

Lima, 02 de abril de 2013

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Caso Arbitral: Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde vs. Corte Superior de Justicia de Huaura

Contrato: de Servicio de Consultoría N° 021-2008-P-CSJHA-PJ derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-1CONV para la Elaboración de Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil: "Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia Penal en las Provincias de Huaura, Barranca, Huaral, Cajatambo y Oyón de la Corte Superior de Justicia de Huaura"

Demandante:

Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde
En adelante el **CONSORCIO**

Demandado:

Corte Superior de Justicia de Huaura
En adelante la **ENTIDAD**

Árbitro Único:

Juan Huamaní Chávez

RESOLUCIÓN N° 25

Lima, 02 de abril de 2013.-

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 24 de julio de 2008, se suscribió el Contrato de Servicio de Consultoría N° 021-2008-P-CSJHA-PJ¹ derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-1CONV para la Elaboración de Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil: "Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia Penal en las Provincias de Huaura, Barranca, Huaral, Cajatambo y Oyón de la Corte Superior de Justicia de Huaura" entre el Consorcio San José Antonio Chumacero Calle - Juan Carlos Ferrer Valverde y la Corte Superior de Justicia de Huaura.

1. La Clausula Décimo Quinta del Contrato establece lo siguiente:

"Las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con la ejecución y/o interpretación del presente contrato será resuelta de manera definitiva mediante arbitraje de derecho, conforme a las disposiciones establecidas en la LEY, su REGLAMENTO y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje

El arbitraje será resuelto por un árbitro único/un Tribunal Arbitral, según lo dispuesto en el Artículo N° 278° del REGLAMENTO. A falta de acuerdo en la designación del (los) mismo(s) o del Presidente del Tribunal, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) conforme a las disposiciones administrativas del REGLAMENTO.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes, y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa."

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la Resolución del presente Contrato realizada por la ENTIDAD, el CONSORCIO procedió a remitir la

¹ Ver el Medio Probatorio "1" del escrito de Demanda presentado por el CONSORCIO el 16 de diciembre de 2009.

correspondiente solicitud de arbitraje con fecha 24 de julio de 2008, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Décimo Quinta del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 3) del Acta de Instalación del Árbitro Único, se dispuso que en virtud a lo establecido en el Convenio Arbitral contenido en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato, y en aplicación del Artículo 273º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento), el presente arbitraje sería, Nacional y de Derecho.

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

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único:

1. Mediante Resolución Nº 381-2009-OSCE-PRE de fecha 05 de octubre de 2009, el Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE señor Santiago B. Antúnez de Mayolo Morelli, resolvió designar como Árbitro Único al doctor Juan Huamaní Chávez, para que resuelva las controversias suscitadas en relación al Contrato de Servicio de Consultoría Nº 021-2208-P-CSJHA-PJ, que fuera suscrito por las partes con fecha 24 de julio de 2008, debido a la falta de acuerdo entre el Consorcio José Antonio Chumacero Calle - Juan Carlos Ferrer Valverde y la Corte Superior de Justicia de Huaura.
2. Así, con fecha 24 de noviembre de 2009, a las 15:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, donde se reunieron el Dr. Juan Huamaní Chávez, en su calidad de Árbitro Único, conjuntamente con el Dr. Franz Kundmüller Caminiti, Director Encargado de la Dirección de Arbitraje Administrativo

² Ver Clausula Décimo Quinta del Contrato, ubicada en el Medio Probatorio "1" del escrito de Demanda presentado por el CONSORCIO el 16 de diciembre de 2009.

del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, con el propósito de instalar al Árbitro Único, que se encargaría de resolver la presente controversia.

3. Cabe precisar que, en la referida Audiencia, únicamente se contó con la participación de la Corte Superior de Justicia de Huaura, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes del Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde, pese a haber sido debidamente notificados para la celebración de dicha diligencia en la hora y fecha señaladas.
4. Con fecha 16 de diciembre de 2009, el CONSORCIO presentó su escrito de demanda bajo la sumilla denominada: "*Presentación de Demanda Arbitral y Medios Probatorios*", la misma que fue admitida a trámite mediante Resolución N° 01 de fecha 29 de enero de 2010, corriéndose a su vez traslado de dicho escrito a la ENTIDAD, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada con la citada Resolución N° 01 cumpla con contestarla conforme a su derecho y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción.
5. Mediante escrito de fecha 23 de febrero de 2010 y dentro del plazo concedido para ello, la Corte Superior de Justicia de Huaura contestó la demanda, negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada. Asimismo, en el mismo escrito planteo reconvencción contra el CONSORCIO. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 02 de fecha 25 de febrero de 2010, requiriéndose a la ENTIDAD para que en un plazo de tres (3) días hábiles cumpla con presentar el medio probatorio N° 4.4., contenido en los medios probatorios que ofreció, ó de ser el caso, indique lo que estima correspondiente, bajo apercibimiento de no tenerlo por presentado.
6. Dentro del plazo concedido, la ENTIDAD cumplió con el requerimiento realizado, razón por la cual, mediante Resolución N° 03 de fecha 10 de junio de 2010, el Árbitro Único admitió a trámite la contestación de demanda y reconvencción formuladas por la Corte Superior de Justicia de Huaura, y tuvo por ofrecidos los medios probatorios indicados, y como consecuencia de ello, se corrió traslado de la reconvencción al CONSORCIO, para que en un plazo de diez (10) días hábiles de notificado, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.
7. A través de Resolución N° 04 de fecha 31 de agosto de 2010, el Árbitro Único dejó constancia de la falta de presentación de la contestación de la reconvencción por parte del CONSORCIO, a pesar de encontrarse debidamente notificada, conforme al respectivo cargo de notificación que obra en el expediente.

8. Conforme al estado del proceso, mediante Resolución N° 09 de fecha 24 de marzo de 2011, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día martes 12 de abril de 2011 a horas 10:00 a.m.; a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único.
9. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado – OSCE, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos con la inasistencia de ambas partes, no siendo factible que se concrete un acuerdo conciliatorio entre ellas. Acto seguido, se procedió a determinar los puntos controvertidos materia del arbitraje, las cuáles fueron identificados de la siguiente manera:

- **Derivadas de la Demanda presentada por el CONSORCIO:**

- i) Determinar si corresponde o no declarar nula la Resolución del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ indicada en la carta notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, la misma que fue entregada al demandante el 09 de enero de 2009, debido a que no se ha cumplido el procedimiento establecido para la resolución válida del contrato, previsto por el artículo 226° del Reglamento.
- ii) En caso se declare fundada la primera pretensión de la demanda, determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad demandada que remita los informes correspondientes al Contratista para que puedan subsanar las observaciones que contengan los mismos y, como corresponde, continúen con la ejecución del contrato.

- **Derivadas de la Reconvención presentada por la ENTIDAD:**

- iii) Determinar si corresponde o no entregar a la entidad la suma de S/. 34,580.00 Nuevos Soles, que corresponde al adelanto del 40% de la retribución económica pactada en la Cláusula Quinta del Contrato N° 021-

2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008 y que fuera entregado por la entidad a la aprobación del primer informe.

- iv) Determinar si corresponde o no entregar a la entidad la suma de S/. 4,322.50 Nuevos Soles, correspondiente a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por la demora de 24 días incurrida por el Consorcio en la presentación del segundo informe subsanado.

- **Pretensión en Común de las partes:**

- v) Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos derivados del presente arbitraje.

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

- **Medios Probatorios ofrecidos por el CONSORCIO:**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde en su escrito de demanda arbitral, ingresada con fecha 16 de diciembre de 2009, y mencionados en el acápite: "PRUEBAS", descritos en los numerales que van del 01. al 02.

- **Medios Probatorios ofrecidos por la ENTIDAD:**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Corte Superior de Justicia de Huaura en su escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 23 de febrero de 2010 y complementado mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2010, detallados en el acápite "IV. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS" descritos en los numerales que van del 4.1. al 4.13.

