. Civitas y Thomson Reuters. Navarra, mayo 2014, p. 255.

**DISPUESTA POR EL CONTRATISTA MEDIANTE CARTA NOTARIAL N° 101-XIII DE FECHA 17 DE ABRIL DEL 2015, POR INCUMPLIMIENTO DE LA ENTIDAD EN SU OBLIGACIÓN ESENCIAL, EN APLICACIÓN DEL ART. 168º DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR EL CUMPLIMIENTO DE LA ÚLTIMA PRESTACIÓN A CARGO DE LA ENTIDAD, ORDENANDO EL PAGO A FAVOR DEL CONTRATISTA DE S/. 1'462,834.99 (UN MILLÓN CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 99/100 SOLES) CORRESPONDIENTE AL 30% DEL MONTO CONTRACTUAL MÁS LOS INTERESES LEGALES HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO.**

309. Debe tenerse en cuenta que la normativa de contratación estatal, que es el marco sobre el cual se materializan las actuaciones de los agentes del sector privado con las Entidades se sujetan a determinadas reglas y procedimientos debido a la naturaleza pública de los fondos que van a ser erogados para llevar a cabo el objeto de las contrataciones.
310. En esa línea, una entidad pública no selecciona de forma arbitraria a su contraparte en un contrato, sino que el Contratista será seleccionado mediante un procedimiento administrativo especial denominado “proceso de selección”, en el cual, dentro de un marco de libre competencia y concurrencia, participarán todos los proveedores interesados en contratar con la ENTIDAD, adjudicándose el contrato a aquel postor que haya presentado la mejor propuesta sobre la base de criterios de calidad, precio y oportunidad.
311. Para la determinación de la selección, la ENTIDAD debe evaluar el objeto principal de la contratación ya que esta selección puede estar destinada a la contratación de bienes, servicios (en general) y obras y conforme al objeto principal tendrá una regulación especial. Así tenemos que los bienes y servicios tienen un tratamiento diferenciado al tratamiento de obras debido a la naturaleza compleja de ésta.
312. En el presente caso, el objeto principal de la contratación se encuentra descrito en la cláusula segunda del Contrato:

#### **CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO**

**El presente contrato EL CONSORCIO YARASCAY se obliga a realizar para EL PROYECTO ESPECIAL TACNA el Servicio de Consultoría “Elaboración del estudio de pre inversión a nivel de factibilidad para el PROYECTO Represamiento Yarascay (...).**

**Subrayado nuestro**

313. Conforme a la cláusula transcrita, el objeto de la contratación corresponde al servicio de consultoría; actividad que se enmarca en la definición del numeral 10) del Anexo Único – Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias que el CONSORCIO YARASCAY : “(...) Es aquella persona natural o jurídica que presta servicios altamente calificados en la elaboración de estudios

y proyectos en la inspección de fábrica (...) estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica (...) entre otros".

314. Conforme fluye de las cláusulas del Contrato, así como la normativa de contratación pública, queda claro que el Contrato materia de análisis es un servicio de consultoría – es decir, un servicio- en consecuencia, corresponde aplicar los procedimientos, condiciones y plazos previstos para una prestación servicio.

#### **PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.-**

315. El cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes es la situación esperada en el ámbito de la contratación pública, no obstante, no es la única forma en que puede darse por culminada la relación contractual. Una de las causas anormales de terminación de la relación contractual es la resolución del contrato.
316. Tal es así que mediante la resolución del contrato se busca “dejar (...) de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones”<sup>51</sup>. Asimismo, García de Enterría indica que la resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”<sup>52</sup>.
317. En el ámbito que nos compete el artículo 44, concordante con el inciso c) del artículo 40, de LCE establece que el contrato puede ser resuelto por causas imputables a la ENTIDAD, al contratista, o caso fortuito o fuerza mayor, en este último supuesto, sin responsabilidad de ninguna de las partes. En el presente caso, el procedimiento de resolución contractual conforme a la normativa de contratación pública se inicia con un requerimiento o intimación a la parte contraria (salvo casos de excepción que no es pertinente referirnos), el mismo que debe explicitar la obligación incumplida, el plazo que se otorga para superar el incumplimiento y el apercibimiento de resolución. Si alguno de estos extremos se incumple, ya sea por imprecisión o contrariar lo fijado en la disposición legal la intimación deviene en ineficaz y, por ende, la resolución que se efectúe como consecuencia de un acto defectuoso devendrá también en ineficaz y nula. Conforme lo tratado anteriormente, la normativa en materia de contratación estatal ha previsto en procedimiento a seguirse en el artículo 169 del RLCE:

*“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 (05) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la*

<sup>51</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Palestra Editores, Lima – 2001. Pág. 455.

<sup>52</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, En Curso de Derecho Administrativo I, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.

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 (...)".

318. En esa línea, el procedimiento reglado impone: (i) la parte perjudicada debe requerir el cumplimiento, mediante carta notarial, a la parte incumplida otorgándole un plazo no mayor de cinco (05) días al tratarse de un contrato de servicio de consultoría, con expresa mención del apercibimiento de resolución; (ii) si vencido el plazo, continúa el incumplimiento, la parte perjudicada notificará a la parte incumplida la resolución total o parcial del contrato igualmente mediante carta notarial. En esa medida, observamos lo siguiente:

(i) La carta N° 00319 cursada por el Demandante y que fuera notificada el 10 de abril de 2015 a la ENTIDAD, señaló lo siguiente:

"(...) mediante Carta N° 1374-CO-EST-000086 de fecha 18 de julio de 2014 presentamos ante el PET la Factura N° 0001-000116 ascendente a S/ 1'462,834.99 (...) correspondiente al 30% del monto del Contrato, al haberse cumplido el supuesto contractual establecido en su cláusula cuarta, emisión de opinión de la OPI del Gr de Tacna (...)

No obstante, lo anterior, el PET no cumplió con efectuar el pago antes indicado, por lo que mediante carta de fecha 17 de marzo de 2015 requerimos a su representada dicha pago, sin que haya cumplido con su obligación hasta la fecha.

Por tal motivo, mediante la presente reiteramos el requerimiento de pago a su representada de una obligación esencial para que en el plazo de 5 días calendario contados desde el día siguiente de recibida la presente comunicación cumpla con hacer efectivo el pago del monto indicado en primer párrafo bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO conforme a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento (...)

(ii) La citada carta fue notificada a la ENTIDAD mediante conducto notarial como lo dispone la normativa. Asimismo, el plazo otorgado por el CONSORCIO YARASCAY fue de 5 días calendarios. El artículo 169 del Reglamento dispone que el plazo necesariamente debe ser no menor a 5 días calendarios. Finalmente, existe mención expresa que, de no cumplirse con el requerimiento, se procederá a la resolución del contrato.

319. Queda acreditado, que el requerimiento que siguió la parte Demandante para resolver el contrato tuvo en cuenta la certificación notarial, la referencia a la obligación que debe ser cumplida, así como el plazo de cinco (05) días que debía otorgar, extremos de cumplimiento obligatorio por emanar de disposiciones de orden público. Asimismo, de la revisión de los autos, se verifica que la ENTIDAD no absolvio el requerimiento formulado mediante la carta N° 00319.

320. Ante ello, el CONSORCIO YARASCAY mediante la carta notarial N° 101-XIII, notificada mediante conducto notarial el 22 de abril de 2015, comunicó a la ENTIDAD:

“En atención a lo indicado y al haber transcurrido en exceso el plazo otorgado para que hagan efectivo el pago indicado, sin que hayan cumplido con dicha obligación”.

321. Conforme a la literalidad de la carta notarial, el procedimiento de resolución de contrato efectuado por el CONSORCIO YARASCAY ha cumplido con cada uno de los lineamientos y disposiciones previstas en la normativa de contratación pública.

#### **EN RELACIÓN A LA OBLIGACIÓN ESENCIAL DE LA ENTIDAD..**

322. El CONSORCIO YARASCAY requirió y posteriormente, resolvió el contrato suscrito con la ENTIDAD debido al incumplimiento en el pago de la suma de S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles) por concepto del 30% del monto contractual más los intereses legales hasta la fecha de pago efectivo.

323. Sobre el particular, la ENTIDAD afirma que el CONSORCIO YARASCAY no ha cumplido con entregar los requisitos previstos en el Producto N° 04<sup>53</sup> a cuyo efecto, se remite a su informe pericial de parte. El Demandante refiere más bien, que les corresponde el pago del 30% del monto del contrato como contraprestación debido a que la ENTIDAD emitió la conformidad de la OPI del Gobierno Regional de Tacna, tal como lo estipulan las bases.

324. Ante ello, la Demandada advierte que su representada mediante el Oficio N° 4108-2014-EF/63.01 de fecha 22 de agosto de 2014, retiró la viabilidad del PROYECTO. En ese sentido, considera que el CONSORCIO YARASCAY no cuenta con un documento oficial emitido por el PROYECTO ESPECIAL TACNA, indicándole que el estudio se encuentra viable y que las prestaciones han concluido al 100% y el Estudio de Factibilidad ha sido elaborado a satisfacción de la ENTIDAD. En adición, sostiene que el producto entregado contiene una serie de observaciones que no han sido levantadas.

325. Además, la ENTIDAD rechaza la tesis del Demandante respecto a la declaratoria de viabilidad, calificándola de no definitiva y enfatiza que, conforme a los términos de referencia, se estableció que la elaboración integral del estudio de factibilidad se formulaba en el marco de la Directiva N° 001-2011-EF/68.01 y demás normativas del sistema de inversión pública por lo

<sup>53</sup> En esa línea, la Entidad requiere los siguientes requisitos:

- i. El levantamiento de las observaciones por la desviabilización.
- ii. El estudio hidrológico con la aprobación de la Autoridad Nacional del Agua.
- iii. El estudio del impacto ambiental aprobado por la Dirección General de Asuntos Agrarios del Ministerio del Medio Ambiente.
- iv. La viabilidad otorgada por la OPI.

que la elaboración de dicho estudio está dirigido a lograr la Declaratoria de Viabilidad.

326. En primer término, el Tribunal Arbitral evaluará si el pago del 30% del monto del contrato estaba sujeto a la declaratoria de viabilidad a cargo del Contratista. Sobre ello, la ENTIDAD sostiene que los términos de referencia dan cuenta de la exigencia de la viabilidad del estudio para la obtención de la conformidad y pago final. Así, se remite al acápite 5 de los Términos de Referencia que establece:

**“5. OBJETIVO CENTRAL DEL SERVICIO**

*Elaboración del estudio de Pre Inversión a Nivel de Factibilidad “Represamiento Yarascay” Código SNIP 861 en el marco de la normatividad vigente del Sistema Nacional de Inversión Pública **a fin de lograr su declaratoria de viabilidad y autorización de pase a la fase de inversión”.***

327. Asimismo, se remite al numeral 7.1 del acápite 7 Ubicación del área de intervención y vías de acceso que señala:

*“La elaboración integral del estudio de factibilidad antes citado, se formulará en el marco de la Directiva N° 001-2011-EF/68.01 aprobada mediante Resolución Directoral R.D. N° 003-2011-EF/68.01 publicada el 09 de abril de 2011 y contenidos mínimos, Anexo SNIP -07 para los estudios de factibilidad”.*

328. Así también, indica que en el acápite de Otras Consideraciones en el marco del SNIP para la formulación del estudio de factibilidad, se indica que:

*“El estudio de factibilidad es el tercer nivel de análisis de la fase de pre inversión y tiene como objetivo definir la mejor alternativa de solución, considerando aquellas identificadas en el nivel de pre factibilidad, sobre la base de una mejor calidad de información de los estudios de base, ingeniería de PROYECTO e impacto ambiental. Asimismo, incluye la selección de tecnologías, localización, tamaño y momento de inversión que permita una mejor definición del PROYECTO y de sus componentes”.*

329. En adición, indica el literal e) del acápite 24 de las Obligaciones del CONSORCIO YARASCAY que señala:

- e. El pago de los servicios del CONSORCIO YARASCAY será previa aprobación y conformidad de los productos entregables por parte del equipo supervisor.

Asimismo, el último pago involucrará que se haya efectuado el pronunciamiento final de la Oficina de Programación e Inversiones – OPI Regional respecto del estudio de pre inversión.

330. Al respecto, el numeral 50) del Anexo Único – Anexo de Definiciones del Reglamento, define a los Términos de Referencia como la: *“Descripción, elaborada por la ENTIDAD, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios y de consultoría”.*

331. Queda claro que la definición de los Términos de Referencia marcan el inicio del proceso de contratación y determinan en gran medida el resultado del mismo. En esa línea, los términos de referencia deben definir *en forma clara y precisa los aspectos sustanciales del bien, servicio o consultoría que se necesita contratar, de modo tal que se precise qué se requiere, para qué se necesita, cómo se requiere, dónde se debe efectuar la prestación, en qué plazo, qué requisitos mínimos debe tener el proveedor y/o su personal, la forma de pago, qué área va a otorgar la conformidad, entre otros aspectos*<sup>54</sup>.
332. Conforme a ello, queda en evidencia que el alcance de los términos de referencia debe ser de entendimiento cabal para las partes, puesto que constituye el elemento base sobre el cual, el Contratista debe realizar las prestaciones derivadas del contrato siendo que, sobre dicho marco, la ENTIDAD tiene la competencia para exigir el cumplimiento de las obligaciones de aquél.
333. El Tribunal Arbitral advierte que la ENTIDAD ha hecho referencia a determinadas disposiciones que si bien están contenidas en los Términos de Referencia, ciertamente, no se encuentran en forma precisa dentro del acápite del pago y su procedencia, y, ello, ciertamente llama la atención del Colegiado puesto que la exigibilidad de las obligaciones a cargo de las partes deben encontrarse en forma manifiesta, no pudiendo aquellas -las obligaciones- originarse a consecuencia de inferencias o interpretaciones de los distintos párrafos que componen los términos de referencia.
334. En efecto, para el Tribunal Arbitral marca la pauta para el análisis, la regulación concreta y específica respecto a lo que es materia de análisis esto es, cuáles son las condiciones para la procedencia del pago, regulación que la propia Entidad dispuso en los términos de referencia.
335. Dicha regulación se encuentra en la Cláusula Cuarta del Contrato, la misma que quedó modificada mediante la Adenda de fecha 20 de noviembre de 2013 que señala:

#### CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO.

|       |  |  |
|-------|--|--|
| (...) |  |  |
| 30%   |  | A la emisión de la opinión definitiva de la OPI del Gobierno Regional de Tacna |

<sup>54</sup> Ver:

<http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/PROYECTO%20INSTRUCTIVO%20SOBRE%20FORMULACI%D3N%20DE%20EETT%20Y%20TDR%20-JGI-%2018.04.12.pdf>

336. En esa línea, el acápite 21 Presentación del Estudio y Formas de Pago de los Términos de Referencia de las Bases Integradas señaló Presentación del Estudio y Formas de Pag Los desembolsos que el PROYECTO Especial efectúe, será de la siguiente manera:

|     |  |  |
|-----|--|--|
| 30% |  | A la emisión de la opinión definitiva de la OPI Regional |
|-----|--|--|

337. En concordancia con lo expuesto, el Tribunal Arbitral tiene presente que el artículo 176 establece un procedimiento para la recepción y conformidad, asimismo, una vez otorgada la conformidad prevista en el artículo 176 del Reglamento, el artículo 181 del citado cuerpo normativo dispone la procedencia del pago.

