

Arbitraje de Derecho seguido entre

**ENERCOM INGENIEROS S.A.C.**  
(DEMANDANTE)

Y

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN**  
**UNIDAD EJECUTORA 026**  
(DEMANDADO)

---

**LAUDO**

---

**TRIBUNAL ARBITRAL**  
**VÍCTOR MADRID HORNA (PRESIDENTE)**  
**MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS (ÁRBITRO)**  
**JUAN JOSÉ PÉREZ ROSAS PONS (ÁRBITRO)**

**Secretaría Arbitral**  
**DIRECCIÓN DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO DEL ORGANISMO**  
**SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Fecha de emisión: 3 de octubre de 2014

*En representación del Demandante*  
*Sr. Irving Ramón Rodríguez Luque*

*En representación del Demandado*  
*Dr. José Antonio Sánchez Romero*



Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

RESOLUCIÓN N° 11  
Lima, 3 de octubre de 2014

**I. VISTOS:**

**1. EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL**

1. El Convenio Arbitral se encuentra en la Cláusula Décimo Sexta del **CONTRATO N° 145-2012-ME/SG-OGA-UA-APS “FORMULACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE PRE INVERSIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA RED EDUCATIVA RURAL BAJO URUBAMBA” DE FECHA 16 DE ABRIL DE 2012** que dispone lo siguiente:

**“CLAUSULA DÉCIMO SEXTA:**

(...)

*Aplicación del Arbitraje*

*En caso no haya acuerdo para la conciliación las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento.*

*El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos 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 Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del Reglamento o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiesen sometido las partes.*

*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 ante cualquier instancia administrativa.*

*El procedimiento de conciliación y arbitraje se ceñirán a lo prescrito en los artículos 214° al 234° del Reglamento”.*

**2. ANTECEDENTES AL PRESENTE ARBITRAJE**

2. La empresa **ENERCOM INGENIEROS S.A.C.** (en adelante “**ENERCOM**”) y el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN – UNIDAD EJECUTORA 026** (en adelante “**MINEDU**”), con fecha 16 de abril de 2012, suscribieron el **CONTRATO N° 145-2012-ME/SG-OGA-UA-APS “FORMULACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE PRE INVERSIÓN PARA**

*Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)*

**LA IMPLEMENTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA RED EDUCATIVA RURAL BAJO URUBAMBA**” (en adelante “**EL CONTRATO**”) en razón de que el primero había obtenido la Buena Pro del Proceso Especial PE N° 01-2012-OEI-MINEDU. El monto contractual ascendía a S/. 241,530.07 (Doscientos Cuarenta y Un Mil Quinientos Treinta y 07/100 Nuevos Soles), a todo costo, incluido los impuestos de ley.

3. En la Cláusula Décimo Quinta del Contrato se pactó que en lo no previsto en el citado Contrato o en la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017), su Reglamento (Decreto Supremo N° 184-2010-EF), las Directivas que apruebe el OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) y demás normativa que resulte aplicable, serían de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.

### **3. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE**

#### **3.1. Designación del Tribunal Arbitral**

4. Surgida la controversia, **ENERCOM** designó como Árbitro al doctor Juan José Pérez Rosas Pons.
5. El **MINEDU**, contesta la solicitud de arbitraje, designando como árbitro a la doctora María del Rosario Escurra Rojas.
6. Los árbitros previamente nombrados cumplieron con designar como Presidente del Tribunal al doctor Víctor Madrid Horna.

#### **3.2. Desarrollo del Proceso Arbitral**

A continuación el Tribunal Arbitral considera necesario detallar aspectos importantes del Proceso Arbitral:

7. Con fecha 10 de octubre de 2013, se procedió con la instalación del Tribunal Arbitral, otorgándosele a **ENERCOM** un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que presente su escrito de demanda. El Acta fue notificada a ambas partes con fecha 10 de octubre de 2013 al haber asistido sus representantes a la correspondiente diligencia.
8. **ENERCOM** presentó su demanda arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el Acta de Instalación, con fecha 31 de octubre de 2013.
9. Mediante Resolución N° 01 de fecha 5 de noviembre de 2013, se procedió a admitir y correr traslado de la demanda presentada por

*Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)*

**ENERCOM**, al **MINEDU**, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.

10. El **MINEDU** procedió a contestar la demanda, mediante escrito presentado con fecha 04 de diciembre de 2013.
11. Mediante Resolución N° 04 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos que se llevaría a cabo el día 20 de marzo de 2014.
12. Con fecha 20 de marzo de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
13. Mediante Resolución N° 7 de fecha 25 de junio de 2014 se declaró concluida la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días para que cumplan con presentar sus respectivos alegatos escritos.
14. Con fecha 04 de julio de 2014, el **MINEDU**, presentó sus alegatos escritos; del mismo modo, **ENERCOM** presentó sus alegatos escritos con fecha 08 de julio de 2014.
15. La Audiencia de Informes Orales se realizó con fecha 10 de julio de 2014, dándose cuenta de los alegatos presentados por ambas partes.
16. En dicha Audiencia se procedió a fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, que podrían ser prorrogados, a discreción del Tribunal Arbitral, por un plazo adicional de treinta (30) días hábiles adicionales.
17. Mediante Resolución N° 10 de fecha 13 de agosto de 2014 se amplió el plazo para laudar en treinta (30) días adicionales.

