

**ARBITRAJE BAJO LA ADMINISTRACIÓN Y REGLAS DEL SISTEMA
NACIONAL DE ARBITRAJE DEL OSCE
(Caso Arbitral N° S77-2017/SNA-OSCE)**

LAUDO

Partes del Arbitraje:

**CONSORCIO ALKAPALKA ASOCIADOS
(CONSORCIO)**

vs.

**MINISTERIO PÚBLICO
(ENTIDAD)**

TRIBUNAL ARBITRAL:

Mario Manuel, Silva López
Alonso, Bedoya Denegri
Ramiro, Rivera Reyes

Lima, 18 de julio 2023

CONTENIDO

I. RELACIÓN CONTRACTUAL Y CONVENIO ARBITRAL.....	4
II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	5
III. DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES.....	10
IV. CONSIDERACIONES INICIALES TRIBUNAL ARBITRAL.....	26
V. NORMAS APLICABLES.....	28
VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	29
§ ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS PRIMERO Y SEGUNDO.....	29
POSICIÓN DEL CONSORCIO.....	31
POSICIÓN DE LA ENTIDAD.....	34
ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	35
§ ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.....	35
POSICIÓN DEL CONSORCIO.....	37
POSICIÓN DE LA ENTIDAD.....	38
RESOLUTIVO.....	42

TÉRMINOS Y ABREVIATURAS

A efectos de hacer más amigable la lectura del presente laudo se utilizarán las siguientes abreviaturas:

TÉRMINOS	ABREVIATURAS
Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE	CENTRO
Contrato de la Ejecución de la Obra 10-2013 para la "Construcción y Equipamiento de la sede del Ministerio Público en la Provincia de Azángaro dentro del marco del Nuevo Código Procesal Penal".	CONTRATO
Consortio Alkapalka Asociados, integrado por la empresa Alkapalka Contratistas Generales S.A.C. y la empresa Comeco S.R.L.	CONSORCIO
Ministerio Público	ENTIDAD
Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje	DLA
Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo 1017, modificado mediante Ley 29873	LCE
Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF, modificado mediante Decreto Supremo 138-2012-EF y 116-2013-EF.	RLCE
Decreto Legislativo 295	C.C.

RESOLUCIÓN N° 29

En Lima, a los 18 días del mes de julio de 2023, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas procesales establecidas en el Reglamento de Arbitraje del CENTRO, revisados los argumentos sometidos a su consideración, escuchado a las partes en audiencia y meritadas las pruebas ofrecidas en torno a las pretensiones demandadas por el CONSORCIO, dicta el siguiente laudo:

I. RELACIÓN CONTRACTUAL Y CONVENIO ARBITRAL.

1. El convenio arbitral que determina la competencia del Tribunal Arbitral se encuentra contenido en la cláusula vigésimo quinta del CONTRATO en los siguientes términos y alcances:

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje es institucional y será resuelto por el Tribunal Arbitral designado con arreglo a lo normado por los numerales 2 y 3 del artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del

Estado y se desarrollará obligatoriamente bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE con sede en la ciudad de Lima y de acuerdo a su Reglamento.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

2. Conforme al convenio arbitral antes citado, las partes pactaron resolver controversias indeterminadas, derivadas y relacionadas con la ejecución del CONTRATO, a través de un arbitraje institucional, nacional y de derecho.
3. Debido a ello, y como consecuencia de la controversia surgida entre las partes en relación con la liquidación del CONTRATO, el CONSORCIO solicitó ante el CENTRO el inicio del presente arbitraje, procediéndose a la conformación del Tribunal Arbitral.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

4. En virtud de lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes, el Tribunal Arbitral fue conformado del siguiente modo:
 - El CONSORCIO designó como árbitro al Dr. Alonso Bedoya Denegri, quien comunicó oportunamente su aceptación al cargo, sin objeción de las partes. El mismo fue designado como árbitro sustituto del abogado Juan Humberto Acevedo Peña, quien presentó su renuncia el 17 de julio del 2022.
 - En virtud de lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes la ENTIDAD designó como árbitro al Dr. Ramiro Rivera Reyes, quien comunicó oportunamente su aceptación al cargo, sin objeción de las partes.

- Los árbitros designados inicialmente por las partes, de común acuerdo, designaron al Dr. Mario Manuel Silva López como tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral, quien comunicó oportunamente su aceptación al cargo, sin objeción de las partes.
5. Estando válidamente constituido el Tribunal Arbitral, se inició con el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Los actos procesales más relevantes serán descritos a continuación.

CIERRE DE LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR.

Dado el estado del proceso y tomando en consideración que las partes han tenido oportunidad suficiente para exponer su posición con relación al presente arbitraje, el Tribunal Arbitral considera conveniente cerrar la instrucción y fijar el plazo para laudar en 35 días hábiles.

VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.

PRIMERO: Corresponde al Tribunal Arbitral señalar los siguientes puntos: i) Que, el presente proceso arbitral se deriva de la cláusula vigésimo quinta del Contrato; ii) que, el Demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos establecidos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso; iii) que, el Demandado contestó la Demanda dentro de los plazos establecidos y ha ejercido su derecho de defensa, iv) que, ambas partes contaron con las mismas oportunidades para ofrecer sus medios probatorios, así como para ejercer plenamente su derecho de defensa y v) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

SEGUNDO: El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje y de la normativa que se especifica en el punto V, más adelante. Estando a lo dispuesto en la mencionada ley, el Tribunal Arbitral

advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

La valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”

Además, el Tribunal Arbitral señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces y árbitros no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que ha ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.¹ La eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Tribunal Arbitral haya dejado de sopesar y meritar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires- Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, P. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar *“En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En Efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando”* (Expediente N° 1230-2002-HC/TC, FJ 13).

En igual sentido: *“si bien, como ha establecido este tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo”* (Expediente N° 03864-2014-PA/TC, FJ 27).

TERCERO: Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, generar certeza en los árbitros respecto de las afirmaciones sobre los hechos y fundamentar sus decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba, junto con una valoración conjunta de los mismos.

Esto se encuentra recogido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorgando a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.

CUARTO: Que, la Carga de la Prueba constituye una regla de juzgamiento en sede arbitral y judicial, se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, Al respecto, el Tribunal Arbitral debe señalar que, en el presente arbitraje, se mantiene la carga de la prueba del Demandante respecto de sus afirmaciones sobre los hechos. En este contexto, y como resulta evidente, se realizó la valoración conjunta de las pruebas aportadas por las partes.

“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”.

QUINTO: Que, 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, así como las alegaciones y las pruebas que ha aportado al presente. Del mismo modo el Tribunal Arbitral ha analizado la posición de la Demandada, así como las alegaciones y las pruebas que ha aportado al proceso.

SEXTO: Que, 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.

Por tanto, es preciso dejar claramente establecido que este 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.

