



Corte de Arbitraje
Centenaria Cámara de
Comercio de Pasco

Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

*TRIBUNAL ARBITRAL
Juan Huamaní Chávez*

LAUDO ARBITRAL

PARTES DEL ARBITRAJE¹:

Consortio Escolar, conformado por las empresas Constructora Miaie E.I.R.L. e Inversiones Azul Andino E.I.R.L., a quien en lo sucesivo nos referiremos como, el Consorcio.

Gobierno Regional de Pasco de la República del Perú, a quien en lo sucesivo nos referiremos como, la Entidad.

TRIBUNAL ARBITRAL UNIPERSONAL:

Juan Huamaní Chávez

INSTITUCIÓN ARBITRAL:

Corte de Arbitraje de la Centenaria Cámara de Comercio de Pasco, a quien en lo sucesivo nos referiremos como, el Centro de Arbitraje.

Raúl Alfredo Rojas Victorio
Secretario General

¹ Para efectos del presente laudo nos referiremos de manera conjunta al Consorcio y a la Entidad como las Partes.



RESOLUCIÓN NRO. 13

En Pasco, a los 30 días del mes de marzo de 2021, el Tribunal Arbitral Unipersonal, luego de haber llevado a cabo las actuaciones establecidas por las partes para el desarrollo del arbitraje, dicta el siguiente laudo para poner fin a la controversia sometida a su conocimiento:

I. LOS ANTECEDENTES

1. El 27 de septiembre de 2017, las partes celebraron el Contrato Nro. 0047-2017-G.R.PASCO/GGR con el objeto de «Elaborar el expediente técnico del proyecto: Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco», por una contraprestación dineraria de S/ 310,317.00 (Trescientos diez mil trescientos diecisiete con 00/100 soles), acto jurídico al cual en lo sucesivo nos referiremos como, el **Contrato**.
2. En la cláusula décima novena del Contrato las partes pactaron un convenio arbitral en los siguientes términos y alcances:

«CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA:

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado...» (Supresiones nuestras)



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

3. A consecuencia de las controversias surgidas entre las partes respecto a la conformidad de la prestación y pago del saldo dinerario pactado como contraprestación, el Consorcio procedió a activar el presente mecanismo de solución de conflictos, constituyéndose válidamente el Tribunal Arbitral Unipersonal.

II. LAS ACTUACIONES ARBITRALES

4. Conformado válidamente el Tribunal Arbitral Unipersonal, a través de la Resolución Nro. 1, emitida el 14 de diciembre de 2018, se fijaron las reglas para el desarrollo del presente arbitraje y, conforme a lo ahí previsto, se iniciaron con las actuaciones arbitrales.
5. Bajo este escenario, el 16 de enero de 2019, el Consorcio presentó su escrito de demanda y, subsiguientemente, el 5 de abril del mismo año, la Entidad cumplió con contestarla.
6. Definida la posición de las partes con la presentación de sus respectivos actos postulatorios, a través de la Resolución Nro. 5, emitida el 15 de abril de 2019, se delimitaron los puntos o cuestiones en controversia en los siguientes términos:

- **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si resulta jurídicamente posible ordenar a la Entidad, aprobar el Expediente Técnico objeto del Contrato.

- **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si se han cumplido con los presupuestos facticos, legales y contractuales para ordenar a la Entidad pagar al Consorcio la suma de S/ 93,095.10 (Noventa y tres mil noventa y cinco con 10/100 soles), correspondiente al 30% del monto del Contrato.

- **TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si los perjuicios alegados por la Entidad resultan amparables para no ordenar la devolución a favor del Consorcio del fondo de garantía de fiel



cumplimiento del Contrato, ascendente a la suma de S/ 31.031.70 (Treinta y un mil treinta y uno con 70/100 soles).

- CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a qué parte y en qué proporción deben ser asumidos los costos que irrogó la activación y desarrollo del presente mecanismo de resolución de conflictos.

7. Bajo este contexto, el 9 de octubre de 2019, las partes presentaron sus respectivos escritos de alegatos, de lo cual se dio cuenta a través de la Resolución Nro. 8, emitida el 2 de septiembre de 2020. En ese mismo acto, atendiendo a la declaratoria de emergencia nacional dictada por el Poder Ejecutivo de la República del Perú a razón de la propagación del SARS-CoV-2, se dispuso la variación de las reglas aplicables al arbitraje, por unas que permitan la continuación del arbitraje de manera virtual/digital.
8. Consentida las nuevas reglas del arbitraje se convocó a las partes a una audiencia a efectos que informen sus posturas finales sobre las controversias puestas a conocimiento. Esta audiencia se llevó a cabo el 6 de octubre de 2020 a través de la plataforma Zoom Cloud Meetings a cuyo término se otorgó a las partes el plazo de 5 días para que presenten los argumentos y/o documentos que consideren pertinentes.
9. En atención a lo anterior, el 13 de octubre de 2020, la Entidad presentó mayores medios probatorios y argumentos, los cuales no fueron absueltos por el Consorcio, de lo cual se dejó constancia a través de la Resolución Nro. 12, emitida el 18 de febrero de 2021. En ese mismo acto se dispuso el inicio del cómputo del plazo para laudo de 30 días hábiles que vencen el 6 de abril del año en curso.

III. DECLARACIONES

10. Previo a entrar a analizar las materias controvertidas puestas a conocimiento, es pertinente dejar constancia de lo siguiente:



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

- (i) El Tribunal Arbitral Unipersonal se constituyó conforme a lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Se llevaron a cabo todas las actuaciones pactadas para el desarrollo del presente arbitraje y las necesarias para emitir el presente pronunciamiento, dentro de las cuales las partes han tenido suficiente oportunidad para ejercer plenamente su derecho de defensa.
- (iii) Las partes también han tenido oportunidad suficiente para reconsiderar cualquier decisión emitida por el Tribunal Arbitral Unipersonal, distinta a la presente, que se hubiere dictado con inobservancia de una regla pactada para el desarrollo del presente arbitraje o una disposición del Decreto Legislativo Nro. 1071 que norma el arbitraje [cuerpo normativo al cual en lo sucesivo nos referiremos como, la **Ley de Arbitraje**], habiéndose producido la renuncia a objetar la validez del laudo por esos motivos.
- (iv) El Tribunal Arbitral Unipersonal se pronunciará sobre los puntos o materias en controversia delimitados en el transcurso del presente arbitraje. Constituyen materias incontrovertidas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las actuaciones arbitrales² y aquellos supuestos en los cuales la Ley establece una presunción *iuris et de iure*³.
- (v) El Tribunal Arbitral Unipersonal es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos.

² Los hechos que las partes acepten pacíficamente y sin contradicción no requieren prueba alguna pues, en virtud de su sola admisión, el juzgador debe tenerlos por acreditados; asimismo, tampoco necesitan ser probados los hechos notorios, cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos en el tiempo y en el lugar en que se dicta la decisión que resuelva las controversias.

³ La presunción legal *iuris et de iure*, es una presunción absoluta; en estos casos el juzgador (jueces o árbitros) tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. Esta presunción no debe ser confundida con la presunción establecida por el juzgador recurriendo a las reglas de la lógica, la sana crítica y/o la experiencia.



- (vi) Los medios probatorios aportados por las partes y admitidos al presente arbitraje, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba pertenecen al arbitraje por lo que pueden usados incluso para probar hechos que vayan en contra de la parte que las ofreció.
- (vii) El Contrato suscrito por las partes se rige y será interpretado de conformidad con Ley Nro. 30225 –Ley de Contrataciones de la República del Perú–, cuerpo normativo al que nos referiremos en lo sucesivo como, la **LCE**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nro. 350-2015-EF, cuerpo normativo al cual en lo sucesivo nos referiremos como, el **RLCE**⁴.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS PUESTAS A CONOCIMIENTO

11. Con la finalidad de realizar un análisis de los puntos o materias en controversia, evitando contradicciones y repeticiones, seguiremos el siguiente orden:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si resulta jurídicamente posible ordenar a la Entidad, aprobar el Expediente Técnico objeto del Contrato.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si se han cumplido con los presupuestos facticos, legales y contractuales para ordenar a la Entidad pagar al Consorcio la suma de S/ 93,095.10 (Noventa y tres mil noventa y cinco con 10/100 soles), correspondiente al 30% del monto del Contrato.