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

12. Mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de mayo de 2011, el Árbitro Único otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a partir de notificadas con dicha resolución, para que presenten sus alegatos y conclusiones finales, y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.
13. Con fecha 09 agosto de 2011, la Corte Superior de Justicia de Huaura, presentó su escrito de alegatos, el mismo que fuera atendido mediante Resolución N° 14 de fecha 25 de octubre de 2011. Asimismo, se debe indicar que en dicha resolución se dejó constancia que el Consorcio José Antonio Chumacero Calle - Juan Carlos Ferrer Valverde, no ejerció su derecho a presentar sus alegatos escritos.
14. Mediante Resolución N° 23 de fecha 07 de enero de 2013, se citó a las partes para la Audiencia de Informes Orales programada para el día martes 22 de enero de 2013 a horas 10:00 a.m. en la sede institucional de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.
15. Con fecha 22 de enero de 2013, en la hora fijada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, diligencia en la cual se dejó constancia de la inasistencia de la ENTIDAD a pesar de encontrarse debidamente notificada, conforme consta del cargo de notificación que obra en el expediente. En dicha audiencia, se otorgó el uso de la palabra a los representantes del CONSORCIO, realizando el Árbitro Único las preguntas pertinentes, las mismas que fueron debidamente absueltas; asimismo, debe indicarse que en dicha audiencia se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de notificada a las partes el acta de la audiencia realizada.
16. Finalmente, mediante Resolución N° 24 de fecha 04 de marzo de 2013, el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles adicionales, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 23) del Acta de Instalación de Árbitro Único teniendo en cuenta que este nuevo plazo se computará a partir de vencido el plazo inicial. Asimismo, en dicha resolución se señaló que una vez emitido el Laudo Arbitral, la Secretaría Arbitral contaría con cinco (5) días hábiles para notificar el referido Laudo a las partes.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por el Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Sr. Santiago B. Antúñez de Mayolo Morelli, mediante Resolución N° 381-2209-OSCE-PRE de fecha 05 de octubre de 2009.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda y formular reconvencción dentro de los plazos correspondientes.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptadas por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 12 de abril de 2011, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega

un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

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

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

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde declarar o no declarar nula la Resolución del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ indicada en la carta notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, la misma que fue entregada al demandante el 09 de enero de 2009, debido a que no se ha cumplido el procedimiento establecido para la resolución válida del contrato, previsto por el artículo 226° del Reglamento".

1.1 POSICIÓN DEL CONSORCIO

El CONSORCIO ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

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

Con fecha 24 de julio de 2008, la Corte Superior de justicia de Huaura y el Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde, celebraron el Contrato de Servicio de Consultoría N° 021-2008-P-CSJHA-PJ cuyo objeto era la elaboración de estudio de pre inversión a nivel de perfil: "Mejoramiento de los servicios de administración de Justicia Penal en las provincias de Huaura, Barranca, Huaral, Cajatambo y Oyón de la Corte Superior de Justicia de Huaura", por la suma ascendente a S/. 86,450.00 (Ochenta y Seis Mil Cuatrocientos Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles).

Dicho contrato se ejecutaría con la elaboración de 3 informes parciales y un informe final, liquidándose la contraprestación en 4 pagos, el primero equivalente a S/. 34, 580.00 (Treinta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles) y los tres restantes a S/: 17,290.00 (Diecisiete Mil Doscientos Noventa y 00/100 Nuevos Soles) cada uno, correspondientes a la aprobación de cada informe y con una tardanza de pago máxima de veinte (20) días posteriores a dicha aprobación.

El CONSORCIO refiere que, el primer informe fue aprobado mediante Oficio N° 3123-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 28 de agosto de 2008. Sin embargo, el pago correspondiente a dicho informe recién se efectuó el 09 de diciembre de 2008, generando un claro incumplimiento contractual que otorgó el derecho al demandante a resolver el contrato, lo cual no fue realizado en pos de la buena fe, buscando mantener las buenas relaciones con la otra parte y la adecuada ejecución de dicho contrato.

El segundo informe fue observado por la ENTIDAD mediante los Informes N° 148-2008-SEP-GP-GG-PJ, N° 149-2008-SEP-GP-GG-PJ, N° 150-2008-SEP-GP-GG-PJ y N° 151-2008-SEP-GP-GG-PJ todos de fecha 22 de setiembre de 2008. El CONSORCIO señala que dichas observaciones fueron levantadas por su representada en su momento conforme consta de su carta de fecha 17 de octubre de 2008.

Mediante Carta Notarial de fecha 09 de enero de 2009, la ENTIDAD comunicó al CONSORCIO la Resolución del Contrato, considerando está último que la referida resolución es nula por no haberse cumplido el procedimiento exigido en el Artículo 226° del Reglamento, debido a que en ningún momento se les ha informado

respecto las supuestas obligaciones incumplidas, ni tampoco se les ha remitido las observaciones a que se refiere la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008.

En atención a ello, el CONSORCIO afirma que no era posible subsanar observaciones que no fueron previamente comunicadas, lo que ciertamente origina la nulidad de la Resolución del Contrato.

Asimismo, el CONSORCIO asevera que el propio texto de la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, - que fuera remitida por el Dr. Luis Roberto Huayanca Mendoza de la Administración de la Corte Superior de Justicia de Huaura, resolviendo el Contrato - se aprecia que no detalló observación alguna que permitiese al CONSORCIO realizar la subsanación de las mismas, toda vez que solo se limita a señalar: *"... observando el segundo informe presentado ... por lo que los requerimos para que cumplan con subsanar las observaciones etc."*

Por otro lado, el CONSORCIO afirma que la ENTIDAD no adjuntó en folio aparte las observaciones, lo cual puede ser comprobable porque hubiera sido percibido en el texto de la carta de resolución contractual. Asimismo, no se advierte que existan huellas en dicho documento de haberse engrampado documento anexo alguno.

En atención a lo expuesto, el CONSORCIO asevera que se ha vulnerado el debido procedimiento, el cual es un derecho fundamental de toda persona y que el Tribunal Constitucional ha dejado establecido en Sentencia de carácter vinculante, que, no permitiéndose el derecho de defensa dentro de algún proceso o procedimiento, se vulnera este derecho fundamental, derecho extensivo no solo a los procedimientos de entidades del Estado, sino también a particulares, inclusive en el caso de sociedades mercantiles.

En consecuencia, el CONSORCIO recalca que su único argumento de haber sido privado del derecho a defenderse frente a la argumentación no sustentada que les permitiese presentar la subsanación debida para la continuación de vigencia del Contrato conforme se prueba con la carta de fecha 12 de diciembre de 2008.

Finalmente, el demandante basa su petitorio en el Artículo N° 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S. N° 084-2004- PCM.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho a los que hace referencia la Corte Superior de Justicia de Huaura, respecto a este punto controvertido:

En cumplimiento a lo estipulado en el Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ, el CONSORCIO cumplió con presentar su Primer Informe el 24 de julio de 2008, el mismo que fuera aprobado por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD mediante Oficio N° 214-2008-GP-GG-PJ de fecha 28 de agosto de 2008. Dicho Oficio fue notificado al CONSORCIO mediante Oficio N° 3123-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 29 de agosto de 2012.

En relación a la presentación del Segundo Informe, conforme a las Bases Integradas y a la Propuesta presentada, el CONSORCIO tenía 20 días calendarios para presentar este informe plazo que vencía el 13 de agosto de 2008; sin embargo, este fue presentado recién el 15 de setiembre de 2008.

Mediante Oficio N° 234-2008-GP-GG-PJ de fecha 23 de setiembre de 2008, el Segundo Informe fue observado por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD, procediéndose a notificar con la observación referida al CONSORCIO el 13 de octubre de 2008, a fin de que este cumpla con subsanar la observación advertida a dicho informe.

El CONSORCIO presentó con fecha 17 de octubre de 2008, el Informe mediante el cual subsanaba las observaciones advertidas mediante Oficio N° 234-2008-GP-GG-PJ subsanación que, fue observada por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD mediante Oficio N° 250-2009-GP-GG-PJ de fecha 29 de octubre de 2008. En tal sentido, mediante Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA/PJ de fecha 31 de octubre de 2008, se comunicó al CONSORCIO que nuevamente tiene que subsanar las observaciones advertidas al Segundo Informe, otorgándosele un plazo de 72 horas improrrogables a efectos de que presenten un nuevo informe levantando las observaciones, plazo que vencía el 03 de noviembre de 2008.

El CONSORCIO no cumplió con presentar el informe levantando las observaciones dentro del plazo establecido; por lo que mediante Oficio N° 3842-2008-OA-CSJHA/PJ de fecha 04 de noviembre de 2008, se notificó al CONSORCIO que se le

procedería a aplicar las penalidades establecidas en la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ.

El CONSORCIO, recién cumplió con presentar la segunda subsanación al Segundo Informe el día 28 de noviembre de 2008. Mediante Oficio N° 300-2008-GP-GG-PJ de fecha 09 de diciembre de 2008, emitido por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD se observó por tercera vez el Informe remitido por el CONSORCIO.