En tal sentido, los artículos 1352º, 1354º y 1356º del Código Civil consagran los principios de consensualidad, libertad contractual y carácter obligatorio de las disposiciones contractuales. Al respecto, el artículo 1361º del Código Civil declara como principio rector que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" y el artículo 1362º 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 1352º 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 1373º 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 establecido en el derecho común (*pacta sunt servanda*), que, como es bien sabido constituye la 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 en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

SÉTIMO: Que, conforme a la demanda y la contestación se ha fijado la controversia y por tanto los temas que serán materia del laudo.

Siendo ello así, corresponde al Tribunal Arbitral establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada del criterio del Tribunal Arbitral 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.

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, 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 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.”²

III. DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES.

6. El 03 de abril de 2017, el CONSORCIO interpuso su demanda arbitral ante el CENTRO, formulando las siguientes pretensiones que a continuación se describen:

- **Primera Pretensión Principal.**

“Que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague a el Contratista la suma de S/. 237,023.62 soles (Doscientos Treinta y

² ROCHA ALVIRA, Antonio. “De la prueba en el Derecho”. Medellín. Biblioteca Jurídica DIKE. 1990; págs. 19 y 21.

Siete Mil veintitrés y 62/100 Soles), monto que ha sido determinado como saldo a favor de esta última en la Liquidación Final del Contrato N° 10-2013 para la ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede del Ministerio Público en la Provincia de Azángaro dentro del marco del Nuevo Código Procesal Penal", la cual ha quedado consentida por la ENTIDAD.

- **Pretensión Accesoría a la Primera Pretensión Principal:**

Que, como consecuencia de declarar fundada la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague al Contratista los intereses devengados de la suma de S/. 237.023.62 soles (Doscientos Treinta y Siete Mil Veintitrés y 62/100 Soles), computados desde el 17 de marzo de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo.

- **Segunda Pretensión Principal.**

Que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que devuelva a el CONTRATISTA las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el Banco Interamericano de Finanzas (BANBIF), por los montos de S/. 681,011.43 soles y S/ 74,737.45 soles, que garantizan el fiel cumplimiento del CONTRATO y el Adicional N° 1, respectivamente.

- **Tercera Pretensión Principal.**

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que asuma todos los costos de este arbitraje.

7. El 02 de mayo de 2017, el Director de Arbitraje del CENTRO por intermedio de la Cédula de Notificación N° 2455-2017 concedió el plazo de 03 días al

CONSORCIO para que cumpla con las observaciones advertidas, bajo apercibimiento de declararse el archivamiento de la demanda.

8. El CONSORCIO a través de escrito de fecha 4 de mayo de 2017, absolvió dentro del plazo conferido cada una de las observaciones advertidas por el Director de Arbitraje del CENTRO.
9. Por consiguiente, el 25 de mayo de 2017, el Director de Arbitraje del CENTRO por intermedio de la Cédula de Notificación N° 3107-2017, corrió traslado del escrito de la demanda a la ENTIDAD para que dentro del plazo de 15 días hábiles cumpla con pronunciarse lo que estime pertinente.
10. El 16 de junio de 2017, la ENTIDAD procedió a apersonarse al proceso arbitral y, en ese acto, absolvió la demanda arbitral, a través del cual sostuvo su postura respecto a las pretensiones demandadas, solicitando que las mismas sean declaradas infundadas en todos sus extremos.
11. El director del CENTRO a través de la Cédula de Notificación N° 3679-2017 dio por acogida el escrito de contestación de demanda arbitral presentado por la ENTIDAD,
12. Adicionalmente a ello, planteó excepción de desistimiento de la pretensión bajo los fundamentos que se exponen en ella, solicitando para tal efecto, que sea declarada amparada por ajustarse a ley y, subsecuentemente, procedió a comunicar a los árbitros designados por las partes.
13. El 23 de febrero de 2018, el director del CENTRO convocó a las partes para el día 19 de marzo de 2018 a horas 5:30 pm a fin de llevar a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
14. El 19 de marzo de 2018, mediante Resolución N° 01, el Tribunal Arbitral dispuso reprogramar la realización de la audiencia de instalación para el día 20 de abril de 2018 a horas de las 11:00 a.m., en las instalaciones de la

sede de la Dirección de Arbitraje ubicado en la Av. Punta del Este s/n, Edificio El Regidor (2do piso), Residencial San Felipe, Jesús María.

15. El 22 de mayo de 2018, el CONSORCIO solicitó la acumulación de nuevas pretensiones a su demanda y la modificación de las mismas, quedando finalmente establecidas de la siguiente manera:

- **Segunda Pretensión Principal.**

Que el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que devuelva al Contratista la suma de S/. 755 748,88 soles (Setecientos Cincuenta y Cinco Mil Setecientos Cuarenta y Ocho y 88/100 Soles), monto resultante de la ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el Banco Interamericano de Finanzas (BANBIF), las cuales garantizaban el fiel cumplimiento del Contrato N° 10-213 para la ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede del Ministerio Público en la Provincia de Azángaro dentro del marco del Nuevo Código Procesal Penal" y de la Prestación Adicional N° 1 de la Obra, respectivamente.

- **Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal.**

Que, como consecuencia de declarar fundada la Segunda pretensión principal, el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague al contratista los intereses devengados de la suma de S/. 755,748.88 soles (Setecientos Cincuenta y Cinco Mil Setecientos Cuarenta y Ocho y 88/100 Soles), computados desde la fecha en que se ejecutaron las Cartas Fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF, hasta la fecha en que se haga efectivo la devolución al Contratista del monto correspondiente a la ejecución de las Cartas fianzas indicadas.

- **Cuarta Pretensión Principal.**

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de una indemnización por el daño emergente y el lucro cesante ocasionados al Contratista como consecuencia de ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF. Específicamente, la solicitud de indemnización comprende lo siguiente:

- Indemnización por daño emergente: La suma de S/. 118 509.77 soles (Ciento Dieciocho Mil Quinientos Nueve y 77/100 Soles), que comprende el costo financiero ocasionado al Contratista como consecuencia directa de la ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF, el mismo que ha sido calculado hasta el 20 de mayo de 2018. Este monto deberá ser actualizado, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la indemnización por parte de la ENTIDAD.
- Indemnización por lucro cesante: La suma de S/. 126,672.54 soles (Ciento Veintiséis Mil Seiscientos Setenta y Dos y 54/100 Soles), que comprende la utilidad dejada de percibir por el contratista como consecuencia de estar imposibilitado de participar en procesos de contratación a raíz de la ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF.

16. El 14 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 02 dió cuenta del escrito del CONSORCIO y, en consecuencia, corrió traslado a la ENTIDAD para que en el plazo de 5 días hábiles cumpla con pronunciarse conforme estime pertinente.