⁴ La aplicación de esas normas ha sido aceptada por las partes de manera pacífica en el transcurso de las actuaciones arbitrales.



12. A efectos de analizar las materias controvertidas antes citadas resulta pertinente desarrollar una síntesis de la posición que tienen las partes al respecto.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

13. El Consorcio sustenta su postura sobre los puntos controvertidos antes citados en base a lo siguiente:

- El Consorcio sostiene que suscribió el Contrato con la Entidad con el objeto de «Elaborar el expediente técnico del proyecto: Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco», por una contraprestación dineraria a su favor de S/ 310,317.00 (Trescientos diez mil trescientos diecisiete con 00/100 soles).

Afirma el Consorcio que la contraprestación dineraria a su favor debía ser pagada, de conformidad con la cláusula cuarta del Contrato, en las siguientes oportunidades:

- ✓ Primer pago. – 30% del monto contratado a la aprobación del primer informe.
- ✓ Segundo pago. – 40% del monto contratado a la aprobación del segundo informe.
- ✓ Tercer pago. – 30% a la aprobación del Expediente Técnico Definitivo por parte del área usuaria y la autoridad competente de la Entidad a través de una Resolución.

Bajo este lineamiento, el Consorcio sostiene que los dos primeros informes fueron presentados por ellos y aprobados por la Entidad oportunamente, procediéndose con el respectivo pago. En cuanto al tercer informe sostiene que lo presentó el 2



de abril de 2018, cuya aprobación le fue comunicada el 25 de julio de 2018 a través de la Carta Nro. 0220-2018-GRP-GGR-GRI/SGE.

Ante lo anterior, el Consorcio alega que, el 18 de septiembre de 2018, presentó a la Entidad el primer requerimiento de pago del informe final o Expediente Técnico Definitivo aprobado por el Sub Gerente de Estudios de la Entidad, por la suma de S/ 93,095.10, correspondiente al 30% del monto del Contrato. Ante el silencio de la Entidad el Consorcio sostiene que reiteró su requerimiento de pago el 3 de octubre del mismo año.

De este modo, el Consorcio sostiene que a la fecha la Entidad viene incumpliendo con el pago del 30% del monto del Contrato pese a que ha cumplido con sus obligaciones contractuales siendo prueba de ello que el Expediente Técnico Definitivo se encuentra registrada en el sistema con el Código SNIP 371703, correspondiendo amparar sus pretensiones primera y segunda.

Adicionalmente el Consorcio señala que se debe ordenar a la Entidad emitir el acto administrativo «Resolución» que apruebe el expediente técnico en la medida que es un requisito establecido en el Contrato y prescrito en la normativa de contratación estatal.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

14. La Entidad absolvió los argumentos expuestos por el Consorcio conforme a lo siguiente:
 - La Entidad sostiene que, respecto al proyecto «Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco», desde el 3 de agosto de 2018 existe aprobado un expediente técnico mediante Resolución Ejecutiva Regional Nro. 377-2018-G.R.PASCO/GOB, debidamente registrado en INVIERTE.PE el 24 de mayo de 2018, motivo por el cual es jurídicamente



imposible la aprobación del Expediente Técnico elaborado por el Consorcio, conforme lo demanda.

Concretamente bajo la postura de la Entidad, sobre un mismo proyecto, no pueden existir dos expedientes técnicos aprobados, ello con la finalidad de evitar cualquier situación de contradicción, y por que tampoco pueden destinarse los fondos públicos al pago por duplicado de estudios sobre un mismo proyecto.

Destaca la Entidad que lo anterior obedece a que, el 8 de octubre de 2013, suscribieron un convenio con el Centro de Investigación, Conocimiento y Desarrollo (CIVED) con la finalidad que dicha institución les brinde apoyo en su tarea de promocionar la educación, la cultura, la ciencia y la tecnología, y le proporcione soporte técnico para el desarrollo, diseño y elaboración del proyecto de inversión que contribuya a la atención de las necesidades de los sectores educativos bajo su jurisdicción. Dicho convenio tendría una vigencia de 5 años.

Así, la Entidad sostiene que, en ejecución del mencionado convenio, CIVED elaboró el Expediente Técnico del proyecto «Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco», con el código SNIP Nro. 371703, siendo aprobado por ellos el 3 de agosto de 2018.

Destaca la Entidad que, sin tomarse en cuenta el convenio en mención, el Sub Gerente de Estudios emitió el «Requerimiento Técnico Mínimo» del proyecto «Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco» que dio lugar al proceso de selección: Adjudicación Simplificada Nro. 014-2017-GRP/SERVICIOS DE CONSULTORÍA, donde se dio por ganador al Consorcio suscribiéndose el Contrato.

En postura de la Entidad lo anterior evidencia que el requerimiento y el proceso se ha realizado de manera dolosa y con la única finalidad de favorecer al Consorcio,



pues los funcionarios de sus diversos órganos estructurados no solo tenían conocimiento de la existencia de la ejecución del convenio suscrito con CIVED, sino que además tenían conocimiento de que CIVED venía elaborando el Expediente Técnico del proyecto en mención de manera gratuita.

Aunado a ello, la Entidad sostiene que el favorecimiento al Consorcio queda evidenciado también en el hecho probado con los medios probatorios aportado por el Consorcio de que las conformidades fueron otorgadas únicamente por la Sub Gerencia de Estudios, cuando ese acto, de acuerdo al Contrato (Cláusula undécima) y a su Reglamento de Organización y Funciones, también debía ser efectuado por su Gerencia Regional de Desarrollo Social, que es el área usuaria.

De otro lado la Entidad sostiene que no se debe perder de vista que el Consorcio sustenta su pretensión de pago en las conformidades emitidas por la Sub Gerencia de Estudios, cuando su Reglamento de Organización y Funciones establece claramente que ello se encuentra a cargo de la Gerencia Regional de Desarrollo Social; y, asimismo, la cláusula undécima del Contrato establece que ello debe ser otorgado por la Subgerencia de Estudios y la Gerencia Regional de Infraestructura.

Finalmente, la Entidad sostiene que de conformidad con la cláusula cuarta del Contrato *«el pago procede con la aprobación del jefe del área respectiva, encargado para dicho fin, y la Resolución correspondiente por parte de la Autoridad competente»*, documentos que no han sido aportado por el Consorcio siendo la infundadas sus pretensiones.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

15. Del resumen libre de la posición de las partes se desprende que la controversia gira en torno a si corresponde ordenar a la Entidad aprobar el Expediente Técnico del proyecto «Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco» y pago del saldo de la contraprestación dineraria pactada a favor al Consorcio.



Marco normativo

16. Para analizar las controversias antes descritas es pertinente, en principio, dejar sentado que, de conformidad con la legislación peruana, a la cual se han sometido las partes, el contrato es la principal manifestación de la libertad de las personas para darse su propia ley y regular a través de ellas sus relaciones privadas. De este modo, en virtud de la formación libre de la manifestación de la voluntad de las partes, independientemente del régimen contractual al que las partes decidan someterse, las reglas previstas en el Contrato son definitivas para ambas.
17. Sin perjuicio de lo anterior, no debemos perder de vista que el Derecho constituye una totalidad ordenada, es decir, un conjunto de normas entre las que existe coherencia y armonía. Esta coherencia funciona, entre otras cosas, gracias a la aplicación de principios generales del Derecho, los mismos que permiten superar cualquier situación de incompatibilidad normativa. Entre todos ellos, resulta conveniente recordar el principio de especialidad, el mismo que supone que, ante una posible situación de incompatibilidad normativa, la norma especial prevalece sobre la norma general.
18. En el presente caso, la normativa de contratación estatal nos lleva a seguir el mismo patrón establecido por el mencionado principio. En efecto, las disposiciones de la LCE y su Reglamento, a la cual se han sometido las partes, tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las entidades y los proveedores o contratistas desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta la culminación de estos. De este modo, para analizar las controversias puestas a conocimiento debemos tener presente lo establecido por las partes en el Contrato y lo prescrito en la normativa de contratación estatal; y, solo cuando exista un vacío normativo, será de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil peruano.
19. En el transcurso de las actuaciones arbitrales el Consorcio ha solicitado la aplicación al presente caso de la Ley Nro. 27444 que regula el Procedimiento Administrativo General [cuerpo normativo al cual en lo sucesivo nos referiremos como, la **LPAG**]. Esta norma



si bien puede entenderse que se encuentra dentro de las normas aplicables supletoriamente a los contratos suscritos bajo la normativa de contratación estatal –a la que hace referencia la Primera disposición complementaria final del RLCE–, no se debe perder de vista que la aplicación supletoria de normas implica la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria); asimismo, supone un análisis de compatibilidad, esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles.