### **3.3. Demanda arbitral**

18. Como se ha señalado, **ENERCOM** presentó su escrito de demanda arbitral formulando las siguientes pretensiones:
  - a. **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que, se deje sin efecto o, en su caso, se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la Resolución Contractual efectuada por el **MINEDU**, contenida en la Carta Notarial N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA y se continúe con la ejecución del contrato;

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

- b. **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que, se ordene al MINEDU que proceda a plantear las observaciones que correspondan de manera clara, precisa y objetiva de los entregables, con indicación de los alcances y modos en que deben ser absueltas;
  - c. **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que, se deje sin efecto la penalidad máxima establecida de manera unilateral por el MINEDU;
  - d. **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que, el MINEDU, asuma las costas y costos del presente proceso arbitral;
19. Asimismo, presentó los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaban su demanda y pretensiones arbitrales.

#### **3.4. Admisión de la demanda arbitral**

20. Como ya se ha indicado, mediante Resolución N° 01 se procedió a admitir y correr traslado de la demanda presentada por ENERCOM, al MINEDU, otorgándole un plazo de quince (15) días a fin de que exprese lo conveniente a su derecho.

#### **3.5. Contestación**

21. Como también se ha indicado, el MINEDU procedió a contestar la demanda y formuló reconvenCIÓN, mediante escrito presentado con fecha 04 de diciembre de 2013.

#### **3.6. Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios**

22. Con fecha 20 de marzo de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar un acuerdo conciliatorio; sin embargo, éstas expresaron que de momento no resultaba posible arribar a un acuerdo, el mismo que podría darse en cualquier etapa del proceso.
23. Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a fijar como **puntos controvertidos** los siguientes:

- a) *Determinar si corresponde o no, declarar que se deje sin efecto o, en su caso, se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución*



*Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)*

*contractual efectuada por la entidad, a través de la Carta Notarial N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA y se continúe con la ejecución del contrato.*

- b) *Determinar si corresponde o no, que se ordene a la entidad que proceda a plantear las observaciones que correspondan de manera clara, precisa y objetiva de los entregables, con indicación de los alcances y modos en que deben ser absueltas.*
- c) *Determinar si corresponde o no, que se deje sin efecto la penalidad máxima establecida de manera unilateral por la entidad.*
- d) *Determinar si corresponde o no, ordenar que la entidad demandada debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso.*
24. En dicha Audiencia, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que habrían sido señalados en el Acta. Asimismo, podría omitir, el análisis de algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón de que con el análisis realizado hasta ese momento ya no fuere necesario a discreción del Tribunal. Del mismo modo, los puntos controvertidos podrían ser ajustados o reformulados por el Tribunal si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.
25. Seguidamente, se admitieron los medios probatorios:

#### ***MEDIOS PROBATORIOS DEL CONTRATISTA***

*En este acto el Tribunal Arbitral admite y tiene por actuados los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en el acápite ANEXOS de los numerales comprendidos del 1 al 7 del escrito presentado con fecha 31 de octubre de 2013.*

#### ***MEDIOS PROBATORIOS DE LA ENTIDAD***

*En este acto el Tribunal Arbitral admite y tiene por actuados los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en el acápite V.- Medios Probatorios de los numerales comprendidos del 1 al 8 del escrito presentado con fecha 04 de diciembre de 2013.*

26. Con fecha 10 de julio de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando con la participación de ambas partes.

*Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)*

### **3.7. Fijación del plazo para laudar**

27. En la Audiencia de Informes Orales de fecha 10 de julio de 2014 se procedió a fijar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, que podrían ser prorrogados, a discreción del Tribunal, por un plazo adicional de treinta (30) días adicionales.
28. Mediante Resolución N°10 se amplió el plazo para laudar en treinta (30) días adicionales.

## **II. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

### **4. CUESTIONES PRELIMINARES**

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, el presente proceso arbitral se deriva del “**CONTRATO N° 145-2012-ME/SG-OGA-UA-APS “FORMULACIÓN DE LOS ESTUDIOS DE PRE INVERSIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO EN LA RED EDUCATIVA RURAL BAJO URUBAMBA”**”, suscrito con fecha 16 de abril de 2012, el mismo que en su cláusula décimo sexta establece que cualquier controversia se resolvería mediante arbitraje de derecho. El laudo arbitral emitido es vinculante e inapelable ante el Poder Judicial o cualquier instancia administrativa.

Que el Tribunal Arbitral al momento de evaluar y resolver el presente caso tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

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

**“Artículo 196.- Carga de la prueba.-**

*Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.*

**TERCERO:** Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la Prueba,



*Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)*

entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.

**CUARTO:** Que, todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes y que deben cumplirse y respetarse escrupulosamente, en este sentido, el artículo 49° de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017, en concordancia con el artículo 142° de su Reglamento, establece la obligación de las partes de cumplir con los términos y condiciones del contrato suscrito por ellas.

Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política, además de la Ley.

En tal sentido, los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que “*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos*” y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que “*los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”.

Del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado que establece que “*los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad*”; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que “*el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente*”.

Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (“*pacta sunt servanda*”), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.

Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

**QUINTO:** Que, conforme a la demanda, a las actuaciones arbitrales y a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, se ha determinado la controversia y por tanto los temas que serán materia del laudo.

Además, conforme se ha indicado anteriormente en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Tribunal Arbitral a lo largo del arbitraje ha analizado la posición del demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente.