17. El 28 de junio de 2018, la ENTIDAD procedió a absolver el escrito de referencia del CONSORCIO, a través del cual solicitó que los argumentos que funda su postura sean considerados al momento de evaluar el pedido del demandante.
18. El Tribunal Arbitral por intermedio de la Resolución N° 3 admitió a trámite la solicitud de modificación y acumulación planteada por el CONSORCIO, en consecuencia, confirió a la ENTIDAD el plazo de 15 días hábiles para que cumpla con presentar su contestación a la pretensión modificada y ampliación de la demanda.
19. El 13 de setiembre de 2018, la ENTIDAD presentó su escrito de contestación a la solicitud de pretensiones modificadas y acumuladas, solicitando que la misma sea declarada infundada en todos sus extremos.
20. El 12 de octubre de 2018, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 4 tuvo por aprobado el escrito de la ENTIDAD, de la cual, puso en conocimiento al CONSORCIO.
21. Asimismo, convocó a ambas partes para el día 17 de diciembre de 2018 con el objetivo de llevar a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios en la sede del CENTRO.
22. En el acto de la Audiencia de referencia, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 05 a través del cual dio cuenta de la excepción de desestimación de la pretensión, planteado por la ENTIDAD y, sobre la cual, declaró infundada la misma.
23. Asimismo, se dejó constancia de la intención de la ENTIDAD de interponer recurso de reconsideración contra la referida resolución, ante lo cual, el Tribunal Arbitral le concedió un plazo de 5 días hábiles para que formule por escrito su contradicción.

24. Por último, se fijó los puntos controvertidos bajo los siguientes términos y alcances que a continuación transcribimos:

- **Primer punto controvertido.**

Determinar si corresponde o no que la ENTIDAD pague al Contratista la suma de S/. 237,023.62 soles (Doscientos Treinta y Siete Mil veintitrés y 62/100 Soles), monto que ha sido determinado como saldo a favor de esta última en la Liquidación Final del Contrato N° 10-2013 para la ejecución de la Obra: "Construcción y Equipamiento de la Sede del Ministerio Público en la Provincia de Azángaro dentro del marco del Nuevo Código Procesal Penal", la cual ha quedado consentida por la ENTIDAD

- **Segundo punto controvertido.**

Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD que pague a el Contratista los intereses devengados de la suma de S/. 237.023.62 soles (Doscientos Treinta y Siete Mil Veintitrés y 62/100 Soles), computados desde el 17 de marzo de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo.

- **Tercer punto controvertido.**

Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD que devuelva al Contratista la suma de S/. 755,748.88 soles, monto resultante de la ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00, emitidas por el Banco Interamericano de Finanzas (BANBIF) las cuales garantizaban el fiel cumplimiento del contrato y el adicional N° 1, respectivamente".

- **Cuarto punto controvertido.**

Determinar si corresponde o no que, como consecuencia de declarar fundada la segunda pretensión principal de la demanda, el Tribunal Arbitral ordene a la ENTIDAD que pague al Contratista los intereses devengados de la suma de S/. 755,478.88 soles, computados desde la fecha en que se ejecutaron las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF, hasta la fecha en que se haga efectivo la devolución al Contratista del monto correspondiente a la ejecución de las cartas fianzas indicadas.

- **Quinto punto controvertido.**

Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante ocasionados al Contratista como consecuencia de la ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF. Dicha indemnización comprende lo siguiente:

- Indemnización por daño emergente: La suma de S/. 118,509.77 soles, que comprende el costo financiero ocasionado al Contratista como consecuencia directa de la ejecución de las cartas fianzas, el mismo que ha sido calculado hasta el 20 de mayo de 2018, debiendo ser actualizado hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la indemnización por parte de la ENTIDAD.
- Indemnización por lucro cesante: La suma de S/. 126,672.54 soles, que, comprende la utilidad dejada de percibir por el Contratista como consecuencia de estar imposibilitado de participar en procesos de contrataciones a raíz de la ejecución de las cartas fianzas.

- **Sexto punto controvertido.**

Determinar si corresponde o no que se ordene a la ENTIDAD que asuma todos los costos de este arbitraje.

25. La ENTIDAD a través del escrito de fecha 26 de diciembre de 2018, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 05, a través del cual solicitó un nuevo reexamen de la decisión adoptada, la misma que debe inclinarse por declarar infundada la excepción de desistimiento de la pretensión.
26. En esa línea, el Tribunal Arbitral por intermedio de la Resolución N° 06 tuvo por presentado el escrito de la ENTIDAD y, en consecuencia, previo a emitir pronunciamiento, corrió traslado al CONSORCIO para que en el plazo de 5 días hábiles manifieste lo que estime conveniente.
27. Es así que, el CONSORCIO a través del escrito de fecha 05 de marzo de 2019, procedió a absolver el recurso de reconsideración planteado por la ENTIDAD, peticionando que la misma debe declararse infundada.
28. Por consiguiente, el 18 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral por intermedio de la Resolución N° 07 declaró infundado el recurso reconsideración bajo los fundamentos que allí se señalan.
29. El 11 de abril de 2019, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 8 dio cuenta del estado del proceso arbitral; en esa línea declaró la conclusión de la etapa probatoria y, previó a continuar con la tramitación del arbitraje, confirió a las partes el plazo de 05 días hábiles para que cumpla con presentar sus alegatos escritos.
30. En adición a lo expuesto, se convocó a las partes para el 30 de mayo de 2019 a horas 3:00 pm a fin de llevar a cabo la Audiencia de Informes Orales en las instalaciones del CENTRO.

31. El 22 de abril de 2019, el CONSORCIO cumplió con presentar sus alegatos escritos, de la cual, se dio cuenta mediante Resolución N° 9 de autos.
32. El 29 de mayo de 2023, la ENTIDAD vía correo electrónico, solicitó la reprogramación de la Audiencia de Informes Orales, frente a la cual, por intermedio de la Resolución N° 10 se declaró tener por admitida la solicitud de la reprogramación de la audiencia, la misma que se fijó para el 11 de junio de 2019 a horas de las 2:00 pm en la sede del CENTRO.
33. Habiéndose llevado a cabo la Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 11 procedió a fijar plazo para laudar de 20 días hábiles, prorrogables a 15 días hábiles adicionales.
34. El 17 junio de 2019, la ENTIDAD y el CONSORCIO presentaron sus alegatos finales respectivamente, las cuales fueron aprobadas por medio de la Resolución N° 12.
35. El 22 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral contenido en la Resolución N° 12, bajo los siguientes términos y alcances:

- **PRIMERO.**

Declarar IMPROCEDENTE la primera pretensión principal de la demandante contenida en el primer punto controvertido; referida a que la ENTIDAD pague al Contratista la suma de S/. 237,023.62 soles, monto que ha sido determinado como saldo a favor de ésta última en la Liquidación Final del Contrato N° 10-2013, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

- **SEGUNDO.**

Declarar IMPROCEDENTE la pretensión accesoria a la primera pretensión principal del demandante, contenida en el segundo punto controvertido; referida a que se ordene a la ENTIDAD que pague al Contratista los intereses devengados de la suma de S/. 237,023.62 soles, computados desde el 17 de marzo de 2017 hasta la fecha en que se haga efectivo, conforme a los fundamentos expuestos en los considerandos.