20. Ahora bien, las disposiciones LCE y su Reglamento tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se instauran entre las Entidades y los proveedores o contratistas, desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta la culminación de estos. Ello se desprende del artículo 116° del RLCE, el cual establece que «El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes».
21. De este modo, en el marco de la normativa de contratación estatal, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto no existe mayor diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, salvo por el hecho que la entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales al contratista.
22. En contraposición a los fines de la LCE y su Reglamento, la LPAG regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar:

«Artículo II.- Contenido



1. La presente Ley **regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común** desarrollados en las entidades.
 2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.
 3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley» (El énfasis es agregado).
23. De este modo, resulta muy discutible que la LPAG sea una norma compatible con la normativa de contratación estatal –LCE y su Reglamento– y por tanto aplicables supletoriamente al Contrato suscrito por las partes. Aun teniendo en cuenta esta duda, notemos que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1° de la LPAG, la nota característica del Acto Administrativo es que éste sea emitido en el marco de una relación de derecho público. Veamos:

«Artículo 1. - Concepto de acto administrativo.

Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.»



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

24. Tanto **MORÓN URBINA, HUAPAYA** como **MELGAREJO** consideran que el requisito de la relación de derecho público se cumple cuando una entidad hace ejercicio de una potestad pública o, lo que es lo mismo, ejerciendo función administrativa. De este modo, para que un acto de la Administración Pública califique como un acto administrativo, deberá de cumplir con los requisitos señalados en el Artículo 1 de LPAG, dentro de los cuales se encuentra el del ejercicio de una función administrativa por parte de las entidades, la cual podrá manifestarse como una actividad de mando, sanción, ejecución o resolución de controversias.
25. Ahora bien, de la revisión de la cláusula cuarta del Contrato se advierte que cuando las partes hacen referencia en ella a la «Resolución» establecen un acto que debe ser ejecutado por la Entidad en calidad de contraparte contractual, mas no en ejercicio de sus atribuciones como administración pública, motivo por el cual resulta inadecuado reconocerle la calidad de acto administrativo a ese acto.
26. La fuente de las potestades que la administración está obligada a ejercer en el marco de su función administrativa es la Ley o, por derivación de la Ley, la norma reglamentaria. Es así como se les da sentido a todos los privilegios relacionados a los actos administrativos. Sobre el particular, **HUAPAYA** señala que:

«Los actos administrativos deben dictarse en el ejercicio de una potestad de Derecho Público: Este último dato señala el carácter atributivo de la potestad para dictar actos administrativos. Esta potestad o poder debe provenir de una ley, por ejercicio de un sistema de vinculación positiva a la legalidad, en la medida que se busca modificar la realidad en función a la emisión de un acto de contenido decisorio sobre la esfera del particular...»⁵.

⁵ El «carácter regulador» del acto administrativo es definido por el autor de la siguiente manera: «... el acto administrativo tiene un aspecto mucho más importante que el de constituir un parámetro necesario para el control de la actuación administrativa... enfatizamos en señalar, siguiendo claro está a BOCANEGRA, que la función primordial del acto administrativo es su carácter regulador, creador de relaciones jurídicas entre administración y administrados sometidas al Derecho administrativo». Pág. 121.



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

27. Así, los actos administrativos son una concreción de un mandato legal o reglamentario que tiene por fin generar cambios en la esfera jurídica de un particular con fines «regulatorios», afirmándose por medio de ellos la autoridad administrativa. Sin embargo, la fuente de la emisión de la «Resolución» emanará del Contrato.
28. En línea con lo antes señalado y respecto a la transición entre la actuación de la Administración por medio de actos administrativos hacia contratos, **GASPAR ARIÑO** ha señalado lo siguiente:

«En principio, es muy cierto que el modo de expresión ordinario de la Administración Pública es el acto administrativo. Puede hacerlo también a través de normas o de actuaciones materiales, pero el centro lo ocupa el acto, que es ejecución de la norma y título legitimador de la actuación material. Es lógico, por tanto, que en todo lo que podemos llamar la «génesis» del contrato o contrato in fieri la Administración manifieste su voluntad mediante actos sucesivos que están sometidos, como todos los actos, a la normativa dictada al efecto (ley, reglamentos y pliegos generales de la contratación, si los hay) ...

Ahora bien, una vez formalizado el contrato, cualesquiera que sean los términos de este, éste se convierte en la norma primera a aplicar a esa relación. El acuerdo de voluntades, tal como quedó plasmado en el contrato, es el que determina el contenido obligacional, porque en eso consiste esencialmente la esencia de todo contrato: en la fuerza del contractus-lex... Por tanto, ésta será la primera norma aplicable a la relación, con preferencia incluso al derecho objetivo, mientras el contrato no sea declarado nulo por un juez o anulado de oficio por la Administración (esto último sólo en los casos de nulidad de pleno derecho). Aquí es donde la concepción del contrato administrativo como prolongación del acto administrativo



unilateral incurre en el error. Ésa es una diferencia esencial entre el acto y el contrato. El principio de legalidad tiene un distinto juego en ambos. En todo el proceso de formación del contrato (contractus in fieri) resulta plenamente aplicable el régimen de los actos (vinculación positiva de la Administración a la ley, del acto a la norma); pero una vez que se ha producido el acuerdo de voluntades y ha nacido el contrato, éste tiene prevalencia sobre las normas legales; contempla una situación jurídica final, consolidada, en la que las partes tienen derecho a confiar (principio de seguridad jurídica). Sin ello, no hay contrato sino otra cosa (acto necesitado de aceptación, concierto, acto condición o como se le quiera llamar).»⁶ (Las supresiones son nuestras)

29. De lo antes citado se evidencia que, con la celebración del Contrato, la naturaleza de derecho público de la relación entre el Consorcio (postor) y la Entidad (Administración) en el marco de un proceso de licitación o contratación, se desplaza hacia una relación entre contratantes regida eminentemente por el Contrato, en el marco de una relación de derecho privado.
30. Sobre lo anterior, **DANÓS** –*al comentar la diferencia entre la imposición de penalidades contractuales y sanciones administrativas*– señala que es perfectamente posible que las actuaciones de la Administración en el marco de un contrato con privados emanen del contenido del contrato y no de potestades de derecho público.

«...es importante distinguir entre prerrogativas y derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares, porque los derechos constituyen la exigencia de una de las partes del contrato frente a la otra parte contratante, que tienen su origen en la propia relación contractual, y por lo tanto

⁶ «El enigma del contrato administrativo». Revista de Administración Pública Nro. 172. Págs. 87-88.



su ejercicio no supone privilegio alguno. En cambio, la prerrogativa es el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente. Tomando estos conceptos, nos parece claro que el establecimiento y la exigencia de la ejecución de penalidades y garantías por el incumplimiento de obligaciones durante la ejecución del contrato constituye un Derecho de la Administración pública contratista, derivado de la propia naturaleza del contrato, aunque en la LCAE el régimen de los citados derechos esté legamente predeterminado, mientras que la imposición de sanciones administrativas constituye el ejercicio de una prerrogativa de carácter público que no encuentra su origen en la relación contractual»⁷.