**SEXTO:** Que siendo ello así corresponde al Tribunal Arbitral, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada del criterio del Tribunal respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.

Debe tenerse en cuenta que el Tribunal evalúa las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.

Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo debe tenerse en cuenta que la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

*"La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).*

*Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del*



Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (...).

*Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba.*

*Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio.”<sup>1</sup>*

**SÉTIMO:** De la revisión de la demanda, su contestación, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido y eficaz entre las partes sustentado en el **CONTRATO**.

**OCTAVO:** El Tribunal Arbitral considera, por tanto, que se debe pronunciar respecto a los Puntos Controvertidos en el orden en el que han sido establecidos en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, es decir:

- a) *Determinar si corresponde o no, declarar que se deje sin efecto o, en su caso, se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por la entidad, a través de la Carta Notarial Nº 449-2013-MINEDU/SG-OGA y se continúe con la ejecución del contrato.*
- b) *Determinar si corresponde o no, que se ordene a la entidad que proceda a plantear las observaciones que correspondan de manera clara, precisa y objetiva de los entregables, con indicación de los alcances y modos en que deben ser absueltas.*
- c) *Determinar si corresponde o no, que se deje sin efecto la penalidad máxima establecida de manera unilateral por la entidad.*
- d) *Determinar si corresponde o no, ordenar que la entidad demandada debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso.*

**NOVENO:** A fin de establecer la competencia del Tribunal Arbitral para resolver los puntos controvertidos debe tomarse en cuenta lo siguiente:

---

<sup>1</sup> ROCHA ALVIRA, Antonio. “De la prueba en el Derecho”. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1990; págs. 19 y 21.

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

Que, conforme a lo dispuesto por el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo 1017, “*las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje (...). El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación,...*”

(...)

Así mismo, la cláusula décimo sexta del Contrato dispone que:

“*...las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento....*”

## I. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO A DESARROLLARSE

Determinar si corresponde o no, declarar que se deje sin efecto o, en su caso, se declare la nulidad, invalidez y/o ineficacia de la resolución contractual efectuada por la entidad, a través de la Carta Notarial N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA y se continúe con la ejecución del contrato.

### ARGUMENTOS DE ENERCOM

(...) Con fecha 16 de abril de 2012, se suscribió, el Contrato N° 145-2012-ME/SG-OGA-UA-APS: “*Formulación de los Estudios de Pre Inversión para la Implementación del Servicio Educativo en la Red Educativa Rural Bajo Urubamba*”

*El día 26 de junio de 2012, se procedió a presentar el levantamiento de observaciones del Segundo Entregable; sin embargo, al existir nuevas observaciones, se presentó, por segunda vez con fecha 13 de julio el levantamiento de dichas observaciones.*

*El día 30 de mayo de 2012, se procedió a presentar el Tercer Entregable; sin embargo, con fecha 04 de julio de 2012 se volvió a presentar el Tercer Entregable.*

*Posteriormente y, a pesar de que habíamos cumplido el contrato, la Entidad expidió la Carta Notarial N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA de fecha 12 de marzo de 2013 (notificada el 22 de marzo de 2013), mediante la cual, se señalaba lo siguiente:*

“*Mediante el Memorándum de la referencia b) de fecha 01 de*

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

marzo del 2013, la Directora General de Educación Intercultural, Bilingüe y Rural, manifiesta a través del Informe N° 048-2013-MINEDU/VMGP-DIGEIBIR-DEIB de la Unidad Formuladora de la DIGEIBIR, el mismo que se acompaña a la presente; y, que recomienda a la Unidad de Abastecimiento de la Oficina General de Administración, proceder con el trámite de resolución parcial del contrato de la referencia a), debido de que la empresa contratista a la fecha no ha cumplido con la entrega del tercer entregable, a pesar de los requerimientos efectuados por la Entidad, llegando a acumular la penalidad máxima, superando el 10% del monto del Contrato...."

Sin embargo, tal como lo hemos señalado, nuestra representada cumplió oportunamente con la presentación del Tercer Entregable por lo que no entendemos tal afirmación. (...)"

En tal sentido, habiendo acreditado la presentación del Tercer Entregable, corresponde al Tribunal dejar sin efecto la citada Resolución contractual y, en su caso, de existir observaciones al Tercer Entregable, ordenar al MINEDU que las plantee de manera clara y precisa a fin de que puedan ser levantadas;

#### ARGUMENTOS DE EL MINEDU

"(...) en virtud del contrato celebrado, el Contratista se obligó a realizar el estudio de pre inversión a nivel de perfil en el plazo de 30 días calendario, a partir del día siguiente de la suscripción del contrato (16/04/2012). Empero, conforme se desprende de los fundamentos de hecho, el Segundo Entregable fue aprobado en el mes de octubre de 2012, sin haberse cumplido con la entrega del estudio final.

El inciso c) del artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que 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. El requerimiento previo por parte de la Entidad podrá omitirse en los casos que señale el Reglamento.

