

u

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE LA MAR, Vocal MARTEL CHANG ROLANDO Alfonso FAU 201599812 soft
Fecha: 30/04/2019 19:00:01 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL



PODER JUDICIAL DEL PERU

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL**

EXPEDIENTE : 459-2018-0-1817-SP-CO-01
DEMANDANTE : R & B S.A.C.
DEMANDADO : INSTITUTO TECNOLÓGICO DE LA PRODUCCION - ITP
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE LA MAR, Vocal PRADO CASTAÑEDA ANA MARILU / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 30/04/2019 13:07:08 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA LIMA - Sistema de Notificaciones Electrónicas SINOE
SEDE LA MAR, Vocal ESCUDERO LOPEZ JOSE CLEMENTE / Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 30/04/2019 13:29:16 Razón: RESOLUCION JUDICIAL D. Judicial LIMA / COMERCIALES, FIRMA DIGITAL

Es INFUNDADO el recurso de Anulación de Laudo basado en la causal b) por motivación aparente; porque el Tribunal ha motivado y justificado su posición.

RESOLUCIÓN NÚMERO: SEIS
Miraflores, veinticinco de abril
del año dos mil diecinueve.

I. VISTOS:

Habiéndose analizado y debatido la causa, conforme lo prescriben los Artículos 131° y 133° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este colegiado integrado por los señores Jueces Superiores: Martel Chang, Prado Castañeda, quien interviene como ponente, y, Escudero López emiten la siguiente decisión judicial:

II. RESULTA DE AUTOS:

Del recurso de anulación:

2.1. A fojas 70 a 88, subsanado a fojas 95 a 96 del visor del EJE¹, obra el Recurso de **Anulación de Laudo Arbitral** emitido con fecha 17 de julio de 2018, invocando la causal contenida en el **inciso b)** del numeral 01 del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071 interpuesto por R&B S.A.C. [en adelante R&B].

2.2. Fundamentos de su petitorio:

¹ Expediente Judicial Electrónico.

- i) Existe falta de motivación aparente a lo largo de todo el laudo; un laudo arbitral que por lo demás sólo ha merecido unas pocas páginas en su desarrollo a pesar de lo complejo de la litis y materias puestas a su conocimiento y decisión, no se han tenido en cuenta todas las actuaciones realizadas y las diversas pruebas aportadas, admitidas y no valoradas; afirmando conclusiones a las que no podría arribar al no tener las premisas fácticas previas a la corroboración de los medios probatorios que las acrediten, sino que son simples supuestos del tribunal, trasladando además la carga de la prueba a su representada.
- ii) La motivación aparente, en el caso de la excepción planteada ha consistido en que si bien se menciona que la fecha de inicio del arbitraje es anterior al del segundo arbitraje que paralelamente se sigue en la misma Cámara de Comercio de Lima [CCL], no se hace ninguna mención a que presentaron con fecha muy anterior, la solicitud de conciliación extrajudicial y a pesar de ello el demandado presentó una solicitud de arbitraje directamente ante el Centro de Arbitraje de la CCL y sin hacer mención expresa a las pretensiones dos y tres, que son objeto de la excepción de falta de competencia, siendo que posteriormente recién en su escrito de demanda arbitral se consignan estas pretensiones como si hubieran sido planteadas desde la solicitud de arbitraje y que son materia de conocimiento en un segundo arbitraje de fecha anterior al escrito de demanda arbitral elaborado por ITP, lo que no fue analizado por el tribunal arbitral [páginas 15 a la 21 del laudo arbitral]; es decir se aprecia la motivación aparente del colegiado al decidir declara infundada la excepción planteada solo tomando como referencia parcialmente los hechos esgrimidos por ambas partes.
- iii) En lo que respecta a la primera pretensión principal del Instituto Tecnológico de la Producción, se afirma que no existe la causal de resolución y además de ello no puede ser considerada una obligación esencial ya que no existe ni en el contrato ni en las bases integradas una lista de supuestos que se denomine obligaciones esenciales, afirmación equivocada, ya que los hechos son claros cuando se ha señalado que la recurrente intimó a la entidad el cumplimiento de sus obligaciones esenciales al no levantar la consulta esencial (pues implicaba modificación al expediente técnico) planteada por su representada y por el residente, interpretando equivocadamente el tribunal que las respuestas de la supervisión y posteriormente de la entidad enervaban la imputación de incumplimiento, lo cual no es cierto; en consecuencia se trata de una conclusión del tribunal que no tiene justificación probatoria, desconociendo en base a qué motivación, el Colegiado arbitral concluye que el supuesto de intimación fue desvirtuado y que además no puede ser considerado como obligación esencial.
- iv) El tribunal arbitral se equivoca en la decisión tomada respecto a la segunda pretensión principal al trasladar a su representada la obligación

5

de demostrar el no incumplimiento de sus obligaciones. Como puede el tribunal afirmar y concluir que no han sustentado legal o contractualmente el cumplimiento de sus obligaciones aplicando supletoriamente un artículo del Código Civil, cuando es claro que si la imputación de incumplimiento parte del demandante, y por ello se ha resuelto el contrato, siendo éste quien debía probar el incumplimiento y no en sentido contrario. Por ello se desconoce bajo qué criterios o argumentos llegaron a dicha conclusión, bajo que pruebas o motivación arribaron a dichas afirmaciones.

- v) Existe motivación aparente, cuando al tratarse el tema del incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, sin aplicar la Ley y el Reglamento específico al caso concreto (más si se aplicó el artículo 1229 del Código Civil). Se busca fundamentar la decisión en la Casación N° 3735-01/APURIMAC (página 40 del laudo), para colegir que mi representada debió probar que no había incumplido sus obligaciones contractuales y que cómo no lo hizo debe declarar fundada la pretensión de la contraparte por lo que no se explica cómo el tribunal llega a concluir que el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales, cuál es el fundamento legal de la normativa de contrataciones públicas para trasladar la carga de la prueba?. Ante la ausencia de fundamentos de parte del tribunal se utiliza como supuesta justificación un cuadro del progreso en la ejecución de la obra presentado por el Entidad, sin que ello se hubiera corroborado con prueba alguna.
- vi) Existe motivación aparente al señalarse que no han probado que las firmas y sellos que han sido consignados en las tres cartas que deniegan las ampliaciones de plazo solicitadas no le correspondían; sin embargo, olvidó el tribunal que por ello se solicitó la exhibición de las tres cartas, ya que no las tenían en su poder y de las mismas se observa claramente la diferencia en los sellos utilizados y las firmas puestas en los cargos. De igual forma se adjuntaron otros documentos cuyo sello es claramente distinto a los consignados en estas tres cartas; sin embargo, nada de ello fue considerado por el tribunal a fin de verificar su posición.
- vii) Se configura una motivación aparente cuando no se toma en consideración ninguno de los cuestionamientos a la ilegal resolución de contrato del Instituto Tecnológico de la Producción, nuevamente el sello y firma no es de su empresa y que el supuesto incumplimiento no se había generado porque tenían plazo ampliado ante sus 3 pedidos de ampliación de plazo, es más contradictoriamente el tribunal señala que la fecha de culminación del plazo de ejecución de obra era el 08 de julio y no el 08 de junio; y, sin embargo, no computó dicho plazo para concluir que efectivamente no había causal de retraso en el cumplimiento de sus prestaciones cuando se inició el procedimiento de resolución de contrato.