31. Como puede verse, la calificación habitual de los actos de la administración en el marco de la ejecución de un contrato suscrito con una contraparte privada será la de manifestaciones de voluntad en el marco del desarrollo de una relación de derecho privado, no la de actos administrativos emitidos en el marco de una relación jurídica de derecho público. Esta misma concepción es arribada por **GARCÍA DE ENTERRÍA** y **FERNÁNDEZ**, quienes sostienen que, «*la distinción entre los contratos administrativos [y los] contratos privados, [recae] exclusivamente en su origen, una distinción a efectos jurisdiccionales y no sustantivos [...]; [de este modo] en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés*»⁸.
32. Lo antes expuesto, permite reafirmar que la esencia de la concepción misma del contrato no varía incluso cuando estamos ante contratos vinculados a la actividad del órgano administrativo contratante –*Contrato Administrativo*–, ello en tanto que, si bien los

⁷ DAÑÓS, Jorge. «El régimen de los contratos estatales en el Perú». Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy y Diego ZEGARRA (Editores). Pág. 94.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, TOMÁS-RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo I. Décima Edición. Civitas Ediciones, S.L. Perú: 2000, pág. 676.



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

elementos jurídicos administrativos pueden ser más intensos, aquello sólo constituye una especie dentro del género de los contratos cuya particularidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos, lo cual por lo demás guarda relación con la definición de contrato instituida en el Anexo Único de Definiciones del RLCE como «...*acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del presente Reglamento*».

33. En esta línea de análisis, el Contrato suscrito por las partes no es *—ni tiene por qué ser—* una excepción a lo anterior; siendo así, los actos que emitan las partes en virtud del Contrato no están sujetas a las causales de nulidad previstas en la LPAG, ni sería susceptible de un análisis de posibles vicios al amparo de dicha norma, antes bien, al encontrarnos ante una relación de derecho privado, la validez de las decisiones tomadas por las partes dependerán en gran medida a su regimiento con las obligaciones y derechos asumidos con la suscripción del Contrato y su regimiento a las disposiciones inmersas en la normativa de contratación estatal al cual han decidido voluntariamente someterse. Consecuentemente, todos los argumentos de las partes respecto a la aplicación de la LPAG al presente caso deben ser desestimado.

El pago de la contraprestación

34. Ahora bien, para analizar la controversia puesta a conocimiento resulta ilustrativo traer a colación lo establecido por las partes en el Contrato y lo prescrito en la normativa aplicable; veamos:

CONTRATO

«CLAUSULA CUARTA: EL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en pagos mensuales, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según



lo establecido en el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Primer pago. – 30% del monto contratado. EL CONTRATISTA deberá sustentar el Primer Informe ante el área respectiva encargado de la revisión evaluación del Expediente Técnico, quien determinará su aprobación y realizará las recomendaciones para la mejora del proyecto.
- Segundo Pago. – 40% del monto contratado. EL CONTRATISTA deberá sustentar el Segundo Informe ante el área respectiva, encargado de la revisión, evaluación del Expediente Técnico, quien determinará su aprobación y realizará las recomendaciones para la mejora del proyecto.
- Tercer pago. – 30% del monto contratado. EL CONTRATISTA presentara el Expediente Técnico Definitivo ante el área respectiva, encargado de la revisión entregando (1) original y dos copias debidamente archivados, sellados y firmados por los especialistas, así mismo Un (1) CD con toda la información del Expediente Técnico. El pago procede con la aprobación del Jefe del área respectiva, encargado para dicho fin, y la Resolución correspondiente por parte de la Autoridad Competente de LA ENTIDAD. En el caso que el Expediente Técnico sea observado EL CONTRATISTA tiene la obligación de levantar los mismos hasta su Conformidad en dicho caso no se le reconocerá monto alguno mientras se mantenga dicha condición.



Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD debe contar con la siguiente documentación:

- Informe del funcionario responsable de la Sub Gerencia de Estudios, emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.

- Comprobante de pago.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los veinte (20) días de producida la recepción.

LA ENTIDAD de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba acaso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado y en el artículo 149° de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.
[...]

CLAUSULA UNDÉCIMA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143° del Reglamento de la Ley de



Contrataciones del Estado. La conformidad será otorgada por la Sub gerencia de Estudios y la Gerencia Regional de Infraestructura.

De existir observaciones, LA ENTIDAD debe comunicar las mismas a EL CONTRATISTA, indicando claramente el sentido de estas, otorgándoles un plazo para subsanar no menos de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD, puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando la consultoría manifiestamente no cumpla con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.»

RLCE

«Artículo 143.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo



de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

Las discrepancias en relación a la recepción y conformidad pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del



plazo de treinta (30) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa de esta o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

[...]

Artículo 149.- Del pago

La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje» (Las supresiones son nuestras).

35. De las disposiciones contractuales y reglamentarias antes citadas se desprende que, para que proceda el pago, es necesario la conformidad de la prestación o, lo que es lo mismo, la aprobación del Expediente Técnico por parte de la Entidad a través de una resolución. La Entidad sostiene que no aprueba el Expediente Técnico en la medida que es un imposible jurídico al encontrarse aprobado por ellos otro expediente técnico para el mismo proyecto; y, que ha verificado situaciones irregulares en la contratación del Consorcio que están siendo investigados penalmente, motivo por el cual, tampoco procedería la aprobación del expediente, ni el pago demandado por el Consorcio. Estos aspectos lo analizaremos a continuación.



El Contrato y su obligatoriedad

36. Como lo señalamos apartados atrás, el contrato es la principal manifestación de la libertad de las personas para darse su propia ley y regular a través de ellas sus relaciones privadas. En virtud de la formación libre de la manifestación de la voluntad de las partes, independientemente del régimen contractual al que decidan someterse, las reglas previstas en el contrato son definitivas para ambas, por esa razón, en nuestra legislación se dispuso que el contrato solo puede ser invalidado por el consentimiento libre de las partes para darlo por terminado, por alguna causa legal, tal como son los modos de extinción de las relaciones obligatorias, o bien por alguna vicisitud que alterará la base de la relación contractual: la rescisión por nulidad, o la resolución por incumplimiento.
37. En la normativa de contratación estatal, a la cual se han sometido las partes, la posibilidad de declarar la nulidad del Contrato se encuentra prevista específicamente en los siguientes artículos:

LCE

«Artículo 44. Declaratoria de nulidad

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales



previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas – Perú Compras, en los procedimientos de implementación o mantenimiento de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.



- e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontrara bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- f) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

La nulidad del procedimiento y del contrato, genera responsabilidades de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente Ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.»

RLCE

«Artículo 122.- Nulidad del Contrato

En los casos en que la Entidad decida declarar la nulidad de oficio del contrato, por alguna de las causales previstas por el artículo 44 de la Ley, debe cursar carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, puede someter la controversia a arbitraje.



Cuando la nulidad se sustente en las causales previstas en los literales a) y b) del artículo 44 de la Ley, la Entidad puede realizar el procedimiento previsto en el artículo 138.»

38. A su vez, en la normativa de contratación estatal, a la cual se han sometido las partes, la posibilidad de resolver el Contrato se encuentra prevista específicamente en los siguientes artículos:

LCE

«Artículo 36. Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados (Énfasis nuestro).»

RLCE

«Artículo 135.- Causales de resolución

La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:



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

El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince



(15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

Artículo 137.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.



Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.»