En esa misma línea, el artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la Entidad podrá resolver el contrato, cuando el contratista: (i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo,



Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

*pese a haber sido requerida para ello, (ii) 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, y (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir la situación.*

*De acuerdo a lo establecido en el artículo 169º del citado Reglamento, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirle mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura, sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a 15 días. Si vencido dicho plazo, el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.*

*En el caso concreto, la resolución dispuesta por la Entidad se fundamenta en las siguientes causales: (i) incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del Contratista y (ii) acumulación del monto máximo de penalidad por mora.*

*Fluye de los fundamentos de hecho reseñados que, mediante Carta Notarial N° 051-2012-ME/SG-OGA-UA de fecha 11/06/2012, notificada el 21/06/2012, la Unidad de Abastecimiento requirió al Contratista para que en el plazo de 15 días cumpla con entregar la totalidad de las observaciones realizadas en el Informe Técnico del área usuaria (informe N° 044-GRUPO N° 5-PIP REDES-201), bajo apercibimiento de resolverse el contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades por mora en la ejecución de la prestación y de las acciones administrativas y legales que correspondan. En virtud de esta intimación notarial, el Contratista debía levantar la totalidad de observaciones al Segundo Entregable, así como también presentar el Tercer Entregable, a fin de culminar el servicio.*

*Si bien, el Contratista levantó las observaciones del Segundo Entregable, otorgándose la respectiva conformidad, no cumplió con presentar el Tercer Entregable, con posterioridad a la aprobación del Segundo (octubre de 2012), conforme lo establecido en los Términos de Referencia. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el Tercer Entregable fue presentado a través del Oficio N° 053-2012-ENERCOM/CUSCO del 03/07/2012; siendo devuelto por Oficio N° 276-2012-MED/VMGP/UF-DIGEIBIR, remitido vía correo electrónico y*



Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

*notificado personalmente el 16/07/2012, al no haberse cumplido la condición pactada.*

*En ese contexto, mediante Carta Notarial N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA de fecha 12/03/2013 notificada el 22/03/2013, la OGA comunicó al Contratista la resolución parcial del Contrato N° 145-2012-ME/SG-OGA-UA-APS, debido a que no presentó el Tercer Entregable y por haber superado el monto máximo de penalidad (10%) del monto del contrato.*

*Es preciso resaltar que, mediante Carta N° 052-ENER-INGENIEROS-2013 de fecha 23/03/2013 (con posterioridad a la notificación de la carta notarial que resuelve parcialmente el contrato, el Contratista remitió su Carta de Compromiso para terminar la consultoría, indicando las fechas de entrega: Avance del Tercer Entregable el 10/05/2013; y fecha de culminación el 31/05/2013; situación que evidencia su pleno conocimiento respecto a la falta de presentación del Tercer Entregable, resultando contradictorio con lo expuesto en su demanda arbitral.*

*En atención a lo expuesto en los puntos precedentes debemos concluir que efectivamente el Contratista no culminó el servicio, a pesar de haber sido requerido para ello, dando lugar a la resolución parcial del contrato, por el incumplimiento injustificado de las obligaciones a su cargo, esto es, al no haber presentado el Tercer Entregable superando los plazos de ejecución contractual, de conformidad a lo pactado en el contrato; incurriendo de este modo en causal de resolución de contrato, de acuerdo a lo previsto en los artículos 168° y 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (...)"*

## **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

### **DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA Y/O EFICACIA O NO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL**

**DÉCIMO:** Que, es un presupuesto básico que las actuaciones con las que la Administración, en este caso, el **MINEDU**, intenta regular sus relaciones jurídicas con otros entes, privados o públicos, tengan la validez formal y material de un acto administrativo, tal y como este está previsto en la Ley. Este principio denominado como “vinculación positiva de la Administración a la Ley (...) exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo de éste, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p.61



Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

**DÉCIMO PRIMERO:** Que al respecto, se advierte que la Carta N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA notificada por conducto notarial con fecha 22 de marzo de 2013, que resuelve el contrato, es una comunicación de un acto administrativo, en la medida que se incluye el Memorándum N° 179-2013-MINEDU/VMPG/DIGEIBIR que recomienda la resolución del contrato. Es decir, cumple con los requisitos mínimos de validez a los cuales se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en cuanto a su motivación y procedimiento regular.

Cabe precisar que la Ley de Contrataciones del Estado presupone causales taxativas que habilitan la resolución de contratos públicos los modos de operar de las mismas, mediante un procedimiento resolutorio contenido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley y siguientes.

Estas formalidades procedimentales, las cuales otorgan legitimidad a la resolución contractual, tal como se aprecia, han concurrido con el actuar del **MINEDU**. De ello, se puede considerar a la carta resolutoria, un acto administrativo válido, que cumple con el contenido previsto por la norma y los principios del procedimiento administrativo antes indicados.

**DECIMO SEGUNDO:** Que, en razón de lo expuesto, la Carta N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA (carta resolutoria), resulta suficiente para declarar completamente válido y/o eficaz el acto de resolución, por cuanto además, y como se ha indicado, existe el Acto Administrativo que sustenta la decisión de extinguir la relación contractual (Memorándum N° 179-2013-MINEDU/VMPG/DIGEIBIR).