La Corte Superior de Justicia de Huaura procedió a remitir al Consorcio San José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, la misma que fue notificada al demandante el 15 de diciembre de 2008; a través de la cual, le requiere que en el término de cinco (05) días útiles, cumpla con subsanar las observaciones formuladas por la Gerencia de Planificación. El referido plazo terminaba el 22 de diciembre de 2008.

Estando a lo expuesto, la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD, observó por tres veces el Segundo Informe y, pese a los requerimientos efectuados para el levantamiento de las observaciones advertidas, el CONSORCIO no levantó las observaciones; razón por la cual, la ENTIDAD teniendo presente el reiterado incumplimiento por parte del CONSORCIO decidió resolver el Contrato mediante Resolución Administrativa N° 376-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 30 de diciembre de 2008, la misma que fue emitida por el Presidente de la Corte Superior de justicia de Huaura, siendo notificada al demandante mediante Carta Notarial de fecha 09 de enero de 2009.

Asimismo, la ENTIDAD advierte que el CONSORCIO ha manifestado en su escrito de demanda que ellos no han sido informados de las supuestas obligaciones incumplidas, ni tampoco se les han remitido las observaciones a que se refiere la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008; por lo que, sostienen, que no les era posible subsanar las observaciones debido a que no fueron previamente comunicadas, además de no habersele adjuntado en folio aparte las observaciones, y como prueba de esas afirmaciones, el CONSORCIO declara que en la hoja de papel no existe huella de grapas que demuestre que existieron documentos adheridos a ella.



La ENTIDAD también refiere que, cuando notificaba al CONSORCIO con cada una de las observaciones advertidas al Segundo Informe, siempre acompañó a las comunicaciones copias de los Informes Técnicos correspondientes.

La demandada señala que, en virtud de las reiteradas comunicaciones cursadas al CONSORCIO, a fin de que esta pueda subsanar las observaciones que fueran advertidas a la presentación de su Segundo Informe, comunica al CONSORCIO mediante Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, para que en un plazo de cinco (05) días proceda a levantar las observaciones formuladas por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD, bajo apercibimiento de resolver el contrato de acuerdo a lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento y al Contrato N° 021-2008-P-CSJHA.

Asimismo, la ENTIDAD refiere que, el CONSORCIO tenía cinco (05) días para levantar las observaciones, sin embargo no presentó informe ni escrito alguno levantando las observaciones o siquiera haciendo algún reparo u observación a lo expresado en la Carta Notarial del 12 de diciembre de 2008. Por tal motivo, la ENTIDAD, en estricta aplicación a lo establecido en el inciso c) del Artículo 41º, en concordancia con el Artículo 45º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y con los Artículos 225º y 226º de su Reglamento, así como de la Resolución Administrativa N° 376-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 30 de noviembre de 2008, procedió a resolver en forma total el Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ.

La Entidad también añade que, la Carta Notarial de Resolución de Contrato fue notificado al CONSORCIO el día 09 de enero de 2009, siendo contestada por este mediante Carta Notarial de fecha 22 de enero de 2009, alegando lo siguiente: *"... la carta notarial cursada por vuestra entidad con fecha 12 de diciembre de 2008, no precisa cuáles son las observaciones formuladas por vuestra entidad que deben ser subsanadas"*. Asimismo, mediante la referida Carta Notarial, el CONSORCIO señaló que la ENTIDAD no ha seguido el procedimiento de resolución contractual establecido en el Artículo 226º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La Corte Superior de Justicia de Huaura, concluye su defensa sobre este punto controvertido, en las siguientes conclusiones:

- El CONSORCIO no ha demostrado legalmente que la ENTIDAD no haya cumplido con anexar los Informes Técnicos que sustentaban las observaciones formuladas en la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008.
- La ENTIDAD, asegura haber acreditado, que el requerimiento realizado mediante la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008 y la posterior Carta Notarial de fecha 09 de enero de 2009, cumple con todas las condiciones y procedimientos establecidos en el Artículo 226º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Finalmente, la ENTIDAD basa su petitorio en los Artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. Nº 012-2001-PCM y su Reglamento D.S. Nº 012-2001-PCM.

1.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

"Determinar si corresponde declarar o no declarar nula la resolución del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ indicada en la carta notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, la misma que fue entregada al demandante el 09 de enero de 2009, debido a que no se ha cumplido el procedimiento establecido para la resolución válida del contrato, previsto por el artículo 226º del reglamento".

Antes de analizar el presente punto controvertido, cabe indicar que la presente controversia surge de la celebración del Contrato de Servicio de Consultoría N° 021-2008-P-CSJHA-PJ⁴ derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-1CONV para la Elaboración de Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil: "Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia Penal en las Provincias de Huaura, Barranca, Huaral, Cajatambo y Oyón de la Corte Superior de Justicia de Huaura", suscrito entre el Consorcio San José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde y la Corte Superior de Justicia de Huaura.

En razón a lo expuesto, tenemos que las controversias que se presenten en la interpretación, ejecución, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del Contrato de Servicio de Consultoría celebrado, deberán solucionarse mediante arbitraje de

⁴ Ver el Medio Probatorio "1" del escrito de Demanda presentado por el CONSORCIO el 16 de diciembre de 2009.

derecho, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ.

Por otro lado, para llevar a cabo un análisis correcto y ordenado de este punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos más relevantes y relacionados, de forma directa, con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato para el Servicio de Consultoría y a la Resolución del Contrato llevada a cabo por la ENTIDAD.

Así pues, con fecha 24 de julio de 2008, el Consorcio San José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde y la Corte Superior de Justicia de Huaura suscribieron el Contrato de Servicio de Consultoría N° 021-2008-P-CSJHA-PJ derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-1CONV para la Elaboración de Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil: "Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia Penal en las Provincias de Huaura, Barranca, Huaral, Cajatambo y Oyón de la Corte Superior de Justicia de Huaura".

En ese sentido, la Cláusula Cuarta del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ señala que el CONSORCIO se obligaba, sin estar subordinada a la ENTIDAD, a proveer el Servicio de Consultoría para la Elaboración de Estudio de Pre Inversión a Nivel de Perfil de Mejoramiento de los Servicios de Administración de Justicia Penal en las Provincias de Huaura, Barranca, Huaral, Cajatambo y Oyón de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de conformidad con los términos contenidos en el Contrato y anexos, lo estipulado en las Bases Integradas y la Propuesta Técnica y Económica adjudicada, los cuales forman parte integrante del Contrato.

Igualmente, la Cláusula Quinta del presente Contrato indica que: *"El servicio objeto del presente contrato está sujeto a los Términos de referencia contenidos en las Bases Integradas de la ADS N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-1CONV; y, la propuesta técnica y económica adjudicada, todo lo cual forma parte integrante del presente contrato"*.

Al respecto, en el numeral 5 de los Términos de Referencia contenido en el Capítulo IV de las Bases de la Adjudicación Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-PJ – Primera Convocatoria se señaló lo siguiente: *"La metodología de trabajo que seguirá el Consultor corresponde a: (...) e) Elaboración de los Informes del estudio convenido."*

De la misma manera, el numeral 9 de los Términos de Referencia contenido en el Capítulo IV de las Bases de la Adjudicación Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-PJ – Primera Convocatoria establece que: "El consultor presentará tres (03) informes para la revisión y aprobación respectiva: **Primer Informe:** Será presentado a la Gerencia de Planificación a los tres (03) días calendario de suscrito el contrato (...) **Segundo Informe:** A los veinte (20) días calendario de presentado el Primer Informe (...) **Tercer Informe:** A los veintidós (22) días calendario de presentado el Segundo Informe".

En relación al Primer Informe debemos indicar que el CONSORCIO contaba con tres (03) días calendario contados a partir del día siguiente de suscrito el Contrato, para presentar el citado informe; siendo que el Contrato se suscribió el 24 de julio de 2008, el plazo para presentar el Primer Informe vencía el 27 de julio de 2008.

Con fecha 24 de julio de 2008 y dentro del plazo establecido, el CONSORCIO cumplió con presentar el Primer Informe, el mismo que mediante Oficio N° 214-2008-GP-GG-PJ de fecha 28 de agosto de 2008⁵, es aprobado por la Gerencia de Planificación de la Entidad., Dicho oficio fue notificado al CONSORCIO, mediante Oficio N° 3123-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 28 de agosto de 2008⁶.

En cuanto al Segundo Informe debemos indicar que el CONSORCIO contaba con veinte (20) días calendario de presentado el Primer Informe, para presentar el Segundo Informe; siendo que el Primer Informe se presentó el 24 de julio de 2008, el plazo para presentar el Segundo Informe vencía el 13 de agosto de 2008. Sin embargo, el CONSORCIO recién presenta el Segundo Informe el 15 de setiembre de 2008.