338. En el Contrato se dispuso en la Cláusula Décima Primera, el procedimiento para la conformidad del Servicio:

#### **CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: CONFORMIDAD DEL SERVICIO**

La conformidad de recepción de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento (...), la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración del órgano establecido en las bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización del PROYECTO.

**La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria,** que deberá verificar dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cumplimiento de las condiciones contractuales.

**De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario.** Si pese al plazo otorgado, EL CONSORCIO YARASCAY no cumpliese a cabalidad con la subsanación, EL PROYECTO (...) podrá resolver el Contrato, sin perjuicio que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando las prestaciones de los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso PROYECTO (...) no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.  
(Subrayado y negrita son agregados)

339. De acuerdo al análisis de las disposiciones contractuales y los términos de referencia, que regulan en específico las condiciones para el pago, se ha podido verificar que dicho derecho al pago se origina luego de que se cuente con la opinión definitiva de la OPI del Gobierno Regional de Tacna; esto a consideración del Tribunal Arbitral constituye la conformidad del área usuaria por aplicación de los artículos 176 y 181

del Reglamento, previo al otorgamiento de la conformidad del área usuaria, se prevé que la ENTIDAD debió cumplir de ser el caso, con el procedimiento previsto en el artículo 176 respecto al plazo de observaciones.

340. Queda claro para el Tribunal que en forma previa, a la conformidad y pago, la ENTIDAD debe agotar los alcances del artículo 176 del Reglamento, no siendo posible una vez, otorgada la conformidad que la ENTIDAD proceda a la formulación de observaciones.
341. Adviértase, además, que dichas disposiciones no indican en forma expresa que la opinión de la OPI Regional deba declarar la viabilidad del PROYECTO sino más bien, se ordena el pronunciamiento del órgano regional sobre el producto emitiendo "opinión definitiva".
342. En forma contraria a la posición de la ENTIDAD, las disposiciones específicas para el pago no refieren en forma expresa que su procedencia esté sujeta a la obtención de la viabilidad a cargo del CONSORCIO YARASCAY y sujeta a la decisión que sobre el particular emita el MEF. Sobre ello, la ENTIDAD ha indicado que carecería de objeto realizar la presente consultoría sin que se obtenga su viabilidad; este alcance, ciertamente, no fluye de manera inequívoca de la literalidad del contrato.
343. El Tribunal Arbitral tiene en cuenta que tal como la doctrina y la legislación nacional establecen, "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos", (art. 1361 del Código Civil); y que como el mismo numeral regula, "Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". En el presente caso, es la ENTIDAD quien define sus términos de referencia y el contrato en su conjunto, de modo tal, que las omisiones o vacíos sobre determinadas exigencias no pueden ser trasladadas a aquella parte, que no redactó los alcances de los términos de referencia.
344. El Tribunal Arbitral enfatiza igualmente que una obligación como la que plantea la ENTIDAD, esto es, que el Estudio contratado requiera ser declarado viable por un tercero, en este caso el MEF, debió merecer una explícita consignación en los términos del contrato, y muy especialmente en el cuadro en el que se resumen los requisitos a cumplir para que se proceda al pago de los productos.
345. Atendiendo a ello, el Tribunal Arbitral concluye que las disposiciones contractuales y los términos de referencia no establecen como obligación del CONSORCIO YARASCAY para el pago del 30% del monto del Contrato, la obtención de la declaratoria de viabilidad de la OPI sino más bien, el pronunciamiento -sin especificar - de dicha Oficina a través de su opinión definitiva.
346. En segundo término, es pertinente indicar que la ENTIDAD ha hecho referencia también, que conforme a los alcances de la Directiva General del Sistema Nacional de Inversión Pública aprobada mediante Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01 donde señala que OPI – Regional debe remitir en un plazo de cinco (05) días a la DGPM para comunicar dicha viabilidad a efectos de sustentar que la viabilidad otorgada no es definitiva.

347. Sobre el particular, es pertinente tener en cuenta que el numeral 15.11 de dicha Directiva establece lo siguiente:

15.8 La OPI recibe el estudio, verifica la actualización de la ficha de registro de PIP en el Banco de PROYECTO y registra la fecha de su recepción. Evaluá el PIP, utilizando el Protocolo de Evaluación, emite un informe técnico y registra en el Banco de Proyectos dicha evaluación. Con dicho informe, la OPI puede:

- b. Declarar la viabilidad del PROYECTO, en cuyo caso acompaña al informe técnico el Formato SNIP -09
- c. Observar el estudio, en cuyo caso, deberá pronunciarse de manera explícita sobre todos los aspectos que deban ser reformulados; o
- d. Rechazar el PIP.

15.9 En caso se declare la viabilidad, el responsable de la OPI deberá visar el estudio de factibilidad conforme a lo señalado en el literal b) del numeral 8.3. del artículo 8.3 del artículo 8 y remitir copia de éste, del Informe Técnico y del Formato SNIP -09 a la UF del PIP. Asimismo, remite copia del informe técnico y del Formato SNIP -09 a la UF del PIP.

(...)

15.11 En todos los casos señalados en el presente artículo, para que la OPI registre la declaración de viabilidad de un PIP en el Banco de Proyectos, deberá incluir en la Ficha de Registro del PIP, el archivo electrónico del estudio de preinversión que sustenta la viabilidad, así como el Resumen Ejecutivo de dicho estudio y el Informe Técnico de declaración de viabilidad escaneados. Asimismo, una vez que la OPI declara la viabilidad de un PIP tiene un plazo no mayor de 05 días hábiles para comunicarla a la DGPM, debiendo remitir copia del Formato SNIP-09 y del Informe Técnico que sustenta la declaración de viabilidad. Los registros a que se refiere la presente disposición son de responsabilidad de la OPI, en tanto que, la información contenida en los estudios de preinversión es de única y exclusiva responsabilidad de la UF que formuló el PIP.

348. De acuerdo a las normas previamente glosadas, no se encuentra disposición alguna mediante la cual, la opinión alcanzada en el documento presentado por el CONSORCIO YARASCAY , prevista en el literal a) del numeral 15.8 de dicho cuerpo normativo tenga un alcance transitorio. En rigor, dichas disposiciones establecen que en el marco de sus competencias, la OPI regional evalúa el PIP así, puede declarar la viabilidad, observarla o rechazarla. En esa línea, el Tribunal Arbitral verifica que, en estricto cumplimiento de las funciones otorgadas, la OPI Regional procedió a la evaluación y consideró emitir su opinión, la misma que declaró la viabilidad del PROYECTO.

349. En efecto, el Tribunal estima que la OPI Regional realizó el proceso de evaluación y concluyó que no existía elemento de observación a efectos de comunicarle al CONSORCIO YARASCAY y, proceda éste a levantarla por lo que, la ENTIDAD declaró la viabilidad.

350. En ese sentido, el Contratista ha presentado el Formato SNIP -03: Ficha de Registro – Banco de PROYECTO con código SNIP del PROYECTO de Inversión Pública N° 11861 donde se indicó lo siguiente:

|                          |              |          |                              |   |
|--------------------------|--------------|----------|------------------------------|---|
| 22/07/2014 11:36<br>Hrs. | FACTIBILIDAD | APROBADO | OPI DE LA<br>REGION<br>TACNA | SE APRUEBA EL ESTUDIO DE FACTIBILIDAD CON INFORME TÉCNICO N° 012-2014-CRDP-OPI-GGR/GOB.REG.TACNA EL CUAL ESTA SUSTENTADO EN LOS INFORMES TECNICOS DEL EQUIPO EVALUDOR CON LOS SIGUIENTES INFORMES: INFORME MÚLTIPLE N° 002-2014-RASQ-VRGC-OPI-GGR/GOB.REG.TACNA, INFORME N° 002-2014-ECS, INFORME N° 002-2014-CAQS, INFORME N° 002-2014-MACA/GOB.REG.TACNA, INFORME TÉCNICO N° 002-CART-2014, INFORME N° 018-2014-JECH-OPI-GGR/GOB.REG.TACNA. |
|--------------------------|--------------|----------|------------------------------|---|

Asimismo, dicho formato concluye con lo siguiente:

**10 DATOS DE LA DECLARATORIA DE VIABILIDAD**

Nº Informe Técnico: INFORME TÉCNICO N° 012-2014-CRDP-OPI-GGR/GOB.REG

Especialista que Recomienda la Viabilidad: ING. CHRISTIAN RENE DIAZ PLATA - EQUIPO TECNICO EVALUADOR

Jefe de la Entidad Evaluadora que Declara la Viabilidad: ING. ROCIO DALILA SALAZAR BAZAN

Fecha de la Declaración de Viabilidad: 22/07/2014

**11 COMPETENCIAS EN LAS QUE SE ENMARCA EL PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA**

11.1 La Unidad Formuladora declaró que el presente PIP es de competencia Regional.

Asignación de la Viabilidad a cargo de OPI DE LA REGION TACNA

351. Es pertinente indicar que, en el formato no se encuentra disposición alguna mediante el cual, se indique que aquella –la viabilidad- tiene el carácter de transitoria o momentánea a efectos que el CONSORCIO YARASCAY tenga certeza que efectivamente, su otorgamiento no era definitivo.

352. Si la ENTIDAD consideró que la opinión de la OPI Regional tenía un carácter de transitoria debió explicitarlo en forma expresa en los documentos conformantes del Contrato puesto que, de los documentos contractuales, así como de la Directiva, reiteramos, no se encuentra sustento respecto al supuesto carácter no definitivo de la declaratoria.

353. Sin perjuicio de ello, debe quedar aclarado en forma explícita que las disposiciones que regulan las condiciones para la emisión de la conformidad no exigen una declaratoria de viabilidad sino únicamente, se limitan a la opinión definitiva del OPI, aspecto que se ha cumplido con la presentación del documento de OPI de fecha 22 de julio de 2014.
354. Ahora bien, la ENTIDAD señala que la Dirección General de Presupuesto Multianual (DGPM) del Ministerio de Economía y Finanzas señala que en el ejercicio de su facultad contenida en el Manual 20.4 de la Directiva N° 01-2011-EF/68.0 aprobada por la Resolución Directoral N° 003-2011-EF/68.01, el mencionado PIP es deshabilitado conforme al Oficio N° 4108-2014-EF/63.01 por las observaciones contenidas en el informe N° 468-2014-EF/63.01 donde se dispuso el retiro de la viabilidad. Ante ello, señalan que procedieron a notificarla las observaciones al CONSORCIO YARASCAY siendo que, hasta la fecha, no han subsanado las mismas.
355. Es pertinente reiterar que es competencia y responsabilidad de la ENTIDAD definir adecuadamente en los documentos que constituyen el contrato, y muy especialmente en el documento denominado contrato propiamente, los términos de la exigencia del cumplimiento de obligaciones pues éstas no pueden surgir en base a inferencias o suposiciones.
356. Así producida la opinión definitiva de la OPI Regional se entiende, que la misma no tuvo en forma previa, conforme a los alcances del artículo 181 y la cláusula décimo primera del Contrato observaciones al producto; no obstante, el Colegiado advierte que en forma posterior la ENTIDAD estableció un procedimiento distinto al previsto en las Bases Integradas de modo tal, que emitida la opinión de la OPI Regional, procedió a retirarla y formuló diversas observaciones sobre el producto, al cual, previamente ya había otorgado la viabilidad.
357. El Tribunal Arbitral no cuestiona la facultad prevista de la Dirección General de Presupuesto Multianual en la citada Directiva, no obstante, considera que las exigencias para el Contratista no pueden encontrarse sustentadas en interpretaciones sobre dicho cuerpo normativo, cuando de la disposición específica para el pago, no hay referencia a ello; ni mucho menos, se encuentra la disposición alguna de los términos de referencia que prevea que el pago se encuentre supeditado a las disposiciones de la Dirección General de Presupuesto Multianual. En esa línea, lo que el Tribunal Arbitral advierte es que la ENTIDAD pretende desconocer sus propios términos y sus actuaciones de modo tal, que recurre a la referencia normativa para impedir la aplicación clara y natural de la Cuarta Cláusula del Contrato, esto es, para el pago exige la opinión definitiva de la OPI Regional.
358. En este punto, el Tribunal Arbitral considera tener nuevamente, en cuenta los alcances de lo que en doctrina se denomina actos propios. En esa línea, el Tribunal constata que la Demandada han desarrollado dos conductas completamente contradictorias.
- (iii) **Primera conducta:** emite la opinión definitiva de la OPI Regional que declaró la viabilidad.