**DÉCIMO TERCERO:** Que, una lectura superficial del citado artículo podría afirmar que cuando la norma se refiere a <documento> hace referencia a la misma carta notarial, no obstante, el mismo inciso c) continúa precisando que *“dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista”*.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en otras palabras, debe quedar claro que se trata de un documento que es susceptible de aprobación y que contiene en su mismo cuerpo una decisión administrativa con efectos jurídicos para los administrados, lo cual ineludiblemente corresponde con la definición del Acto Administrativo contenida en el artículo 1° de la Ley N° 27444.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, en el mismo sentido, se pronuncia el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado al establecer que *“la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato”*. Haciendo hincapié

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

en la distinción entre el medio de comunicación de la decisión de resolución, y la decisión misma, debe quedar claro que la Carta Resolutoria no es simplemente una carta por la vía notarial que en su cuerpo indica la decisión de resolver un contrato administrativo; sino una carta que comunica dicha decisión en un documento adjunto a la misma o, en su defecto válido y eficaz públicamente accesible.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, es decir, por un lado se encuentra el Acto Administrativo que materializa la decisión de resolver, ligado estrechamente a cuestiones de validez en cuanto a su estructura; y de otro, el medio de comunicación de dicho acto, a través del cual se hace oponible la decisión (Acto Administrativo) a la contraparte, es decir, se despliega su eficacia o, dicho de otro modo, surte efectos jurídicos sobre la relación contractual<sup>3</sup>. Y en este orden de ideas, no podría haber eficacia del Acto Administrativo (decisión de resolución) a través de una comunicación que no lo incluya, no haga referencia a la existencia del mismo o cuando éste no existiese.

**DÉCIMO SÉTIMO:** Que, por lo expuesto, debe quedar claro que la Carta Notarial debe comunicar un Acto Administrativo en el cual se toma la decisión administrativa de resolver el contrato, y no puede tratarse de una simple carta de resolución en sentido estricto, sino de una carta de "comunicación de resolución". Ahora bien, una interpretación contraria permitiría que exista un documento con la exigencia de los requisitos de competencia y motivación, con efectos administrativos resolutorios, pero que no se encuentra contenido en un Acto Administrativo en sí mismo. Dicho escenario vulneraría completamente más de un principio de la Ley N°27444, así como el artículo 1º de la citada norma.

Por lo expuesto, y al margen de la validez sustantiva, la comunicación resolutoria por parte del MINEDU, produjo la resolución extrajudicial del Contrato.

#### DETERMINACIÓN DE SI EXISTIÓ UNA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL VÁLIDA

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, tal como se ha indicado, el MINEDU resolvió el contrato mediante la Carta N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA. Dicha Carta Notarial se sustentó en el Memorándum N° 179-2013-

---

<sup>3</sup> Las cuestiones de validez y eficacia, son delimitadas en el sentido de que un acto administrativo puede ser válido cumpliendo todos los requisitos de forma y fondo que establece la Ley, no obstante, a pesar de ello, no será eficaz hasta su notificación o emplazamiento al administrado. Puede darse el caso también de que un acto administrativo que adolezca de un vicio de validez no detectado sea plenamente eficaz por haber sido publicitado en la forma establecida.

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

MINEDU/VMPG/DIGEIBIR que, a su vez, se remite al Informe N° 048-2013-MINEDU/VMPG-DIGEIBIR-DEIB de fecha 27 de febrero de 2013.

**DÉCIMO NOVENO:** Que, considerando que la pretensión principal objeto de demanda es la impugnación de la resolución articulada por el MINEDU, corresponde analizar si la misma fue actuada válidamente a nivel sustantivo. Ahora bien, a efectos de analizar la validez sustantiva de la resolución articulada por el MINEDU, resulta preciso ubicarla dentro del elenco de resoluciones contractuales que desarrolla la doctrina, como una por incumplimiento, que como es conocido constituye un remedio de naturaleza contractual orientado a proteger el interés del acreedor perjudicado con la in ejecución grave incurrida por el deudor de la prestación, que lo habilita para provocar la extinción del contrato.

Asimismo, analizaremos si efectivamente se produjo válidamente una acumulación de penalidad capaz de generar una causal de resolución.

**TRIGÉSIMO:** Que, resulta de la mayor relevancia considerar que las normas que se ocupan de la resolución contractual en la Ley aplicable a la presente controversia, vale decir, el inciso c) del artículo 40º de la LCAE y los artículos 168º y 169º de su Reglamento, constituyen normas que reseñan el protocolo resolutorio (requerimiento previo) y señalan las causas que constituyen causal de resolución (incumplimiento de obligaciones, acumulación máximo de penalidad, paralización y/o reducción injustificada de la ejecución prestacional).

Adicionalmente, es de verse, que el protocolo resolutorio previsto en las antes referidas normas aplicables al Contrato, exige un requerimiento previo de cumplimiento concediendo un plazo al contratista, salvo en caso de la acumulación de penalidades, conforme lo establece el artículo 169º del Reglamento de la Ley. De este modo, se tiene que la intimación de cumplimiento es la regla y la condición necesaria (presupuesto) para dejar establecido el incumplimiento, el mismo que se constituye allí cuando el deudor de la prestación in ejecutada no subsana o cumple dentro del plazo concedido. A partir de ese momento, señala la norma aplicable, la entidad queda *facultada* para resolver ("podrá resolver"). Es decir, a partir de la situación de incumplimiento que persiste luego de la intimación o emplazamiento previo, la entidad queda habilitada para actuar la resolución por incumplimiento. Es decir, no se trata de una resolución por intimación como la disciplinada en el artículo 1429º del Código Civil, en que la constitución de la resolución opera de pleno de derecho una vez vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación previa intimación, sino que es necesario que la entidad actúe la resolución en forma discrecional y potestativa, poniéndose en evidencia que: (i) la sola intimación seguida del incumplimiento no es capaz de provocar la resolución del contrato y que, (ii) que la intimación o requerimiento previo es condición de

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

validez y de procedibilidad para que la resolución por incumplimiento pueda ser actuada.