- viii) Con el accionar del tribunal arbitral se han vulnerado principios y garantías fundamentales de mi representada. No solo el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones, sino además el derecho de una tutela jurisdiccional efectiva, esto es el derecho que tenía y tiene a que se emita una decisión final motivada en base a derecho.
- ix) Correspondía que el tribunal analice todos y cada uno de los medios probatorios aportados, lo cual jamás se realizó, no analizó ninguna de las pruebas aportadas por ellos.

De la absolución del recurso de anulación:

2.3. El emplazado, Instituto Tecnológico de la Producción, en adelante ITP, mediante escrito de fecha 15 de enero de 2019², absolvió el traslado del recurso de anulación, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, siendo los fundamentos de la misma:

- i) El planteamiento central de la anulación planteada por R&B S.A.C., evidencia la falta de argumentación de dicho recurso, pues de una rápida lectura del laudo se advierte que el mismo se encuentra debidamente motivado.
- ii) **Sobre la excepción de falta de competencia del Tribunal Arbitral:** R&B S.A.C. insinúa que el Tribunal Arbitral ha incurrido en motivación aparente al momento de resolver la excepción planteada. Se argumenta que el Tribunal incurrió en motivación aparente, al no haber hecho referencia a la solicitud de conciliación planteada por el ahora demandante. Dicha aseveración carece de sustento jurídico, pues ninguna norma, ni el Contrato, específicamente la Cláusula Arbitral, establecen que la Conciliación inicia el Proceso Arbitral o es un pre requisito para este, como pretende sustentar la demandante; lo cierto es que el Laudo analizó a detalle los fundamentos de la excepción interpuesta y determinó por unanimidad la improcedencia de la misma por dos motivos: a) el primero es la oportunidad del inicio de los arbitrajes sustentados en la excepción planteada; y b) el Tribunal Arbitral pone en evidencia que la única forma pactada por las partes para resolver los conflictos relacionados al contrato de acuerdo al Convenio Arbitral contenido en el mismo, era el arbitraje de derecho, siendo la conciliación facultativa.

El Tribunal declaró infundada la excepción de falta de competencia planteada por R&B S.A.C. con la debida motivación y luego de un análisis lato, el mismo que puede ser apreciado de folios 14 al 21 del Laudo, por lo que no se puede señalar que exista una motivación aparente.

- iii) **Sobre la Primera Pretensión Principal:** R&B S.A.C. discute el criterio del Tribunal Arbitral, con argumentos que en realidad significan una

² Folios 157/166

6

apelación camuflada, y no porque el Tribunal no haya motivado su fallo, sino porque este le es desfavorable.

A lo largo del Arbitraje, se demostró, no solamente que la Supervisión respondió la consulta de R&B S.A.C. que sustentó la arbitraria Resolución de Contrato que dicha empresa pretendió validar -la misma que acertadamente el Tribunal ha declarado nula, sino que fue a partir de dicha respuesta que el contratista ejecutó la partida; en consecuencia, quedó demostrado que dicha consulta no requería ser atendida reiteradamente, pues la respuesta sería la misma que la brindada por la Supervisión.

Validar la supuesta Resolución contractual ejercida por R&B SAC es amparar el abuso del derecho, pues dicha empresa forzó la supuesta resolución del Contrato, para evadir la Resolución justa y legal que posteriormente ejerció el ITP y que fue reconocida por el Tribunal como válida.

El tribunal ha realizado un adecuado análisis de los hechos y una correcta valoración de los medios probatorios, como se puede apreciar en los argumentos contenidos de fojas 22 a 32 del laudo, razón por la que señalar que existe una motivación aparente, es una alegación sin sustento real y jurídico.

- iv) **Sobre la Segunda y Tercera Pretensiones Principales.**- R&B S.A.C. señala que el Tribunal vulneró su derecho al debido proceso y a la motivación de resoluciones, lo cual es falso; el Colegiado arbitral motivó adecuadamente su fallo y determinó que la ahora demandante incumplió sus obligaciones contractuales, lo cual generó que el ITP resolviera el Contrato, también se validó la notificación de dicha resolución.

La demandante señala que el Tribunal le trasladó la carga de la prueba de demostrar que no incumplió el contrato, lo cual no es así, lo que el Colegiado exigió es que acredite que si cumplió sus obligaciones, ello debido a que la Entidad si probó que existió incumplimiento por parte del Contratista.

Los argumentos del Tribunal son lógicos y ajustados a la ley, como se puede apreciar de fojas 33 a 43 del Laudo; dicho Colegiado, valoró todos los medios probatorios y determinó que efectivamente, que R&B S.A.C. incumplió el Contrato y ello generó la resolución del mismo por parte de ITP.

- v) **Sobre la Cuarta Pretensión Principal.**- Respecto de este punto, como de todos los demás abordados en el Laudo, el Tribunal realizó en análisis sesudo y jurídico, cumpliendo con el principio de motivación de las resoluciones y la tutela jurisdiccional efectiva.

- vi) **Sobre la vulneración al debido proceso.-** El laudo no vulnera el debido proceso, por el contrario, se emite en estricta observancia de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y trato igualitario de las partes. R&B S.A.C. no solo no pudo sustentar sus argumentos, sino que además mostró un total desinterés en el desarrollo del arbitraje, ello se puede evidenciar en sus reiteradas inasistencias a las Audiencias convocadas.

III. ANALISIS DEL CASO:

Del recurso de anulación de laudo arbitral:

- 3.1. Nuestro esquema constitucional permite el control judicial de laudos arbitrales que comprometan normas de orden público constitucional y legal. Si bien el proceso arbitral, con fuente en la Constitución, nace por libre voluntad de las partes y se caracteriza por ser autónomo e independiente, es constitucional que ante eventuales afectaciones de derechos fundamentales y principios jurisdiccionales exista un sistema de protección y control judicial, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la predictibilidad del sistema de justicia.

El Tribunal Constitucional ha precisado este carácter señalando en la STC Expediente N° 00142-2011-AA/TC, lo siguiente:

"[...] la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso".

En esta línea argumentativa, es importante invocar el principio constitucional contenido en el artículo 139, inciso 1³, de la Constitución, y las disposiciones legales previstas en el artículo 62, inciso 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje- las cuales habilitan el control judicial de laudos arbitrales, en tanto los supuestos que se invoquen se sustenten en las causales de anulación previstas taxativamente en el artículo 63 del referido decreto, según el cual: *"Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo"*.

De acuerdo a lo expuesto, el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, *tiene por objeto revisar únicamente* la validez del laudo, controlándose el cumplimiento de los recaudos legales, sin entrar a valorar los fundamentos de la decisión; es decir, el Juez se encuentra limitado a revisar la forma del laudo arbitral más no el fondo de la materia sometida

³ Esta norma constitucional reconoce la jurisdicción arbitral al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

a arbitraje. En tal sentido, y conforme a las normas mencionadas, las causales legales para interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral se encuentran contempladas de manera taxativa en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, siendo los únicos supuestos que conllevarían a la nulidad del laudo arbitral. Por cuya razón, será nulo el laudo arbitral cuando se alegue y acredite que el recurso de anulación incurre en alguna de las causales enumeradas en la norma legal mencionada.