- **TERCERO.**

Declarar IMPROCEDENTE la segunda pretensión principal de la demandante contenida en el tercer punto controvertido; referida a que se ordene a la ENTIDAD que devuelva al Contratista la suma de S/. 755,748.88 soles, monto resultante de la ejecución de las cartas fianzas N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00, emitidas por el Banco Interamericano de Finanzas (BANBIF) las cuales garantizaban el fiel cumplimiento del contrato y el adicional N° 1, respectivamente por los fundamentos expuestos en los considerandos. Para tal efecto, se deberá incluir dicho monto en la liquidación final del Contrato.

- **CUARTO.**

Declarar IMPROCEDENTE la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del demandante, contenida en el cuarto punto controvertido; referida a que, como consecuencia de declarar fundada la segunda pretensión principal de la demanda, se ordene a la ENTIDAD que pague al Contratista los intereses devengados de la suma de S/. 755,478.88 soles, computados desde el 30 de junio de 2017 en que se ejecutaron las cartas fianza N°

4410067070.00 y N° 4410067072.00, emitidas por el BANBIF, debiendo tenerse en cuenta lo señalado en la parte considerativa.

- **QUINTO.**

Dispóngase que las partes asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje. En consecuencia, teniendo en cuenta que el Consorcio Alkapalka Asociados ha cubierto el 100% de los honorarios arbitrales, ordénese al Ministerio Público devolver a la citada empresa la suma ascendente a S/. 10,925.81 soles, correspondiente al 50% de los honorarios arbitrales cancelados en el presente proceso, más los impuestos de Ley.

- **SEXTO.**

Declarar FUNDADA PARCIALMENTE la cuarta pretensión principal de la demandante contenida en el quinto punto controvertido; referida a que se ordene a la ENTIDAD el pago de una indemnización por daño emergente ocasionados al Contratista como consecuencia de la ejecución de las cartas fianzas N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF, ordenándose a la ENTIDAD que cumpla con pagar la suma ascendente a S/. 118,509.77 soles, declarándose improcedente la pretensión de pago de intereses posteriores al 20 de mayo de 2018 e INFUNDADA la pretensión de pago de una indemnización por lucro cesante, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

36. El 2 de agosto de 2019, la ENTIDAD interpuso recurso de interpretación contra el Laudo Arbitral contenido en la Resolución N° 13. Subsiguientemente, el 6 de agosto de 2019, el CONSORCIO presentó su recurso de integración del Laudo Arbitral.
37. Por ende, el Tribunal Arbitral mediante la Resolución N° 14 procedió a dar cuenta de las solicitudes presentadas por ambas partes y, en consecuencia, corrió traslado a cada una de ellas para que en el plazo de 10 días hábiles cumplan con manifestar lo que estimen pertinente.
38. El 26 de agosto de 2019, el CONSORCIO cumplió con absolver el traslado de la ENTIDAD, con la cual, por medio de la Resolución N° 15 se tuvo por presentado el acotado escrito y, habiéndose verificado el estado del proceso, se fijó el plazo de 10 días hábiles para emitir el Laudo Complementario.
39. El 3 de setiembre de 2019, la ENTIDAD procedió a absolver la solicitud de interpretación planteado por el CONSORCIO.
40. Ante ello, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 16 dio cuenta del escrito de absolución de la ENTIDAD y advirtió que el mismo se presentó dentro del plazo conferido por Resolución N° 14; en tal sentido, ratificó el plazo fijado por Resolución N° 15 para emitir el Laudo Arbitral Complementario.
41. El 17 de setiembre de 2019, el Tribunal Arbitral emitió Laudo Complementario contenido en la Resolución N° 17, a través del cual resolvió declarar improcedentes, el recurso de interpretación y/o integración planteada por la ENTIDAD y el recurso de integración formulado por el CONSORCIO.
42. El 29 de setiembre de 2020, el Poder Judicial a través del oficio pone de conocimiento el contenido de la Resolución N° 7 seguido en el Expediente

Judicial Electrónico N° 00552-2019-0-1817-SP-CO-01 que dispuso lo siguiente:

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Colegiado Superior resuelve: Declarar FUNDADO el recurso de anulación presentado por el Procurador Público del Ministerio Público, basado en la causal regulada en el literal b) del numeral 63.1 del Decreto Legislativo 1071, y dirigido contra el sexto punto resolutivo del laudo de fecha veintidós de julio de dos mil diecinueve, donde se declara fundada parcialmente la cuarta pretensión principal del demandante en sede arbitral, contenida en el quinto punto controvertido, referida a que se ordene a LA ENTIDAD el pago de una indemnización por daño emergente, por tanto, NULO el laudo de fecha veintidós de julio de dos mil diecinueve en el extremo antes anotado, esto es, en cuanto ordena a LA ENTIDAD que cumpla con pagar la suma ascendente a S/. 118,509.77 soles, con reenvío, a fin de que se retome el trámite a partir de los vicios advertidos en la presente sentencia. Con costas y costos. En los seguidos por Ministerio Público contra Consorcio Alkapalka Asociados sobre anulación de laudo arbitral. Notifíquese. -

43. Es así que, en mérito a lo expuesto, el Tribunal Arbitral por intermedio de la Resolución N° 18 dispuso iniciar el arbitraje conforme a los considerandos establecidos en la resolución judicial.
44. En ese sentido, el Colegiado Arbitral planteó nuevas reglas al arbitraje y, como consecuencia de ello, corrió traslado a las partes para que en el plazo de 05 días hábiles cumplan con manifestarse conforme estimen pertinente.
45. El 10 de mayo de 2022, la ENTIDAD procedió a efectuar modificaciones a las reglas arbitrales establecidas en la Resolución N° 18, del cual, por

intermedio de la Resolución 19 se dio cuenta del aludido escrito y, subsecuentemente, se puso en conocimiento del CONSORCIO para que dentro del plazo de 5 días hábiles cumpla con pronunciarse al respecto.