Así las cosas, y considerando que el MINEDU, actuó eficazmente la resolución corresponde analizar si la misma fue articulada conforme a los requisitos sustantivos que exige la norma; vale decir, si existió incumplimiento y si el requerimiento previo fue válido y eficaz así como si existió una acumulación válida de penalidades.

**TRIGÉSIMO PRIMERO:** Que, en el presente caso, el MINEDU, por un lado, actúa la resolución sobre la base del incumplimiento respecto de la entrega del tercer entregable conforme a los términos del Contrato y en base a la acumulación de la penalidad máxima incurridas por ENERCOM, conforme se desprende de los términos de la carta notarial en la que notifica de la resolución.

**TRIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, sin embargo, atendiendo que el incumplimiento que sirve de sustento a la resolución impugnada ha sido objetado por ENERCOM sobre la base de la imposibilidad de cumplimiento (devolución del tercer entregable) imputable a MINEDU, es preciso considerar que de acuerdo a los términos del contrato y al calendario de entregas, se produjeron dos circunstancias relevantes a este efecto; en primer lugar que de acuerdo al calendario de entregas, se estableció que el segundo entregable debía ser entregado a los dieciséis (16) días de celebrado el contrato; esto es, el 02.May.2012, y que el tercer entregable debía ser entregado a los treinta (30) de celebrado el Contrato, esto es el 16.may.2012

**TRIGÉSIMO TERCERO:** Que, la controversia sobre el incumplimiento imputable a ENERCOM se inicia con la observación al segundo entregable presentado por la demandante mediante carta N° 033-ENER-INGIBEROS-2012 de fecha 02.May.2012, (referida a los Aspectos Generales e Identificación del problema), el mismo que fue observado por el MINEDU mediante Informe N° 013-G5-PIPRADE-2012, y notificado al contratista el 14.May.2012. Entregable que posteriormente fue presentado (incluyendo el levantamiento de las observaciones) mediante carta N° 041-ENER-INGENIEROS-2012 el 17.May.2012, el mismo que fuera observado por segunda vez a través del Informe N° 030-GRUPO 5-PIP REDES-2012 del 23. May.2012. Dicha segunda observación fue subsanada mediante oficio N° 052-2012-ENERCOM/CUZCO el 26.Jun.2012, la misma que fue nuevamente rechazada por la demandada y subsanada nuevamente por ENERCOM el 10.Jul.2012, entregable que finalmente fue aprobado por el MINEDU el 15.10.12.



Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

**TRIGÉSIMO CUARTO:** Que, de acuerdo a los términos del Contrato, era condición para la entrega del tercer entregable, que haya operado la entrega del segundo entregable;

**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, así las cosas, es importante analizar si la demora en la entrega del segundo entregable fue de responsabilidad de ENERCOM, o si por el contrario, obedeció al MINEDU por la demora en su aprobación conforme a los términos pactados en el Contrato.

**TRIGÉSIMO SEXTO:** Que, en este orden de ideas, se tiene que analizar si la presentación defectuosa del segundo entregable a cargo de ENERCOM, y si la inobservancia del plazo máximo para decretar la aprobación del segundo entregable sumado al calendario de entregas previsto en el propio Contrato, frustró la posibilidad de ENERCOM de ejecutar el tercer entregable;

**TRIGÉSIMO SÉTIMO:** Nótese que en forma paralela al trámite de las observaciones y levantamientos de observaciones del segundo entregable, ENERCOM presentó el tercer entregable con fecha 30.May.2012, mediante carta N° 045-ENER-INGENIEROS-2012, el mismo que fue devuelto por la demandada mediante Informe N° 032-GRUPO 5-PIP REDES-2012, que si bien excedió el plazo previsto en el Contrato, puso en evidencia que su inejecución oportuna podría estar vinculada a la falta de aprobación del segundo entregable.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Que, no obstante lo anterior, ENERCOM volvió a presentar este tercer entregable el 03.Jul.2012, mediante oficio N° 053-2012-ENERCOM/CUZCO, no obstante que ya el 16.Jun.2012, había sido requerido para que en el plazo de 15 días cumpla con sus obligaciones, de acuerdo a los términos de la carta notarial N° 051-2012-ME/SGOGA-UA.

**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Que, a este efecto, resulta de la mayor relevancia determinar si el requerimiento previo (intimación) efectuado por el MINEDU previo a la resolución fue válido y eficaz, toda vez, que cuando aquella requirió formalmente a ENERCOM para que en el plazo de 15 días cumpla con las obligaciones pendientes de ejecución, léase el segundo y tercer entregable, se encontraba pendiente la decisión sobre la aprobación del segundo entregable.

Que, fluye de la carta intimatoria cursada el 11.Jun.2012 por el MINEDU a ENERCOM, que el plazo de requerimiento para cumplir fue de 15 días, que contado en plazo calendario (Art. 151° del Reglamento), fijó como término final de cumplimiento el 26 de junio de 2012, fecha en que ENERCOM volvió a presentar una subsanación a las observaciones formuladas, que sin embargo fueron objeto de una última observación por parte del MINEDU, subsanada el 10 de julio de 2012, y posteriormente aprobada el 15 de octubre de ese año.