- (iv) **Segunda conducta:** Formula observaciones al producto, luego de haber emitido opinión.
359. En efecto, adviértase que la OPI Regional en ningún momento previo a su opinión, formuló observaciones de modo tal, que el CONSORCIO YARASCAY proceda a la subsanación de aquellas. Por el contrario, la Demandada dirigió sus actuaciones al reconocimiento del producto, es más, tan reconocido se encontraba para la ENTIDAD, que una vez, notificada con la Factura 001- N° 000116 no procedió a devolverla ni mucho menos, negó su procedencia, esto es, con sus actos brindó certeza respecto a las condiciones para el pago.
360. Entonces, si bien la ENTIDAD tiene la facultad de formular observaciones tal como lo reconoce el Contrato, es cierto también que el ejercicio de dicho derecho se hace inadmisible cuando es manifiestamente contradictoria a la conducta previa cuando ya emitió la opinión de la OPI Regional, de tal manera que originó una fundada confianza en el CONSORCIO YARASCAY de que le asiste dicho derecho al pago precisamente, porque la OPI Regional ha emitido la opinión respecto a la viabilidad. De tal forma, que la posición de la Demandada respecto a las observaciones posteriores aparece como un ejercicio de un derecho en notoria contradicción con la buena fe<sup>55</sup> así como las disposiciones del artículo 176 y 181 del Reglamento.
361. Sobre ello, la primera conducta – esto es, la opinión de OPI– ha generado una confianza sobre el Demandante de modo tal, que la pretensión posterior respecto a las observaciones no puede prevalecer sobre aquella puesto que esta pretensión posterior constituye una actuación contraria a sus propios actos, así como una contradicción al deber de buena fe.
362. Para el Tribunal, el ejercicio de un derecho no puede implicar ir contra sus propios actos esto es, si la OPI Regional emitió la opinión no puede, referir cuestionamientos a su procedencia cuando por sus propias actuaciones ha reconocido la viabilidad. En tales circunstancias, el Tribunal Arbitral estima que, en coherencia con la primera conducta realizada por la ENTIDAD, corresponde reconocer que la OPI Regional ha emitido su opinión, razón por las cual, las observaciones formuladas en forma posteriores devienen en improcedentes.
363. En efecto, en forma posterior a la opinión de la OPI, la ENTIDAD ha hecho suyo el retiro de la viabilidad efectuada por la Dirección General de Inversión Pública del MEF quién, entre otros, observa la falta una planta de tratamiento de agua avanzada no obstante, la pericia de parte del CONSORCIO YARASCAY , elaborada por el ingeniero Francisco Chiong Ampudia refiere que dicha exigencia no se encuentra dentro de los alcances de los términos de referencia, aspecto que la ENTIDAD no ha absuelto precisando en qué extremo de los términos de referencia se encuentra dicha exigencia.
364. Asimismo, la pericia de parte del Demandante da cuenta de las respuestas efectuadas por el CONSORCIO YARASCAY respecto a las observaciones, sin que la ENTIDAD haya referido por qué dicha absolución no cumple con las exigencias de la Dirección General

<sup>55</sup> DIEZ – PICAZO, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios, Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia de Tribunal Supremo*. Civitas y Thomson Reuters. Navarra, mayo 2014, p. 255.

de Inversión Pública, aspecto que se hace más que necesario cuando, dichas observaciones surgieron posterior a la opinión de la OPI. Ante ello, el Colegiado se forma convicción que la ENTIDAD ciertamente, no ha sustentado o explicado la improcedencia o falta de sustento de las respuestas, por lo que el Colegiado mantiene su posición de la extemporaneidad de las observaciones.

365. Ahora bien, el inciso c) del artículo 40 de la LCE, prevé la posibilidad que el contratista sólo pueda resolver el contrato cuando opere un incumplimiento de una obligación esencial de la ENTIDAD. Corresponde entonces, analizar qué es lo se entiende por obligación esencial. Al respecto, la Opinión N° 27/2014.DOP del 13 de febrero de 2014 alcanza una definición sobre obligación esencial:

2.1.3. (...) se puede inferir que una obligación esencial es aquella 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.

366. Asimismo, la obligación esencial no necesariamente debe estar planteada como tal en las bases y el contrato conforme lo señala la citada opinión:

Al respecto, debe señalarse que, la normativa de contrataciones del Estado exige que las obligaciones esenciales estén incluidas en el contrato o en las Bases con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance pero no establece la forma en que deben denominarse.

En esa medida, una obligación esencial puede denominarse expresamente como tal o puede no incluir dicha denominación; correspondiendo, en este último caso, distinguirla por su condición de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

En consecuencia, un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado puede contener obligaciones esenciales denominadas expresamente como tal u obligaciones esenciales sin denominación, dado que la calificación de una obligación como esencial no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

367. Es decir, “(...) la facultad resolutoria de los contratantes es inherente a la naturaleza misma de todo contrato, al igual que dependiendo del contrato del cual se trate, las obligaciones esenciales de los mismos emergen de la propia naturaleza de aquellos y no requieren que sean indispensablemente enunciados o detallados, ya que del análisis de cada uno de ellos fluye de manera inequívoca las obligaciones esenciales<sup>56</sup>”. En adición, la citada Opinión afirma que el pago constituye una obligación esencial:

<sup>56</sup> RODRIGUEZ ARDILES, Ricardo. Resolución de contrato por incumplimiento de obligación esencial no pactada en los contratos sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado. Revista Arbitraje PUCP. Año III Número 9 setiembre de 2011. Pag. 40-48.

Abundando en lo anterior, **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<sup>57</sup> o a las prestaciones involucradas.

368. Si bien en el contrato no existe referencia alguna a las obligaciones esenciales de la ENTIDAD, ello no implica la inexistencia de aquellas sino más bien la esencialidad está íntimamente vinculada a la satisfacción de los intereses de su contraparte quedando anotado por aplicación de la Opinión N° 027/2014-DOP que el pago a cargo de la ENTIDAD resulta una obligación esencial que debe cumplirse como medida de satisfacción de los intereses del CONSORCIO YARASCAY.

369. En esa línea, encontrándose con la opinión de OPI Regional, la misma que declaró la viabilidad, a criterio del Tribunal Arbitral la misma tiene carácter de definitiva, el Colegiado llega a la conclusión que dicho documento corresponde a la conformidad.

370. Por lo que, atendiendo a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral concluye que corresponde declarar válida la resolución del Contrato efectuada por el Contratista mediante Carta Notarial N° 101-XIII de fecha 17 de abril del 2015, por incumplimiento de la ENTIDAD en su obligación esencial y, en consecuencia, ordenar el pago a favor del Contratista de S/. 1'462,834.99 (un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 soles) correspondiente al 30% del monto contractual más los intereses legales desde la oportunidad en que el mismo debió producirse hasta la fecha de pago efectivo.

**iv. Excepción de incompetencia por razón de la materia formulada por la ENTIDAD, respecto a la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.**

**PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: EN EL SUPUESTO QUE SE DESESTE EL PUNTO ANTERIOR DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD EL PAGO A FAVOR DEL CONTRATISTA DE LA SUMA ASCENDENTE A S/. 1'462,834.99 (UN MILLÓN CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 99/100 SOLES) POR ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA MÁS LOS INTERESES LEGALES HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO.-**

371. En el presente caso, se estimó reconocer el punto anterior referido al pago de la última prestación razón por la cual, no corresponde emitir pronunciamiento respecto al presente punto controvertido igualmente, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a la excepción de incompetencia por razón de la materia formulada por la ENTIDAD.

**QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR INVÁLIDA LA EJECUCIÓN DE LAS CARTAS FIANZAS SEÑALADAS EN EL SIGUIENTE**

<sup>57</sup> En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184 del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento, entre ellas la falta de entrega del terreno o la falta de designación del inspector o supervisor de obra.

**CUADRO Y SI CORRESPONDE O NO ORDENAR EL REEMBOLSO DE LA SUMA DE S/. 2'970,292.77 (DOS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS CON 77/100 SOLES) MONTO CORRESPONDIENTE A LA EJECUCIÓN DE CARTAS FIANZAS SIGUIENTES.-**

| Banco      | Nº de Carta Fianza      | Concepto                       | Vigencia   | Monto S/.  |
|------------|-------------------------|--------------------------------|------------|------------|
| BBVA       | 011-0377-9800141028-99  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,738.11 |
| BBVA       | 0011-0377-9800141034-96 | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| BBVA       | 011-00377-9800141042-96 | Adelanto directo               | 28.02.2015 | 783,661.80 |
| BBVA       | 011-0377-9800125500-93  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 91,112.00  |
| SCOTIABANK | 00128286-009            | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| SCOTIABANK | 00128285-009            | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,786.44 |
| SCOTIABANK | 00125895-009            | Adelanto Directo               | 28.02.2015 | 783,661.60 |

372. El Demandante solicita se declare inválida la ejecución de las Cartas Fianzas indicadas y se ordene el reembolso de la suma de S/ 2'970,292.77 (Dos millones novecientos setenta mil doscientos noventa y dos con 77/100 Soles) ya que se afirma que aquellas – las cartas fianzas – en ningún momento perdieron vigencia a efectos que la ENTIDAD proceda a la aplicación del artículo 164 del Reglamento.

373. En relación a este aspecto, la ENTIDAD refiere que mediante los Oficios N° 097-2015-GRT-PET.GG y N° 122-2015-GRT-PET-GG solicitó al CONSORCIO YARASCAY la renovación de las fianzas, y precisa que dicha solicitud no se encuentra prevista dentro de los procedimientos. Sobre ello, la ENTIDAD refiere que el Demandante no comunicó de manera formal ni informal, evidenciando una vulneración al principio de buena fe contractual.

374. Agrega que el CONSORCIO YARASCAY incumplió con su obligación legal de renovación y notificación oportuna (...) la ENTIDAD en cumplimiento de la normativa aplicable dispuso su ejecución.

375. Al respecto, el artículo 164 del Reglamento dispone que las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la ENTIDAD en los siguientes supuestos:

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

376. Sobre el particular, se verifica que las siguientes cartas fianzas -materia de discusión– figuran con fecha de vencimiento:

**CUADRO N° 01**

| Banco      | Nº de Carta Fianza      | Concepto                       | Vigencia   | Monto S/.  |
|------------|-------------------------|--------------------------------|------------|------------|
| BBVA       | 011-0377-9800141026-99  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,738.11 |
| BBVA       | 0011-0377-9800141034-93 | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| BBVA       | 011-00377-9800141042-96 | Adelanto directo               | 28.02.2015 | 783,661.80 |
| BBVA       | 011-0377-9800125500-93  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 91,112.00  |
| SCOTIABANK | 00128286-009            | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| SCOTIABANK | 00128285-009            | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,786.44 |
| SCOTIABANK | 00125895-009            | Adelanto Directo               | 28.02.2015 | 783,661.60 |

377. En el caso materia de análisis, corresponde verificar si en efecto, se ha producido la renovación previa a la fecha de vencimiento. Así, tenemos lo siguiente:

- a. **La Carta Fianza N° 00128286-009 emitida por el Scotiabank**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

“Lima, 13 de febrero de 2015

(...)

Esta fianza que en ningún caso y por ningún concepto excederá al monto señalado en el párrafo anterior, regirá desde el 28-02-2015 hasta el 30-04-2015 a horas 12 meridiano (...)"

- b. **La Carta Fianza N° 00125895 -009 emitida por el Scotiabank**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

“Lima, 27 de febrero de 2015

(...)

La garantía rige a partir de la fecha y vencerá el: 30 de abril de 2015 (...)"

- c. **La Carta Fianza N° 00128285 -009 emitida por el Scotiabank**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

“Lima, 13 de febrero de 2015

(...)

Esta fianza que en ningún caso y por ningún concepto excederá al monto señalado en el párrafo anterior, regirá desde el 28-02-2015 hasta el 30-04-2015 a horas 12 meridiano (...)"

- d. **La Carta Fianza N° 011-0377-9800125500-93 emitida por el BBVA**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

"Miraflores, 24-02-2015  
CARTA FIANZA N° 011-0377-9800125500-93  
VENCE EL: 30-04-2015"

- e. **La Carta Fianza N° 011-00377-9800141042-96 emitida por el BBVA**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

"Miraflores, 24-02-2015  
CARTA FIANZA N° 011-0377-9800125500-93  
VENCE EL: 30-04-2015"

- f. **La Carta Fianza N° 0011-0377-9800141034-93 emitida por el BBVA**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

"Miraflores, 26-02-2015  
CARTA FIANZA N° 0011-0377-9800141034-93  
VENCE EL: 30-03-2015"

- g. **La Carta Fianza N° 011-0377-9800141026-99 emitida por el BBVA**, presentada por el Demandante donde se indica lo siguiente:

"Miraflores, 26-02-2015  
CARTA FIANZA N° 011-0377-9800141026-99  
VENCE EL: 30-03-2015"

378. Se advierte que el CONSORCIO YARASCAY cumplió con renovar previo a la fecha de vencimiento las cartas fianzas, no obstante, el sustento de la ENTIDAD está referido a que el CONSORCIO YARASCAY no cumplió con informar sobre dicha renovación pese a que su representada le requirió.

379. La ENTIDAD refiere que las cartas fianzas señaladas en los literales e), f) y g) tienen fecha de emisión del 06 de marzo de 2015, esto es, fuera del plazo legal. Sobre ello, el CONSORCIO YARASCAY indica que la ENTIDAD observó dichas cartas fianzas, puesto que tenían fecha de vencimiento el 30.03.15 y no el 30.04.15 y que procedieron a subsanarlo.

380. El CONSORCIO YARASCAY ha presentado las cartas fianzas de los literales e), f) y g) con fecha de emisión 24 y 26 de febrero de 2015 y, por otro lado, la ENTIDAD ha presentado las cartas fianzas de los citados literales con fecha de emisión de 06 de marzo de 2015.