46. Frente a ello, el CONSORCIO mediante escritos de fechas 30 de mayo y 1 de junio de 2022 absolvió el traslado en torno a las modificaciones a las reglas arbitrales bajo los considerandos que se exponen.
47. De otro lado, el 10 de junio de 2022, la ENTIDAD solicitó al Tribunal Arbitral la inhabilitación por decoro del árbitro Juan Peña Acevedo.
48. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 20 declaró firmes las reglas arbitrales bajo las precisiones indicadas en dicha resolución. En adición a ello, se corrió traslado al Árbitro Juan Humberto Peña Acevedo del escrito presentado por la ENTIDAD a efectos de que manifieste lo conveniente.
49. Siendo ello así, el 17 de julio de 2022, el abogado Juan Humberto Peña Acevedo pone de conocimiento su decisión irrevocable de renunciar al cargo de árbitro.
50. En esa línea, el 19 de julio de 2022, a través de la Resolución N° 21, el Tribunal Arbitral declaró tener por aceptada la renuncia formulada por el abogado Juan Humberto Peña Acevedo y, como consecuencia de ello, se confirió al CONSORCIO el plazo de 05 días hábiles para que cumpla con designar un árbitro sustituto, mientras tanto, se suspendió el proceso arbitral hasta la reconfirmación del Tribunal.
51. El 04 de enero de 2023, el Colegiado Arbitral mediante Resolución N° 22 se declaró la reconstitución del Tribunal Arbitral con la incorporación del tercer árbitro, abogado Alonso Bedoya Denegri y, como consecuencia de ello, se levantó la suspensión del proceso arbitral.

52. El 23 de enero de 2023, la ENTIDAD formuló recurso de reconsideración contra la Resolución N° 22, a través del cual solicitó la remisión del link para la visualización de las actuaciones del expediente arbitral, así como, la reprogramación de la audiencia de informes orales.
53. Teniendo en cuenta lo expuesto, el Tribunal Arbitral por intermedio de la Resolución N° 23 de fecha 30 de enero de 2023 declaró fundada de plano el recurso de reconsideración
54. El 09 de febrero de 2023, mediante Resolución N° 24 dispuso la reprogramación de la Audiencia Especial para el día 27 de febrero de 2023 a horas de las 11:00 am en formato virtual.
55. El 06 de marzo de 2023, el CONSORCIO procedió a presentar la documentación solicitada por el Tribunal Arbitral respecto a la ejecución indebida de las cartas fianza de fiel cumplimiento.
56. El 20 y 22 de marzo de 2023, el CONSORCIO y la ENTIDAD presentaron sus conclusiones finales respectivamente.
57. Estando sobre lo expuesto, el Tribunal Arbitral por medio de la Resolución N° 25 procedió a dar cuenta de los escritos presentados por ambas partes procesales, las mismas que fueron puestas de conocimiento a su contraparte para que dentro del plazo de 10 días hábiles cumplan con manifestar lo que estimen pertinente.
58. El 21 de abril de 2023, el CONSORCIO puso de conocimiento el pago de los honorarios profesionales del abogado Alonso Bedoya Denegri en vía de subrogación, de lo cual se dio cuenta por Resolución N° 26.
59. El CONSORCIO a través de escrito de fecha 2 de mayo de 2023 remitió sus comentarios finales respecto al escrito de conclusiones presentado por la ENTIDAD.

60. Por su lado, el 08 de mayo de 2023, la ENTIDAD absolvió el traslado conferido por Resolución N° 25, del cual solicitó que no sea tomada en consideración al momento de resolver.
61. En atención a los hechos de referencia, el Tribunal Arbitral por intermedio de la Resolución N° 27 tuvo por aprobado los escritos presentados por cada una de las partes, los cuales fueron agregados al expediente arbitral.
62. Habiéndose desarrollado todos los actos procesales establecidos en las reglas del presente arbitraje y los necesarios para la emisión del laudo, mediante Resolución N° 28 de fecha 13 de junio de 2023, se dio inicio al cómputo del plazo de treinta (20) días hábiles para la emisión del Laudo respectivo, prorrogables automáticamente por quince (15) días hábiles.
63. Encontrándose dentro del plazo para laudar, este Tribunal Arbitral emite el presente Laudo Arbitral en los términos y alcances siguientes:

IV. CONSIDERACIONES INICIALES TRIBUNAL ARBITRAL.

64. Previo al análisis de las materias controvertidas puestas a conocimiento, es pertinente dejar constancia de lo siguiente:
 - (i) El Tribunal Arbitral se constituyó conforme a lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes.
 - (ii) Se llevaron a cabo todas las actuaciones pactadas para el desarrollo del presente arbitraje y las necesarias para emitir el presente pronunciamiento, dentro de las cuales las partes han tenido suficiente oportunidad para ejercer plenamente su derecho de defensa.

- (iii) El Tribunal Arbitral se pronunciará sobre los puntos o materias en controversia delimitados en el transcurso del presente arbitraje. Constituyen materias incontrovertidas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las actuaciones arbitrales³ y aquellos supuestos en los cuales la Ley establece una presunción *iuris et de iure*⁴.
- (iv) El Tribunal Arbitral es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos.
- (v) Los medios probatorios aportados por las partes y admitidos al presente arbitraje, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba pertenecen al arbitraje por lo que pueden usados incluso para probar hechos que vayan en contra de la parte que las ofreció.
- (vi) El Contrato suscrito por las partes se rige y será interpretado de conformidad con la Ley de Contrataciones de la República del Perú, aprobada mediante Ley N° 30225, cuerpo normativo al cual denominaremos en lo sucesivo con la sigla LCE; y, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, cuerpo normativo al cual denominaremos en lo sucesivo con las siglas RLCE

65. Estando a las circunstancias verificadas anteriormente, el Tribunal Arbitral concluye que no existe vicio alguno que afecte la validez del arbitraje, por

³ Los hechos que las partes acepten pacíficamente y sin contradicción no requieren prueba alguna pues, en virtud de su sola admisión, el juzgador debe tenerlos por acreditados; asimismo, tampoco necesitan ser probados los hechos notorios, cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos en el tiempo y en el lugar en que se dicta la decisión que resuelva las controversias.

⁴ La presunción legal *iuris et de iure*, es una presunción absoluta; en estos casos el juzgador (jueces o árbitros) tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. Esta presunción no debe ser confundida con la presunción establecida por el juzgador recurriendo a las reglas de la lógica, la sana crítica y/o la experiencia.

lo que emite el presente laudo, dentro del plazo y reglas establecidas para el desarrollo del arbitraje, y sobre la base de los siguientes fundamentos.

V. NORMAS APLICABLES.

66. Las controversias sometidas a conocimiento derivan del CONTRATO celebrado por ambas partes el 18 de noviembre de 2013, para la "Construcción y Equipamiento de la sede del Ministerio Público en la provincia de Azángaro dentro del marco del Nuevo Código Procesal Penal"
67. El contrato como categoría general es obligatorio en cuanto se haya expresado en él, sea este de derecho público o privado, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: «un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial»⁵. La esencia de la concepción misma del contrato no varía cuando se está frente a contratos vinculados con la actividad del órgano administrativo contratante⁶.
68. De este modo, en virtud de la formación libre de la manifestación de la voluntad, independientemente del régimen contractual al que decidieron someterse las partes, las reglas previstas en el CONTRATO son definitivas y obligatorias para éstas.
69. En la medida que las partes han instituido una relación jurídica contractual, en lo no previsto por el CONTRATO o en la normativa de contratación estatal [LCE y RLCE], serán aplicables de manera supletoria las disposiciones pertinentes del C.C. peruano⁷.

⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE. Manuel. «El Contrato en General». Tomo I. Palestra. Lima. p 317.

⁶ Sobre este aspecto véase a mayor abundamiento «El enigma del contrato administrativo». En Revista de Administración Pública 172. p. 87-88. Recuperado a partir de: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/47832>.

⁷ En virtud de lo prescrito en el artículo IX del Título Preliminar del C.C., sus disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza». Aun cuando no sea un aspecto controvertido, este Tribunal Arbitral estima pertinente dejar sentada su postura en relación con la no aplicación al caso de la Ley 27444, Ley del

70. Determinado el marco normativo aplicable al CONTRATO y, por tanto, a las controversias derivadas de ésta y que han sido puesta a conocimiento de este Tribunal Arbitral, corresponde analizar los puntos controvertidos delimitados en el transcurso del arbitraje.

VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

71. Con la finalidad de propiciar una lectura amigable de los argumentos a exponerse, evitando repeticiones que puedan conllevar a confusiones, las materias controvertidas puesta a conocimiento serán analizadas en el siguiente orden:

§ Único bloque, en el cual se analizará si corresponde o no la indemnización de daños y perjuicios a favor del CONSORCIO.

72. El análisis de las controversias, en el orden previamente señalado, se realizará siguiendo el siguiente esquema: (i) síntesis de los argumentos expuestos por las partes, y que se consideran relevantes para la decisión del caso; y, (ii) análisis y exposición de la postura adoptada por el Tribunal Arbitral para emitir la decisión.

§ ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

Procedimiento Administrativo General, respecto de los actos desplegados por las partes a razón del CONTRATO.

Y es que, tal como lo ha señalado la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos mediante la respuesta a la Consulta Jurídica 17-2018-JUS/DGDNCR «...el proceso de contratación, en general, consta de varias etapas, empezando por los actos preparatorios, el desarrollo del proceso de contratación y finalmente la ejecución del contrato. Durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados... Durante la etapa de ejecución contractual... los proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General...». Por ello, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del C.C. que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley 27444.

73. El punto controvertido por analizar es el siguiente:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daño emergente y lucro cesante ocasionados al Contratista como consecuencia de la ejecución de las cartas fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por el BANBIF. Dicha indemnización comprende lo siguiente:

- ❖ **Indemnización por daño emergente: La suma de S/. 118, 509.77 soles, que comprende el costo financiero ocasionado al Contratista como consecuencia directa de la ejecución de las cartas fianzas, el mismo que ha sido calculado hasta el 20 de mayo de 2018, debiendo ser actualizado hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la indemnización por parte de la ENTIDAD.**

 - ❖ **Indemnización por lucro cesante: La suma de S/. 126,672.54 soles, que comprende la utilidad dejada de percibir por el Contratista como consecuencia de estar imposibilitado de participar en procesos de contrataciones a raíz de la ejecución de las cartas fianza.**
-

74. Los argumentos expuestos por las partes y que, a criterio de este Tribunal Arbitral, son relevantes para la decisión del caso, son los siguientes.

POSICIÓN DEL CONSORCIO.

75. El CONSORCIO sustenta su postura sobre el primer punto controvertido antes citado sobre la base de los siguientes argumentos:

- El CONSORCIO refiere que ha construido el local de la sede del Ministerio Público en la provincia de Azángaro en Puno, adecuada a la aplicación del nuevo Código Procesal Penal dentro del plazo contractual.
- A pesar de su fiel cumplimiento, la ENTIDAD realiza una liquidación errada; no se le paga al Consorcio lo que se le debe; se ejecuta indebidamente las cartas fianza de fiel cumplimiento y se le deduce incorrectamente una multa, imputando una penalidad.
- El CONSORCIO resalta que han pasado más de siete años de la conclusión y recepción de la obra, sin embargo, a la fecha, no concluye la liquidación del mismo.
- En ese orden de ideas, el CONSORCIO alega que entregó a la ENTIDAD la Carta Fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00, emitidas por BANBIF con la finalidad de garantizar el cumplimiento del CONTRATO y del adicional de obra N° 1, cuya fecha de vencimiento era el 16 de mayo de 2017
- Es así que, estando ante la falta de renovación de las citadas Cartas Fianza, la ENTIDAD mediante Carta Notarial N° 0002-2017-MP-FN-GG de fecha 30 de mayo de 2017, solicitó a la entidad bancaria BANBIF que cumpla dentro del plazo de 3 días lleve a cabo la ejecución de las Cartas Fianza.
- No obstante, el CONSORCIO arguye que, con posterioridad a la solicitud de la ENTIDAD, el 5 de junio de 2017 presentó al Ministerio

Público la Carta N° 06-CONSORCIO ALKAPALKA ASOCIADOS-06-2017, a través del cual informó la renovación de las Cartas Fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 con una vigencia del 16 de mayo de 2017 hasta el 14 agosto de 2017.

- En adición a ello, el CONSORCIO manifiesta que mediante Cartas N° 07-CONSORCIO ALKAPALKA ASOCIADOS-06-2017 y N° 08-CONSORCIO ALKAPALKA ASOCIADOS-06-2017 puso de conocimiento a la ENTIDAD la renovación de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento.
- A pesar de que el CONSORCIO advirtiera el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, la ENTIDAD continuó con el trámite correspondiente, siendo que, el 30 de junio de 2017, recibió la entrega de un cheque de parte de BANBIF por concepto de las cartas fianza antes citadas.
- En atención a los hechos descritos, el CONSORCIO alega que la actuación de la ENTIDAD configura un abuso de derecho al considerar que esta pretendió hacer efectiva la ejecución de las Cartas Fianza primigenias, cuando ya contaba con Cartas Fianzas renovadas.
- Aunando en lo anterior, el CONSORCIO señala que el abuso de derecho cometido por la ENTIDAD se aprecia también cuando no pretendió dejar sin efecto o revocar la solicitud de ejecución, una vez que el Contratista presentó las Cartas Fianza renovadas.
- En ese sentido, el CONSORCIO sustenta su postura en la Opinión N° 030-2014/DTN-OSCE, cuyo tenor indica lo siguiente:

¿Corresponde la ejecución de la garantía cuando el contratista presenta extemporáneamente a la Entidad, posteriormente al día de su vencimiento, la garantía renovada cuya fecha de emisión es posterior a la fecha de vencimiento de la primera indicada que intenta reemplazar?

Como se indicó al absolver la primera consulta, la normativa de contrataciones del Estado establece que el contratista está obligado a renovar las garantías otorgadas antes del vencimiento de las mismas.