*PD*

*off*

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

**TRIGÉSIMO NOVENA:** Que, así las cosas, se puede advertir que vencido el plazo intimatorio, ENERCOM no había cumplido con la entrega del segundo entregable toda vez, que persistían las observaciones al segundo entregable, dejando establecido que dicha demora le era imputable a la demandante, y que la sola presentación de una subsanación y/o levantamiento de observaciones no constituye cumplimiento, dado que como ocurrió en el caso que nos ocupa, la misma fue nuevamente observada por el MINEDU, dejando establecido que ya se había configurado a dicha fecha el incumplimiento que habilitaba la posibilidad de resolver del MINEDU, sin perjuicio que seguía pendiente la aprobación final de dicho segundo entregable, al haberse presentado una última subsanación el 13 de julio de 2012, que fuera aprobada en octubre de ese año.

**CUADRAGÉSIMA:** Que, así las cosas se tiene que la intimación resolutoria cursada por el MINEDU –que exigió el cumplimiento de las obligaciones pendientes de ejecución, vale decir, el segundo y tercer entregable-, fue válida y eficaz y generó –dado el incumplimiento de la demandante una vez vencido el plazo concedido-, la posibilidad de ejercitarse la resolución del Contrato. Ello, además considerando que el MINEDU concedió diversas oportunidades de cumplimiento, sin que pueda considerarse que el plazo intimatorio fue precipitado o irrazonable. Sumado ello, resulta importante señalar que la demora en la aprobación del segundo entregable (contada desde la última subsanación), no puede ser considerada relevante para cuestionar la validez de la resolución desde que ésta tuvo lugar mucho tiempo después de aprobado el segundo entregable, al no haberse cumplido con el tercer entregable a partir de dicha fecha.

**CUADRAGÉSIMO PRIMERA:** Que, con ello resulta evidente que las pretendidas entregas del tercer entregable fueron válidamente rechazadas pues, no se había dado cumplimiento a lo establecido en el Contrato, y por ello, no puede ser amparado el argumento de ENERCOM en este sentido, pues dichas entregas, no estuvieron arregladas a los términos contractuales;

**CUADRAGÉSIMO SEGUNDA:** Que, es el caso, que luego de aprobado el segundo entregable, la demandante no cumplió tampoco con el tercer entregable razón por la cual, la carta notarial de fecha 12. Mar.2013, que comunicó la resolución del Contrato, estuvo plenamente amparada, considerando además, la demora y el tiempo transcurrido a dicha fecha, sin que el interés de la entidad haya sido satisfecho pese a las múltiples oportunidades de cumplimiento y los plazos concedidos.

Por tanto, debe declararse **INFUNDADA** la primera pretensión de **ENERCOM** y, por tanto, **VÁLIDA** y **EFICAZ** la resolución contractual efectuada por el **MINEDU**.

*PN*

*OL*

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

## II SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO A DESARROLLARSE

Determinar si corresponde o no, que se ordene a la entidad que proceda a plantear las observaciones que correspondan de manera clara, precisa y objetiva de los entregables, con indicación de los alcances y modos en que deben ser absueltas.

### POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Tribunal Arbitral, atendiendo a que ha declarado la validez y eficacia de la resolución contractual efectuada por el **MINEDU**, considera que no corresponde pronunciarse sobre el presente punto controvertido.

## III TERCER PUNTO CONTROVERTIDO A DESARROLLARSE

Determinar si corresponde o no, que se deje sin efecto la penalidad máxima establecida de manera unilateral por la entidad.

### ARGUMENTOS DE ENERCOM

ENERCOM no ha fundamentado la presente pretensión.

### ARGUMENTOS DEL MINEDU

*Habiéndose declarado INFUNDADA la primera pretensión principal por el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista, resulta conforme a derecho las penalidades impuestas en contra del contratista*

### POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

**PRIMERO:** Que, tal como se ha determinado, la resolución del contrato es válida y eficaz por haber cumplido con lo que establece la Ley del Procedimiento Administrativo General y los presupuestos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

**SEGUNDO:** Que, también se ha señalado, que el **MINEDU** resolvió el contrato mediante la Carta N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA. Dicha Carta Notarial se sustenta en el Memorándum N° 179-2013-MINEDU/VMPG/DIGEIBIR que, a su vez, se remite al Informe N° 048-2013-MINEDU/VMPG-DIGEIBIR-DEIB de fecha 27 de febrero de 2013.

**TERCERO:** Que, el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

*"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 ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. 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 por el monto diferencial de 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:*

- a) *Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras:*  $F = 0.40$ .
- b) *Para plazos mayores a sesenta (60) días:*
  - b.1) *Para bienes y servicios:*  $F = 0.25$ .
  - b.2) *Para obras:*  $F = 0.15$ .

*Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.*

**Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente** (resaltado y subrayado es nuestro)

**CUARTO:** Que, como puede apreciarse de los documentos citados en el considerando segundo del análisis del presente punto controvertido, el MINEDU no ha sustentado de manera adecuada la aplicación de la penalidad, adoleciendo, para este caso concreto y en referencia al acto administrativo de falta de motivación para realizar el cálculo.

**QUINTO:** Que, en efecto, la Carta N° 449-2013-MINEDU/SG-OGA únicamente hace referencia a que se ha acumulado la máxima penalidad superando el 10% del monto del contrato (sin especificar si se refiere al monto total del contrato o al monto del contrato vigente).

Lo mismo ocurre con el Memorándum N° 179-2013-MINEDU/VMPG/DIGEIBIR y el Informe N° 048-2013-MINEDU/VMPG-DIGEIBIR-DEIB de fecha 27 de febrero de 2013.

*Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)*

**SEXTO:** Que, con respecto a la falta de motivación señalada, se han establecido una serie de criterios que se deben seguir a efectos de establecer una debida motivación. Estos criterios son a decir de Colomer<sup>4</sup> son, el de la racionalidad, la coherencia y la razonabilidad.

Con relación al criterio de racionalidad, Colomer señala que es preciso evaluar si la justificación es fundada en Derecho, tanto sobre los hechos del juicio (selección de hechos probados, valoración de las pruebas, método de libre apreciación) como del derecho aplicado<sup>5</sup>.

Sobre este aspecto, además precisa los siguientes sub requisitos: Primero, que la decisión sea fruto de una aplicación racional del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; es decir, evaluar que la norma *seleccionada* sea vigente, válida y adecuada a las circunstancias del caso; que tal norma haya sido correctamente aplicada y que la interpretación que se le haya otorgado sea válida (adecuada utilización de los criterios hermenéuticos, interpretación judicial y principio de legalidad)<sup>6</sup>.

En segundo lugar, se analiza que la motivación respete los derechos fundamentales (aquí, será relevante la interpretación realizada tanto por el TC como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y toda aquella interpretación que se siga de los principios especiales que asisten a este tipo de derechos, como el de desarrollo progresivo, y el de motivación cualitativa en casos de restricción, por ejemplo)<sup>7</sup>.

En tercer lugar, está la adecuada conexión entre los hechos y las normas que justifican la decisión<sup>8</sup>.

Por otro lado, en relación a la coherencia, este presupuesto va de la mano y en conexión inescindible con la racionalidad. Así, la coherencia en un sentido interno de la motivación se refiere a la necesaria coherencia que debe existir en la justificación del fallo.

Finalmente, está el criterio de la razonabilidad, la misma que está en función de todas las resoluciones judiciales.

Al respecto, señala Colomer, que pueden haber decisiones racionales y coherentes pero que las mismas puedan ser irrazonables. La razonabilidad

---

<sup>4</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

<sup>5</sup> SILVA DEL CARPIO, Cruz. Op. Cit

<sup>6</sup> Ibídem

<sup>7</sup> Ibídem

<sup>8</sup> Ibídem

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

según este autor tiene que ver con la aceptabilidad de la decisión por el común de las personas y el auditorio técnico<sup>9</sup>.

**SÉTIMO:** Que, siendo ello así, no queda claro cuál ha sido la penalidad aplicada por el **MINEDU**, es decir, si aplicó la máxima penalidad por el monto total del contrato o, por el contrario, si aplicó la misma al monto del saldo pendiente por ejecutar, tomando en consideración que el objeto del contrato era la presentación de tres entregables, es decir, un contrato de duración.

Por tal motivo, el Tribunal Arbitral considera que no habiendo establecido el **MINEDU**, de manera clara y precisa la penalidad aplicada, adoleciendo el acto administrativo resolutorio de motivación en este aspecto, debe declararse **FUNDADA** la presente pretensión y, por tanto, sin efecto la penalidad aplicada, dejando a salvo, el derecho del **MINEDU**.

#### IV CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO A DESARROLLARSE

**Determinar si corresponde o no, ordenar que la entidad demandada debe asumir el pago de las costas y costos del presente proceso.**

En el presente punto controvertido corresponde analizar y determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir los gastos irrogados en el presente proceso.

Que, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Que, además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Que, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó el presente

---

<sup>9</sup> Ibídem, p. 308

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, se estima razonable lo siguiente:

- (i) Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Cada una de las partes asuma por igual el costo de los gastos arbitrales que les corresponde.

Que, por otro lado, tomando en consideración que los gastos arbitrales fueron asumidos en su integridad por la demandante, corresponde que el demandado reembolse a **ENERCOM el 50% de los costos del arbitraje, efectivamente pagado.**

**SE RESUELVE:**

1. Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de **ENERCOM** y, en consecuencia, se declara la validez y eficacia de la resolución contractual efectuada por el **MINEDU**.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la segunda pretensión de **ENERCOM**.
3. Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de **ENERCOM** y, en consecuencia, se deja sin efecto la penalidad aplicada, *dejando a salvo el derecho del MINEDU*.
4. Respecto de la Pretensión referida a los gastos arbitrales:
  - (i) **QUE CADA UNA DE LAS PARTES ASUMA LOS HONORARIOS** por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
  - (ii) **QUE CADA UNA DE LAS PARTES ASUMA POR IGUAL LOS COSTOS ARBITRALES** que les corresponde. En este sentido, se ordena al **MINEDU** que reembolse a **ENERCOM** la suma equivalente al 50% de los costos arbitrales efectivamente pagados por **ENERCOM**, para cuyo efecto la Secretaría deberá emitir Razón de la liquidación correspondiente, incluyendo el monto total y definitivo de los honorarios y gastos arbitrales.

VICTOR MADRID HORNA  
Presidente del Tribunal Arbitral

Tribunal Arbitral  
Víctor Madrid Horna (Presidente)  
María del Rosario Escurra Rojas (Árbitro)  
Juan José Pérez Rosas Pons (Árbitro)

*María del Rosario Escurra*

**MARÍA DEL ROSARIO ESCURRA ROJAS**  
Árbitro

  
**JUAN JOSÉ PÉREZ ROSAS PONS**  
ÁRBITRO