No obstante, mediante Oficio N° 234-2008-GP-GG-PJ de fecha 23 de setiembre de 2008, la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD formula observaciones al Segundo Informe. El CONSORCIO fue notificado el 13 de octubre de 2008, con el Oficio N° 3311-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 10 de octubre de 2008⁷, a través del cual la

⁵ Ver Medio Probatorio 4.3 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010

⁶ Ver Medio Probatorio 4.4 del escrito de Subsanción a la Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 17 de marzo de 2010

⁷ Ver Medio Probatorio 4.6 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

ENTIDAD pone en conocimiento las observaciones formuladas, otorgando al CONSORCIO un plazo de cuatro (04) días calendario – según los términos de referencia – a fin de que cumpla con subsanar las observaciones advertidas. Lo más resaltante del citado Oficio N° 3311-2008-OA-CSJHA-PJ es lo siguiente:

*"Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarlo cordialmente y **a la vez hacerle llegar copia de los informes 147, 148, 149, 150, 152-2008-SEP-GP-PJ, donde se realizan las observaciones***⁸ *con respecto a los informes presentados por su parte ...".*

Al respecto, en atención a las observaciones formuladas, el CONSORCIO con fecha 17 de octubre de 2008 y dentro del término establecido, presentó el Informe respectivo mediante el cual subsanaba las observaciones advertidas mediante Oficio N° 234-2008-GP-GG-PJ. De la revisión de este nuevo informe la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD mediante Oficio N° 250-2009-GP-GG-PJ de fecha 29 de octubre de 2008, observa por segunda vez (El subrayado es nuestro) el Segundo Informe presentado por el CONSORCIO.

Posteriormente, la ENTIDAD mediante Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 31 de octubre de 2008⁹, comunicó al CONSORCIO que nuevamente tienen que subsanar las observaciones levantadas al Segundo Informe, otorgándosele al CONSORCIO un plazo de setenta y dos (72) horas improrrogables a efectos de que presente un nuevo informe levantando las observaciones. Es relevante destacar de lo indicado en el Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA-PJ lo siguiente:

*"Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente, y a la vez hacerle llegar copia de los informes 173, 174, 175, 176, 177-2008-SEP-GP-PJ, donde **nuevamente se han realizado observaciones al segundo informe. En tal sentido manifiesto mi preocupación ya que en el estudio presentado no se han levantado las observaciones realizadas en la evaluación anterior, persistiendo dichas***

⁸ El sombreado es nuestro.

⁹ Ver Medio Probatorio 4.7 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

observaciones; las cuales se detallan en los 5 informes que remitimos.

*Asimismo se les da un plazo de 72 horas improrrogables para presentar nuevamente el segundo informe subsanado con la consecuencia de que se les aplique la penalidad¹⁰ estipulada en el contrato y las bases integradas.
(...)”*

A pesar de lo indicado por la ENTIDAD, el CONSORCIO no cumplió con presentar el informe levantando las observaciones dentro del plazo establecido; por lo que, mediante Oficio N° 3842-2008-OA-CSJHA/PJ de fecha 04 de noviembre de 2008¹¹, la ENTIDAD le comunicó a su contraria que procedería a aplicarle las penalidades establecidas en la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ.

No obstante, el CONSORCIO cumplió con presentar la segunda subsanación al Segundo Informe recién el día 28 de noviembre de 2008. De la revisión de esta segunda subsanación la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD mediante Oficio N° 300-2008-GP-GG-PJ de fecha 09 de diciembre de 2008, observó por tercera vez (El subrayado es nuestro) la subsanación de observaciones presentada por el CONSORCIO.

Conforme se puede apreciar del Oficio N° 300-2008-GP-GG-PJ de fecha 09 de diciembre de 2008¹², la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD indica a la letra lo siguiente: “(...) de la revisión y evaluación realizada, se ha constatado que el contenido de los mismos aún presentan observaciones, en la medida que no se ajustan a las exigencias de los Términos de Referencia elaborados para dicho estudio. (...)”, La ENTIDAD a través de Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008¹³, comunicó al CONSORCIO que por tercera vez y mediante Oficio N° 300-2008-GP-GG-PJ la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD ha observado el

¹⁰ El sombreado es nuestro.

¹¹ Ver Medio Probatorio 4.8 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010

¹² Ver Medio Probatorio 4.9 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

¹³ Ver Medio Probatorio 4.10 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

segundo informe presentado, razón por la cual, requieren que cumplan con subsanar las observaciones en el término de cinco (05) días hábiles, bajo apercibimiento de que se proceda a la Resolución de Contrato. El plazo máximo para dicha subsanación venció el 22 de diciembre de 2008.

Siendo que el CONSORCIO no cumplió con levantar las observaciones, la ENTIDAD a través de Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008¹⁴, notificó al CONSORCIO la Resolución Administrativa N° 376-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 30 de diciembre de 2008, a través de la cual se procedió a la Resolución de Contrato.

Ahora bien, habiendo establecido los hechos relevantes del presente punto controvertido y la normativa aplicable al presente arbitraje, corresponde que este Árbitro Único verifique si la Resolución de Contrato realizada por la ENTIDAD cumple con el procedimiento de fondo y formal establecido en el Artículo 226° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado. Al respecto, se debe tener presente el literal c) del Artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que regula la Resolución de Contrato por Incumplimiento¹⁵. Asimismo, el Artículo 224° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, el cual establece que:

"Artículo 224°.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. (...)"

Ahora bien, las causales para que se dé una Resolución de Contrato son las dispuestas en el Artículo 225° del citado Reglamento:

¹⁴ Ver Medio Probatorio 4.11 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

¹⁵ **"c) Resolución de Contrato por Incumplimiento:** En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento."

"Artículo 225°.- Causales de resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en el 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 penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

El contratista podrá solicitar la resolución de contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226°."

Asimismo, el doctor Retamozo Linares¹⁶ indica que "El literal c) del Artículo 40° de la LCE dispone que ante el incumplimiento por parte del Contratista de sus obligaciones, las mismas que han debido ser previamente observada por la Entidad y no subsanadas por el Contratista, la Entidad podrá resolver el Contrato en forma parcial o total; observación que debe materializarse a través de una Carta Notarial que debe tener como contenido la decisión y el motivo que la justifica (...)".

De lo señalado en los párrafos precedentes podemos advertir que para que una resolución de contrato proceda es necesario que ésta este enmarcada en una de las causales de resolución, y siempre y cuando, ésta haya sido solicitada de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 226¹⁷ del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

¹⁶ **RETAMOZO LINARES**, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. En: Juristas Editores E.I.R.L. Lima, 2009. Pág. 536.

¹⁷ **"Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato**

En el caso en concreto podemos identificar que la ENTIDAD mediante Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁸, visada por el Notario Público de Lima Dr. Aurelio Díaz Rodríguez comunicó al CONSORCIO a la letra lo siguiente:

*"(...) la empresa que ustedes dirigen **no ha cumplido con las obligaciones contractuales asumidas, ya que por tercera vez** y mediante oficio N° 300-2008-GP-GG-PJ la Gerencia de Planificación remite los Informes técnicos 203, 204, 205, 206, 207-2008-SEP-GP-GG-PJ, observando el segundo informe presentado, por lo que los **requerimos para que cumplan con subsanar las observaciones en el término de 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato**¹⁹ (...)".*

Pese al apercibimiento realizado por la ENTIDAD, el CONSORCIO continuó con el incumplimiento de sus obligaciones, por lo que la Corte Superior de Justicia de Huaura decidió continuar con el procedimiento de Resolución de Contrato, remitiendo por ello la Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008²⁰, la misma que fue visada por el Notario Público de Lima Dr. Aurelio Díaz Rodríguez, en la cual se estableció lo siguiente:

*"(...) Consecuente, **el Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ queda resuelto de pleno derecho a partir de la notificación con la presente**²¹, poniendo en su conocimiento que dichos documentos serán remitidos al Consejo Superior de Contrataciones y*

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. (...)".

¹⁸ Ver Medio Probatorio 4.10 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

¹⁹ El sombreado es nuestro.

²⁰ Ver Medio Probatorio 4.11 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

²¹ El sombreado es nuestro.

Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, para que actúe conforme a sus atribuciones”.