En este sentido, una vez vencida la vigencia de una garantía otorgada por el contratista, sin que este haya realizado su renovación, la Entidad podrá solicitar la ejecución de la misma. No obstante, cabe precisar que, como ya se ha señalado en opinión anterior, puede suceder que, luego de vencida la garantía y sin que la Entidad haya solicitado su ejecución, el contratista la renueve.

En estos casos, al haberse producido la renovación antes de la ejecución de la misma, la Entidad no estará facultada a oponerse a recibirla ni se encontrará facultada a ejecutarla, pues dicho proceder constituiría un abuso de su derecho.

- Asimismo, el CONSORCIO indica que en virtud al espíritu de la norma que cautela los intereses de las entidades frente al incumplimientos de los contratistas, resulta evidente que las cartas fianzas renovadas cumplían dicho objetivo, motivo que justifica la revocatoria de la solicitud de ejecución, la que a su vez amerite un accionar de buena fe.

- Sobre lo indicado en la última línea, la conducta de la ENTIDAD en el sentido de hacer efectiva la solicitud de ejecución de la Carta Fianza primigenia, sabiendo que existen Carta Fianza renovadas, configurar un obrar de mala fe, deviniendo en una conducta antijurídica.
- Por todo lo expuesto, el CONSORCIO solicita al Tribunal Arbitral la incorporación de los fundamentos expuestos para canalizar el sustento de la decisión adoptada en el Laudo Arbitral.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD.

76. La ENTIDAD sustenta su postura sobre el primer punto controvertido de referencia sobre la base de los siguientes argumentos:

- Preliminarmente, la ENTIDAD señala que el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral no supo explicar que, la conducta efectuada por el Ministerio Público configura un abuso de derecho, motivo que conllevó a que el Poder Judicial declare la anulación de la decisión arbitral.
- En esa línea, la ENTIDAD arguye que la ejecución de las Cartas Fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 se efectuaron en estricto cumplimiento de la normativa en contratación pública, sin embargo, conforme está dispuesto en el Laudo Arbitral se ha determinado la aplicación de una sanción a la ENTIDAD por haber impedido y/o detenido el ejercicio de un derecho legal.
- Asimismo, la ENTIDAD manifiesta que el CONSORCIO renovó las Cartas Fianza después de haber excedido el plazo de vigencia en 20 días calendarios, computados desde el 16 de mayo en adelante; al amparo del artículo 164°, numeral 1 de la RLCE, la ENTIDAD está plenamente facultada para efectuar la ejecución correspondiente.

- De otro lado, la ENTIDAD advierte que la Opinión N° 030-2014/DTN-OSCE no resulta de aplicación al caso concreto, toda vez que el párrafo citado por el CONSORCIO indica de forma expresa que no debe mediar una solicitud de ejecución, vale decir estamos ante una facultad de la entidad, motivo que justifica su inaplicabilidad.

- En resumidas cuentas, la ENTIDAD alega que no se ha acreditado que en el presente caso exista una conducta antijurídica del Ministerio Público, deviniendo en improcedente la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

77. Previo a emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es menester considerar algunos antecedentes importantes que sucedieron a partir de la emisión del Laudo Arbitral que eventualmente concluyeron con la anulación de la decisión arbitral en referencia el extremo del sexto punto resolutivo.

78. El 22 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral emitió Laudo Arbitral contenido en la Resolución N° 13 que dispuso resolver lo siguiente:

SEXTO: Declarar FUNDADA PARCIALMENTE la cuarta pretensión principal del demandante, contenida en el quinto punto controvertido; daño emergente ocasionados al Contratista como consecuencia de la referida a que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por ejecución de las cartas fianzas N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00, emitidas por el BANBIF, ORDENÁNDOSE a la Entidad que cumpla con pagar la suma ascendente a S/118,509.77 soles, declarándose improcedente la pretensión de pago de intereses posteriores al 20-05-2018 e INFUNDADA la pretensión de pago de una indemnización por lucro cesante, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

79. Frente a ello, la ENTIDAD interpuso recurso de anulación ante el Poder Judicial contra el Laudo Arbitral emitido por el Tribunal Arbitral, sustentándose en el literal b), inciso 1 del artículo 63° del DLA, así como en los incisos 3, 5 y 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.
80. Es así que, habiéndose iniciado el trámite judicial de impugnación en el Expediente Judicial Electrónico N° 00552-2019-0-1817-SP-CO-01, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima decidió resolver lo siguiente:

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, este Colegiado Superior resuelve: Declarar FUNDADO el recurso de anulación presentado por el Procurador Público del Ministerio Público, basado en la causal regulada en el literal b) del numeral 63.1 del Decreto Legislativo 1071, y dirigido contra el sexto punto resolutivo del laudo de fecha veintidós de julio de dos mil diecinueve, donde se declara fundada parcialmente la cuarta pretensión principal del demandante en sede arbitral, contenida en el quinto punto controvertido, referida a que se ordene a LA ENTIDAD el pago de una indemnización por daño emergente, por tanto, NULO el laudo de fecha veintidós de julio de dos mil diecinueve en el extremo antes anotado, esto es, en cuanto ordena a LA ENTIDAD que cumpla con pagar la suma ascendente a S/ 118,509.77 soles, con reenvío, a fin de que se retome el trámite a partir de los vicios advertidos en la presente sentencia. Con costas y costos. En los seguidos por el Ministerio Público contra el Consorcio Alkapalka Asociados sobre anulación de laudo arbitral. Notifíquese.

81. Subsecuentemente, mediante Casación N° 2588-2020 expedido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró improcedente el recurso presentado por el CONSORCIO resolviendo bajo los siguientes considerandos.

Por consiguiente, contrariamente a lo afirmado, la sentencia recurrida si se encuentra debidamente motivada, no incurriendo en ningún vicio que la invalide (motivación aparente, defectuosa o incongruente), guardando correspondencia con el principio de congruencia procesal, sin que se verifique transgresiones a derechos de contenido constitucional ni normas procesales. Por tanto, el recurso en la forma expuesta, deviene en improcedente.

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con el artículo 392° del Código Procesal Civil, declararon; IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por el Consorcio Alkapalka Asociados, contra la resolución de vista expedida con fecha veintinueve de setiembre de 2020. (...)

82. La decisión adoptada por el Poder Judicial para declarar la anulación parcial del Laudo Arbitral respecto a la cuarta pretensión principal de la demanda se sustenta en que no se ha justificado los motivos que conllevaron a concluir que la ENTIDAD ha incurrido en un supuesto de abuso de derecho, así como, la configuración de la antijuricidad en caso concreto.
83. En atención a lo mencionado precedentemente, el Tribunal Arbitral nuevamente vuelve a emitir pronunciamiento sobre el sexto punto resolutivo del Laudo Arbitral, la cual tuvo como objeto controvertido la estimación parcial de la solicitud de indemnización y perjuicios a favor del Contratista.
84. En el presente caso, el CONSORCIO solicitó el pago de una indemnización por concepto de daño emergente y lucro cesante por la suma de S/ 118,509.77 soles, a raíz de la ejecución de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento.
85. Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 1321°. Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable. –

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

(...)