- 
39. En el presente caso, las partes no han hecho uso de los modos de extinción de la relación obligatoria (o al menos ello no ha sido solicitado, alegado ni probado), con lo cual se entiende que lo establecido por las partes en el Contrato sigue siendo de obligatorio cumplimiento para ambas. Sobre esto no hay mayor discusión.
 40. La discusión en el presente caso, pasa por analizar si los presupuestos establecidos por las partes en el Contrato para que se realice el pago se han cumplido o se puede ordenar cumplir. En postura de la Entidad no se pueden cumplir con los presupuestos establecidos en el Contrato para que proceda el pago del saldo de la contraprestación a favor del Consorcio por cuanto no sería jurídicamente posible que se pueda aprobar administrativamente el Expediente Técnico elaborado por el Consorcio *–requisito pactado contractualmente para que proceda el pago demandado–* puesto que existe, debidamente aprobado e inscrito en IVIERTE.PE, otro Expediente Técnico para el mismo proyecto.
 41. La Entidad no ha precisado cuáles serían las normas administrativas, civiles o contractuales que imposibiliten el cumplimiento de la obligación. La sola mención de instituciones jurídicas, sin ninguna precisión respecto de su pertinencia o aplicación al caso concreto, no constituyen una fundamentación jurídica adecuada. Sin perjuicio de ello, de los documentos que obran en el expediente se puede evidenciar que la imposibilidad alegada por la Entidad no se ha suscitado, básicamente por lo siguiente:



- La imposibilidad de la prestación que extingue la obligación ha de ser una imposibilidad sobrevenida⁹, es decir, debida a una causa acontecida una vez constituida o nacida la obligación y que, a su vez, sea objetiva. Según autorizada doctrina, la imposibilidad la podemos considerar como objetiva cuando depende de un impedimento inherente al contenido de la prestación; y sería subjetiva cuando los impedimentos se refieren a la persona del deudor, no ligados con el contenido de la prestación¹⁰. En esta línea, estaríamos ante un supuesto de imposibilidad objetiva cuando los impedimentos aun siendo inherentes a la persona del deudor, por tratarse de obligaciones de hacer no fungibles, éstos se encuentran directamente relacionados con el contenido de la prestación (por ejemplo, enfermedad que impide actuar a la soprano).

En el presente caso, la imposibilidad alegada por la Entidad no esta relacionada con una contingencia jurídica relacionada con la prestación acaecida posteriormente (tampoco inicial), sino que proviene de una interpretación subjetiva de la Entidad no relacionada con la prestación sino con la contraprestación y, que además, no ha sido probada la existencia de la norma prohibitiva a la cual se ampararía la Entidad para no aprobar el expediente técnico objeto del Contrato, aun cuando se encuentre otro expediente técnico aprobado.

Notemos que el expediente se encuentra elaborado, presentado (sobre lo cual no existe controversia) y aprobado primigeniamente por la Sub gerencia de Estudios, faltando únicamente que, conforme lo establece el Contrato, sea aprobado por la Gerencia de Infraestructura de la Entidad y, si se quiere –*acogiendo el argumento de la Entidad sobre la aplicación de su Reglamento de Organización y Funciones al Contrato*– por la Gerencia Regional de Desarrollo Social, actos que no cuentan con impedimento legal alguno.

⁹ Si se tratara de una imposibilidad debida a una causa originaria se trataría, entonces, de un supuesto de nulidad de la obligación o del contrato, en la medida en que la posibilidad es uno de los requisitos de la prestación como objeto de la obligación y del contrato.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, II, Las Relaciones Obligatorias, 4ª edición, Madrid, 1993, pág. 651 y siguientes.



El impedimento tampoco es contractual pues las partes no han pactado (no ha sido alegado, argumentado ni probado) que la aprobación del expediente esté supeditada a elaborarlo antes que otro contratista, vgr. que, de llegar último en su elaboración y/o presentación, ya no surta efectos para las partes o el contrato quede resuelto de pleno derecho. Tampoco esta limitación se produce ante la existencia del convenio suscrito entre la Entidad y CIVED, ello en la medida que **la eficacia del contrato, en cuanto creador de normas jurídicas entre particulares (privados), queda limitada a las partes que han intervenido en su celebración y los herederos de éstas por ser quienes las suceden en todos sus derechos y obligaciones;** los terceros no se pueden perjudicar ni beneficiar con un contrato en el cual no son parte. De allí que el artículo 1363° del Código Civil prescriba que *«Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles»*.

De este modo, la aprobación del expediente técnico elaborado por CIVED en virtud del Convenio no tiene por qué surtir efectos frente al Consorcio como impedimento para aprobar el expediente técnico elaborado por el Consorcio en virtud del Contrato.

42. Adicionalmente a lo anterior, la Entidad ha fundamentado que existen circunstancias irregulares en la celebración y ejecución del Contrato que le impiden cumplir con su obligación, las mismas que están siendo investigadas en sede judicial, motivo por el cual, tampoco puede cumplir con las obligaciones requeridas por el Consorcio. Aunque la Entidad no lo ha señalado expresamente, es evidente que lo postula es la ampliación de la «Clean Hands Doctrine» o «Doctrina de las Manos Limpias». Para analizar el argumento de la Entidad resulta ilustrativo traer a colación lo acertadamente señalado por **GONZALES DE COSSÍO** en su libro «El arbitraje al derecho y al revés»:

«El pensamiento sobre esta materia ha avanzado mucho desde que Gunnar Lagergren decidió lo siguiente en el caso CCI Nro. 1110 de 1963:



After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France or, for that matter, in any other civilized country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing, that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in setting their disputes.

La rectitud de su fallo es objeto de diferencia. Mientras que algunos la defienden, otros la cuestionan *inter alia* temerosos de la denegación de justicia que propia y los incentivos que detona: para incumplir basta coludir... Recientemente Bernardo Cremades vivió dicha problemática. Y con su distintiva agudez y elocuencia explicó:

If the legality of the Claimant's conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent's conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State. Such an approach does not respect fundamental principle of procedure.

Se propone que si lo que Lagergren razonó es que, si *el objeto* del contrato es la ilegalidad, el acto es antijurídico- y lo antijurídico no puede gozar de la infraestructura jurídica para forzar



cumplimiento, el razonamiento y resultado es acertado. Pero si lo que Lagergren razonó fue que, ante ilegalidad, todo se detiene; debe declinarse jurisdicción— las críticas tienen mérito: no solo general un *non liquet*, sino que propician un beneficio a favor de quien no tiene las manos limpias.

Un *hecho* puede impactar diferentes *derechos*. Diversos Cuerpos normativos. (El postulado es tan fácil de entender, que asombra que algunos lo cuestionen.) Aceptado ello, dejemos que las consecuencias del impacto del hecho en cada cuerpo normativo sean las que dicho cuerpo normativo establezca, conforme lo decida el órgano aplicador del derecho en cuestión.

La existencia de un acto sancionado como ilícito por una norma no debe vedar el que sea considerado para aquilatar sus efectos jurídicos en otra. Esta aproximación no solo es más adecuada como *teoría*, sino como *efectos*.

Qua teoría, la postura de impacto múltiple de un hecho es más consistente que la postura contraria que ante la actualización de una hipótesis normativa, cierra los ojos ante las de otras normas.

En cuanto a sus *efectos*, aceptar la postura contraria genera problemas y detona incentivos perversos. Los *problemas* residen en que una persona que tenga un derecho bajo un acto (v.gr, un contrato o un tratado) no debe ser desprovisto de los derechos del mismo porque otra persona incurrió en una ilegalidad. Los *incentivos* consisten en que, ante un ilícito acordado (vgr, cohecho; corrupción) negar acción a una de las partes implica hacerle un obsequio a la otra que también participó en el acto. Después de todo, para bailar tango, se necesitan dos.



Es por lo anterior que, siendo que los casos internacionales que versan sobre este punto y que pueden ser categorizables en aquellos que, ante ilicitud, declinan jurisdicción, por un lado, (cita) y aquellas que analizan las consecuencias legales (distintas a las penales) de la ilicitud, por el otro, en mi opinión, éstos últimos constituyen una aproximación más robusta y consistente conceptualmente, además de preferible pragmáticamente...

Con respecto a la segunda postura (que llamaré “prudente”), si el tribunal arbitral puede arribar a las conclusiones que llega en base al expediente existente sin citar ilicitud, le hará un favor a la parte victoriosa, pues no abre discusión alguna al respecto durante el juicio de nulidad. Y siendo que existe un deber de emitir un laudo válido y ejecutable, ante la opción entre tomar o no un paso que puede invitar un argumento que lo invalide, debe preferirse la postura que resguarda la validez del laudo.