De lo expuesto en la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, se advierte que la ENTIDAD cumple con identificar la causal de resolución de contrato, emplazando válidamente a su contraria con la respectiva Carta Notarial. En dicha carta notarial, la ENTIDAD solicita al CONSORCIO el cumplimiento de sus obligaciones por un plazo de 5 días, bajo apercibimiento de Resolución del Contrato, cumpliendo con ello, conforme se ha indicado precedentemente, con la formalidad establecida en la normativa de Contrataciones para tales efectos (de conformidad con el primer párrafo del Artículo 226° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

Asimismo, cabe precisar que la validez de la fundamentación de dicho emplazamiento (último requerimiento de cumplimiento), corresponde a que el objeto del Contrato materia de litis es el servicio de consultoría, exactamente la elaboración de informes; por lo que, no habiendo el CONSORCIO cumplido - con levantar las observaciones advertidas al Segundo Informe - las obligaciones contraídas a fin de que se dé cumplimiento al objeto del Contrato, a decir de este Árbitro Único, válidamente se requiere dicho cumplimiento y, posteriormente, ante la persistencia del mismo, se puede proceder con la Resolución del Contrato.

Cabe precisar, que por Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, la ENTIDAD Resuelve el Contrato - en vista del incumplimiento de su contraria -, de conformidad con el Artículo 226°²² del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

²² **“Artículo 267.- Efectos de la resolución del contrato de obras**

(....) La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y se levantará un acta. Si alguna de ellas no se presenta, la otra levantará el acta. Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el Artículo 269°.

(...)

En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, esta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por cien (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar.

Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.”

Por las razones expuestas, el Árbitro Único considera que, de acuerdo al análisis llevado a cabo y esbozado en los párrafos anteriores, corresponde indicar que la Resolución del Contrato realizada por la Corte Superior de Justicia de Huaura cumple con la formalidad prescrita en el Artículo 226º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y esto debido a que, dicha ENTIDAD ha cumplido con otorgarle al CONSORCIO el plazo establecido en el artículo antes mencionado para que cumpla con las obligaciones que se encontraban a su cargo.

En tal sentido, el Árbitro Único resuelve declarar INFUNDADO el primer punto controvertido de la demanda, y en consecuencia, no declara la nulidad de la Resolución de Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ indicada en la Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, la misma que fue entregada al demandante el 09 de enero de 2009, debido a que sí se ha cumplido con el procedimiento establecido para la resolución válida del contrato, prevista en el Artículo 226º del Reglamento.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

"En caso se declare fundada la primera pretensión de la demanda, determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad demandada que remita los informes correspondientes al CONSORCIO para que puedan subsanar las observaciones que contengan los mismos y, como corresponde, continúen con la ejecución del contrato".

2.1 POSICIÓN DEL CONSORCIO

El CONSORCIO ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Mediante Carta Notarial de fecha 09 de enero de 2009, la ENTIDAD comunicó al CONSORCIO la Resolución del Contrato, considerando este que la referida resolución es nula por no haberse cumplido el procedimiento exigido por el Artículo 226º del Reglamento, pues en ningún momento se le ha remitido las observaciones a que se refiere la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008.

En ese sentido, el CONSORCIO señala que no ha sido informado de las supuestas obligaciones incumplidas, ni tampoco que se hayan remitido las observaciones a que se refiere la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008. En atención a ello, el CONSORCIO afirma que no era posible subsanar observaciones que no fueron previamente comunicadas, lo que ciertamente origina la nulidad de la Resolución del Contrato.

Asimismo, el CONSORCIO asevera que el propio texto de la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, que fuera remitida por el Dr. Luis Roberto Huayanca Mendoza Administrador de la Corte Superior de Justicia de Huaura, por medio de la cual, se requiere la subsanación de las observaciones, se aprecia que no detalló observación alguna, que permitiese al CONSORCIO la subsanación de las mismas, toda vez que solo se limita a señalar lo siguiente: *"... observando el segundo informe presentado ... por lo que los requerimos para que cumplan con subsanar las observaciones ..."*.

Por otro lado, el CONSORCIO afirma que la ENTIDAD no adjuntó en folio aparte las observaciones, lo cual puede ser comprobable porque hubiera sido percibido en el texto de la carta de resolución contractual; asimismo, no se advierte que existan huellas en dicho documento de haberse engrampado documento anexo alguno.

En atención a lo expuesto, el CONSORCIO asevera que se ha vulnerado el debido procedimiento, el cual es un derecho fundamental de toda persona; y que el Tribunal Constitucional ha dejado establecido en Sentencia de carácter vinculante, que, no permitiéndose el derecho de defensa dentro de algún proceso o procedimiento, se vulnera este derecho fundamental, derecho extensivo no solo a los procedimientos de entidades del Estado, sino también a particulares, inclusive en el caso de sociedades mercantiles.

Finalmente, el demandante basa su petitorio en el Artículo 226º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. Nº 084-2004-PCM.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho que presenta la Corte Superior de Justicia de Huaura respecto a dicha pretensión:

La ENTIDAD afirma que resolvió el Contrato mediante Carta Notarial que fue notificada al CONSORCIO el día 09 de enero de 2009, en atención a que este no realizó subsanación ni absolución alguna a la Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, mediante la cual se le observaba el Segundo Informe por tercera vez.

Asimismo, refiere que, el CONSORCIO contestó la Carta Notarial que resolvía el Contrato a través de Carta Notarial, notificada a la ENTIDAD el 22 de enero de 2009, alegando que: *"... la carta notarial cursada por vuestra entidad con fecha 12 de diciembre de 2008, no precisa cuáles son las observaciones formuladas por vuestra entidad que deben ser subsanadas"*. Además, mediante la referida Carta Notarial, el CONSORCIO señala que la ENTIDAD no ha seguido el procedimiento de resolución contractual establecido por el Artículo 226º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

La ENTIDAD manifiesta que lo aseverado por el CONSORCIO en su Carta Notarial que le fuera notificada el 22 de enero de 2009, resulta contradictorio, con la conducta seguida por la Jefatura de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Justicia de Huara, toda vez que esta dependencia, en cada oportunidad en que era notificada una observación al CONSORCIO, se anexaban todos los Informes Técnicos remitidos por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD, las cuales fueron realizadas en las tres oportunidades que fueron observados los Informes presentados por el CONSORCIO.

Finalmente, en el supuesto negado que la ENTIDAD no hubiera remitido los anexos de las observaciones formuladas en su Carta Notarial de fecha 12 de diciembre de 2008, el CONSORCIO no formuló observación alguno a la referida carta, es decir, esperó que transcurrieran 38 días para recién alegar supuestamente la no recepción de los anexos.

La ENTIDAD basa su defensa sobre este punto en los Artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 083-2004-PCM y su Reglamento D.S. N° 084-2004-PCM.

2.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

"En caso se declare fundada la primera pretensión de la demanda, determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad demandada que remita los informes correspondientes al CONSORCIO para que puedan subsanar las observaciones que contengan los mismos y, como corresponde, continúen con la ejecución del contrato".

Respecto a este punto controvertido de la demanda arbitral, cabe indicar que éste deriva del análisis del punto controvertido precedente; por tanto, al haberse declarado la validez de la Resolución de Contrato realizada por la ENTIDAD, mediante Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008, corresponde que el Árbitro Único declare infundada la presente pretensión, toda vez que al ser accesoria a la primera pretensión, ésta sigue la misma suerte que la principal.

En tal sentido, al haberse declarado válida la Resolución de Contrato realizada por la Corte Superior de Justicia de Huaura corresponde que se declare INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda, y en consecuencia, no corresponde ordenar a la ENTIDAD demandada que remita los informes correspondientes al CONSORCIO para que pueda subsanar las observaciones que contengan los mismos y, mucho menos que continúe con la ejecución del Contrato.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no entregar a la entidad la suma de S/. 34,580.00 Nuevos Soles, que corresponde al adelanto del 40% de la retribución económica pactada en la Cláusula Quinta del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008 y fue entregado por la Entidad a la aprobación del Primer Informe".

3.1 POSICIÓN DEL CONSORCIO

El presente punto controvertido deriva de la interposición de la Reconvención planteada por la ENTIDAD; sin embargo, se debe indicar que el CONSORCIO no procedió a presentar escrito alguno mediante el cual emita pronunciamiento respecto a lo planteado en la reconvención; no existiendo así, posición de ésta parte sobre el presente punto controvertido.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho que presenta la ENTIDAD respecto a dicha pretensión:

La ENTIDAD señala que, si bien es cierto que el pago realizado al CONSORCIO ha sido producto de la conformidad en la entrega del Primer Informe presentado, este forma parte de un servicio de consultoría que nunca fue completado ni entregado dentro de los plazos establecidos y que ameritó la Resolución del Contrato; por lo que, solicitan el reintegro del adelanto entregado al CONSORCIO como indemnización por los daños y perjuicios.