381. Sobre ello, el Tribunal Arbitral advierte que con las cartas fianzas presentadas por el Demandante con la Carta N° 1374-CO-EST-000126, la obligación de la renovación se encontraba cumplida, puesto que las mismas tienen fecha de emisión previo al vencimiento (28 de febrero de 2015). A consecuencia de la observación de la ENTIDAD -extremo no negado por ésta-, el CONSORCIO YARASCAY presenta las segundas versiones de las cartas pero de fechas de 06 de marzo de 2015 y vencimiento del 30 de abril de 2014 no obstante, si bien, las segundas versiones de las cartas fianzas tienen fecha de 06 de marzo de 2015, el Tribunal Arbitral advierte que la ENTIDAD igualmente, se encontraba protegida debido a la primera versión de aquellas, las mismas que tenían fecha de emisión del 24 y 26 de febrero de 2015 vencimiento al 30 de marzo de 2015. Es decir:

Primera versión de las cartas fianzas de los literales e), f) y g):

|                    |                     |
|--------------------|---------------------|
| Emisión:           | Vencimiento:        |
| 24 y 26 de febrero | 30 de marzo de 2015 |

|             |                     |
|-------------|---------------------|
| Emisión:    | Vencimiento:        |
| 06 de marzo | 30 de abril de 2015 |

Segunda versión de las cartas fianzas de los literales e), f) y g):

382. El Tribunal Arbitral considera que las cartas fianzas se mantuvieron vigentes a lo largo tiempo, de modo tal, que el CONSORCIO YARASCAY con la primera versión de las fianzas cumplió con la renovación, aspecto que impide la ejecución por la falta de renovación y con la segunda versión – que igualmente la ENTIDAD estaba protegida- procedió a extender el plazo de vencimiento.

383. Pese a la renovación de las fianzas, la ENTIDAD dispuso y obtuvo de las Entidades Bancarias la ejecución puesto que, conforme a lo señalado en la Audiencia de Informes Orales, el CONSORCIO YARASCAY no procedió a la comunicación de haber cumplido con la renovación. Este proceder es incompatible con el numeral 1 del artículo 164 del Reglamento, el mismo que no impone al Contratista la obligación de comunicar dicha renovación – si bien, resulta óptimo tal comportamiento. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral advierte que las cartas fianzas por mandato de lo prescrito en el artículo 1898 del Código Civil pueden ser ejecutadas dentro del plazo de quince días posteriores a su vencimiento.

384. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral declara inválida a ejecución de las Cartas Fianzas señaladas en el cuadro N° 01 del presente laudo y ordena a la ENTIDAD el reembolso de la suma de S/. 2'970,292.77 (dos millones novecientos setenta mil doscientos noventa y dos con 77/100 soles), monto correspondiente a la ejecución de Cartas Fianzas del citado cuadro.

**Segunda Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago de los daños y perjuicios generados a las empresas consorciadas TYPASA y ENERGO por la indebida y/o ilegal declaración de nulidad del Contrato.

**Sexta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD, el pago de daños y perjuicios generados a las empresas consorciadas TYPASA y ENERGO por la indebida y/o ilegal ejecución de las Cartas Fianzas señaladas en la Tercera Pretensión Principal.

385. En el presente caso, el Tribunal Arbitral considera pertinente resolver en forma conjunta los puntos controvertidos debido a que están referidos a los daños y perjuicios que alegan TYPASA y ENERGO.
386. El Demandante sostiene que producto de la nulidad del Contrato declarada por la ENTIDAD, ha sufrido daños y perjuicios; en esa línea, reclama los daños y perjuicios se han generado por la ejecución de las cartas fianzas, precisando que dichos daños han sido asumidos por la empresa TYPASA y ENERGO integrantes del CONSORCIO YARASCAY, por lo que reclama el resarcimiento para dichas empresas.
387. Por su parte, la ENTIDAD ha referido que no ha podido evidenciar derecho de resarcimiento alguno relativo a las empresas que no forman parte de la relación contractual, por lo que solicita que se declare infundado; no obstante, como ya se indicó, es factible el análisis de la presente controversia bajo los alcances de las pretensiones formuladas por el Demandante.
388. En este orden de ideas, el incumplimiento de las obligaciones imputable a una de las partes origina la obligación de reparar integralmente el daño que se hubiera causado. Esto da lugar a que el acreedor perjudicado tenga derecho a que se le repare el daño ocasionado cuando se produzca una desviación del programa obligacional originario. De este modo, se configura el supuesto de la antijuridicidad en el incumplimiento obligacional, al producirse una violación al derecho de crédito.
389. Así lo han señalado Pizarro y Vallespinos, siguiendo la misma línea de pensamiento que De Cupis, Wayar, Llambías, Díez Picazo y Visintini, entre otros, que "quien incumple una obligación en forma absoluta o relativa, total o parcial, obra antijurídicamente pues contraviene los deberes que le atañen, derivados de un vínculo preexistente"<sup>58</sup>.
390. Por todas estas consideraciones, es innegable que quien no se comporta de acuerdo con lo que él mismo se obligó en un contrato, es decir, quien lo incumple, obra contrariamente al ordenamiento jurídico, obra antijurídicamente.

#### **EL DAÑO.-**

<sup>58</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Tomo 2. Hammurabi José Luis Depalma Editor. Buenos Aires. 1999. p. 485.

391. El daño es "el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio"<sup>59</sup>.
392. Se debe tratar, además, de un daño susceptible de probanza, que en el caso concreto se relaciona con su cuantía. Como expresa Alterini, el "daño debe ser cierto en cuanto a su existencia misma, esto es, debe resultar objetivamente probable"<sup>60</sup>.

#### **REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO.-**

393. Como expresan Pizarro y Vallespinos, la reparación plena o integral supone "la necesidad de una razonable equivalencia jurídica entre el daño y la reparación. Se plasma en cuatro reglas fundamentales, (...): el daño debe ser fijado al momento de la decisión; la indemnización no debe ser inferior al perjuicio; la apreciación debe formularse en concreto y la reparación no debe ser superior al daño sufrido"<sup>61</sup>.
394. De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil: "El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución"<sup>62</sup>. Adicionalmente, el artículo 1322 del mismo Código establece que: "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado también es susceptible de resarcimiento".
395. El fundamento jurídico de la indemnización integral se ubica, por tanto, en el quebrantamiento de la justicia conmutativa que debe existir en todo contrato con prestaciones recíprocas.
396. Debe tenerse en cuenta que, en los contratos de esta naturaleza, los deberes de prestación son interdependientes o recíprocos entre sí. Las prestaciones a las que una parte se obliga son la causa y razón de ser de las prestaciones de la otra parte. El resquebrajamiento de esta interdependencia por el incumplimiento de sus prestaciones de alguna de las partes origina el derecho de la otra a resolver el contrato porque la "causa" que motivó la unión ha desaparecido.
397. Este razonamiento se aplica también para los contratos con prestaciones recíprocas cuya ejecución no se ha pactado de manera simultánea. Se trata de una situación en la que la interdependencia o reciprocidad entre las obligaciones continúa en tales casos existiendo, en la medida en que cada una de ellas es la razón de ser de la prestación y de la obligación recíproca.
398. Por esta razón, el carácter de la indemnización integral es resarcitorio y no sancionatorio. Su finalidad es, como expresan Caseaux y Trigo Represas, "restablecer el equilibrio que el incumplimiento de la prestación o el daño han

<sup>59</sup> LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Revista de Derecho Privado. Tomo I. Madrid. S.A. p. 193.

<sup>60</sup> ALTERINI, Aníbal Atilio, y otros. Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1994. p. 259.

<sup>61</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. Op. Cit. p. 467.

<sup>62</sup> Citado por CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Tomo 1. Librería Editora Platense SRL. La Plata. 1984. p. 180.

alterado, es decir, que se procura mediante ella colocar al acreedor en igual o semejante situación a la que hubiera tenido de no haberse producido la inejecución o la violación del derecho<sup>63</sup>.

399. Ahora bien, el CONSORCIO YARASCAY presentó dos pericias. La primera que tiene como objeto: “1. Indemnización por daño moral<sup>64</sup>” y el objeto de la segunda comprende: “1. Determinar los importes cargados por ejecución de carta fianza, que originó el sobregiro y cálculo de intereses por sobregiro. 2. Determinar los gastos financieros por ejecución de cartas fianzas a la empresa TYPSA. 3. Determinar los gastos financieros por ejecución de cartas fianzas a la empresa ENERGO. 4. Actualización de deuda por la ejecución de las cartas fianzas. 5. Gastos tributarios por intereses y multas.
400. En esa línea, en relación con los daños emergentes que señala en su demanda, refieren que: los gastos financieros irrogados por TYPSA ascienden a S/. 34,288.98 Soles (comprende comisiones y tasas cobradas) y los gastos financieros de ENERGO es de S/ 67,967.54 Soles y, además, se han generado intereses por falta de pago por la suma de S/ 1 686.00 Soles.
401. Asimismo, refiere que las empresas citadas han sufrido un daño moral a cuyo efecto, presentaron una pericia de parte, elaborada por Elvis Calle & Asociados que determinó un daño moral al 12 de enero de 2017 por la suma de S/ 307,180.99 Soles.
402. Con relación a los daños emergentes, el Demandante ha presentado diversas comisiones y tasas cobradas a efectos de acreditar el daño emergente; no obstante, se advierte que las comisiones están referidas a pagarés pero que no generan convicción en el Tribunal Arbitral respecto que dichos documentos corresponden efectivamente al presente Contrato. Por lo que el Tribunal Arbitral, no se forma convicción sobre las sumas pretendidas.
403. Respecto a la Pericia de parte, se advierte que el Perito afirma que para la determinación del daño moral de TYPSA, ha utilizado la metodización de los estados del resultado integral de los períodos del 2015 y 2014 y el anexo N° 01, que determina que la empresa TYPSA tiene una variación negativa de utilidades de S/ - 10,682,375.00 y que a dicha variación, tiene una mediana de 52% de utilidades que provienen de la **actividad privada**, por lo que determinaron un efecto de variación negativa de S/ - 5'554,835.00 Soles, a dicho resultado le aplicaron el 4.40% de la inflación del periodo económico publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI por lo que obtiene un monto de S/ 272,927.78 Soles.
404. Asimismo, en el caso de ENERGO bajo la misma metodología con una variación negativa de S/ - 648,069.05 obtienen un monto actualizado de S/ 34,253.21 Soles.
405. No obstante lo señalado, el Tribunal Arbitral no ha formado convicción respecto a los montos referidos debido a que los Estados de Resultados Integrales de las

<sup>63</sup> CASEAUX, Pedro N. Y TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. Cit. p. 181.

<sup>64</sup> Cabe precisar que dicha pericia tiene como antecedente, que: “Una vez concluida la ejecución de EL CONTRATO, PROYECTO ESPECIAL TACNA notificó la Resolución Gerencial N° 050-2015-GRT-PET-GG mediante la cual, declaró la nulidad de oficio de EL CONTRATO”.

empresas (que sirven de base para la metodología aplicada) no corresponden a estados financieros auditados. Si bien el perito tiene la denominación en su razón social de Contadores Auditores, dentro de los alcances de la pericia no se encuentra dicha referencia que genere certeza sobre la idoneidad de dichos estados, máxime cuando no acompaña notas contables respecto a la ejecución de las cartas.

406. Si bien el CONSORCIO YARASCAY en su demanda ha referido que se trata de gastos financieros (para la afirmación de los daños emergentes), en los estados de resultados de la empresa TYPSCA (donde aplican una metodología integral) se advierte que los gastos financieros del año 2015 (S/ - 327,136) son menores comparados al año 2014 (S/ - 906,881).

407. En relación con la segunda pericia, el perito alcanza el siguiente resumen:

|   | IMPORTE           | INTERÉS             | TOTAL               |
|---|-------------------|---------------------|---------------------|
| ANEXO 1 INTERESES POR SOBREGIRO INCURRIDO POR CARTA FIANZA ENERGO                       | 0.00              | 98,567.10           | 98,567.10           |
| ANEXO 2 EJECUCIÓN CARTAS FIANZAS TYPSCA   | 0.00              | 628,672.98          | 628,672.98          |
| ANEXO 3 EJECUCIÓN CARTAS FIANZAS A GARANTE  | 0.00              | 269,409.86          | 269,409.86          |
| ANEXO 4 GASTOS FINANCIEROS TYPSCA   | 34,288.98         | 8,454.80            | 42,743.78           |
| ANEXO 5 GASTOS FINANCIEROS ENERGO   | 36,356.78         | 9,047.77            | 45,404.55           |
| ANEXO 6 GASTOS FINANCIEROS PAGARE, RENOVACIÓN PARA CUBRIR SOBREGIRO Y PAGOS TRIBUTARIOS | 38,122.75         | 6,482.26            | 44,605.01           |
| ANEXO 7 GASTOS POR INTERESES Y MULTAS TRIBUTARIAS                                       | 12,869.39         | 2,573.02            | 15,442.41           |
| <b>TOTAL EN S/.</b>   | <b>121,637.90</b> | <b>1,023,207.79</b> | <b>1,144,845.69</b> |

408. Con relación al acápite de intereses por sobregiro incurrido por carta fianza Energo, se advierte que el perito consignó una tasa de interés anual por el sobregiro, no obstante ello, no se encuentra documento emitido por las entidades financieras (contrato o cartilla) donde se dé cuenta, ciertamente del porcentaje por lo que el Tribunal Arbitral, no se forma convicción sobre el monto de S/ 98,567.10 (Noventa y ocho mil quinientos sesenta y siete con 10/100 Soles).

409. En forma similar, en los anexos 2 y 3 relativo a la ejecución de las cartas fianzas, tampoco se encuentra elemento mediante el cual, se acredite las tasas de interés compensatorios aplicadas, cuyos montos resultantes son: (i) 124,339.17, (ii) 145,050.84, (iii) 321,861.88 y (iv) 37,421.98 respecto a TYPSCA y (i) 145,050.84 y (ii) 124,359.02. respecto a ENERGO por lo que el Colegiado no se forma convicción respecto a los montos pretendidos.