Esto último puede ser importante. No faltará quien diga que, existiendo una ilegalidad en un arbitraje, el laudo debe ser anulado sea por orden público o por inarbitrabilidad. Ambas líneas argumentativas serían erróneas. Aunque el tema penal es orden público, el que exista un ilícito en el conjunto de hecho que conforman la disputa y que arrojaron el laudo arbitral, ello no quiere decir que éste es contrario al orden público. El laudo habrá decidido aspectos civiles o mercantiles del fallo, no los penales. Éstos están abiertos para ser considerados por el juez... penal. Simplemente están fuera de la misión del árbitro.

Respecto a arbitrabilidad, es cierto que el derecho penal es inarbitrable. Sin embargo, el que exista una arista penal de entre la conducta sometida al arbitraje no la torna en inarbitrable *in*



toto. Mientras que las hebras civiles y mercantiles de la disputa se canalizan en arbitraje, la responsabilidad penal ante el juez... penal. Temas *in natura* que no hay porqué confundir.»

43. De lo bastamente explicado por **GONZALES DE COSSÍO**, queda claro que un hecho puede impactar diferentes derechos y, por tanto, diversos cuerpos normativos, correspondiendo que las consecuencias del impacto del hecho en cada cuerpo normativo sean las que dicho cuerpo normativo establezca. El cuerpo normativo aplicable al presente caso es la normativa de contratación estatal y, supletoriamente, las disposiciones pertinentes del Código Civil, ambas instituciones prevén modos específicos de extinción de la relación obligatoria que en el presente caso no han sido puestas a discusión por las partes aun con las circunstancias calificadas de irregulares por la Entidad en la celebración y ejecución del Contrato, por lo que no existe motivo alguno para concluir que la Entidad puede desprenderse válidamente de las obligaciones contenidas en el Contrato, entre ellas las relativas a la aprobación del expediente y pago de la contraprestación.
44. Si bien en el presente caso está probado que la Procuraduría Pública de la Entidad ha presentado una denuncia penal contra sus funcionarios o exfuncionarios y los que resulten responsables, ello no tiene de modo alguno implicancias en el presente caso, o al menos ello no ha sido especificado ni demostrado. Sus implicancias serán lo que el ordenamiento jurídico prescriba y el juez de lo penal determine, respecto del cual este Tribunal Arbitral Unipersonal no tiene competencia.
45. Para que se apruebe el expediente, de acuerdo con el pacto de las partes y lo prescrito en la normativa de contratación estatal (Artículo 146° del RLCE), la Entidad tenía el plazo máximo de veinte (20) días, luego del cual evidentemente la Entidad se encuentra en incumplimiento, puesto que la norma no ha previsto que el silencio de la Entidad (no pronunciamiento) tenga efectos de manifestación de voluntad¹¹ y, en todo caso es algo

¹¹ De acuerdo a lo prescrito en el artículo 142° del Código Civil peruano vigente, «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado». En el presente caso el pacto de las partes ni la normativa de contratación estatal le han atribuido al silencio de la Entidad sobre el pronunciamiento respecto a la conformidad del Expediente Técnico un significado por lo que no existe motivo alguno para otórgale uno a favor o en contra de cualquiera de las partes.



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

que se debe dilucidar a través en el presente mecanismo de resolución de conflictos pues así lo han pactado las partes con la suscripción del convenio arbitral.

46. **El cumplimiento es el modo típico de extinción de la obligación, y consiste «en la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor y produce la extinción de la obligación en virtud de la satisfacción del interés del acreedor y de la liberación del deudor del vínculo»¹².** Los principios que rigen el cumplimiento o pago son: (a) Principio de identidad, por el cual el objeto del pago «*debe coincidir exactamente con el que correspondía que se prestara según la fuente constitutiva de la obligación*»¹³; y, (b) Principio de integridad, por el cual «*el pago debe ser completo, es decir, el objeto del pago tiene que ser cuantitativamente igual al objeto del crédito*»¹⁴.

47. En el presente caso se encuentra probado que el Consorcio presentó ante la Entidad el Expediente Técnico objeto del Contrato, cumpliendo con todos los presupuestos que rigen el pago, conforme se aprecia del siguiente documento:

----- Continúa en la siguiente página -----

¹² RESCIGNO, Pietro. «Obbligazioni (nozioni)». En: Enciclopedia del Diritto. XXIX. Milano: Giuffrè. 1979. Pág. 182.

¹³ WAYAR, Ernesto C. «Derecho Civil. Obligaciones. I». Buenos Aires: Depalma. 1990. Pág. 361.

¹⁴ *Ibidem*. Pág. 376.



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

0000018²⁰
010

"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"

INFORME TÉCNICO N°083-2018- EVALUADOR ING.CVO

A : Ing. Vito Rey LEÓN AGUILAR
Sub Gerente de Estudios del GRP

Asunto : Subsanción de Observaciones correspondiente a la Evaluación del tercer Informe del Expediente Técnico del proyecto: **MEJORAMIENTO DE LOGROS DE APRENDIZAJE DE LOS ALUMNOS DEL NIVEL SECUNDARIO EN LAS ÁREAS DE CIENCIAS Y TECNOLOGÍA DE LAS 110 INSTITUCIONES EDUCATIVAS DEL DEPARTAMENTO DE PASCO". PI 371703.**

Referencia : (1) Carta N°014-2018/CONSORCIO ESCOLAR/GG-GGR
(2) Contrato N°0047-2017-G.R.PASCO/GGR (27-09-2017)

Fecha : Cerro de Pasco, 25 de julio de 2018

Por intermedio del presente tengo a bien saludarlo y a la vez informar a usted sobre la EVALUACIÓN efectuada a la Subsanción de Observaciones correspondiente a la Evaluación del Tercer Informe del Expediente Técnico, presentado mediante documento de referencia (1). Del mismo modo, informar a usted sobre el seguimiento efectuado al cumplimiento de la consultoría de obra para la elaboración del expediente técnico contratado mediante documento de referencia (2).