- 3.2. En el presente caso, en los argumentos expuestos por la recurrente se señala lo siguiente: i) motivación aparente a lo largo de todo el laudo; ii) se ha realizado una análisis que ha merecido unas pocas páginas en su desarrollo a pesar de lo complejo de la litis y materias puestas a conocimiento del Tribunal; iii) no se han tenido en cuenta todas las actuaciones realizadas u las diversas pruebas aportadas, admitidas y no valoradas; iv) se afirman conclusiones a las que no podrían arribar al no tener las premisas fácticas previas, es decir, la corroboración de los medios probatorios que las acrediten; v) le han trasladado la carga de la prueba; vi) existe motivación aparente porque si bien mencionan que la fecha de inicio del arbitraje es anterior a otro arbitraje que se sigue en la Cámara de Comercio de Lima; no se ha tenido en cuenta que con fecha anterior presentaron su solicitud de conciliación extrajudicial; vii) no ha merecido análisis el hecho que las pretensiones 2 y 3 no fueron formuladas en la solicitud de arbitraje y que es recién en la demanda donde las plantean; viii) respecto a la primera pretensión principal, no se puede considerar una obligación esencial ya que no existe ni en el contrato ni en las bases integradas una lista de supuestos que se denominan obligaciones esenciales; mal ha interpretado el Tribunal que las respuestas de la supervisión y posteriormente de la Entidad enervan la imputación de incumplimiento; ix) respecto a la segunda pretensión principal, el Tribunal le ha trasladado la obligación de demostrar el no incumplimiento de sus propias obligaciones; x) al tratarse sobre el incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato, no se ha aplicado la Ley y el Reglamento, sino más bien el artículo 1229 del Código Civil, llegando a concluir el Tribunal que el contratista incumplió con sus obligaciones contractuales, sin señalar cuál es el fundamento legal que traslade la carga de la prueba; xi) hay motivación aparente cuando se señala que no se ha probado que las firmas y sellos que aparecen en las tres cartas que deniegan las ampliaciones de plazo solicitadas no le correspondan; xii) hay motivación al no tomarse en cuenta ninguno de los cuestionamientos que formuló a la ilegal resolución de contrato por parte de la Entidad, en donde el sello y firma no son suyos; y, xiii) el Tribunal señala que la fecha de culminación del plazo de ejecución de obra era el 08 de julio y no el 08 de junio; sin embargo, no computó dicho plazo para concluir que no había causal de retraso en el cumplimiento de sus prestaciones.

Del reclamo previo en sede arbitral:

- 3.3. De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 63° de la Ley de Arbitraje, sólo serán procedentes las causales previstas en los incisos b) del numeral 01 del artículo en mención, si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueran desestimados. Esto se explica porque la anulación de laudo constituye un mecanismo de *última ratio*, y en consonancia con el principio de autonomía del arbitraje, antes de acudir a sede judicial se debe agotar, previamente, todo recurso o reclamo ante el Tribunal Arbitral, al ser dicho órgano el escogido por las partes para resolver sus controversias⁴. Uno de los fundamentos del principio de reclamo expreso radica en el aporte que éste significa para la obtención de un procedimiento arbitral ágil y eficaz, ya que él constituye un mecanismo básico para obligar a las partes a dar a conocer sus objeciones al procedimiento en cada instante, impidiendo que éstas puedan afectar el desarrollo normal del arbitraje a través de reprochables estrategias de recursos de última hora por vicios que bien pudieron ser subsanados oportunamente; entonces cualquier tipo de circunstancia que pudiera implicar un perjuicio al desarrollo normal del procedimiento que dirigen los árbitros, debe ser puesta en conocimiento abierto de éstos, bajo riesgo de perderse para siempre la facultad de alegarlo como motivo de nulidad del laudo definitivo.
- 3.4. Para que un reclamo previo pueda ser considerado válido, necesariamente deberá ostentar ciertas cualidades, tales como: i) ser **oportuno**, esto es, formulado ante el Tribunal Arbitral en la primera oportunidad que el interesado tenga para hacerlo, pues lo contrario importaría una convalidación del hecho cuestionando, a tenor del artículo 11° del acotado Decreto Legislativo⁵, lo cual implica, a su vez, prestar atención a dos factores: **primero**: la existencia de un cauce establecido por la Ley, el reglamento del Centro Arbitral (de tratarse de un arbitraje institucional), o el acuerdo de las partes, para encaminar el reclamo de la parte; y, **segundo**, a falta de éste, la prontitud con que se hubiera formulado el reclamo; y ii) ser **expreso**, esto es que en sede arbitral se haya reclamado expresamente el mismo vicio que se denuncia vía recurso de anulación; esto es, que no puede formularse en términos genéricos u omitiendo sustentarlo en base a fundamentos concretos referidos al vicio que luego será usado para pedir la nulidad del laudo. En tal sentido, el recurrente deberá haber reclamado expresamente ante los árbitros el vicio que ahora menciona para pedir la nulidad del laudo.

⁴ "Es decir se permite al Tribunal Arbitral, una vez firmadas las resoluciones y sin variar su contenido esencial, aclarar algún concepto oscuro, rectificar cualquier error material que adolezca, así como subsanar y/o complementar resoluciones defectuosas" GARBIERI LLOBREGAT J. "COMENTARIOS A LA LEY 60/2003 DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE" Tomo II Página 926 Edición BOSH- Barcelona - España.

⁵ Decreto Legislativo N° 1071, Artículo 11°, Renuncia a objetar: "Si una parte conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de éste Decreto Legislativo de la que las partes puedan apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias".

- 3.5. De los recaudos que obran en el expediente judicial electrónico, y del propio recurso de anulación de laudo arbitral presentado por la demandante, se advierte que ésta no ha presentado recurso post laudo.
- 3.6. Ahora bien, es preciso indicar que si bien la recurrente no formuló el reclamo previo expreso, es criterio de este Colegiado, conforme con lo ya vertido en sendas resoluciones, que cuando los fundamentos de la anulación pretendan cuestionar la motivación del laudo el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 63.2 del Decreto Legislativo N° 1071 de reclamo previo no sería exigible dado que, con la interposición de dichos mecanismos (rectificación, interpretación, integración o exclusión) no podría arribarse a una modificación del fallo en cuanto a los defectos acusados; por lo que, corresponde dar trámite al recurso de anulación, por lo que en los próximos fundamentos éste Superior Tribunal entrará a analizar las causales de anulación en que se sustenta el recurso.

De las actuaciones realizadas en el proceso arbitral sub materia:

3.7. A fin de poder resolver el recurso de anulación planteado, es necesario analizar las actuaciones realizadas en el proceso arbitral sub materia, sin que ello importe, de manera alguna, un pronunciamiento de fondo, dado que esta actividad revisora solo se circunscribirá al ámbito formal sobre el extremo materia de cuestionamiento.

I) **Demanda Arbitral**⁶: Fluye de la demanda que el Instituto Tecnológico de la Producción formuló las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o invalidez de la supuesta resolución de Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, efectuada por la emplazada R&B S.A.C., mediante Carta N° 052-2016/R&BSAC/CG, recibida el 27 de setiembre del 2016.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare que la contratista R&B S.A.C. no ha cumplido con el íntegro de sus obligaciones contractuales, contenidas en el Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, así como en los términos de referencia y las Bases Integradas que forman parte del mismo.

Tercera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, efectuada por la Entidad mediante Resolución Ejecutiva N° 187-2016/ITP/DE del 28 de setiembre del 2016, comunicada a la contratista con carta N° 043-2016-ITP/SG del 29 de setiembre de 2016.

Cuarta Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la contratista R&B S.A.C. el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

II) **Puntos controvertidos**: Conforme se advierte en el ítem VII del Laudo, fundamento 26 [página 10 y 11 del laudo], mediante Resolución N° 4 se fijaron las cuestiones materia de pronunciamiento del presente arbitraje de la siguiente manera:

⁶ Folios 115/133

1. *Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o invalidez de la supuesta resolución del Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, efectuada por R&B S.A.C., mediante Carta N° 052-2016/R&BSAC/CG, recibida el 27 de setiembre del 2016.*
2. *Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que R&B S.A.C. no ha cumplido con el integro de sus obligaciones contractuales, contenidas en el Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, así como en los términos de referencia y las Bases Integradas que forman parte del mismo.*
3. *Tercera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, efectuada por la Entidad mediante Resolución Ejecutiva N° 187-2016/ITP/DE del 28 de setiembre del 2016, comunicada a la contratista con carta N° 043-2016-ITP/SG del 29 de setiembre de 2016.*
4. *Cuarta Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la contratista R&B S.A.C. el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.*

III) Laudo Arbitral: Se aprecia que el Tribunal Arbitral laudó declarando:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de falta de competencia del Tribunal Arbitral formulada por R&B mediante su escrito 3 del 21 de noviembre de 2017, respecto a la Segunda y Tercera pretensiones principales de la demanda formulada por ITP.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda formulada por ITP; en consecuencia, declara la nulidad y/o invalidez de la resolución de **EL CONTRATO** efectuada por R&B, mediante Carta 052-2016-R&BSAC/CG, recibida el 27 de septiembre de 2016.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda formulada por ITP; en consecuencia, corresponde declarar que R&B no ha cumplido con el integro de sus obligaciones contractuales, contenidas en **EL CONTRATO**, así como en los términos de referencia y las Bases Integradas que forman parte del mismo.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal de la demanda formulada por ITP; en consecuencia, se corresponde declarar la validez de la resolución de **EL CONTRATO**, efectuada por ITP mediante Resolución Ejecutiva 187-2016/ITP/DE del 28 de septiembre de 2016, comunicada a R&B con Carta 043-2016-ITP/SG del 29 de septiembre de 2016.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda formulada por ITP, referido a que se ordene a R&B el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje. En consecuencia, se condena a R&B al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral y, por lo tanto, **ORDENA** que R&B pague y/o reembolse a favor de ITP los gastos en que este último incurrió por los conceptos de honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de Secretaría Arbitral, suma que en total asciende a S/ 28,000.00 (Veintiocho mil con 00/100 soles) más IGV.

Asimismo, se **ORDENA** que cada una de las partes asuma los gastos de su defensa legal, así como los gastos de peritos o expertos en los que hubieran incurrido en el presente arbitraje.

Del análisis del Laudo Arbitral cuestionado:

- 3.8. En lo concerniente a la motivación aparente en que habría incurrido el Tribunal, debemos precisar que conforme lo dispone el numeral 01 artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071:

"El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación, alegue y pruebe:

- [...] b. *Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos"*

En tal sentido, para el presente caso, R&B S.A.C. no invoca en estricto la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o que no pudo por cualquier razón hacer valer sus derechos; *sino que acusa una motivación aparente en el laudo emitido por el Tribunal Arbitral.*

- 3.9. El derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones, se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política. Se trata de una manifestación del derecho fundamental al debido proceso; y que tal como lo indica la doctrina "[...] se inserta en el sistema de garantías que las constituciones democráticas crean para tutelar las situaciones jurídicas de los individuos ante el Poder Estatal y, en particular, ante las manifestaciones del mismo en el ámbito de la jurisdicción"⁷. "La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva [...]. La motivación está impuesta para que muestre el Juez que ha razonado"⁸.

En similar sentido debe entenderse lo concerniente a la **motivación de un laudo**, ya que esta es necesaria a fin que "el contenido del Laudo sea producto de una exégesis racional, y no el fruto de la arbitrariedad; se entiende que la motivación es un deber consistente en la expresión de los motivos o razones que explican la decisión y los argumentos en que se ha basado el Tribunal, constituyendo así una garantía procesal de las partes que les permite conocer las razones por las que sus pretensiones fueron estimadas o desestimadas"⁹. Subrayado nuestro

En ese sentido, *la debida motivación de las resoluciones y decisiones arbitrales obliga, en este caso en concreto, a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal.*

- 3.10. Claro está, que la verificación por parte de la Corte Superior, debe tener como límites, los establecidos por la propia Ley de Arbitraje en su artículo 62° numeral 2), que prohíbe expresamente analizar, no solo el fondo de la controversia o contenido de la decisión, sino también calificar los criterios, ó interpretaciones expuestas por el Tribunal Arbitral. Es por ello que la doctrina arbitral proclama que: "[...] las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de controversia como a la interpretación que haga de

⁷ TARUFFO, Michele, "LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA CIVIL" traducción de Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006 Página.349.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. "DERECHO Y PROCESO" EJE, Bs. As. 1966. pág. 187.

⁹ SILVIA BARONA VILAR Y OTROS, "COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE. LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE" CIVITAS Ediciones, 1era Edición, Madrid, 2004.

los hechos, derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que estas pudieran estar, son inamovibles"¹⁰ [énfasis nuestro]

- 3.11. El presente recurso de anulación de laudo, enumera una serie de argumentos, en todos los que se denuncia motivación aparente, en ese sentido, a fin de no dejar incontestada ninguna de las alegaciones hechas por la demandante, este Colegiado tratando de hacerlo en una forma más didáctica y ordenada, verificará la denunciada motivación aparente, en el análisis desarrollado respecto a la Excepción de Incompetencia formulada por la ahora demandante y por cada punto controvertido desarrollado por el Tribunal Arbitral.
- 3.12. **Sobre la Excepción de Incompetencia:** Dicha Excepción fue propuesta por R&B, respecto a la Segunda y Tercera pretensiones principales de la demanda, alegando que con fecha 11 de noviembre de 2016 inició el arbitraje [Caso Arbitral 444-2016-CCL] ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cuestionando la resolución contractual realizada por ITP, en tal sentido, siendo dicho arbitraje de fecha anterior al presente, no corresponde que el Tribunal Arbitral asuma competencia.

Analizada la ya enunciada postura de R&B y la absolución que hace de ella el ITP, el Tribunal expresa su posición en los fundamentos 41 a 50 del Laudo; resaltando que el Tribunal ha elaborado un cuadro que permite comparar las pretensiones de demandas formuladas en los dos procesos arbitrales:

Caso Arbitral 402-2016-CCL	Caso Arbitral 444-2016-CCL
(...)	(...)
Segunda pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral declare que la contratista R&B S.A.C. no ha cumplido con el íntegro de sus obligaciones contractuales, contenidas en el Contrato N° 029-2015-ITP/SG/COGA-ABAST, así como en los Términos de Referencia y las Bases Integradas que forman parte del mismo.	Primera Pretensión Principal Inaplicación y/o Invalidez y/o nulidad de la decisión del ITP de resolver el Contrato de Ejecución de Obra N° 029-2015-ITP/SG/COGA-ABAST (...) de fecha 2.12.15, contenido en la Resolución Ejecutiva N° 187-2016-ITP/DE de fecha 28.09.16, notificada mediante carta notarial N° 436-2016-ITP/SG con fecha 29.09.16; debiéndose dejar sin efecto legal alguno la ilegal aplicación del monto máximo de la penalidad supuestamente acumulado en contra de mi representada.
Tercera pretensión principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la validez de la resolución del Contrato N° 029-2015-ITP/SG/COGA-ABAST, efectuada por la Entidad mediante Resolución Ejecutiva N° 187-2016-ITP/DE del 28 de septiembre del 2016, comunicada a la contratista con carta N° 0436-2016-ITP/SG del 29 de septiembre de 2016.	(...)
(...)	(...)

Comparación que permitió al Tribunal establecer que: "[...] en ambos procesos se discute la eficacia de la resolución del El Contrato efectuada por ITP mediante Carta 0436-2016-ITP/SG del 29 de setiembre de 2016. [...]". Reconoce, de otro lado, que: "[...] de proseguirse y resolverse ambos casos, existe el riesgo de que se emitan dediciones (laudos) contradictorias". Y que "En esa línea, es acorde a derecho y a una buena praxis que el arbitraje que se inició primero continúe y el Tribunal Arbitral que conoce dicha controversia resuelva el fondo de la controversia".

¹⁰ BOZA DIBOS Beatriz: "RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PERÚ DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS" En Revista THEMIS de derecho PUCP N° 16. 1990. Página 63.

3.13. El Tribunal Arbitral entiende correctamente que le correspondía dilucidar cuál de los dos arbitrajes se inició primero; y para responder ello, empieza por analizar el artículo 17 del Reglamento del Centro de Arbitraje y la propia Ley de Arbitraje -artículo 33-, señalando que ambos coinciden en disponer “[...] que el arbitraje se inicia con la fecha de presentación o recepción de la solicitud de arbitraje”.

Así, en el quinto párrafo del fundamento 47, el Tribunal expresa que “[...] la presentación de la solicitud de arbitraje cumple un rol semejante (en términos comparativos) a la presentación de una demanda en sede judicial, por ello, no cabe confundir el inicio del proceso judicial y sus reglas propias, con las reglas relativas al inicio del arbitraje”. En ese contexto, el Tribunal señala que “[...] de solo observar el número que El Centro ha asignado a cada proceso se evidencia cual empezó primero: el 444-2016-CCL fue presentado/iniciado 42 solicitudes después del 402-2016-CCL”.

No siendo suficiente para establecer qué solicitud de arbitraje fue presentada primero, el Tribunal inserta en el Laudo [páginas 19 y 20] la primera página de ambas peticiones, en las cuales se verifica la fecha de presentación ante el Centro de Arbitraje, advirtiendo en virtud a ello, que el caso arbitral 444-2016-CCL se inició el 11 de noviembre de 2016; y el proceso arbitral [402-2016-CCL] de donde deriva el laudo cuya anulación es solicitada en el presente proceso, fue iniciado el 18 de octubre de 2016, con fecha anterior al laudo presentado por R&B S.A.C.

Finalmente el Tribunal se remite a la cláusula décima octava de El Contrato en la que las partes pactaron un convenio arbitral, del cual se deriva la competencia del Tribunal Arbitral.

3.14. Aprecia este Colegiado que respecto a la excepción de falta competencia, el Tribunal ha realizado un análisis, que se condice con la naturaleza de dicha excepción, y de manera clara, con motivación suficiente, y no aparente, en el que ha recurrido incluso al Reglamento de El Centro, Ley de Arbitraje y el Contrato, explicando casi de manera didáctica, por qué no puede ampararse la indicada excepción.

3.15. Respecto a la Primera Pretensión Principal de ITP: Previamente consideramos pertinente referirnos al ítem XII del Laudo, en el que en los fundamentos 51 a 54 [páginas 21 y 22], el Tribunal señala lo siguiente:

- 51. De conformidad con la determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento y admisión de medios probatorios, el Tribunal Arbitral analizará la materia controvertida, con base en los puntos controvertidos fijados en la resolución respectiva.
- 52. Con relación a las pruebas aportadas, en aplicación del Principio de Comunidad de la Prueba, aplicable a todo tipo de proceso, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.
- 53. Al emitir el presente Laudo, el Tribunal Arbitral ha valorado la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje. De este modo, la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes, no implica bajo

ninguna circunstancia que determinado medio probatorio o determinado hecho no haya sido valorado.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo Arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviese respecto de la controversia materia de análisis.

54. Asimismo, se deberá tener en consideración que la enumeración de los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará el Tribunal Arbitral es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial, la cual no limita el orden del análisis que realizará el Tribunal Arbitral respecto de la controversia y las pretensiones planteadas en el Arbitraje.

Como se puede advertir, incluso antes de proceder a resolver el primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral ha dejado establecido que ha valorado la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje, y que la no indicación expresa a algunos de éstos, o hechos relatados por las partes, no implica que determinado medio probatorio o determinado hecho no haya sido valorado.

- 3.16. El análisis del primer punto controvertido: *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o invalidez de la supuesta resolución del Contrato N° 029-2015-ITP/SG/OGA/ABAST, efectuada por R&B S.A.C., mediante Carta N° 052-2016/R&BSAC/CG, recibida el 27 de setiembre del 2016, está comprendido en los fundamentos 55 a 63 [páginas 22 a 32].*

El fundamento 55 hace un recuento cronológico de los hechos:

- El 2 de diciembre de 2015 se suscribió **EL CONTRATO** para la "Creación de servicios tecnológicos para las cadenas productivas de café, cacao y frutas del sector agroindustrial en la zona de Santa Lucia, provincias de Leoncio Prado y Ambo en el Dpto. de Huánuco y en la Provincia de Oxapampa en el Dpto. de Pasco - Sede Oxapampa".

El 5 de septiembre de 2016, mediante Carta Notarial 050-2016/R&BSAC/CG, R&B requirió a ITP el cumplimiento de sus obligaciones consistente en absolver una consulta respecto a la evacuación de aguas pluviales, bajo apercibimiento de resolver **EL CONTRATO**.

El 27 de septiembre de 2016, mediante Carta 052-2016/R&BSAC/CG, R&B resolvió **EL CONTRATO** como consecuencia de una supuesta no respuesta por parte de ITP a una consulta de obra.

El 28 de septiembre de 2016, mediante Carta 434-2016-ITP/SG, ITP dio respuesta a la Carta Notarial 052-2016/R&BSAC/CG de R&B, manifestando que el sustento de la resolución de **EL CONTRATO** efectuado por R&B carecería de veracidad, pues la Supervisión ya había absuelto la consulta en cuestión y que además dichos trabajos objeto de consulta se encontraban ejecutados al 100%, por lo que no se vendría perjudicando el avance de la obra.

A partir de ahí, tal como lo expresa el Tribunal Arbitral, a fin de determinar si la resolución de El Contrato efectuada por R&B mediante Carta 052-2016/R&BSAC/CG del 27 de setiembre de 2016 es válida o no, se avoca a verificar si la causal en la que se sustenta se encuentra configurada o es correctamente alegada, para ello, el fundamento 56.1. contiene el análisis del El Contrato.

Estableciendo que la norma aplicable es el Decreto Legislativo 1017 -Ley de Contrataciones del Estado- y su Reglamento, se hace referencia al artículo 196, referido a las Consultas sobre ocurrencias en la obra, advirtiendo a este respecto, que el Contratista puede formular consultas sobre ocurrencias en la, las mismas que deben ser respondidas por el inspector o supervisor de obra o la Entidad.

Ello da lugar a que en el fundamento 56.2. se busque establece cuál fue la consulta formulada por R&B, para los efectos, ha analizado: i) Carta Notarial 050-2016/R&BSAC/GG enviada por R&B a ITP, requiriéndole el cumplimiento de sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver y en este contexto, la consulta formulada y supuestamente no respondida -en palabras del propio Tribunal, por ITP, es la siguiente:

"Sobre el particular, debo señalar que mediante Carta citada en la referencia a) [Carta N° 043-2016/R&BSAC/GG] de fecha de recepción 4 de agosto de 2016, mi representada en concordancia al artículo 196 del Reglamento le ha solicitado en forma reiterativa absolver la CONSULTA para el Proyectista sobre la evacuación de las Aguas Pluviales; precisándose lo siguiente: "(...) de acuerdo al plano IS-3 (Instalaciones Sanitarias - Drenaje Pluvial) las cañaleras de captación de las aguas pluviales derivan a las cajas de desagüe que van al biodigester y este después lo deriva al pozo de percolación, pero de acuerdo a NORMA OS.060 DRENAJE PLUVIAL URBANO ... la norma antes citada no habla que las aguas pluviales deben ir a un pozo de percolación, y en este caso la ciudad de Villa Rica se encuentra en la zona de sévra la cual tiene lluvias que superan los 10 mm en 24 horas, el sistema de evacuación de estas agua NO debería estar conectado al sistema de desagüe por lo que se solicita al Proyectista que debería replantear la evacuación de las aguas pluviales"

ii) Carta Notarial 052-2016/R&BSAC/GG, por la que R&B resuelve el Contrato.

El Tribunal verificando la existencia de una consulta, analiza en el fundamento 56.3 si ésta fue resuelta en su oportunidad por la Entidad; para el efecto inserta el Asiento 144 del cuaderno de obra, en el que está consignado:

En el Asiento N° 144 de fecha 18 de mayo de 2016, el Residente de Obra expresa que: "Se le alcanza a la Supervisión la carta 104-2016-R&B/R.O/CEQM sobre la consulta al Proyectista sobre las Evacuación de Aguas Pluviales. Si bien es cierto que de acuerdo al artículo 196 del Reglamento el Supervisor tiene cierta potestad para solucionar las consultas de la obra, pero en este caso no, ya que se tiene que elaborar nuevo plano y el Proyectista tiene que dar su informe al respecto. Todo esto está causando que la obra se retrase, en el vaciado de las veredas y lozas ya que afecta la ruta crítica"

Luego el Tribunal hace referencia al Asiento N° 145:

*"Respondiendo la carta N° 104-2016/R&B/R.O/CEQM referente al Sistema Pluvial.
(...) La Supervisión le da solución a la red del Sistema de Lluvias, evacuando a la calle Francisco Cuñivo que está aprox. 3 mts. del Cerco Perimétrico y a 4.5 mts de la cuneta que está al costado de la vereda externa por Francisco Cuñivo, estamos hablando de la caja de Registro N° 09, que es la más cercana para la evacuación (Plano IS-3).*

*(...)
De esta manera se responde la consulta realizada por el contratista, según el artículo 196 del Reglamento de Contrataciones del Estado. Por lo tanto se le comunica que se debe continuar con los trabajos."*

Por su parte, en el Asiento 146 del cuaderno de obra se ha consignado:

*"Se solicita a la Supervisión autorización para el vaciado de la cisterna
Se continúa con el terrajeo de la fachada principal."*

Se continúa con el preparo del terreno para el vaciado de las veredas.

Se continúa con la excavación para el tendido desagüe.

El análisis de los referidos Asientos del cuaderno de obra, permiten establecer al Tribunal, que la consulta formulada por R&B sobre la evacuación de las pluviales, fueron contestadas por el Supervisor de la Obra.

De otro lado, del Acta de Visita de Obra de fecha 12 de agosto de 2016, el Tribunal observa que las redes de desagüe y redes pluviales están instaladas al 100%.

- 3.17. Se corrobora que el Tribunal ha analizado, así también la Carta 403-2016-ITP/SG recibida por R&B el 19 de septiembre de 2016 (antes de la Carta notarial del 27 de setiembre, mediante la cual resuelve El Contrato, señalando que la misma no ha sido cuestionada u objeto de tacha por R&B; dicha Carta tenía anexo el Informe Técnico 216-2016-ITP/DOVECF del 19 de agosto de 2016, por el que se informó a R&B que la consulta realizada había sido ejecutada conforme a lo establecido en el Asiento 145 del cuaderno de obra. Concluyendo el Tribunal que la consulta sobre la evacuación de las Aguas Pluviales fue resuelta en su oportunidad, antes de la intimación por R&B a ITP con la Carta Notarial 050-2016/R&BSAC/GG de fecha 5 de septiembre de 2016, requiriéndole el cumplimiento de sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver El Contrato.
- 3.18. Es importante señalar, que el Tribunal, en el fundamento 57, manifiesta haber verificado que la causal de resolución de El Contrato alegada por R&B mediante Carta 052-2016/R&BSAC/CG, no existe, y que la consulta fue resuelta en su oportunidad, es decir, antes de la intimación por R&B de resolver El Contrato por ITP.
- 3.19. De otra parte, en los fundamentos 59 a 62, el Tribunal se refiere a las obligaciones esenciales, a las que alude la demandante en el recurso de anulación de laudo, señala sobre el particular:

59. Por último, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de las contrataciones del Estado puede resolverse por el incumplimiento de las obligaciones del contratista o por el incumplimiento de las obligaciones esenciales de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

60. En efecto, conforme al literal c) del artículo 40 de la Ley

« (...) 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. (...) Igual derecho existe al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya complezado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento».

12

Asimismo, el último párrafo del artículo 108 del Reglamento de la Ley establece lo siguiente:

“El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, (...) en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 739”

61. En este punto, cabe preguntarse *qué debe entenderse por obligación esencial*.

Sobre el particular, es pertinente referirse a la Opinión del OSCE 027-14-PRE, en la cual se ha señalado que: *“no puede inferirse que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato”*

62. En el presente caso el Tribunal Arbitral observa que la resolución de EL CONTRATO efectuada por R&B, mediante Carta 052-2016/R&B/AC/03, no se sustenta en algún incumplimiento por parte de ITP de una obligación esencial, toda vez que, como ha sido verificado, la materia objeto de consulta había sido solucionada oportunamente y fue además eruputada por R&B. Más aún: en adición a ello, de una lectura de EL CONTRATO el Tribunal Arbitral puede apreciar que la materia objeto de consulta no es estrictamente una obligación esencial de ITP, dado que no estaba establecida ni en EL CONTRATO ni en las Bases.

3.20. En cuanto a la Segunda y Tercera Pretensión Principal /Segundo y Tercer Punto Controvertido, el Tribunal ha resuelto los mismos en forma conjunta en los fundamentos 64 a 80 [páginas 33 a 43 del Laudo].

3.21. El Tribunal parte señalando que tiene en consideración los siguientes hechos:

- Mediante Carta Notarial 0436-2016-ITP/SG del 29 de septiembre de 2016, que contiene la Resolución Ejecutiva 137 2016-ITP/DE del 28 de septiembre de 2016, ITP resolvió EL CONTRATO, debido a que el contratista acumuló el monto máximo de la penalidad por mora como consecuencia de haber incurrido en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto de EL CONTRATO.
- Al respecto, R&B expresa que dicha resolución de EL CONTRATO efectuado por ITP no sería válido, dado que R&B habría solicitado tres (3) ampliaciones de plazo; y que la Entidad jamás los habría comunicado las supuestas resoluciones en que se habría declarado improcedente las mencionadas solicitudes de ampliaciones de plazo. En consecuencia: a) las tres ampliaciones de plazo se encontrarían consentidas y por ende el plazo ampliado al ser considerado como un efecto legal de dicho consentimiento; y, b) sería inválida la supuesta causal de acumulación del monto máximo que por penalidad se habría generado.

Para verificar si fue correcta la resolución de El Contrato efectuado por ITP, el Tribunal estima pertinente: (i) determinar el plazo de duración de El Contrato y si éste fue objeto de ampliaciones de plazo; y (ii) verificar si R&B incurrió o no en incumplimiento de sus obligaciones derivadas de El Contrato.

Así, respecto al punto (i) se remite a la cláusula quinta del El Contrato, precisando que el plazo de ejecución de la obra conforme a El Contrato es de 150 días calendario y no 120 como han sostenido las partes; y que si bien “[...] ambas partes han reconocido que mediante Carta 062-2016-ITP/SG de fecha 9 de febrero de 2016 se informó que el inicio del plazo de ejecución de la obra sería el 10 de febrero de 2016 y que, como consecuencia, la fecha de término del mismo sería el 8 de junio de 2016; luego de una revisión de la Carta 062-2016-ITPP/SG, el Tribunal Arbitral advierte que en la misma solo se informa la fecha de inicio del plazo de ejecución de la obra, más no la fecha de término”, y es enfático el Tribunal al señalar en el fundamento 69 que no advierte en el expediente arbitral, documento probatorio o adenda alguna por el que las partes hayan modificado el plazo de ejecución de la obra de 150 días calendarios a 120 días calendarios.

3.22. El Tribunal se pregunta si el plazo contractual fue objeto de ampliaciones, y para establecer si fue así, analiza:

de R&B, el nuevo plazo contractual se habría ampliado hasta el 21 de junio de 2016.

Mediante Carta 111-2016/R&BSAC de fecha 7 de junio de 2016, R&B solicitó la ampliación de plazo N° 02 por 2 días calendario, por lo que a decir de R&B, el nuevo plazo contractual se habría ampliado hasta el 23 de junio de 2016.

Mediante Carta 112-2016/R&BSAC de fecha 8 de junio de 2016, R&B solicitó la ampliación de plazo N° 03 por 13 días calendario; por lo que a decir de R&B, el nuevo plazo contractual se habría ampliado hasta el 6 de julio de 2016.

Como puede apreciarse, R&B realiza y solicita sus ampliaciones de plazo teniendo en consideración que la fecha de término de EL CONTRATO era el 9 de junio de 2016; concluyendo que el nuevo plazo contractual, al supuestamente haberse consentido las ampliaciones de plazo solicitadas, vencería el 6 de julio de 2016.

No obstante, como ha sido verificado por el Tribunal Arbitral, dichas ampliaciones de plazo devienen en cuestionables para el cumplimiento de las obligaciones por parte de R&B, toda vez que de acuerdo a EL CONTRATO el plazo contractual es de ciento cincuenta (150) días calendario contado desde la fecha de inicio del plazo de ejecución de obra (10 de febrero de 2016), por lo que el plazo contractual vencería el 8 de julio de 2016.

71. Sin perjuicio de lo anterior, sobre las referidas tres ampliaciones de plazo solicitadas, R&B expresa que las mismas habrían quedado consentidas como consecuencia de lo siguiente:

a) Las Resoluciones de Secretaría General 088, 103 y 104-2016 ITP/SG, de fechas 31.05.16, 20.05.16 y 20.06.16 respectivamente, que declararon improcedentes las solicitudes de ampliación, no habrían sido debidamente notificadas a R&B.

b) La primera de las solicitudes de ampliaciones de plazo fue declarada improcedente en forma extemporánea y las otras dos, si bien fueron declaradas improcedentes, se notificaron a una persona que no se encontraba vinculada a R&B.

Al respecto, el Tribunal Arbitral tiene en consideración lo siguiente:

Respecto a que la primera de las solicitudes de ampliaciones de plazo fue declarada improcedente en forma extemporánea:

En este apartado no ha sido ajena la mención y análisis del artículo 201 del Reglamento de la Ley, lo que lleva a sostener al Tribunal:

- Mediante Carta 100-2016/R&BSAC del 11 de mayo del 2016, R&B presenta ante el Supervisor su solicitud de ampliación de plazo N° 01 por 13 días calendario.

En consecuencia, correspondía que el Supervisor, en un plazo máximo de siete (7) días, emita su informe remitiéndolo a la Entidad. De una lectura de la Resolución 088-2016-ITP/SG que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo, se aprecia en su contenido que "(...) mediante Carta N° 024-JERSM-ITP-2016 del 18 de mayo, el Supervisor sustentado en el Informe de Ampliación de Plazo N° 01 del Jefe de Supervisión opina declarar improcedente la ampliación N° 01 por trece (13) días calendario (); ergo, el Supervisor emite y comunica su informe dentro del plazo.

- Mediante Carta 227-2016-ITP/SG del 31 de mayo, notificada a R&B el 1 de junio de 2016, ITP declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 01.

Ergo, se aprecia que ITP emitió y notificó su pronunciamiento dentro del plazo contemplado en el artículo 201 del Reglamento de la Ley.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral deja constancia que R&B se limitó a expresar que la improcedencia de la primera ampliación de plazo fue extemporánea; sin embargo, no presentó medio probatorio alguno que sustente su afirmación.

3.23. El Tribunal Arbitral, respecto a la supuesta indebida notificación de las Resoluciones de Secretaría General 068, 103 y 104-2016-ITP/SG de fechas 31.05.16, 20.05.16 y 28.06.16 respectivamente, inserta las cartas, mediante las cuales ITP las habría notificado a R&B y establece de ellas que fueron dirigidas a la dirección -Calle Guadalajara N° 143, Urbanización Mayorazgo, Ate, Lima- de R&B y tienen una fecha y sello de recepción.

Conforme lo señala el Tribunal, R&B más allá de acreditar que la firma y sello de recepción de dichas cartas no les pertenecía, se limitó a señalar que ITP no le habría notificado con dichas cartas, y en ese sentido señala:

Al respecto, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que en el presente caso la carga de la prueba u *"onus probandi"* de acreditar que los sellos de recepción de las referidas cartas (Carta 227-2016-ITP/SG del 31 de mayo de 2016; Carta 272-2016-ITP/SG del 28 de junio de 2016; y Carta 273-2016-ITP/SG del 28 de junio de 2016) no son suyas, recae en R&B, pues, se encuentra en una mejor condición para ello, dado que dicha parte conoce sus sellos de recepción, así como sus firmas.

En ese sentido, en la Casación 3735-01-Apurimac, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema ha señalado que: "(...) Según el principio de la carga dinámica de la prueba, la parte que está en mejores posibilidades de probar, sobre ella recaerá el aporte de los medios probatorios". Este principio, basado a su vez en otros principios como el de equidad y razonabilidad, se encuentra ampliamente difundido en la doctrina procesal peruana e internacional.

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que R&B no formuló tacha a la exhibición de las cartas (Carta 227-2016-ITP/SG del 31 de mayo de 2016; Carta 272-2016-ITP/SG del 28 de junio de 2016; y Carta 273-2016-ITP/SG del 28 de junio de 2016) por parte de ITP, por lo que no puede sostenerse que las mismas hayan sido adulterados por ITP.

3.24. Otro aspecto sobre el que el Tribunal ha enfocado su análisis es el referido al incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato por parte de R&B.

Sobre el particular concluye, luego del análisis del Cuadro que permite observar los retrasos en que R&B incurrió durante la ejecución de El Contrato:

Como puede observarse, existe una programación de avances de la obra que R&B debía realizar. Sin embargo, se advierte que desde mayo de 2016 hacia adelante no cumplió con lo programado. Asimismo, se aprecia que finalmente R&B no ha logrado culminar el 100% de la obra, sino solo el 57.73 de ella%.

77. Sobre ello, el Tribunal Arbitral deja constancia que R&B no cuestionó ni objetó lo expresado por ITP, ni mucho menos ha presentado medio probatorio alguno que acredite fehacientemente el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de EL CONTRATO.

En una relación obligatoria, la carga de la prueba respecto del cumplimiento de una obligación recae sobre quien alega haberla efectuado, lo que se sostiene no solo en una lógica evidente (pues acreditar hechos negativos se considera *prueba diabólica*), sino en norma expresa: la regla general establecida en el artículo 1229 del Código Civil¹¹, aplicable supletoriamente al presente arbitraje, toda vez que no existe dicha regla en la normativa de Contrataciones del Estado. En este caso en concreto, R&B no cumplió con demostrar el cumplimiento de sus obligaciones.

En el segundo párrafo del fundamento 77 de advierte que el Tribunal se remite al artículo 1229 del Código Civil al acotar que la carga de la prueba recae sobre quien alega haberla efectuado; este aspecto en concreto, ha sido cuestionado en el presente recurso de anulación de laudo, por R&B.

Al respecto, este Colegiado advierte que en el numeral 9 del Acta de Instalación¹¹, respecto a la Ley Aplicable, se ha establecido de manera general que la ley aplicable al fondo de la controversia "será la ley peruana"; en ese sentido el Tribunal no estaba impedido de aplicar supletoriamente el artículo 1229 del Código Civil.

¹¹ Folios 108

3.25. Prosiguiendo con su análisis el Tribunal Arbitral concluye que R&B incurrió en incumplimiento de sus obligaciones derivadas de El Contrato, por lo que la Resolución de El Contrato efectuada por ITP mediante Carta 0436-2016-ITP/SG del 29 de septiembre de 2016, es válida. Señalando asimismo:

79. Finalmente, R&B manifestó que la resolución contractual efectuada por ITP mediante Carta 436-2016-ITP/SG sería nula, debido a que no fue notificada al domicilio contractual de R&B.

Por su parte, ITP manifestó que R&B, mediante Carta 116-2016-RE-3AC/IGG del 27 de septiembre de 2016, comunicó el cambio de su dirección a Av. Ernesto Montagne 381, int. 02-Miraflores, al cual ITP remitió la carta notarial mediante la cual resolvió EL CONTRATO.

Al respecto, si bien en el expediente arbitral no obra la Carta 116-2016-RE-3AC/IGG del 27 de septiembre de 2016, mediante la cual R&B habría variado la dirección de su domicilio, el Tribunal Arbitral tiene en consideración lo expresado por el propio R&B en su escrito de contestación de la demanda.

10. Que, mediante carta notarial N° 436-2016-ITP/SG, de fecha 29.09.16, que contiene la Resolución Ejecutiva N° 187.2016-ITP/DE de fecha 28.09.16, el Instituto Tecnológico de la Producción - ITP devolvió resolver en forma total e integral el contrato de ejecución de obra suscrito con mi representada.

11. Debemos precisar que mediante Carta sin. de fecha 04.10.16 ingresada al Centro de Conciliación Extrajudicial "Chiriquí" en la misma fecha, mi representada cuestionó la resolución de contrato efectuada por la entidad a través de la Conciliación Extrajudicial, todo dentro del plazo de 15 días establecido en el artículo 209 en concordancia con el artículo 214 ambos artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...)

De ello, el Tribunal Arbitral observa que R&B tenía pleno conocimiento de la Carta Notarial de resolución de EL CONTRATO enviado por ITP; de lo contrario, no se entendería cómo R&B tomó medidas legales para cuestionar dicha resolución contractual dentro de los plazos contemplados en la normativa aplicable.

Asimismo, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que la Carta Notarial 0436-2016-ITP/SG del 29 de septiembre de 2016 (mediante la cual ITP resolvió EL CONTRATO) no fue el único documento que fue dirigido a la dirección Av. Ernesto Montagne 381 int. 2-Miraflores de R&B; también existen otros documentos que fueron notificados a dicha dirección, como es el caso de la Carta 434-2016-ITP/SG de fecha 28.09.16, del cual también

tuvo conocimiento pleno R&B, conforme se puede leer en su escrito de contestación de la demanda:

40. Que, mediante Carta N° 434-2016-ITP/SG, de fecha 28.09.16, el ITP devuelve la notificación de la correcta resolución del contrato de ejecución de obra, argumentando (...)

3.26. Se verifica así, que los fundamentos expuestos por R&B en su recurso de anulación de laudo, se encuentran dirigidos para resolver las cuestiones al fondo del laudo arbitral; debiendo recalcar que conforme ya se ha anotado este Colegiado no puede ingresar a calificar los criterios o motivaciones expuestas por el Tribunal.

Ante ello, debe dejarse anotado que la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son de exclusiva competencia del árbitro, el que debe resolver conforme a las reglas del arbitraje. Asimismo, es preciso mencionar que la demanda de anulación de laudo únicamente tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos, quedando prohibido al órgano jurisdiccional el pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal arbitral.

3.27. El laudo, no ha incurrido en motivación aparente, ello se colige del propio contenido del mismo, ya que no solo se ha invocado las normas legales correspondientes al caso, sino que la posición del Tribunal, como se ha indicado en la presente resolución, ha devenido incluso en didáctica, esto

14

es, se ha explicado, sin dejar lugar a dudas, las razones por las cuales decide declarar infundada la excepción de falta de competencia del Tribunal Arbitral; y, fundadas las pretensiones del Instituto Tecnológico de la Producción.

No pudiendo dejar de señalar este Colegiado, respecto a la motivación, toda vez que la demandante alega que el análisis del laudo "[...] solo ha merecido unas pocas páginas en su desarrollo a pesar de lo complejo de la litis y materias puestas a su conocimiento y decisión", que según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional¹² respecto al principio de motivación, este: "[...] no garantiza una determinada extensión [...], por lo que su contenido se respeta siempre que exista una fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de pronunciamiento expreso y detallado. [...] En suma, garantiza que el razonamiento guarde relación y sea proporcionado con el problema que al juez [...] corresponde resolver". (énfasis y subrayado nuestro).

3.28. Concluyéndose que las premisas de la decisión arbitral y que constituyen su razonamiento están en relación a su discurso lógico y coherente y se encuentran debidamente sustentados en las pruebas actuadas en el proceso y en normas válidas del ordenamiento jurídico y contractual aplicado.

IV. DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, éste Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación, se resuelve:

4.1. Declarar **INFUNDADO** el recurso de Anulación de Laudo de Derecho interpuesto por el R&B S.A.C. contra el Laudo Arbitral emitido por Resolución N° 8 de fecha 17 de julio de 2018, de fojas 23 a 68, basado en la causal b) del numeral 01 del Artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071. En consecuencia: **VÁLIDO** el laudo.

4.2. Con costas y costos.

En los seguidos por el R&B S.A.C. contra el INSTITUTO TECNOLÓGICO DE LA PRODUCCIÓN sobre ANULACION LAUDO ARBITRAL

APC/KGG

¹² <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00966-2007-AA%20Resolucion.html>

MARTEL CHANG

PRADO CASTAÑEDA

ESCUDERO LÓPEZ