La ENTIDAD sostiene dicha pretensión en base a los Artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 083-2004-PCM y su Reglamento D.S. N° 084-2004-PCM.

3.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

"Determinar si corresponde o no entregar a la entidad la suma de S/. 34,580.00 Nuevos Soles, que corresponde al adelanto del 40% de la retribución económica pactada en la Cláusula Quinta del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008 y fue entregado por la Entidad a la aprobación del Primer Informe".

Al respecto, en el numeral 5 de los Términos de Referencia contenido en el Capítulo IV de las Bases de la Adjudicación Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-PJ - Primera Convocatoria se expresa lo siguiente:

"La metodología de trabajo que seguirá el Consultor corresponde a:

- a) *Coordinaciones pertinentes con la Presidencia y Administración de la Corte Superior de Justicia de Huaura, en calidad de unidad Formuladora del estudio y con magistrados de las Salas y Juzgados involucrados en el Proyecto (Comisión Distrital de Implementación del CPP).*

- b) *Preparación del Plan de Trabajo (Comprenden actividades de campo y gabinete) y Cronograma de Actividades.*
- c) *Recopilación de información de acuerdo al Plan de Trabajo propuesto y aprobado.*
- d) *Procesamiento y análisis de la información recogida.*
- e) **Elaboración de los Informes del estudio convenido.**
 - f) *Remisión de los informes del estudio convenido.*
 - g) *Remisión de los informes del estudio a la Unidad Formuladora y la Gerencia de Planificación.*
 - h) *Levantamiento de observaciones a los informes presentados.*
 - i) *Remisión del Informe Final."*

De la misma manera, el numeral 9 de los Términos de Referencia contenido en el Capítulo IV de las Bases de la Adjudicación Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-PJ – Primera Convocatoria, establece lo siguiente:

"(...)

Primer Informe

Será presentado a la Gerencia de Planificación a los tres (03) días calendario de suscrito el Contrato, conteniendo el Plan de Trabajo detallado (tanto de campo, como de gabinete) y el Cronograma de Actividades del desarrollo de la Consultoría. La Gerencia de Planificación del poder judicial emitirá el Primer Informe a los tres (03) días calendario de recibido el citado informe.

En caso de presentarse observaciones al Primer Informe, el Consultor deberá subsanarlos en un plazo de dos (02) días calendario de recibido, para que luego la Gerencia de Planificación lo apruebe en un plazo máximo de dos (02) días calendario.

Segundo Informe

A los veinte (20) días calendario de presentado el Primer Informe, y deberá contener lo siguiente:

(...)

La Unidad Formuladora de la Corte Superior de Justicia de Huaura, emitirá el Segundo Informe a los cinco (05) días calendario de recibido el citado informe. En caso de presentarse observaciones, el Consultor deberá levantarlas en un plazo de cuatro (04) días calendario de recibido el Segundo Informe sin observación y la Unidad Formuladora lo aprobará máximo en un plazo de cuatro (04) días calendario.

Tercer Informe

A los veinte y dos (22) días calendario de presentado el Segundo Informe, y deberá contener, además de lo anteriormente presentado, lo siguiente:

(...)”

De esta manera, tenemos que el Servicio de Consultoría que el CONSORCIO se obligaba a realizar a favor de la ENTIDAD, tenía como prestación la entrega de tres (03) Informes y un Informe Final, los cuales estaban sujetos a ser observados o no por parte de la ENTIDAD.

De la misma manera, en la Cláusula Séptima del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008, establece lo siguiente;

*“Se liquidará porcentualmente en cuatro pagos, cumpliendo con la totalidad del monto pactado según aprobación de los informe por la Gerencia de Planificación y Presupuesto de la Gerencia General del Poder Judicial. **El pago se efectuará como máximo dentro de los veinte (20) días posteriores a la aprobación de los informes, según los términos de referencia contenidos en las Bases Integradas objeto del presente contrato²³, (...)”***

²³ El sombreado es nuestro.

Asimismo, el numeral 10 de los Términos de Referencia contenido en el Capítulo IV de las Bases de la Adjudicación Selectiva N° 005-2008-S-CEP-CSJHA-PJ – Primera Convocatoria, establece que:

"(...) 40% del monto convenido luego de la aprobación del Primer Informe por parte de la Gerencia de Planificación".

En ese sentido, de lo establecido tanto en el Contrato como en las Bases, se aprecia que se procederá al pago del CONSORCIO, previa aprobación por parte de la ENTIDAD del Informe correspondiente, esto es, la prestación del CONSORCIO se realizara por entrega de informes, y ante el cumplimiento y aprobación de cada informe, corresponderá que la ENTIDAD proceda al pago del porcentaje signado de la totalidad de la contraprestación.

Al respecto, de lo indicado en párrafos anteriores, es preciso tener presente lo señalado en el Artículo 233º del Reglamento, el mismo que señala lo siguiente:

"Artículo 233.- Recepción y conformidad

*La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o de los funcionarios designados por la Entidad, sin perjuicio de lo que esta última disponga en sus normas de organización interna. 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**²⁴, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias."*

En ese sentido, del artículo citado tenemos que, la conformidad de los servicios, se dará cuando el funcionario de la ENTIDAD, verifique que la prestación realizada por el CONSORCIO, haya sido prestada conforme a lo estipulado en el Contrato; con lo cual, la ENTIDAD de por satisfecho su interés al momento de la emisión de la

²⁴ El sombreado es nuestro.

respectiva conformidad, la misma que servirá para que el órgano competente de la ENTIDAD, efectúe la contraprestación a la que se obligó con el CONSORCIO.

Así pues, de lo establecido en el presente arbitraje, se aprecia que el Primer Informe presentado por el CONSORCIO fue aprobado por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD mediante Oficio N° 214-2008-GP-GG-PJ de fecha 28 de agosto de 2008, siendo notificada la misma al CONSORCIO, mediante Oficio N° 3123-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 28 de agosto de 2008²⁵.

De la misma manera, con fecha 20 de octubre de 2008, la Oficina de Administración de la Corte Superior de Justicia de Huaura, emitió la Conformidad de Servicios²⁶ en virtud a lo estipulado en las Bases Integradas; por lo que, la ENTIDAD procedió a realizar el pago a favor del CONTRATISTA por el monto ascendente a S/. 34,580.00 (Treinta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles).

De esta manera, tal como estableciéramos en párrafos anteriores, la prestación del CONSORCIO consistía en la entrega de Informes, los mismos que con la aprobación respectiva, le correspondería la contraprestación; al advertir que la ENTIDAD ha procedido aprobar el Primer Informe corresponde que ésta cancele la contraprestación correspondiente; por lo tanto, no procedería la devolución del monto cancelado, puesto que el CONSORCIO ha cumplido con su obligación de la entrega de su Primer Informe.

En consecuencia, al haberse verificado que la Corte Superior de Justicia de Huaura, emitió su conformidad a la presentación del Primer Informe realizado por el CONSORCIO, mediante la Conformidad de Servicio de fecha 20 de octubre de 2008, el Árbitro Único considera que el monto pagado como contraprestación por la entrega del Primer Informe, ha sido efectuado correctamente, toda vez que la ENTIDAD al emitir la referida Conformidad de Servicio da por satisfecho su interés; razón por la cual, corresponde el pago a favor del CONSORCIO, por la aprobación de dicho Informe, no derivando así a la devolución del mismo.

²⁵ Ver Medio Probatorio 4.4 del escrito de Subsanación a la Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 17 de marzo de 2010

²⁶ Ver Medio Probatorio 4.5 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

Por lo tanto, este Árbitro Único resuelve declarar INFUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar al CONSORCIO que entregue a favor de la ENTIDAD la suma ascendente a S/. 34,580.00 (Treinta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta Nuevos Soles), correspondiente al adelanto del 40% de la retribución económica pactada en la Cláusula Quinta del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008 y que fue entregado por la ENTIDAD a la aprobación del Primer Informe.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar si corresponde o no entregar a la Entidad la suma de S/. 4,322.50 Nuevos Soles, correspondiente a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por la demora de 24 días incurrida por el CONSORCIO en la presentación del segundo informe subsanado".