I. ANTECEDENTES

- Mediante proceso de selección de Adjudicación Simplificada N° 0014- 2017-GRP/SERVICIOS DE CONSULTORÍA, se ha seleccionado y contratado al "CONSORCIO ESCOLAR" legalmente representado por el Sr. Gabriel García Ruiz para la formulación del proyecto; por un monto total de S/ 310,317.00 Trescientos diez mil trescientos diecisiete con 00/100 soles.
- Se suscribe el Contrato N°0047-2017-G.R.PASCO/GGR de fecha 27 de septiembre de 2017, contrato por servicio de Consultoría de Obra al Sr. Gabriel García Ruiz, para la formulación del proyecto; por un monto ascendente a S/ 310,317.00 Trescientos diez mil trescientos diecisiete con 00/100 soles, con un plazo de 60 días.
- Mediante la Carta N°006-2017/CONSORCIO ESCOLAR/GG-GGR de fecha 27 de octubre de 2017, el consultor entrega el Primer Informe de la Elaboración del Expediente Técnico para ser evaluado por la Sub Gerencia de Estudios - Gerencia de Infraestructura del Gobierno Regional de Pasco.
- Por medio de la Informe Técnico N°039-2017- EVALUADOR ING.CVO-SGE-GRP de fecha 03 de noviembre de 2017, se presenta LA EVALUACIÓN AL PRIMER INFORME - LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES de la Elaboración del Expediente: "Mejoramiento de Logros de Aprendizaje de los Alumnos del Nivel Secundario en las Áreas de Ciencias y Tecnología de las 110 Instituciones Educativas del Departamento de Pasco", SNIP 371703; encontrándose **OBSERVADO**, recomendando notificar al consultor del expediente a fin de que este SUBSANE las observaciones formuladas en el Análisis del Informe de referencia, otorgándole un plazo para el levantamiento de observaciones por parte del consultor de (7) días calendario, concordante con los Términos de Referencia del Contrato.
- Mediante la Carta N°008-2017/CONSORCIO ESCOLAR/GG-GGR de fecha 14 de noviembre de 2017, el consultor entrega la Subsanción de observaciones del Primer Informe de la Elaboración del Expediente Técnico para ser evaluado por la Sub Gerencia de Estudios - Gerencia de Infraestructura del Gobierno Regional de Pasco.
- Por medio de la Informe Técnico N°052-2017- EVALUADOR ING.CVO-SGE-GRP de fecha 06 de diciembre de 2017, se presenta LA EVALUACIÓN PRIMER INFORME - LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES de la Elaboración del Expediente: "Mejoramiento de Logros de Aprendizaje de los Alumnos del Nivel Secundario en las Áreas de Ciencias y Tecnología de las 110 Instituciones Educativas del Departamento de Pasco", SNIP 371703; encontrándose **OBSERVADO**, recomendando notificar al consultor del expediente a fin de que este SUBSANE las observaciones formuladas en el Análisis del Informe de referencia, otorgándole un plazo para el levantamiento de observaciones por parte del consultor de (5) días calendario, concordante con los Términos de Referencia del Contrato.
- Mediante la Carta N°009-2017/CONSORCIO ESCOLAR/GG-GGR de fecha 11 de diciembre de 2017, el consultor entrega la Subsanción de observaciones del Primer Informe de la Elaboración del Expediente Técnico para ser evaluado por la Sub Gerencia de Estudios - Gerencia de Infraestructura del Gobierno Regional de Pasco.
- Por medio de la Informe Técnico N°055-2017- EVALUADOR ING.CVO-SGE-GRP de fecha 13 de diciembre de 2017, se presenta LA EVALUACIÓN DE LA ABSOLUCIÓN DE OBSERVACIONES DEL PRIMER INFORME de la Elaboración del Expediente: "Mejoramiento de Logros de Aprendizaje de los Alumnos del Nivel Secundario en las Áreas de Ciencias y Tecnología de las 110 Instituciones Educativas del Departamento de Pasco", SNIP 371703; encontrándose **CONFORME**, en relación al requerimiento del contrato suscrito.

Gobierno Regional de Pasco

----- Continúa en la siguiente página -----



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

0000013

"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACIÓN NACIONAL"

<ul style="list-style-type: none"> Fecha entrega subsanación 2das Obs. 1er inf. Fecha límite p/entrega Subs. 2das Obs. 1er inf. N° de Días de retraso entr. Subs. 2das Obs. 1er inf. Aprobación del 1er Informe 	11/12/2017 11/12/2017 00 días calendario Informe Técnico N°056-2017- EVALUADOR ING.CVO- SGE-GRP Carta N° 215 -2017-GRP-GGR-GR//SG 14/12/2017 15 días calendario Carta N°012-2017/CONSORCIOESCOLAR/GG-GGR 21/12/2017 29/12/2017 00 días calendario
<ul style="list-style-type: none"> Fecha de notificación al Consultor de Obra Plazo otorgado p/Subsanación 2do Informe Documento entrega 2do Informe Fecha recepción 2do Informe Fecha límite p/entrega 2do Informe N° de Días de retraso de entrega 2do Informe 	Informe Técnico N°056-2017- EVALUADOR ING.CVO- SGE-GRP Carta 002 GPR-GGR-GR//SGE 10/01/2018 05 días calendario Carta N°001-2018/CONSORCIOESCOLAR/GG-GGR 15/01/2018 15/01/2018 00 días calendario
<ul style="list-style-type: none"> Tras Observaciones - Evaluación 2er Informe Fecha de notificación al Consultor de Obra Plazo otorgado p/Subsanación 1ras Obs. 2do Inf. Documento entr. Subsanación 1ras Obs. 2do Inf. Fecha entrega subsanación 1ras Obs. 2do Inf. Fecha límite p/entrega Subs. 1ras Obs. 2do Inf. N° de Días de retraso entr. Subs. 1ras Obs. 2do Inf. 	Informe Técnico N°056-2017- EVALUADOR ING.CVO- SGE-GRP Carta 002 GPR-GGR-GR//SGE 10/01/2018 05 días calendario Carta N°001-2018/CONSORCIOESCOLAR/GG-GGR 15/01/2018 15/01/2018 00 días calendario
<ul style="list-style-type: none"> 2ras Observaciones - Evaluación 2er Informe Fecha de notificación al Consultor de Obra Plazo otorgado p/Subsanación 2ras Obs. 2do Inf. Documento entr. Subsanación 2ras Obs. 2do Inf. Fecha entrega subsanación 2ras Obs. 2do Inf. Fecha límite p/entrega Subs. 2ras Obs. 2do Inf. N° de Días de retraso entr. Subs. 2ras Obs. 2do Inf. 	Informe Técnico N°015-2018- EVALUADOR ING.CVO Carta N°015 -2018-GRP-GGR-GR//SGE 12/02/2018 05 días calendario Carta N°002-2018/CONSORCIOESCOLAR/GG-GGR 18/02/2018 18/02/2018 00 días calendario
<ul style="list-style-type: none"> Aprobación del 2er Informe Fecha de notificación al Consultor de Obra Plazo p/entrega del 3er Informe Documento entrega 3er Informe Fecha recepción 3er Informe Fecha límite p/entrega 3er Informe N° de Días de retraso de entrega 3er Informe 	Informe Técnico N°020-2018- EVALUADOR ING.CVO Carta N° 27 -2018-GRP-GGR-GR//SG 19/03/2018 15 días calendario Carta N°08-2018/CONSORCIOESCOLAR/GG-GGR 02/04/2018 03/04/2018 00 días calendario
<ul style="list-style-type: none"> Tras Observaciones - Evaluación 3er Informe Fecha de notificación al Consultor de Obra Plazo otorgado p/Subsanación 1ras Obs. 3er Inf. Documento entr. Subsanación 1ras Obs. 3er Inf. Fecha entrega subsanación 1ras Obs. 3er Inf. Fecha límite p/entrega Subs. 1ras Obs. 3er Inf. N° de Días de retraso entr. Subs. 1ras Obs. 3er Inf. 	Informe Técnico N°077-2017- EVALUADOR ING.CVO Carta 200-2018-GRP-GGR-GR//SGE 12/07/2018 05 días calendario Carta N°014-2018/CONSORCIOESCOLAR/GG-GGR 13/07/2018 17/07/2018 00 días calendario

VI. CONCLUSIONES

Visto lo presentado por el consultor, y respecto la revisión A LA SUBSANACIÓN DE OBSERVACIONES CORRESPONDIENTE A LA EVALUACIÓN DEL TERCER INFORME de la Elaboración del Expediente Técnico: "Mejoramiento de Logros de Aprendizaje de los alumnos del Nivel Secundario en las Áreas de Ciencias y Tecnología de las 110 Instituciones Educativas del Departamento de Pasco". SNIP 371703; se deduce que a la fecha es **CONFORME** en relación al requerimiento del contrato suscrito.

VII. RECOMENDACIONES

- Notificar el presente al consultor la conformidad del servicio en relación al requerimiento del contrato suscrito.

Es cuanto informo a Usted para su atención y trámite correspondiente:

Atentamente:

GOBIERNO REGIONAL PASCO
SUBSECRETARÍA DE ESTUDIOS
EVALUADOR DE PROYECTOS

x

Gobierno Regional de Pasco

48. En efecto, el documento traído a la vista da cuenta que el Consorcio cumplió con entregar a la Entidad el Expediente Técnico conforme al requerimiento del Contrato. Este medio



probatorio no ha sido cuestionado por la Entidad mas allá del hecho de las presunciones de que sus propios funcionarios se han coludido con el Consorcio, lo cual de modo alguno lo invalida, no solo por ser una mera afirmación subjetiva que aún está en investigación, sino porque no logra formar la convicción necesaria de que lo ahí descrito no se ha dado en el plano de hechos; esto es, que el expediente técnico no se haya entregado en el plano de los hechos en los términos pactados en el Contrato, que termina siendo lo importante para analizar las consecuencias jurídicas de la conducta contractual de las partes, mas no de las delictivas, sobre el cual evidentemente este Tribunal Arbitral carece de competencia.