86. La responsabilidad civil subjetiva supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causante de un daño y otro lo ha recibido, siendo el principal fundamento de la obligación de reparar el dolo o culpa en el obrar del causante del daño.
87. A fin de establecer la existencia de una responsabilidad civil en materia contractual, es importante considerar los siguientes presupuestos:

➤ **Antijuricidad**

En el marco de la responsabilidad civil contractual, el elemento de la antijuricidad es exclusivamente típica en la medida de que el incumplimiento se deriva del contrato, ya sea total o cumplimiento parcial, tardío o moroso. Así pues, lo ha reconocido Taboada⁸ que sostiene que, la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificados legalmente.

⁸ Taboada, L. (2003). Elementos de la Responsabilidad Civil, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual. Lima Grijley.

Conforme es de verse de los hechos del caso, el CONSORCIO denuncia que la ENTIDAD ha incurrido en un supuesto de abuso de derecho en el sentido que, habiendo conocido la renovación de las Cartas Fianzas posterior a la solicitud de ejecución, continuó con la tramitación del cual finalizó con el cobro de las Cartas Fianzas primigenias, lo que configura una conducta antijurídica.

En esa línea, el CONSORCIO justifica su posición citando a la Opinión N° 030-2014/DTN-OSCE, a través del cual se dispone lo siguiente:

¿Corresponde la ejecución de la garantía cuando el contratista presenta extemporáneamente a la Entidad, posteriormente al día de su vencimiento, la garantía renovada cuya fecha de emisión es posterior a la fecha de vencimiento de la primera indicada que intenta reemplazar?

(...)

En este sentido, una vez vencida la vigencia de una garantía otorgada por el contratista, sin que este haya realizado su renovación, la Entidad podrá solicitar la ejecución de la misma. No obstante, cabe precisar que, como ya se ha señalado en opinión anterior, **puede suceder que, luego de vencida la garantía y sin que la Entidad haya solicitado su ejecución, el contratista la renueve.**

En estos casos, **al haberse producido la renovación antes de la ejecución de la misma, la Entidad no estará facultada a oponerse a recibirla ni se encontrará facultada a ejecutarla, pues dicho**

proceder constituiría un abuso de su derecho. (el subrayado es nuestro)

Conforme se aprecia de las notas establecidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, se infiere que el propósito del fundamento expuesto es que la ENTIDAD estará vinculada a suspender los efectos de la ejecución de las cartas fianzas siempre y cuando el Contratista haya efectuado la renovación de las mismas.

Sin embargo, es de advertirse que, la obligación del Contratista de mantener la renovación de las cartas fianzas se convertiría en facultativa cuando la ejecución ya se hizo efectiva, caso contrario, en línea de lo desarrollado, estaríamos frente un supuesto de abuso de derecho.

Cabe resaltar que, la razón principal de la extensión de la obligación de la Entidad de cautelar las cartas fianza hasta antes de su ejecución se debe a que existe una probabilidad que el Contratista subsane la renovación de las mismas ante la pérdida patrimonial que traerá consigo la ejecución de las fianzas y, de esa manera se logre asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, pues de no ser el caso, en última instancia, la Entidad podrá hacer efectivo la carta fianza quedando a su posibilidad oponerse a la entrega de las cartas renovadas.

Habiendo establecido dicha precisión, en el caso expuesto, la tramitación de la solicitud de las cartas fianzas primigenias por parte de la Ministerio Público no constituye un acto de abuso de derecho, pues conforme ha sido señalado de la opinión normativa antes citada, la ENTIDAD no cuenta con la facultad de oponerse a la entrega de las cartas fianzas renovadas, sino al contrario, existe un deber vinculante de recepcionar los mismos.

De tal forma que, la ejecución de las cartas fianza primigenias por parte de la ENTIDAD devienen de un uso regular de un derecho en tanto que existe una norma legal que ampara dicho accionar, motivo que justifica su conducta.

Al respecto, el Dr. Carlos Fernández Sessarego⁹, citando a Jossierand, explica que éste último conjuga el hecho de haberse transgredido los fines económicos-sociales del derecho subjetivo, con la intencionalidad ilegítima del agente, pasando, entonces, a considerar que hay abuso del derecho en tanto en cuanto se verifiquen ambas situaciones.

En efecto, existe una clara conducta justificada de la ENTIDAD de no querer acoger la renovación de las cartas fianza, dado que prosiguió con el trámite de ejecución.

Sin perjuicio de ello, se deja en evidencia que la conducta efectuada por la ENTIDAD no es contraria a los cánones de la buena fe. Al respecto el artículo 1362° del Código Civil indica lo siguiente:

“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Asimismo, la buena fe se vincula con deberes de honestidad, de probidad, de consideración de los intereses de la contraparte y por ende de colaboración y de solidaridad, de claridad, de diligencia, de equilibrio, de reciprocidad y de lealtad, entre otros muchos, que conducen a vedar el abuso del derecho o el enriquecimiento sin causa¹⁰.

⁹ Fernández, C. (1984). Derecho de las Personas. Rimay. Lima

¹⁰ Neme, M. (2006). El principio de buena fe en materia comntractual en el sistema jurídico Colombiano. Revista de Derecho Privado. p 79-125. Colombia

*TRIBUNAL ARBITRAL:
Mario Manuel Silva López
Alonso Bedoya Denegri
Ramiro Rivera Reyes*

En el caso concreto, el accionar del CONTRATISTA tuvo como consecuencia el desacato al deber de diligencia con la ENTIDAD pues a sabiendas que la responsabilidad de renovación de fianza estuvo a su cargo, hizo caso omiso.

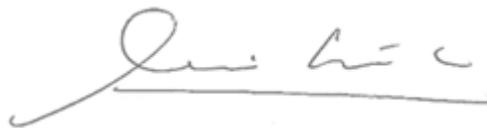
88. Por los motivos expuestos, el Tribunal Arbitral declara infundada la CUARTA pretensión principal de la demanda.

VII. RESOLUTIVO.

89. Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral, en Derecho, **RESUELVE:**

PRIMERO. – DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal del demandante contenido en el quinto punto controvertido; referida a que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daño emergente ocasionados al Contratista como consecuencia de la ejecución de la carta fianza N° 4410067070.00 y N° 4410067072.00 emitidas por BANBIF, por lo que no corresponde ordenar a la ENTIDAD pague la suma ascendente a S/. 118,509.77 soles.

Notifíquese. –



Mario Manuel Silva López
Presidente Tribunal Arbitral

*TRIBUNAL ARBITRAL:
Mario Manuel Silva López
Alonso Bedoya Denegri
Ramiro Rivera Reyes*



Ramiro Rivera Reyes
Árbitro



Alonso Bedoya Denegri
Árbitro