4.1. POSICIÓN DEL CONSORCIO

El presente punto controvertido deriva de la interposición de la Reconvención planteada por la ENTIDAD; sin embargo, el CONSORCIO no procedió a presentar escrito alguno mediante el cual emita pronunciamiento respecto a lo planteado en la reconvención; no existiendo así, posición de ésta parte sobre el presente punto controvertido.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y derecho que presenta la Corte Superior de Justicia de Huaura respecto a dicha pretensión:

La ENTIDAD, solicita se ordene al CONSORCIO que pague a su favor la suma de S/. 4,322.50 Nuevos Soles, correspondiente a la Penalidad por Mora en la Ejecución de la Prestación (Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) por la demora de 24 días incurrida por el CONSORCIO, en la presentación del Segundo Informe subsanado (Segunda Observación).

En palabras de la ENTIDAD, el CONSORCIO incurrió en mora en la ejecución de la prestación, al no cumplir con entregar dentro del plazo establecido de 72 horas, el

levantamiento de las observaciones formuladas al Segundo Informe por el Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA/PJ de fecha 31 de octubre de 2008. Dicha demora, mereció la aplicación de las Penalidades establecidas en la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ.

La ENTIDAD señala que, el CONSORCIO entregó el Segundo Informe subsanado el día 28 de noviembre de 2008; es decir, 24 días después del plazo acordado.

En ese sentido, la ENTIDAD presenta como prueba de lo afirmado en este punto, el Oficio N° 3842-2008-OA-CSJHA/PJ de fecha 04 de noviembre de 2008, el mismo que fuera notificado al CONSORCIO el 05 de noviembre de 2008. En el referido Oficio, se requiere al CONSORCIO la presentación del Segundo Informe subsanado, comunicándosele que, ante el retraso, se le aplicarán las penalidades establecidas en el Contrato.

Asimismo, la ENTIDAD presenta la liquidación practicada por su parte, relativa a las penalidades, concluyendo que estas ascienden a la suma de S/. 4,322.50 Nuevos Soles.

La ENTIDAD, sostiene este punto controvertido en base a los Artículos pertinentes de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado D.S. N° 083-2004-PCM y su Reglamento D.S. N° 084-2004-PCM.

4.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

"Determinar si corresponde o no entregar a la Entidad la suma de S/. 4,322.50 Nuevos Soles, correspondiente a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por la demora de 24 días incurrida por el CONSORCIO en la presentación del segundo informe subsanado".

Sobre este punto, el análisis que realizará el Árbitro Único, será de la verificación que se haga en el Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ y de lo que se señale en la Ley y el Reglamento de las Contrataciones del Estado referido a las penalidades, y de la constatación que se haga de las penalidades incurridas por el CONSORCIO en sus obligaciones derivadas de su relación contractual con la ENTIDAD, en la presentación del Segundo Informe.

En tal sentido, tenemos que en la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008, se establece la Penalidad por Mora en la Ejecución de la Prestación, la misma que a la letra señala lo siguiente:

*"En caso de retraso injustificado en la entrega del servicio objeto del presente contrato, **EL PODER JUDICIAL** le aplicará a **EL CONTRATISTA** una penalidad por cada día de atraso hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto contractual. Esta penalidad será deducida de la liquidación final, de conformidad con lo establecido en el artículo 222° del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En todos los casos, la penalidad se aplicará y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:*

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto del Contrato}}{0.40 \times \text{Plazo en días}}$$

*Quando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad (10%) del monto contractual, **EL PODER JUDICIAL** podrá resolver el contrato por incumplimiento"*

En ese mismo sentido, tenemos que el Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"Artículo 222.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del

pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o adicional por el monto diferencial de la propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde F tendrá los siguientes valores:

- *Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$ (...)"*

En tal sentido, tenemos que de los párrafos citados relativos a las penalidades por la mora en la ejecución de la prestación, que en el Contrato que fuera suscrito por las partes, es de aplicación lo estipulado en el extremo de las penalidades, toda vez que dicho apartado, se encuentra conforme a lo regulado en el Artículo 222º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

De esta manera, una vez determinada, la aplicación de las penalidades conforme a lo estipulado en el Contrato y lo regulado en la normativa pertinente, el Árbitro Único procederá a identificar el supuesto de hecho (mora en la ejecución de la prestación) a fin de proceder al cálculo de la respectiva penalidad.

Así pues, conforme a las Bases Integradas y a la entrega del Primer Informe, el CONSORCIO tenía veinte (20) días calendario para presentar el Segundo Informe, plazo que vencía indefectiblemente el 13 agosto de 2008; sin embargo, éste fue presentado el 15 de setiembre de 2008, conforme lo señala la ENTIDAD y que no ha sido contradicho por el CONSORCIO durante el presente proceso.

De la misma manera, conforme lo establecen las Bases Integradas, el Segundo Informe fue enviado a la Gerencia de Planificación, mediante Oficio N° 3207-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 15 de setiembre de 2008. El referido informe, fue observado por dicha gerencia, remitiéndose dicha observación al CONSORCIO mediante Oficio

Nº 3311-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 10 de octubre de 2008²⁷, de cuyo texto se señala lo siguiente:

*"Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarlo cordialmente y **a la vez hacerle llegar copia de los informes 147, 148, 149, 150, 152-2008-SEP-GP-PJ, donde se realizan las observaciones***²⁸ *con respecto a los informes presentados por su parte ...".*

El Oficio Nº 3311-2008-OA-CSJHA-PJ fue notificado al CONSORCIO el 13 de octubre de 2008, siendo que conforme a los plazos - cuatro días calendario para levantar las observaciones - señalados en las Bases Integradas para levantar las observaciones, este tenía hasta el 17 de octubre de 2008, para hacerlo. Asimismo, conforme se aprecia del texto citado, la ENTIDAD cumple con remitir las observaciones mediante los Informes anexados que fueran emitidos por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD.

En atención a las observaciones formuladas, el CONSORCIO presentó su informe el 17 de octubre de 2008, el cual fuera remitido a la Gerencia de Planificación el mismo día, en cumplimiento a los plazos señalados en las Bases Integradas.

La Gerencia de Planificación de la ENTIDAD, observó por **segunda vez** el Segundo Informe presentado por el CONSORCIO, poniéndose a conocimiento de este, el Oficio Nº 3798-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 31 de octubre de 2008²⁹, en cuyo texto se señala lo siguiente:

*"Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente, y a la vez hacerle llegar copia de los informes 173, 174, 175, 176, 177-2008-SEP-GP-PJ, donde **nuevamente se han realizado observaciones al segundo informe.** En tal sentido manifiesto mi preocupación ya que en el estudio presentado **no se han levantado las observaciones realizadas en la evaluación***

²⁷ Ver Medio Probatorio 4.6 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

²⁸ El sombreado es nuestro.

²⁹ Ver Medio Probatorio 4.7 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

anterior, persistiendo dichas observaciones; las cuales se detallan en los 5 informes que remitimos.

Asimismo se les da un plazo de 72 horas improrrogables para presentar nuevamente el segundo informe subsanado con la consecuencia de que se les aplique la penalidad³⁰ estipulada en el contrato y las bases integradas.

(...)”

El CONSORCIO, tenía hasta el 03 de noviembre de 2008, para levantar las observaciones que nuevamente fueran advertidas a la presentación del Segundo Informe (en aplicación a las 72 horas que se hacen referencia en el Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA-PJ). Asimismo, conforme se aprecia del texto citado, la ENTIDAD cumple nuevamente con remitir las observaciones formuladas al Segundo Informe, mediante los Informes que fueran emitidos por la Gerencia de Planificación de la ENTIDAD.

Conforme a lo actuado en el presente proceso, el CONSORCIO no cumplió con presentar el informe levantando las observaciones dentro del plazo establecido (03 de noviembre de 2008); por lo que, mediante Oficio N° 3842-2008-OA-CSJHA-PJ de fecha 04 de noviembre de 2008³¹, se les comunicó que se procedería a aplicarles las penalidades por el incumplimiento de la presentación del Segundo Informe, en atención a lo señalado en la Cláusula Décimo Primera del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ, suscrito por ambas partes.

De acuerdo a lo señalado por la ENTIDAD en su escrito de Contestación de Demanda, y que no fuera contradicho por el CONSORCIO, este último cumplió con presentar el Segundo Informe recién el día 28 de noviembre de 2008; es decir, 24 días después de habersele requerido al CONSORCIO mediante Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA-PJ.

Sin embargo, del Oficio N° 3798-2008-OA-CSJHA/PJ de fecha 31 de octubre de 2008, se aprecia que éste ha sido recepcionado por el CONSORCIO en la misma

³⁰ El sombreado es nuestro.