49. Así las cosas, no existiendo mérito alguno para que la Entidad no apruebe el Expediente Técnico entregado por el Consorcio en virtud del Contrato, corresponde ordenar su emisión, así como el consecuente pago del saldo de la contraprestación cuyo monto asciende a la suma de S/ 93,095.10 (Noventa y tres mil noventa y cinco con 10/100 soles), resultando fundadas las pretensiones primera y segunda de la demanda.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si los perjuicios alegados por la Entidad resultan amparables para no ordenar la devolución a favor del Consorcio del fondo de garantía de fiel cumplimiento del Contrato, ascendente a la suma de S/ 31,031.70 (Treinta y un mil treinta y uno con 70/100 soles).

50. A efectos de analizar la materia controvertida antes citada resulta pertinente desarrollar una síntesis de la posición que tienen las partes al respecto.

POSICIÓN DEL CONSORCIO

51. El Consorcio sustenta su postura sobre el punto controvertido antes citados en base a lo siguiente:



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

- El Consorcio sostiene que en virtud de la cláusula novena del Contrato la Entidad le retuvo como garantía de fiel cumplimiento la suma de S/ 31,031.70 (Treinta y un mil treinta y uno con 70/100 soles), con cargo a ser devuelto a la finalización del Contrato.

De este modo, sostiene que aprobado el expediente y efectuado el pago el contrato a culminado por lo que corresponde que la Entidad les devuelva la mencionada garantía.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

52. La Entidad absolvió los argumentos expuestos por el Consorcio conforme a lo siguiente:

- La Entidad alega que el Consorcio le ha ocasionado daños a razón de la colusión que argumenta existe entre sus funcionarios y el Consorcio, por lo que no puede ordenar la devolución de la garantía de fiel cumplimiento en la medida que le ocasionaría más daños.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

53. Del resumen libre de la posición de las partes se desprende que la controversia gira en torno a si el fondo económico retenido por la Entidad de los pagos parciales a efectos de garantizar el fiel cumplimiento del Contrato debe ser devuelta al Consorcio. Para analizar los aspectos debemos tener presente que, en materia civil, **la garantía es un mecanismo jurídico para proteger o asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en tiempo y forma.**

54. El la normativa de contratación la garantía de fiel cumplimiento está regulado en los siguientes artículos:

«Artículo 126.- Garantía de fiel cumplimiento



Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. **Esta debe mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.**

En caso se haya practicado la liquidación final y se determine un saldo a favor del contratista, la Entidad debe devolverle la garantía de fiel cumplimiento, aun cuando se someta a controversia la cuantía de ese saldo a favor.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios en general, así como los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, porcentaje que es retenido por la Entidad. En el caso de los contratos para la ejecución de obras, tal beneficio solo procede cuando:

- a) El procedimiento de selección original del cual derive el contrato a suscribirse sea una adjudicación simplificada;
- b) El plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y,



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

La retención se efectúa durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo» (El énfasis es nuestro).

55. De la norma antes citada se advierte con claridad que la garantía de fiel cumplimiento, cuando esté constituida por retenciones (como es el caso) se devolverá a la finalización del Contrato, salvo que esa garantía sirva para asegurar el compromiso de que una determinada obligación será cumplida en el tiempo y la forma pactada establecida en el Contrato.
56. En el presente caso, conforme lo hemos analizado apartados atrás, la Entidad debe otorgar la conformidad del servicio (aprobar el Expediente Técnico elaborado por el Consorcio) y efectuar el pago del saldo de la Contraprestación, consumándose con ello la finalización del Contrato, habida cuenta que ya no hay prestaciones pendientes de ejecución, correspondiendo por tanto ordenar a la Entidad devolver al Consorcio la garantía de fiel cumplimiento retenida de la contraprestación por la suma de S/ 31,031.70 (Treinta y un mil treinta y uno con 70/100 soles).
57. Notemos que si bien la Entidad ha señalado que se le habría ocasionado daños las partes no han pactado en el Contrato una fórmula de cálculo automático de tales daños para entender que se debe dar cumplimiento a ese requerimiento de la Entidad y, por tanto, que exista una obligación pendiente de ejecución. Así las cosas, la Entidad debe acudir al mecanismo de resolución de conflictos a efectos que se determine una reparación civil para que recién ella sea exigible al Consorcio; y, si esta proviene de un ilícito acordado (vgr, cohecho; corrupción), las consecuencias del impacto de tales hechos (vgr, penas y reparaciones) deben ser determinados por un juez en lo penal con las consecuencias que el cuerpo normativo penal establezca, no siendo competencia de este Tribunal Arbitral



determinar esos aspectos, pues nuestra competencia, en virtud del convenio arbitral suscrito por las partes, se limita a aspectos civiles o mercantiles del Contrato.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a qué parte y en qué proporción deben ser asumidos los costos que irrogó la activación y desarrollo del presente mecanismo de resolución de conflictos.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

58. Independientemente de que este aspecto haya sido sometido a conocimiento por ambas partes, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que de acuerdo con el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, éste debía ser uno de los puntos respecto de los cuales debía pronunciarse en el Laudo Arbitral, teniendo presente de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral.
59. En el presente caso, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, que se ha evidenciado que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica en la que se encontraban, este Tribunal Arbitral considera razonable que cada una de las partes asuma el 50% de los costos arbitrales decretados en el presente arbitraje (Honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral) y en su totalidad los demás costos arbitrales en los que hayan incurrido o comprometido pagar en el ejercicio de su defensa, deviniendo en infundada la cuarta pretensión de la demanda.
60. En el presente caso los honorarios netos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral fijados durante el proceso arbitral ascienden a S/ 7,914.00 y S/ 4,202.00, respectivamente, que hacen un total de S/ 12,116.00, los cuales debían ser asumidos por las partes en proporciones iguales, sin embargo, el Consorcio los asumió íntegramente, por lo que,



corresponde ordenar a la Entidad pagar al consorcio vía devolución la suma neta de S/ 6,058.00 (Seis mil cincuenta y ocho con 00/100 soles).

V. DECISIÓN

61. Previo a emitir los pronunciamientos es pertinente dejar constancia que para la expedición de este laudo se han analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado cada una de las pruebas aportadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.
62. Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral, en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO. – DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda, analizada en el primer punto controvertido; en consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad aprobar el Expediente Técnico del proyecto: «Mejoramiento de logros de aprendizaje de los alumnos del nivel secundario en las áreas de ciencias y tecnologías de las 110 instituciones educativas del departamento de Pasco», presentado por el Consorcio en virtud del Contrato.

SEGUNDO. – DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda, analizada en el segundo punto controvertido; en consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad pagar a favor del Consorcio la suma de S/ 93,095.10 (Noventa y tres mil noventa y cinco con 10/100 soles), correspondiente al saldo de la contraprestación conforme a lo pactado en el Contrato.

TERCERO. – DECLARAR FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda, analizada en el tercer punto controvertido; en consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad devolver al Consorcio la suma de S/ 31,031.70 (Treinta y un mil treinta y uno con 70/100 soles) retenida como garantía de fiel cumplimiento del Contrato.



Caso Arbitral Nro. 020-2018-CA/CCP

CUARTO. – DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda, analizada en el cuarto punto controvertido; en consecuencia, no corresponde condenar a la Entidad al pago de los costos arbitrales.

QUINTO. – DISPONER que las partes asuman el pago de la mitad de los costos arbitrales decretados en el presente arbitraje (honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos de la Secretaría Arbitral), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron como consecuencia de la activación del presente arbitraje; en consecuencia, corresponde ordenar a la Entidad devolver al Consorcio la suma de suma neta de S/ 6,058.00 (Seis mil cincuenta y ocho con 00/100 soles) correspondiente al pago de los costos arbitrales asumidos vía subrogación.

SEXTO. – REMITIR un ejemplar del presente Laudo Arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo -DAR- del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE.

Notifíquese. –

JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Árbitro Único