410. En cuanto al anexo 4 respecto a los gastos financieros de la empresa TYPSCA, se advierte igualmente, que no se encuentra documento que acredite las tasas de interés aplicados. Sin perjuicio de ello, se adjunta las notas de cargo donde en forma expresa se consigna las cartas fianzas que fueron materia de ejecución y el gasto financiero que se incurrió.

|                         |              |
|-------------------------|--------------|
| 0011-0377-9800141034-93 | S/ 7,911.00  |
| 011-00377-9800141042-96 | S/ 17,555.17 |
| 011-0377-9800125500-93  | S/ 2,041.04  |
| TOTAL                   | S/ 34,288.98 |

411. Frente a ello, el Colegiado forma convicción en el extremo en el que corresponde reconocer únicamente la suma de S/ 34,288.98 (Treinta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho con 98/100 Soles) por concepto de gastos financieros que incurrió la empresa TYPSA.
412. En cuanto al anexo 5 respecto a los gastos financieros de la empresa ENERGO, se advierte igualmente, que no se encuentra documento que acredite las tasas de interés aplicados tampoco se genera convicción a los gastos financieros que se incurrió; por lo que, respecto a dicha empresa, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde reconocer suma dineraria alguna.
413. En relación con el anexo 6, respecto a los gastos financieros de pagaré no se encuentra igualmente, la acreditación del monto de la tasa de interés anual y compensatorio. Asimismo, los documentos presentados no hacen referencia a la ejecución de las cartas fianzas sino más bien a la renovación de dichas cartas por lo que igualmente, el Tribunal Arbitral no se forma convicción sobre aquellas.
414. Por último, respecto al anexo 7 referido a las multas tributarias, el Colegiado no se forma convicción que, en efecto, dichas multas tributarias sean consecuencia de la ejecución de las cartas fianzas, por lo que no corresponde atender a dicho extremo.
415. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Arbitral reconoce únicamente la suma de S/ 34,288.98 (Treinta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho con 98/100 Soles) por concepto de gastos financieros que incurrió la empresa TYPSA e infundado en los demás extremos.

**SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN: EN EL SUPUESTO QUE SE DESESTIME EL PUNTO SIGNADO COMO NUMERAL 2, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR AL CONTRATISTA EL PAGO A FAVOR DE LA ENTIDAD POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS DE UNA SUMA ASCENDENTE A S/. 6'027,438.62 (SEIS MILLONES VEINTISIETE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y OCHO CON 62/100 SOLES) MÁS LOS INTERESES LEGALES HASTA SU CUMPLIMIENTO.**

416. En este punto, la ENTIDAD afirma que los daños y perjuicios han sido generados por el actuar con culpa y dolo del CONSORCIO YARASCAY por la presentación de documentación falsa y los incumplimientos.
417. Como se indicó anteriormente, la documentación falsa alegada por la ENTIDAD ciertamente se encuentra en discusión en fuero judicial por lo que el Tribunal Arbitral que no genera certeza para acreditar los daños y perjuicios.

418. En relación con los incumplimientos, la Demandada presentó una pericia de parte elaborada por el señor Edwin Martín Pino Vargas, Ph.D Recursos Hídricos, donde indicó que:

*"El incumplimiento de los requerimientos del estudio se sustenta en los siguientes aspectos:*

1. No se cuenta con la aprobación del estudio hidrológico y simulación del sistema regulado Yarascay (...) por parte de la Autoridad Nacional del Agua (...).
2. No se cuenta con la resolución de Minagri -DGAA aprobando el estudio de impacto ambiental (...).
3. No se obtuvo el certificado de inexistencia de restos arqueológicos otorgado por el Ministerio de Cultura (...).
4. No se cuenta con el saneamiento físico legal de los terrenos y las actas que acrediten la aceptación del PROYECTO.

419. El Colegiado no ha formado convicción, puesto que hace referencia a diversos incumplimientos. No obstante ello, no señala qué extremo de los términos de referencia se encuentra incumplido. Así, por ejemplo, el Contratista ha presentado el oficio N° 161-2014-DDC/TAC/MC de fecha 19 de marzo de 2014 donde expresamente señala: “(...) remitimos el certificado de inexistencia de restos arqueológicos N° 2014-14-DCC-TAC/MC”, donde el Demandante presenta un CIRA, no obstante, a consideración del perito no ha cumplido y Contratista sin que haga expresa qué término de referencia no se ha cumplido.

420. Asimismo, respecto al saneamiento físico legal, el Contratista refiere que corresponden al apéndice XIII del cuarto informe, no obstante, el perito de la ENTIDAD tampoco ha señalado en forma puntual cuál es el incumplimiento, si el CONSORCIO YARASCAY se ha remitido a un extremo de su informe.

421. El Tribunal Arbitral considera que el perito de parte se ha limitado a referir incumplimientos mas no ha precisado cuál es el término de referencia que se ha incumplido o de los documentos presentados – que acrediten la existencia del trabajo – no se ha cumplido.

422. Dichas circunstancias, hacen que el Tribunal Arbitral no se forma convicción sobre las opiniones vertidas por el perito.

423. Asimismo, en el presente laudo, se ha constatado que los productos N° 01, 02, 03 y 04 la ENTIDAD efectuó el pago de modo tal, que las imputaciones respecto a los incumplimientos devienen en improcedentes; asimismo, se encuentra la opinión definitiva de la OPI respecto al producto N° 05 precisándose que en las Bases Integradas no se encuentra referencia alguna, que el CONSORCIO YARASCAY debía obtener la declaratoria de viabilidad a efectos que se produzca el pago del último producto, por lo que igualmente, el Colegiado concluye que no corresponde otorgar indemnización alguna.

**TERCERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: EN EL SUPUESTO QUE SE DESESTIME EL PUNTO SIGNADO COMO NUMERAL 2, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE AL CONTRATISTA PAGAR A LA ENTIDAD EL MONTO MÁXIMO DE LA PENALIDAD ASCENDENTE AL 10% DEL MONTO TOTAL DEL CONTRATO.-**

424. En este punto, la ENTIDAD afirma que en el supuesto que el Tribunal Arbitral desestime la segunda pretensión, se ordene pagar al CONSORCIO YARASCAY el monto máximo de la penalidad ascendente al 10% del monto total del Contrato.
425. Agrega que: “*como se ha evidenciado en los antecedentes presentados y de conformidad con los medios probatorios que se ofrecen, corresponde proceder a la aplicación de la máxima penalidad por retraso injustificado en el cumplimiento de obligaciones contractuales*”.
426. Lo expuesto se acredita con la carta notarial de fecha 03 de febrero de 2015 por la cual, se notificó al Demandante la aplicación de una penalidad ascendente a S/ 773,188.99 (Setecientos setenta y tres ciento ochenta y ocho con 99/100 Soles).
427. Cabe anotar que las partes tienen el derecho a probar el cual, constituye un derecho básico de los justiciables que los faculta a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia<sup>65</sup>.
428. Este derecho implica también una responsabilidad de las partes a efectos de generar certeza y convicción en el Tribunal Arbitral respecto a sus pretensiones. En ese sentido, la labor del Árbitro implica el análisis de los argumentos de las partes valoradas con cada uno de los medios probatorios presentados, sin embargo, si los argumentos de aquellas no encuentran asidero o sustento en los medios probatorios, el Colegiado no puede ampararlas caso contrario, implicaría un alejamiento al estado de Derecho, así como la afectación a los derechos de su contraparte.
429. Al respecto, de la revisión de la documentación aportada no se encuentra la referida Carta Notarial de fecha 03 de febrero de 2015 mediante la cual, la ENTIDAD dispuso la aplicación de la penalidad, asimismo, tampoco ha sustentado ni explicado bajo qué circunstancias se genera la aplicación de la penalidad, por lo que, ante la falta de acreditación, el Tribunal no le genera certeza la posición de la ENTIDAD.
430. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde ordenar al Contratista pagar a la ENTIDAD el monto máximo de la penalidad ascendente al 10%

<sup>65</sup> LANDA, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En Thémis. Lima, diciembre 2007, n.53, pp. 40-42.

del monto total del Contrato debido a la falta argumentación y probanza a cargo de la ENTIDAD.

**SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD EL REEMBOLSO DE TODOS LOS GASTOS Y COSTOS INCURRIDOS EN EL PRESENTE ARBITRAJE, INCLUIDOS LOS HONORARIOS PROFESIONALES CONTRATADOS PARA LA DEFENSA EN ESTE PROCESO, ASÍ COMO GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y DEMÁS GASTOS EFECTUADOS PARA SU ATENCIÓN.-**

431. El Tribunal Arbitral, sobre la base de lo actuado en este arbitraje, considera que ambas partes han procedido basadas en la existencia de razones para litigar y que a su criterio resultaban atendibles. Por ello, concluye que han litigado de buena fe convencidas de sus posiciones ante la controversia. Al no existir acuerdo entre ellas sobre la asunción de las costas y costos del arbitraje, Tribunal Arbitral dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que cada una ha incurrido en el presente proceso arbitral.

**XVII. LAUDA:**

**PRIMERO: INFUNDADA** la excepción de incompetencia contra la primera pretensión principal de la demanda formulada por el PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA.

**SEGUNDA: FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda en el extremo de dejar sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 050-2015-GRT-PET y declarar que no corresponde emitir pronunciamiento con respecto a los demás extremos conforme a las consideraciones del presente laudo arbitral.

**TERCERO: NO CORRESPONDE EMITIR** pronunciamiento respecto a la primera pretensión principal de la reconvención en el extremo de la inaplicabilidad de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 e **INFUNDADA** respecto al pedido que se declare válida y eficaz la Resolución de Gerencia General N° 050-2015-GRT-PET.

**CUARTO: INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la reconvención y, en consecuencia, no corresponde que el CONSORCIO YARASCAY INGENIERÍA revierta a favor del PROYECTO ESPECIAL “AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS”, el monto ascendente a S/. 6'027,438.62 (Seis millones veintisiete mil cuatrocientos treinta y ocho con 62/100 Soles), relativo a sus contraprestaciones, más los intereses legales.

**QUINTO: INFUNDADA** la excepción de incompetencia formulada por el CONSORCIO YARASCAY INGENIERÍA respecto a la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvención.

**SEXTO: INFUNDADA** la excepción de oscuridad o ambigüedad formulada por el CONSORCIO YARASCAY INGENIERÍA respecto a la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvención.

**SÉTIMO: INFUNDADA** la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvenCIÓN presentada por el PROYECTO ESPECIAL “AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS” conforme a las consideraciones previamente expuestas en el presente laudo.

**OCTAVO: FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, corresponde declarar válida la Resolución del Contrato efectuada por el CONSORCIO YARASCAY INGENIERIA mediante Carta Notarial N° 101-XIII de fecha 17 de abril de 2015 por incumplimiento del PROYECTO ESPECIAL “AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS”, conforme a las consideraciones expuestas en el presente laudo.

**NOVENO: FUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, corresponde ordenar al PROYECTO ESPECIAL “AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS” el pago a favor del CONSORCIO YARASCAY INGENIERÍA de la suma de S/ 1'462,834.99 (Un millón cuatrocientos sesenta y dos mil ochocientos treinta y cuatro con 99/100 Soles), correspondiente al 30% del monto contractual más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

**DÉCIMO: NO CORRESPONDE EMITIR** respecto a la excepción de incompetencia por la materia formulada por el PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA, correspondiente a la pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal de la demanda.

**DÉCIMO PRIMERA. NO CORRESPONDE EMITIR** pronunciamiento respecto a la pretensión subordinada a la cuarta pretensión de la demanda presentada por el CONSORCIO YARASCAY INGENIERIA.

**DÉCIMO SEGUNDA: FUNDADA** la quinta pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, declarar inválida la ejecución de las siguientes cartas fianzas:

| Banco      | Nº de Carta Fianza      | Concepto                       | Vigencia   | Monto S./- |
|------------|-------------------------|--------------------------------|------------|------------|
| BBVA       | 011-0377-9800141028-99  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,738.11 |
| BBVA       | 0011-0377-9800141034-96 | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| BBVA       | 011-00377-9800141042-96 | Adelanto directo               | 28.02.2015 | 783,661.80 |
| BBVA       | 011-0377-9800125500-93  | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 91,112.00  |
| SCOTIABANK | 00128286-009            | Monto diferencial de propuesta | 28.02.2015 | 353,166.41 |
| SCOTIABANK | 00128285-009            | Fiel cumplimiento              | 28.02.2015 | 302,786.44 |
| SCOTIABANK | 00125895-009            | Adelanto Directo               | 28.02.2015 | 783,661.60 |

En función de lo señalado, se **ORDENA** al PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA, el reembolso a favor del CONSORCIO YARASCAY, de la suma de S/ 2'970,292.77 (Dos millones novecientos setenta mil doscientos noventa y dos con 77/100 Soles) correspondiente a la ejecución de las citadas cartas fianzas.

**DÉCIMO TERCERA: INFUNDADA** la excepción de incompetencia por inexistencia de convenio arbitral formulada por el PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA respecto a la segunda y sexta pretensión principal de la demanda.

**DÉCIMO CUARTA: INFUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda presentada por el CONSORCIO YARASCAY, conforme a las consideraciones previamente expuestas en el presente laudo.

**DÉCIMO QUINTA: FUNDADA** en parte la sexta pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, ordenar al PROYECTO ESPECIAL AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS DE TACNA, el pago de la S/ 34,288.98 (Treinta y cuatro mil doscientos ochenta y ocho con 98/100 Soles) por concepto de gastos financieros que incurrió la empresa TYPSA e infundado en los demás extremos.

**DÉCIMO SEXTA: INFUNDADA** la segunda pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvenCIÓN presentada por el PROYECTO ESPECIAL “AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS” conforme a las consideraciones expuestas en el presente laudo.

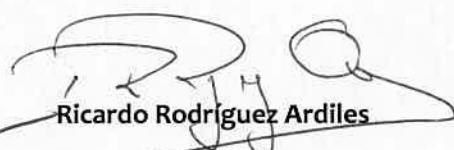
**DÉCIMO SÉTIMA: INFUNDADA** la tercera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal de la reconvenCIÓN presentada por el PROYECTO ESPECIAL “AFIANZAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS”, conforme a las consideraciones expuestas en el presente laudo.

**DÉCIMO OCTAVA: FUNDADA EN PARTE**, la séptima pretensión principal de la demanda presentada por el CONSORCIO YARASCAY, y en consecuencia, **DECLARAR** que cada parte deberá asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido.

**DÉCIMO NOVENA: FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente liquidados por el Centro de Arbitraje.



Fernando Cantuarias Salaverry



Ricardo Rodríguez Ardiles



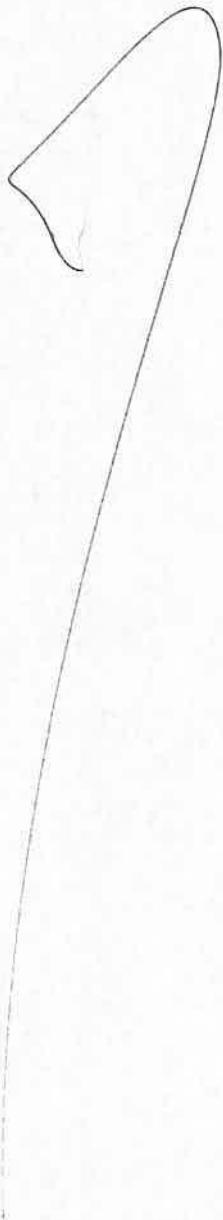
Richard Martin Tirado



CENTRO DE  
ARBITRAJE  
CAMARA DE COMERCIO DE TACNA



CAMARA  
DE COMERCIO  
INDUSTRIA Y  
PRODUCCION  
DE TACNA



C

Tacna, 15 de mayo de 2018.-

**VISTO:** Al estado del proceso; y

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES.**

1. Que, el 17 de marzo de 2018, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral el mismo, que fue notificado al Consorcio Ingeniería Yarascay en adelante el Demandante o el Consorcio el 19 de marzo y el Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna en adelante la Demandada o la Entidad o el Proyecto Especial el 19 de marzo del año en curso.
2. Que, mediante escrito presentado el 02 de abril de 2018, la Demandada solicitó la exclusión del laudo arbitral.
3. Que, asimismo, el 04 de abril de 2018, la Entidad solicitó interpretación del laudo arbitral.
4. Que, en adición, mediante el escrito presentado el 10 de abril de 2018, la Demandada amplía su solicitud de exclusión de laudo arbitral.
5. Que, mediante Resolución N° 43 de fecha 10 de abril de 2018, se corrió traslado de dichas solicitudes al Demandante para que en el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificado con la citada resolución, absuelva el traslado. Asimismo, se indicó que vencido dicho plazo, se resolverá las solicitudes en un plazo idéntico.
6. Que, con el escrito presentado el 23 de abril de 2018, el Consorcio Ingeniería Yarascay absolvió el traslado, manifestando lo conveniente a su derecho dentro del plazo otorgado.
7. Cabe destacar que en la Resolución N° 43, el Tribunal Arbitral amplió el plazo para resolver estos actuados al máximo autorizado en el Reglamento de Arbitraje aplicable, por lo que el plazo para resolver vencerá el próximo 22 de mayo de 2018.

**II. MARCO CONCEPTUAL.**

8. Que, antes de iniciar el análisis de la solicitud de exclusión e interpretación del Laudo Arbitral planteado por la Entidad, el Tribunal Arbitral considera pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que será aplicable durante el desarrollo del análisis de las solicitudes planteadas.
9. Con relación a las solicitudes contra el laudo arbitral, en el artículo 58º del D.L N° 1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE) se dispone lo siguiente:

*"Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión de laudo.*

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
    - a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascipción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
    - b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
    - c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
    - d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
    - e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
    - f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.
2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.
3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo" (el énfasis es nuestro)."

#### DE LA EXCLUSIÓN

10. La solicitud de exclusión dispuesta en el literal d) numeral 1) del artículo 58º de la LEY DE ARBITRAJE procede por algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

11. Sobre el particular, Aramburú<sup>1</sup> señala lo siguiente: “(...) para corregir algún exceso que pudiera haber cometido el tribunal arbitral, y de este modo permite que sea el propio tribunal arbitral quien elimine, retire o excluya del laudo aquello resuelto que no fue solicitado por las partes, de modo tal que se corrija así un laudo que podría ser anulado total o parcialmente por ser extra petito o ultra petito”
12. Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González<sup>2</sup> señalan que: “Mediante la exclusión se pretende que el tribunal arbitral excluya o retire del laudo algún extremo que ha sido resuelto por el tribunal pero que no fue sometido por las partes a su conocimiento”.

## DE LA INTERPRETACIÓN

13. De conformidad a lo dispuesto en el literal b) numeral 1) del artículo 58º del Decreto Legislativo N° 1071, corresponde interpretar cuando exista “algún extremo oscuro, impreciso o dudososo expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución”.
14. La interpretación tiene como finalidad solicitar al árbitro que aclare: (i) aquellos extremos de la parte resolutiva de sus resoluciones que resulten oscuros o que aparezcan dudosos; o (ii) aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutiva (aquel que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes del arbitraje).
15. Que, en esa línea, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que esclarezca aquellos extremos de la parte resolutiva de sus resoluciones que resulten oscuros o dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento lógico del tribunal que también por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en el entendimiento de aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.
16. En ese sentido, Manuel Diego Aramburú Yzaga<sup>3</sup> señala que “contra el laudo arbitral también cabe interponer la solicitud de interpretación, la cual deberá ser resuelta por el propio tribunal arbitral. En la LGA, se le denominaba aclaración de laudo. Es importante precisar que si bien el nombre de la solicitud se ha modificado el objeto de la misma se ha mantenido”.
17. Que, en tal sentido, corresponde citar a Hinojosa Segovia que señala que: “Debe descartarse que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia)”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, “Comentario al artículo 58º de la Ley de Arbitraje”, En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, Instituto peruano de Arbitraje, Tomo I, p. 661.

<sup>2</sup> IBÍDEM, pag.668.

<sup>3</sup> SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, BULLARD GONZÁLES Alfredo. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje” TOMO I Instituto Peruano de Arbitraje, Lima 2011, Pág. 662

<sup>4</sup> HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*. Citado en: Castillo Freyre y Sabroso Minaya. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Volumen 7. Lima. Palestra. 2009. P235 -236.

18. Que, por su parte, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

*"El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsideré su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte, el Tribunal tendría fundamentos de sobra en encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la «interpretación» requerida"*<sup>5</sup> (Subrayado es nuestro)

19. Entonces, procede interpretar o aclarar, de acuerdo con la Ley antes acotada, únicamente la parte resolutiva del laudo (parte decisoria) y, como excepción, la parte considerativa en cuanto influya en ella.
20. Que, en este sentido, la solicitud de interpretación no podrá buscar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del tribunal, ni tener por ende, una naturaleza impugnatoria propia de los recursos o apelaciones; de lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.
21. Que, asimismo señala "Es pues, mediante la interpretación de laudo que el Tribunal Arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección de Laudo la interpretación no debe utilizarse para discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto"<sup>6</sup>.
22. En esa línea, se agrega que "Lo que se pretende con la solicitud de aclaración es que el laudo pueda ser ejecutado correctamente, en el verdadero sentido que los árbitros quisieron"<sup>7</sup>
23. Con todo lo aportado por el Dr. Manuel Diego Aramburú y plasmado en los considerandos anteriores, éste da la siguiente interrogativa "¿Qué puede interpretarse de Laudo?". Al respecto señala que "La derogada LGA no señalaba que sección del laudo podría o de ser el caso debía ser aclarada, hoy interpretada; sin embargo, la LA sí lo señalaba. La LA, indica que en principio únicamente cabe interpretar la parte resolutiva de laudo arbitral; sin embargo, excepcionalmente podrá interpretarse algunas secciones de la parte considerativa si es que influyen directamente con la parte resolutiva, y por tanto pueda afectar los alcances de la ejecución"<sup>8</sup>.
24. Que, en conclusión, el Tribunal Arbitral sólo puede interpretar la parte decisoria de las resoluciones o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto ésta tenga

<sup>5</sup> Traducción libre del siguiente texto: "The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested «interpretation»". W. LAURENCE CRAIG, WILLIAM W. PARK & JAN PAULSSON. "International Chamber of Commerce Arbitration". Oceana Publications Inc., 3ra. Ed., 2000, p. 408.

<sup>6</sup> Ibidem

<sup>7</sup> SOTO COAGUILA. Op. Cit. Pág. 665

<sup>8</sup> SOTO COAGUILA. Op. Cit. Pág. 665

que ser entendida para la ejecución adecuada de lo laudado. Atendiendo a ello, cualquier solicitud de “interpretación” de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo, encubriendo en realidad una pretensión impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, resulta evidentemente improcedente, y como tal debe de ser desestimada.

25. Dicho en otras palabras, al resolver el pedido de la Entidad, el Tribunal Arbitral se encuentra impedido de alterar el contenido o fundamentos del Laudo Arbitral, por lo que cualquier cuestionamiento al fondo de lo decidido o que tenga naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria, deberá ser declarada infundada.

### **III. DE LOS RECURSOS FORMULADOS POR LA ENTIDAD**

26. Que, de la revisión a lo expuesto por la Demandada, dicha parte plantea su solicitud de exclusión e interpretación de laudo por los siguientes fundamentos:

*a) Respecto a la solicitud de exclusión de laudo:*

27. Al respecto, la Entidad mediante el recurso planteado señala: “Conforme a lo expuesto en los argumentos fácticos y oralizados en el presente proceso arbitral, la Demandante ha focalizado sus pretensiones en concesiones que trasvasan la competencia y atención del Tribunal que Ud. preside. En este orden de ideas, dicho Colegiado ha excedido en pronunciarse en hechos que no han sido materia de arbitraje, tal cual será demostrado en la vía jurisdiccional competente y oportunamente planteada, máxime que no es posible o susceptible de competencia arbitral”.
28. Agrega que: “Si bien la doctrina y la propia normativa no exige fundamentación respecto al pedido de exclusión del laudo sancionado a través de la resolución N° 41 de fecha 17 de marzo del presente año, consideramos que lo resuelto en la antes aludida, causará un serio perjuicio económico y legal de la Entidad, dado que la demandante, en forma maliciosa y sorprendiendo al Colegiado que Ud. preside ha dilucidado situación que ya son materia de pronunciamiento a través de la vía jurisdiccional competente, es decir, el logro infundado de reconocimiento de derechos presuntamente conculcados en su contra a sabiendas que los mismos no tienen razón de ser”.
29. Añade que: “Es por dicha razón, que amparados en nuestra reserva que el caso necesita, haremos valer nuestro derecho en la vía jurisdiccional competente, en salvaguarda de los intereses de la Entidad y de la propia Región de Tacna, quien se ve sorprendida por la abusiva actuación de la demandante, sobre la base de argumentos carentes de toda verosimilitud o certeza. En este sentido; y dando cumplimiento a lo previsto en la norma para el caso de solicitar la exclusión del laudo emitido, solicitamos a Ud. Señor Presidente, que, cumplida la formalidad que exige la misma, se sirva pronunciarse en el término de Ley”.
30. Asimismo, mediante el escrito presentado el 10 de abril de 2018, la Entidad amplía su pedido de exclusión, indicando que: “Recurrimos (...) a efectos de ampliar los extremos de la solicitud de exclusión planteada (...), en los siguientes extremos:
  1. Concluyendo que el Laudo emitido en el presente proceso arbitral, rebasa los extremos de lo solicitado por la actora, que no era de conocimiento del Tribunal que Ud. preside, por lo tanto, consideramos que es de carácter extra petita, es

- nuestro derecho consagrado en la propia norma (Ley del Proceso arbitral), solicitar nuestra exclusión.
2. Uno de los principios rectores del Arbitraje, es precisamente el **Principio de buena fe**, que se traduce en la colaboración en el proceso de arbitraje, por cada una de las partes, por ende, su sometimiento a dicho Colegiado. Sin embargo, este aspecto fundamental (buena fe) no ha sido observado por nuestra contraparte (Consorcio Ingeniería Yarascay).
  3. En tanto que el principio de congruencia, que muy de la mano al **Principio Dispositivo**, obliga a que el Tribunal obre de manera correspondiente, pero sin sobrepasar o restringir lo peticionado. En este orden de ideas, la demandante, desde el inicio del presente proceso arbitral no ha obrado precisamente respetando los principios enunciados, considerando (de nuestra parte) que ha inducido en error al mismo (el Tribunal) emitiendo un fallo que carece de formalidad legal establecida en los puntos: "a" y "d" del inciso 1, del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071.
  4. Pese a haber sido citados como argumentos que respaldaban cada una de las pretensiones principales y accesorias de la demanda arbitral, la propia actora cita extremos que de por sí, hacían previsible el apartamiento del presente proceso arbitral por parte del Colegiado que Ud. preside, por cuando siendo un laudo de naturaleza nacional y de derecho, se sometían a la normatividad vigente, por ende, el respeto a los principios establecidos en el artículo 139 de nuestra Carta Magna, cuando expresa literalmente que son principios de la función jurisdiccional: la unida y exclusividad de la función jurisdiccional, exceptuando únicamente a la militar y la arbitral.
  5. Ergo, el sentido de este argumento no se basa en justificar el accionar del Tribunal y el proceso puesto a conocimiento del Colegiado que Ud. preside, sino en el hecho de que las pretensiones de la actora, rebasaban la competencia y ámbito de un proceso arbitral, y que en su momento fue puesto de manifiesto por esta misma parte, considerando, además que había suficientes elementos para limitar las pretensiones de la demandante.
  6. El hecho de solicitar la exclusión del laudo emitido en el presente proceso arbitral, tiene por objeto precisamente, destacar que el carácter extra petita de lo sancionado en la Resolución N° 41, va más allá de lo propuesto por ambas partes, por cuanto en una desigualdad de atención de posiciones de una de las partes motiva la violación del **Principio de non liquet**, que establece como límite el ámbito objetivo del convenio arbitral.
  7. Entendiendo este aspecto, dentro de las garantías genéricas del cual está investido todo proceso regulado por la legislación nacional; y aplicado por el derecho internacional (y no es una excepción su aplicación en el proceso arbitral) está la garantía del debido proceso y **derecho a tutela**, en este aspecto, cabe mencionar si el Tribunal luego de conocer aspectos que rebasaban su competencia sometió a consideración de sus miembros la continuidad de su competencia arbitral. Consideramos que este aspecto jamás fue observado por el Colegiado; y en su oportunidad y etapa (**principio de preclusión**) hubo suficientes elementos de convicción para detener el presente proceso arbitral.
  8. El tribunal conocía que la actora iniciaba un proceso arbitral cuando existía proceso sancionador en el OSCE (...), que el hecho de la anulación del Contrato (Resolución de Gerencia N° 050-2015-GRT-PETGG de fecha 19 de marzo de 2015), no obedecía a una decisión unilateral de abuso de poder o de derecho, mucho menos a causal no especificada dentro del Contrato suscrito con la Entidad (PET) se trataba de situación jurídicas gravísimas que requerían de una urgente atención

- por parte del órgano fiscalizador del Estado, como del órgano jurisdiccional competente (vía judicial)
9. Es por estos extremos, que en vía de ampliación de fundamentación de nuestra petición de exclusión del laudo emitido en el presente proceso arbitral, que solicitamos a Ud. se sirva tramitar conforme a la LPA, la presente exclusión, a fin de que luego de atendida la misma se proceda conforme a Ley.

b) **Respecto a la solicitud de interpretación de laudo:**

31. La Entidad solicita la interpretación respecto a la segunda disposición de la sección XVII. del Laudo que indica:

“Fundada en parte la primera pretensión principal de la demanda en el extremo de dejar sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 050-2015-GRT.PET y declarar que no corresponde emitir pronunciamiento con respecto a los demás extremos conforme a las consideraciones del presente laudo arbitral

Sobre el particular, de la lectura de la demanda se aprecia que la primera pretensión del Demandante fue:

**Primera Pretensión Principal:** El Tribunal Arbitral declare sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG, de fecha 19 de marzo de 2015, mediante la cual, la ENTIDAD declaró la nulidad de oficio del Contrato, por:

- a. Invalidz por prescripción extintiva de la facultad anulatoria de la ENTIDAD para declarar la nulidad de oficio del Contrato, en aplicación del numeral 202.3 de la Ley N° 27444.
- b. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, por defecto en el requisito de validez de competencia.
- c. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez del procedimiento.
- d. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez de motivación.

Como puede apreciar, la pretensión de la demandante es que “El Tribunal Arbitral declare sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GRT-PET-GG de fecha 19 de marzo de 2015, mediante la cual, la Entidad declaró la nulidad de oficio del Contrato (... )”, siendo esta la única pretensión, motivo por el cual, resulta DUDOSO (ambiguo) el hecho de que el Tribunal que Ud. preside declare FUNDADA EN PARTE dicha pretensión debiendo ser aclarado este extremo del Laudo.

Asimismo, el extremo del laudo cuya INTERPRETACIÓN solicitamos se remite como su fundamento a “las consideraciones del presente laudo arbitral”, las cuales fueron desarrolladas en forma vaga e imprecisa, SIN SEÑALAR CLARAMENTE POR CUÁL DE LAS RAZONES INVOCADAS POR LA DEMANDANTE es que se declaró fundada la aludida pretensión, lo cual, constituye un vicio que afecta la motivación del laudo, sin perjuicio de lo cual, debe ser aclarado.

5. Finalmente y, no obstante tratarse de una exposición genérica, apreciamos que el Tribunal ha señalado que con la emisión de la resolución gerencial N° 050-2015-GRT-PET-

GG en virtud de la cual, mi representada declaró la nulidad de oficio del contrato se vulneró el derecho de defensa del Consorcio (...) al no haberse corrido traslado para efectuar sus descargos a nuestra averiguación de que presentaron documentación falsa.

6. Este fundamento de la decisión contenida en el extremo del Laudo cuya INTERRETACIÓN solicitamos es IMPRECISO, por cuanto NO EXPLICA las razones por las cuales, mi representada se encontraba obligada a recabar los descargos del consorcio Ingeniería Yarascay, a la luz de la normativa de contratación estatal o de la Ley del Procedimiento Administrativo General, como condición previa a la decisión de declarar la nulidad de oficio, motivo por el cual, sin perjuicio de rechazar dicho razonamiento, SOLICITAMOS ACLARE:

- a) ¿qué artículos en la Ley de Contrataciones del Estado o su Reglamento, como norma específica, prevén una notificación previa o la presentación de descargos como condición para la declaración de nulidad de oficio por la causal invocada en la Resolución Gerencial N° 050-2015-GRT-PET-GG?
  - b) En defecto de regulación en la norma de contratación estatal, para el procedimiento aludido en el párrafo precedente, ¿Cuáles son los artículos en la Ley de Procedimiento Administrativo General como norma supletoria, que prevén una notificación previa o la presentación de descargos como condición para la declaración de nulidad de oficio por la causal invocada en la Resolución Gerencial N° 050-2015-GRT-PET-GG? Más aún, considerando lo previsto en el artículo 113 de la aludida norma legal, que excluye a los procedimientos de fiscalización posterior de la obligación de notificar al administrado.
7. Finalmente, y sin perjuicio de las aclaraciones solicitadas, manifestamos nuestro rechazo a la decisión contenida en el laudo, las que responde a una motivación insuficiente, poco rigurosa y antojadiza, motivo por el cual, nos reservamos el derecho de cuestionarlo a través de una demanda de anulación de laudo”.
32. Por último, en el Otrosí digo, señala que: “En adición al pedido de interpretación efectuado, queremos expresar nuestra discrepancia con la decisión adoptada por el Tribunal (...) de no admitir como medio probatorio del proceso, la documentación que aportamos para demostrar que las investigaciones conducidas por el Ministerio Público han corroborado que efectivamente, la documentación presentada por el Consorcio (...) es falsa, pieza que de haber sido valorado hubiese causado convicción en el Tribunal (...) respecto a esta información de nuestra demanda. En tal sentido, nos reservamos el derecho de cuestionar dicha decisión a través del correspondiente proceso de anulación del laudo, por violación al debido proceso”.

#### **IV. DE LA ABSOLUCIÓN FORMULADA POR EL DEMANDANTE.-**

33. Mediante escrito de fecha 24 de abril de 2018, el Demandante cumple con presentar su absolución señalando los siguientes argumentos:
34. Expone el marco legislativo y doctrinario respecto a los recursos interpuestos por la Entidad haciendo hincapié en la imposibilidad de alterar el sentido del laudo arbitral, mediante dichos medios.
35. En esa línea, refiere que el plazo máximo de la Entidad para interponer los citados recursos vencía el 04 de abril de 2018 por lo que solicita se declare que el escrito presentado el 10 de abril de 2018 es extemporáneo.

36. Sobre la solicitud de exclusión de laudo formulado por la Entidad, el Consorcio advierte que no señala el extremo del laudo que debe ser excluido y tampoco refiere el extremo legal para su procedencia, por lo que afirma que el Laudo Arbitral no es materia de exclusión en ninguno de sus extremos.
37. Asimismo, refiere que en el Acta de Conciliación, Saneamiento, Determinación de Puntos Controvertidos y admisión de Medios Probatorios de fecha 7 de setiembre de 2016 se fijaron los puntos controvertidos así como se llevó a cabo la audiencia de Sustentación de Excepciones donde las partes hicieron uso de su derecho de defensa, la misma que quedó suscrita por aquellas.
38. Por lo que considera que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre todos los puntos controvertidos y las excepciones, por lo que considera que no existe un laudo extra petita.
39. En relación al pedido de interpretación solicitado por la Entidad, el Consorcio señala que el primer punto controvertido señaló lo siguiente:

### **3.1 PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA**

1. Determinar si corresponde o no dejar sin efecto la Resolución Gerencial N° 050-2015-GTR-PET-GG de fecha 19 de Marzo de 2015, mediante la cual la Entidad declaró la nulidad de oficio del contrato, por:
  - a. Invalidez por prescripción extintiva de la facultad anulatoria de la Entidad para declarar la nulidad de oficio del Contrato, en aplicación del numeral 202.3 de la Ley N° 27444.
  - b. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, por defecto en el requisito de validez de competencia.
  - c. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez del procedimiento.
  - d. Nulidad por estar incursa en vicio de nulidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 10º de la Ley N° 27444, al omitir el requisito de validez de motivación

40. Refiere que el Colegiado, acogió una causal de las cuatro señaladas en dicho punto controvertido razón por la cual, el Tribunal Arbitral declaró fundada en parte la primera pretensión de la demanda.
41. En relación a la supuesta falta de motivación alegada por la Entidad, afirma que a partir del numeral 225 de la página 43 hasta el numeral 259 de la página 50 del Laudo, el Tribunal Arbitral desarrolló minuciosamente los fundamentos fácticos y legales para llegar a la conclusión para declarar fundada en parte la primera pretensión principal de la demanda.
42. En adición, el Consorcio advierte que la Entidad pretende cuestionar el laudo mediante la formulación de las dos preguntas, lo que se encuentra proscrito conforme a la normativa.

43. Reafirma que el laudo aplicó la normativa aplicable al caso específico por lo que concluye que el pedido de interpretación de la Entidad busca revisar el sustento legal desarrollado en el laudo y se varía la decisión, lo cual, no es procedente por lo que dicho recurso debe ser igualmente, declarado improcedente.

## V. ANÁLISIS.-

44. Procederemos a analizar los pedidos de interpretación y exclusión formulados por la Entidad, por lo que para efectos didácticos se encuentran listados bajo los siguientes literales:
- a) Con relación al pedido de exclusión de laudo formulado por la Entidad.
  - b) Con relación a la ampliación de pedido de exclusión de laudo formulado por la Entidad.
  - c) Con relación al pedido de interpretación formulado por la Entidad.
  - d) Conclusión respecto a los recursos interpuestos por Entidad
45. Procedemos a analizar cada uno de los literales.
- a) **Con relación al pedido de exclusión de laudo formulado por la Entidad.**
46. El Proyecto Especial refiere en su escrito presentado el 02 de abril de 2018, que el Colegiado se ha excedido en hechos que no han sido materia de arbitraje y que lo decidido genera un perjuicio económico a su representada toda vez, que el Tribunal Arbitral ha dilucidado sobre situaciones que ya son materia de pronunciamiento a través de la vía jurisdiccional pertinente, es decir, el “logro infundado de derechos presuntamente conculcados en su contra a sabiendas que los mismos no tienen razón de ser”.
47. Sobre el particular, el Proyecto Especial no señala en forma expresa cuál es aquel extremo del laudo que merece, la exclusión; limitándose a señalar en forma genérica que el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre hechos que son materia de pronunciamiento judicial.
48. Al contrario de la opinión de la Entidad, la decisión del Tribunal Arbitral es el resultado de la evaluación conforme al alcance de la cláusula arbitral, aspecto que reiteramos- ha sido analizado por el Colegiado, quien concluyó que goza de la competencia correspondiente para el análisis de las materias que fueron sometidas; asimismo, el Colegiado analizó las actuaciones de las partes y las pruebas aportadas, que determinaron la decisión materializada en el Laudo Arbitral.
49. En esa línea, es necesario señalar que el Tribunal Arbitral ha fundado su pronunciamiento mediante motivación explícita, arribando a conclusiones sobre la base del análisis del contrato materia de litis, principios jurídicos y normas legales pertinentes, así como del estudio de los medios probatorios aportados por las partes, y sustento técnico jurídico.
50. Así, el hecho que la Entidad no comparta el resultado del análisis, no significa que se haya contravenido las disposiciones contractuales o que el Colegiado haya incurrido en un exceso de su pronunciamiento. En efecto como puede apreciarse del tenor del contenido del laudo, desde el numeral 173 al 224 el Tribunal Arbitral ha analizado todas y

cada una de las excepciones que se formularon y en función a ese razonamiento detallado y explícito con sujeción a la normativa aplicable citada en el numeral 172 del mismo laudo es que ha asumido decisión, extremos en los cuales se ratifica al no haber señalado la Entidad de modo específico que extremo del laudo debe ser excluido, circunstancia que es un requerimiento necesario de acuerdo a lo previsto en el inciso d del artículo 58 de la Ley de Arbitraje a efectos de que el Colegiado pueda comprender que extremo del laudo la parte considera debe ser excluido. Igual comportamiento se aprecia respecto a los puntos controvertidos fijados en la audiencia respectiva con aprobación de ambas partes, y que el Tribunal Arbitral ha analizado asimismo con sujeción a la legislación aplicable y a las pruebas aportadas sin apartarse ni exceder las materias que han sido puestas en su consideración para decisión y sobre las citadas decisiones y consideraciones la Entidad no precisa que aspectos estima deben ser excluidos del laudo.

51. En base a los considerandos previamente expuestos, el Tribunal Arbitral estima pertinente declarar improcedente el pedido de exclusión formulado por la Entidad mediante el escrito recibido el 02 de abril de 2018 debido a que no señala en forma expresa ni precisa que extremos del Laudo Arbitral deben ser excluidos y porque, además, este Colegiado se ha pronunciado en el Laudo exclusivamente sobre cada una de las pretensiones que las partes le sometieron a su conocimiento.
  - b) **Con relación a la ampliación de pedido de exclusión de laudo formulado por la Entidad.**
52. Como se indicó, el Laudo Arbitral fue notificada a la Entidad el 19 de marzo de 2018, por lo que el plazo máximo para formular los recursos contra laudo venció el 04 de abril de 2018. En esa línea, el escrito presentado el 10 de abril de 2018, resulta extemporáneo.
53. Sin perjuicio de ello, el Colegiado considera pertinente referirse sobre aquel. Al respecto, la Entidad afirma que el laudo es extra petita por lo que solicita la exclusión. No obstante, no precisa ni señala qué extremo del laudo resulta extra petita; pese a ello, se reitera que el Tribunal Arbitral ha arribado a la decisión contenida en el laudo, en base a los argumentos expuestas por las partes, contrastados con la normativa de compra pública así como los medios probatorios aportados por aquellas; asimismo, su actuación ha sido y es congruente con la competencia conferida por las partes en la Cláusula Vigésima Primera del Contrato referida a la solución de controversias.
54. La Entidad añade que el Demandante no ha respetado los principios de buena fe, congruencia y principio dispositivo y ello, ha inducido a error al Tribunal Arbitral en el laudo, que carece de la formalidad prevista en el literal a)<sup>9</sup>y d)<sup>10</sup> del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo.
55. En primer término, es pertinente indicar que el artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1017 en adelante, LCE establece que “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes”.

<sup>9</sup> a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineeficaz.

<sup>10</sup> d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

56. En sintonía con el artículo previamente glosado, la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato establece el mecanismo de solución de controversias.
  57. En esa línea, la actuación del Tribunal Arbitral se ha encontrado dentro de los alcances de la normativa y la cláusula previamente señalada. Al contrario, la Entidad no ha demostrado que los supuestos referidos en la cláusula vigésima segunda, se encuentren excluidas cuando por su propia redacción, dan cuenta que en efecto, el Tribunal Arbitral resulta competente para el análisis de los puntos controvertidos fijados durante el proceso arbitral, por lo que el alegado incumplimiento de los literales a) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje carece de sustento.
  58. Asimismo, debe reiterarse que el hecho de que la Demandada no comparta el resultado, no significa que se haya contravenido normas o que el Colegiado haya incurrido en un supuesto referidos en el numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje puesto que la lógica que ha seguido el Tribunal Arbitral se encuentra en el laudo y se reitera con precisión en la presente resolución.
  59. La Entidad, refiere además que siendo un laudo de derecho nacional, se somete al artículo 139 de la Constitución, que expresamente señala que son principios de la función jurisdiccional: la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional exceptuando a la militar y arbitral.
  60. Sobre ello, es pertinente indicar que en concordancia a lo expresado en la STC EXP. N° 6167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional señaló que: “(...) El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución”;
  61. Que, en esa línea, la actuación del Colegiado debe sujetarse a la Constitución, como norma máxima de interpretación, tal como lo reconoce el artículo 52.3 de la Ley que en forma expresa señala: “**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. (...)**”.
  62. En consecuencia, se reitera que la actuación del Colegiado ha velado por las disposiciones contenidas en el Constitución, puesto que constituye el primer parámetro que debe aplicar para el análisis e interpretación de cualquier materia que le sea puesta en su consideración.
63. Por otro lado, la Entidad reitera en su escrito el carácter extrapatito del laudo afirmando “que va más allá de lo propuesto por ambas partes, por cuanto en una desigualdad de atención de posiciones de una de las partes motiva la violación del Principio de non liquet. En esa línea, añade que conforme a las garantías de debido proceso y derecho a la tutela, el Tribunal Arbitral no observó aspectos que rebasaban su competencia pese a que existían elementos para detener el proceso”.
64. Por último, refiere que la anulación del Contrato (Resolución de Gerencia N° 050-2015-GRT-PETGG de fecha 19 de marzo de 2015), no obedecía a una decisión unilateral de abuso de poder o de derecho, mucho menos a causal no especificada dentro del Contrato suscrito con la Entidad (PET) se trataba de situación jurídicas gravísimas que requerían de una

urgente atención por parte del órgano fiscalizador del Estado, como del órgano jurisdiccional competente (vía judicial).

65. Nuevamente, el Colegiado advierte que la Entidad no indica en forma expresa cuál es el extremo extra petita del Laudo, no obstante, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que la materia sometida a análisis ha sido escrupulosamente analizada conforme a los alcances del artículo 52 de la Ley y en concordancia con los parámetros de la Constitución tal como puede constatarse de la simple lectura de la parte considerativa del laudo en que se hace expresa mención a los aspectos fácticos y los sustentos legales y jurídicos en que la decisión del laudo se sustenta y sobre los cuales la Entidad no expresa ni detalla puntual discrepancia.
66. En ese sentido, y tal como también se ha desarrollado ampliamente en el laudo, es pertinente indicar que las actuaciones de las Entidad y de los privados no quedan exentas del cumplimiento de las disposiciones del artículo 139 de la Constitución, norma de orden público y de ineludible observancia. Asumir una tesis contraria, implicaría el alejamiento de un Estado de Derecho, aspecto que ciertamente se encuentra prohibido.
67. Por lo que el Colegiado, concluye que resulta improcedente por extemporáneo el pedido ampliación de exclusión formulado por la Entidad mediante el escrito recibido el 10 de abril de 2018.

c) Con relación al pedido de interpretación formulado por la Entidad.

68. La Entidad solicita la interpretación del Laudo Arbitral ya que considera que éste no señala cuál de las razones invocadas por el Demandante se declaró fundada la Primera Pretensión Principal de la Demanda, lo que constituye a su juicio un vicio que afecta la motivación del Laudo.
69. En esa línea, refiere que el Laudo Arbitral no explica por qué su representada se encontraba obligada a recabar los descargos del Consorcio conforme a la norma de contrataciones y la Ley de Procedimiento Administrativo General y cuestiona a efectos que se indique en qué artículos de dichos cuerpos normativos se estipula la obligación de su representada para e
70. Conforme fluye de los considerandos 228 y siguientes desarrollados en el razonamiento seguido por el Tribunal para arribar a la decisión contenida en el Laudo, el Colegiado tuvo en cuenta ciertamente, el artículo 52.3 de la Ley para determinar su alcance dentro de las actuaciones de las partes así como si éstas –las partes– se han sujetado a aquellas, de modo tal, que se concluyó que la interpretación del artículo 56 de la Ley ciertamente, no puede realizarse en forma aislada sino más bien, bajo una interpretación integral acorde con la Constitución.
71. En esa línea, tal como queda explicitado en los considerandos 253 al 258 del Laudo, el Colegiado concluyó que la actuación de la Entidad constituyó, una afectación al inciso 14 del artículo 139 de la Constitución puesto que el Demandante no tuvo posibilidad de conocer las actuaciones iniciadas en su contra, de modo tal que ejerza su derecho de defensa; aspecto que ciertamente, se encuentra incurso con los alcances del numeral 1 del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General; tal como se señala en el considerando 258 del Laudo y que a su vez, constituye una directa afectación al debido procedimiento cuya afectación generó un estado de indefensión, circunstancia que se subsume en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Procedimiento

Administrativo General, por lo que igualmente, genera la nulidad tal como lo reconoce el mencionado considerando 258 del Laudo.

72. Entonces, respecto a las preguntas formuladas por la Entidad; el Colegiado estima pertinente reiterar que la norma máxima resulta ser la Constitución y en atención a ello, el debido proceso debe ser un denominador común en las actuaciones de las partes en esa línea, la regla constitucional obliga a la Entidad a poner en conocimiento sus afectaciones para la contraparte, aspecto que al no ser cumplido se ha incurrido en las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.
73. Sin perjuicio de ello, la declaración de fundada en parte la Primera Pretensión de la demanda tiene su sustento en que el Tribunal Arbitral no admitió la totalidad de los supuestos del demandante para pretender la nulidad del acto resolutorio.
74. En ese sentido, el pedido de la Demandada nada tiene que ver, con precisar qué es lo que se ha declarado en el laudo, sino mas bien con revisar el razonamiento y fundamentos del laudo. En esa línea, la pretendida solicitud de “interpretación” de las pruebas, encubre en realidad una pretensión impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, como ocurre en el presente caso, resulta improcedente y como tal debe de ser desestimada y en consecuencia, el Colegiado declara improcedente el pedido de interpretación formulado por la Demandada.
75. Sin perjuicio de lo señalado en los considerandos precedentes, es necesario señalar que este colegiado ha fundado su decisión en motivación explícita y coherente, respetando los principios de contradicción y congruencia, arribando a conclusiones sobre la base del análisis del contrato materia de litis, principios y normas pertinentes, así como del estudio de los medios probatorios aportados por las partes, y sustento técnico jurídico.
76. Por último, en relación al Otrosí Digo, es pertinente indicar que mediante la Resolución N° 42 de fecha 19 de marzo de 2018, respecto a los escritos presentados el 14 y 16 de marzo de 2018 por la Entidad, se dispuso estar a lo dispuesto en el laudo arbitral contenido en la Resolución N° 41.
77. En torno a ello la Entidad sostiene que no se tuvo en cuenta la disposición fiscal que determina según indica, la existencia de la documentación falsa.
78. Al respecto, como se indicó en el Laudo Arbitral, las resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado se encuentran controvertidas en un proceso judicial, siendo la materia que se discute en dicho proceso a la postre si existió o no documentación falsa o inexacta, extremos sobre los cuales por la anotada circunstancia el Colegiado al advertir la existencia de una causal de nulidad del acto administrativo de resolución de contrato por infracción de naturaleza constitucional como ya se ha explicado el Tribunal Arbitral no ha emitido pronunciamiento alguno respetando la jurisdicción de la justicia ordinaria que se encuentra avocada a ese aspecto tanto en el campo contencioso administrativo cuanto penal, el documento fiscal más allá de no constituir sentencia consentida y ejecutoriada no influye en modo alguno en la decisión que el Tribunal Arbitral ha asumido puesto que éste, se reitera, sólo se ha pronunciado por la nulidad de la resolución al haberse vulnerado aspecto del procedimiento y afectación al debido proceso que se encuentra constitucionalmente tutelado y que no puede ser soslayado, dejando a la jurisdicción ordinaria el pronunciamiento respecto a la falsedad o

inexactitud de los documentos y de los responsables de los mismos en caso, ello así se verifique al final de los procesos mediante sentencia firme. Cabe señalar adicionalmente que fruto de las actuaciones judiciales que se dan en dicho fuero, las partes han presentado distintas resoluciones a lo largo del arbitraje.

79. Finalmente asimismo se señala que a la fecha de presentación del documento fiscal ciertamente, el proceso arbitral se encontraba en etapa de emisión de laudo por lo que su inclusión dentro de los alcances del Laudo Arbitral ciertamente, hubiese conllevado a una afectación al debido proceso pues se hubiese privilegiado a una parte en perjuicio de la otra, salvo que se hubiese generado un incidente no factible de suscitarse al haberse concluido la instrucción así como la fase en que las partes tienen el derecho y la obligación de presentar la documentación probatoria que estimen pertinente.

**d) Conclusión respecto a los recursos interpuestos por Entidad**

80. El Colegiado observa que el Demandante insiste en cuestionar las razones por las que se resolvió la controversia materia del presente arbitraje, lo cual no corresponde en el proceso arbitral.
81. Bajo lo expuesto, la interpretación y exclusión del Laudo no debe implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el Tribunal Arbitral respecto de los puntos que fueron materia de controversia y que ya han sido resueltos oportunamente en el Laudo.
82. Se debe tener en cuenta que ninguno de los recursos formulados por la Entidad en sede arbitral contra el laudo permite que el Tribunal Arbitral se pronuncie nuevamente sobre la valoración que ha efectuado respecto del material probatorio y razonamiento efectuado al momento de resolver.
83. Si a través de una solicitud de interpretación y exclusión se pretende un pedido de revisión o reconsideración de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del Colegiado, debe de ser de plano desestimado.
84. A pesar de lo señalado en los párrafos precedentes y en el marco conceptual que antecede, los pedidos de la Demandada tienen que ver, no con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes, sino con revisar el razonamiento y fundamentos del laudo.
85. En síntesis, cualquier solicitud de “interpretación” y “exclusión” de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo, que encubra en realidad una pretensión impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, como ocurre en el presente caso, resulta improcedente y como tal debe de ser desestimada y en consecuencia, declarar improcedente el recurso de interpretación y exclusión formulados por la Demandada.

Por lo que,

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el pedido de exclusión formulado por la Entidad mediante el escrito recibido el 02 de abril de 2018 debido a que no señala en forma expresa ni precisa la exclusión que corresponde en el Laudo Arbitral.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE** por extemporáneo el pedido de exclusión formulado por la Entidad mediante el escrito recibido el 10 de abril de 2018.

**TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el pedido de interpretación formulado por la Entidad mediante el escrito recibido el 04 de abril de 2018.

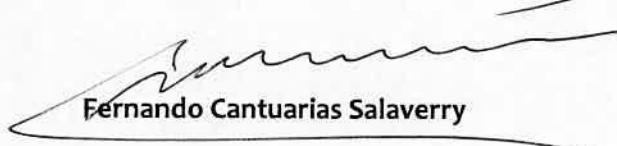
**CUARTO: DEJAR CONSTANCIA** que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado sobre aquellas materias que fueron sometidas por las partes; en ese sentido, debe señalarse que el hecho de que la Demandada no comparta el resultado, no significa que se haya contravenido normas o que el colegiado haya incurrido en un supuesto referidos en el numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje puesto que la lógica que ha seguido el Tribunal Arbitral se encuentra en el laudo y se reitera con precisión en la presente resolución.

**QUINTO: DECLARAR** que la presente Resolución forma parte integrante del Laudo Arbitral de fecha 17 de marzo de 2018.

**SEXTO: NOTIFIQUESE** la presente Resolución al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado a través de la Secretaría para los fines consiguientes.



Ricardo Rodríguez Ardiles



Fernando Cantuarias Salaverry



Richard Martín Tirado