³¹ Ver Medio Probatorio 4.8 del escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la ENTIDAD el 23 de febrero de 2010.

fecha, con lo que, el plazo para imponer la penalidad comenzará a partir del día 04 de noviembre de 2008, puesto que las 72 horas otorgadas por la ENTIDAD para la absolución de las observaciones se cumplían el día 03 de noviembre de 2008. Por lo tanto, la penalidad deberá aplicarse sobre la base de 24 días tal como lo establece la ENTIDAD.

En tal sentido, el Árbitro Único procede a realizar el cálculo de las penalidades, en función a la fórmula indicada en el Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ, la cual guarda relación con lo señalado en el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, con respecto a los plazos menores de 60 días; dicho cálculo se efectuaría de la siguiente forma:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto del Contrato}}{0.40 \times \text{Plazo en días}}$$

$$\begin{aligned} \text{Donde: Monto del Contrato} &= \text{S/. } 86,450.00 \\ \text{Plazo en días} &= 45 \text{ días} \end{aligned}$$

Por lo que, para proceder al cálculo de la penalidad diaria, los datos serán los siguientes:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times 86,450.00}{0.40 \times 45}$$

Del cálculo de dicha operación, se obtiene como resultado el monto por penalidad diaria, la suma de S/. 480.28 (Cuatrocientos Ochenta y 28/100 Nuevos Soles); siendo que el cálculo de la penalidad por los 24 días de incumplimiento, se obtendrá de multiplicar el monto de la penalidad diaria con la cantidad de días que se verificó el incumplimiento, obteniéndose la suma de S/. 11,526.72 (Once Mil Quinientos Veintiséis y 72/100 Nuevos Soles), por la mora en la ejecución de la prestación.

No obstante a la suma calculada en el párrafo precedente, conforme lo estipulado en la Cláusula Décimo Primera del Contrato, así como en el Artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el monto que se imponga como penalidad no deberá exceder al diez por ciento (10%) del monto contractual, es decir que no deberá exceder la suma de S/. 86,450.00 (Ochenta y

Seis Mil Cuatrocientos Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles), siendo este monto el que el CONSORCIO debería otorgar a la ENTIDAD por concepto de penalidades.

Sin embargo, conforme a la facultad discrecional del Árbitro Único de aplicar principios generales de Derecho, es pertinente traer a colación el Principio de Congruencia, el mismo que señala que el juez, no puede ir más allá de lo que se ha pedido en la demanda, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Dicho principio, se encuentra estrechamente ligado a lo señalado en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que a la letra señala lo siguiente:

"Artículo VII.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio³² ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

En tal sentido, teniendo en cuenta lo señalado en el Código Procesal Civil y el Principio de Congruencia, el mismo que le fuera facultado aplicar al Árbitro Único, se dispone que el CONSORCIO pague a favor de la ENTIDAD, la suma de S/. 4,322.50 (Cuatro Mil Trescientos Veintidós y 50/100 Nuevos Soles), los mismos que fueron calculados y solicitados en el escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentado por la Corte Superior de Justicia de fecha 23 de febrero de 2010.

Por lo que en atención a lo señalado en el presente punto controvertido, corresponde declarar fundada la segunda pretensión planteada por la ENTIDAD en su escrito de Contestación de Demanda y Reconvención.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

"Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos derivados del presente arbitraje"

³² El sombreado es nuestro.

Sobre este punto, cabe precisar que ninguna de las partes ha solicitado determinar las "Costas y Costos del proceso"; sin embargo, el Árbitro Único considera pertinente pronunciarse sobre los mismos.

Al respecto, el Artículo 59° del TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje - R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE, dispositivo legal que establece lo siguiente:

"Artículo 59°.- Gasto del Arbitraje y Laudo

El Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo sobre los gastos arbitrales, atendiendo a lo pactado por las partes en el convenio arbitral, en caso contrario, previa liquidación de la Secretaría del SNCACONSUCODE, decidirá a su entera discreción quien debe asumirlos o en que proporciones deben dichos gastos distribuirse entre las partes.

Los gastos arbitrales comprenden los rubros detallados en el Artículo 66 así como cualquier multa o sanción que el Tribunal Arbitral haya aplicado u ordenado durante el transcurso de las actuaciones arbitrales".

En consecuencia, a lo establecido en la referida norma, corresponde al Árbitro Único manifestar su posición, para así poder determinar lo referente a las costas y costos.

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

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se

pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar precisando cada una las razones por las cuales consideraban amparables sus argumentos y razones, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a ello, cabe precisar que mediante Resolución N° 05 de fecha 06 de octubre de 2010, el Árbitro Único resolvió facultar a la ENTIDAD para que cumpla con realizar el pago de la parte de los anticipos de gastos arbitrales por la presentación de la demanda que se encontraban a cargo del CONSORCIO, los mismos que consistían en el honorario del árbitro, de la secretaria y los gastos procedimentales ascendente a la suma de S/. 4,561.50 (Cuatro Mil Quinientos Sesenta y Uno y 50/100 Nuevos Soles). Dicho pago fue cancelado por la ENTIDAD conforme consta de la Resolución N° 08 de fecha 24 de marzo de 2011.

De la misma manera, mediante Resolución N° 19 de fecha 17 de octubre de 2012, el Árbitro Único resolvió facultar a la ENTIDAD para cumpla con realizar el pago de la parte de los gastos arbitrales generados por la presentación de la reconvención que se encontraban a cargo del CONSORCIO, los mismos que consistían en el honorario del árbitro, de la secretaria y los gastos procedimentales ascendente a la suma de S/. 2,250.00 (Dos Mil Doscientos Cincuenta y 00/100 Nuevos Soles). Dicho pago fue cancelado por la ENTIDAD conforme consta de la Resolución N° 23 de fecha 07 de enero de 2013.

De esta manera, este Árbitro Único advierte que la ENTIDAD ha cumplido con asumir las responsabilidades económicas que se encontraban a cargo del CONSORCIO; por lo que, se establece que la Entidad debe realizar la devolución del

monto ascendente a S/. 6,811.50 (Seis Mil Ochocientos Once y 50/100 Nuevos Soles), correspondiente al pago de los gastos arbitrales generados por la presentación de la demanda y reconvención, los cuales se encontraban a cargo del CONSORCIO, pero que fueron asumidos por su contraparte.

IV. EL ÁRBITRO ÚNICO RESUELVE:

Estando a las consideraciones precedentes el Árbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión de la demanda, y en consecuencia, **NO CORRESPONDE** declarar nula la Resolución del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ indicada en la Carta Notarial de fecha 30 de diciembre de 2008.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión de la demanda, y en consecuencia, **NO CORRESPONDE** ordenar a la Corte Superior de Justicia de Huaura que remita los informes correspondientes al Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde para que pueda subsanar las observaciones que contengan los mismos, así como tampoco corresponde disponer que se continúe con la ejecución del contrato.

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión de la Reconvención, y en consecuencia, **NO CORRESPONDE** ordenar al Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde que entregue a favor de la Corte Superior de Justicia de Huaura la suma ascendente a S/. 34,580.00 (Treinta y Cuatro Mil Quinientos Ochenta Nuevos Soles), correspondiente al adelanto del 40% de la retribución económica pactada en la Cláusula Quinta del Contrato N° 021-2008-P-CSJHA-PJ de fecha 24 de julio de 2008 y que fue entregada por la ENTIDAD a la aprobación del Primer Informe.

CUARTO.- DECLÁRESE FUNDADA la Segunda Pretensión de la Reconvención, y en consecuencia, **DISPÓNGASE** que el Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde pague a favor de la Corte Superior de Justicia de Huaura por concepto de penalidades por mora en la ejecución de la prestación, la suma de S/. 4,322.50 (Cuatro Mil Trescientos Veintidós y 50/100 Nuevos Soles)

QUINTO.- DISPÓNGASE que el Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde y la Corte Superior de Justicia de Huaura asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cargo de cada una de ellas) por el trámite del presente arbitraje; y, en consecuencia, corresponde que el Consorcio José Antonio Chumacero Calle – Juan Carlos Ferrer Valverde devuelva a favor de la Corte Superior de Huaura la suma ascendente a S/. 6,811.50 (Seis Mil Ochocientos Once y 50/100 Nuevos Soles), que corresponde a los montos cancelados por la Entidad en reemplazo del Consorcio demandante, pero que no fueron asumidos por dicha parte, a pesar que originariamente dichos pagos eran de su cargo.

Notifíquese a las partes.



JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ

Árbitro Único



FABIOLA PAULET MONTEAGUDO

Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE