

ARBITRAJE DE DERECHO SEGUIDO ENTRE



CONSORCIO EL INCA
(EL DEMANDANTE O EL CONTRATISTA)

Y

GOBIERNO REGIONAL PUNO
(EL DEMANDADO O LA ENTIDAD)

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL ARBITRAL
Jorge Vega Velasco
Jorge Ramón Abásolo Adrianzén
Leonidas Salazar Gonzales

SECRETARÍA ARBITRAL

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de Puno

Rosa Enríquez Yuca

Exp. Arbitral No. : 2013- 0010-0-CACCP-TU-C

Materia : Nulidad de resolución contractual y otros

Fecha de emisión : 18 de octubre del 2019.

En representación del Demandante

Sr. JUAN ANTONIO REYNA PEÑA

En representación de la Demandada

Procurador Público

Dr. GUSTAVO RAMÓN LÓPEZ LLANOS

RESOLUCIÓN ARBITRAL Nº 49-2019

Puno, 18 de octubre del 2019.

I. ANTECEDENTES PROCESALES:

1. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 14 de mayo del 2012, LA CONTRATISTA y LA ENTIDAD suscribieron el contrato Nº 0027-2011-LP-GRP, "Ejecución de la obra: Mejoramiento de la infraestructura vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de los Incas tramo Ccota-Charcas (Km 0+000 al Km 10+0000)"; como consecuencia de licitación pública Nº 003-2011-GRP/CE.

El convenio arbitral se encuentra contenido en la cláusula **vigésima primera** del referido contrato, la misma que establece:

CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA. - *Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de comercio y Producción de Puno, a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 199º, 201º, 209º, 210º y 2011º del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.*

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral, compuesto de tres árbitros, cada una de las partes nombrará un árbitro y el tercero será designado por los Árbitros ya elegidos conforme a las reglas establecidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Puno. (...)

2. ALEGACIONES DE LAS PARTES – DELIMITACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES

Este tribunal arbitral, deja constancia que lo detallado en los párrafos que siguen dentro del presente acápite, son derivaciones de los hechos **alegados** por las partes en sus correspondientes escritos de demanda y contestación.

Por tanto, su incorporación en el laudo arbitral, no constituye de ninguna manera reconocimiento de su veracidad, ya que esta valoración solamente se realizará a través de la parte considerativa del laudo arbitral que lleva por título **IV.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN.**



2.1.- DEMANDA, DEMANDA ACUMULADA Y PETITORIOS

2.1.1. – Mediante escrito presentado en fecha 09 de septiembre del 2013, LA DEMANDANTE interpuso demanda arbitral en contra de LA ENTIDAD, siendo que el petitorio de la misma contiene las siguientes pretensiones:

1.-Primera pretensión.- *Que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO notificada a mi representada con fecha 12 de abril del 2013 mediante Carta N° 019-2013-GR-PUNO/GGR, la misma que resuelve en forma total el contrato de obra.*

2.-Segunda pretensión.- *Que el Tribunal Arbitral resuelva el contrato N° 00027-2011-LP-GRP suscrito para la ejecución de la obra Mejoramiento de la Infraestructura Vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de los Incas Tramo CCOTA-CHARCAS (Km 0+000 al 10+0000), debido al incumplimiento del Gobierno Regional de Puno de sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias.*

3.- Tercera pretensión.- *Que el Tribunal Arbitral condene al Gobierno Regional de Puno pagar al Consorcio El Inca la suma de S/. 7'576,693.27 (siete millones quinientos setenta y seis mil seiscientos noventa y tres con 27/100 nuevos soles), por concepto de daños y perjuicios que nos ha ocasionado con la intempestiva arbitraria e ilegal resolución del Contrato N° 0027-2011-LP-GRP, así como por las declaraciones difamatorias realizadas en medio de prensa y por causal resolutoria de contrato imputable a ella (Gobierno Regional de Puno).*

4.-Cuarta pretensión.- *Que el Tribunal Arbitral ordene el Tribunal Arbitral al Gobierno Regional de Puno pagar al consorcio EL Inca, las costas y costos derivados del proceso arbitral.*

2.1.2.- Además, mediante escrito presentado en fecha 04 de junio del 2014, LA DEMANDANTE solicitó la acumulación de pretensiones relacionadas con los gastos de la renovación de las Cartas Fianzas e intereses del Contrato No. 0027-2011-LP-GRP. Este pedido fue resuelto mediante resolución No. 24 de fecha 27 de agosto del 2014, por la que se declaró procedente el pedido de acumulación de pretensiones formulado, otorgándose a LA DEMANDANTE el plazo de cinco (5) días hábiles para la formulación de las referidas pretensiones acumuladas.

2.1.3.- Es así, que mediante escrito con registro No. 439, presentado en fecha 04 de septiembre del 2014, el CONSORCIO EL INCA interpuso las siguientes pretensiones acumuladas:

1.- *Que, la Entidad asuma los gastos de renovación de las Cartas Fianzas contratadas en virtud del Contrato No. 027-2011-LP-GRP desde la fecha en que la Entidad resolvió el contrato hasta la fecha en que se notifique el laudo que resuelve*



este proceso arbitral.

2.- Pretensión subordinada.- *Que, el Tribunal ordene a la Entidad el pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianzas.*

Los principales **fundamentos** que sustentan la demanda arbitral y la demanda acumulada son los siguientes:

- a) La demandante sostiene que en fecha 14 de mayo de 2012, suscribió con el Gobierno Regional de Puno, el Contrato de Obra N° 0027-2011-LP-GRP para la ejecución de la obra Mejoramiento de la Infraestructura Vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de los Incas, Tramo Ccota – Charcas, Sector (Km. 0+000 al Km. 10+000).
- b) Con respecto al inicio de la obra, señala que con fecha 07 de junio de 2012 se llevó a cabo la entrega del terreno donde se ejecutaría la obra; y con fecha 08 de junio de 2012 se dio inicio a la Obra, conforme consta del asiento N° 01 del cuaderno de obra.
- c) Con respecto a las actividades contractuales, señala que durante la ejecución contractual se solicitaron ampliaciones de plazo.
- d) Así mismo, señala que, durante la ejecución contractual se solicitaron adicionales obras.
- e) Manifiesta EL DEMANDANTE que EL GOBIERNO REGIONAL DE PUNO ha denegado expofesa, sistemática e injustificadamente las ampliaciones de plazo 04, 05 y 06 solicitadas por aquel, pese a contarse con informe favorable de la supervisión, lo mismo que los pedidos de adicionales 05, 06 y 07 pese a que tenía conocimiento de que se necesitaba la aprobación de estos trabajos y cambios para poder concretar satisfactoriamente la ejecución de la obra.
- f) Por otro lado, la demandante manifiesta que LA ENTIDAD ha reconocido la existencia de serias deficiencias en el expediente técnico de la obra "Mejoramiento de la Infraestructura Vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de los Incas, Tramo Ccota – Charcas; Sector (KM 0+000 al KM. 10+000) habiendo solicitado se establezca la responsabilidad del proyectista que elaboró el Expediente Técnico de la obra.
- g) Respecto a su primera pretensión, a través de la cual solicita la declaración de nulidad e ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO

notificada en fecha 12 de abril de 2013, mediante Carta Notarial N°013-2013-GR-PUNO/GGR, la misma que resuelve en forma total el Contrato de Obra N°0027-2011-LP-GRP; LA DEMANDANTE refiere que sobre el particular, la resolución de contrato efectuada por EL DEMANDADO, constituye un acto arbitrario a través del cual dicha entidad pretende ocultar las graves deficiencias del proyecto y expediente técnico (aprobado por ellos en su oportunidad y que por tanto es de su responsabilidad) que hacían necesaria la aprobación de diversos cambios que implicaban presupuestos adicionales, lo cual ellos no quieren asumir y que ha causado afectación al objeto del contrato, siendo por tanto nula.

h) Sostiene EL DEMANDANTE, que EL DEMANDADO ha esgrimido argumentos para proceder a la resolución del contrato, los mismos que se encuentran detallados en la Carta Notarial No. 013-2013-GR-PUNO/GGR y en la Resolución Gerencial General Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, mediante la cual, además de disponer la resolución del contrato suscrito, se han desestimado los argumentos expresados en su Carta Notarial No. C-012-13-GG-CEI.

i) Estos argumentos esgrimidos por EL DEMANDADO para proceder a la resolución del contrato, determinan la nulidad o ineficacia de la Resolución Gerencial General Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, debido a que vician este acto por la causal de motivación aparente, pues si bien contiene una relación de hechos en base a los cuales imputa incumplimiento a EL DEMANDANTE, no se trata de una relación concreta y directa de hechos probados, toda vez que se basa en constataciones físicas a la obra realizadas un año después de la fecha y/o período en que supuestamente se habrían producido los incumplimientos que imputa a EL DEMANDANTE.

j) Continúa EL DEMANDANTE alegando que tanto la Carta Notarial No. 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR que contiene el requerimiento por un supuesto incumplimiento de obligaciones, así como la Resolución Gerencial General Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO que dispone la resolución del contrato, se basan en "informes mensuales de supervisión" y "cuadernos de obra"; sin embargo no cumplen con precisar a qué mes o meses corresponderían los informes mensuales de la supervisión que alega como sustento de su decisión; así como tampoco precisa cuáles son los asientos del cuaderno de obra que sustenta su decisión. Es más, se cita un Informe Técnico Legal No. 001-2013-GR, cuyo texto y contenido nunca fue puesto a conocimiento de EL DEMANDANTE.



k) Por otro lado, sostiene que la Resolución Gerencial General Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, incurre en causal de nulidad referida a la contravención a la Constitución, a las leyes y las normas reglamentarias, pues existía un procedimiento reglado tanto por el Contrato (cláusula décimo tercera, numeral 13.1 párrafo noveno), como por la Ley (Artículo 195 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), el cual consistía en que el Supervisor debía comunicar al Contratista las omisiones o incumplimientos que detectara, debiendo hacerse dicha comunicación a través del cuaderno de obra; sin embargo, ello no ocurrió así, y un año después (2013), EL DEMANDADO alega incumplimientos que habrían ocurrido en el 2012.

l) Sobre su segunda pretensión, EL DEMANDANTE sostiene que es un hecho que LA ENTIDAD no desea continuar con la relación contractual existente, siendo la resolución del contrato su última y máxima expresión de voluntad de no continuar con el contrato. EL DEMANDANTE alega que se presentan en el presente caso dos incumplimientos en los que se encuentra incurso LA ENTIDAD. En primer término, imputa a ésta el haber incumplido su obligación de proveer un expediente de obra, técnicamente viable y coadyuvar a la satisfactoria ejecución y conclusión de la obra mediante decisiones técnicas adecuadas que permitan cumplir con la finalidad y objeto del contrato. En segundo término, imputa a LA ENTIDAD el incumplimiento de mantener las condiciones necesarias para el sostenimiento, viabilidad y equilibrio económico – financiero del contrato.

m) Respecto a su tercera pretensión, referida al pago al pago de la suma de S/. 7'576,693.27 (Son siete millones quinientos setenta y seis mil seiscientos noventa y tres con 27/100 nuevos soles), por el Gobierno Regional de Puno a favor de EL DEMANDANTE por concepto de daños y perjuicios que alega haber sufrido con la intempestiva, arbitraria e ilegal resolución del Contrato N° 0027-2011-LP-GRP y otras acciones arbitrarias. La demandada señala que, en virtud de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual en la que se encuentra incurso LA ENTIDAD, al haber incumplido con su obligación contractual, legal y reglamentaria de proveer un proyecto y expediente técnico viables, a lo que se añade su actitud arbitraria de resolver el contrato sin motivación válida alguna y trasgrediendo los procedimientos establecidos contractual y legalmente, dichas acciones de LA ENTIDAD, y siendo ella misma la culpable de las deficiencias del expediente técnico al haberlo revisado y aprobado dando conformidad al Proyectista que lo elaboró mal



y que desencadenó el permanente ocultamiento de responsabilidad por el Gobierno Regional de Puno, mediante constantes negativas a aprobación de adicionales estrictamente necesarios para la concreción satisfactoria de la obra; han generado menoscabo en nuestro patrimonio ocasionando que aplacen compromisos de pago con proveedores, empleados y obreros de la obra.

n) En tal sentido, sostiene que como consecuencia de estos hechos, la indemnización de daños y perjuicios que solicita EL DEMANDANTE comprende los conceptos de lucro cesante, daño emergente y pérdida de costos de oportunidad por no haber recibido el dinero previsto de la ejecución contractual en su justo momento, el daño moral y el daño por pérdida de chance de nuevos negocios.

ñ) Como fundamento de su cuarta pretensión, EL DEMANDANTE sostiene que las costas y costos del proceso arbitral, cuyo monto final deberá ser liquidado por el Tribunal Arbitral, comprende los siguientes conceptos: a) Costos arbitrales y, b) Costos de asesoría legal. Que estos dos conceptos deben ser cancelados por EL DEMANDADO atendiendo a que la decisión de éste fue arbitraria, afectando el debido proceso y su derecho a contar con una decisión debidamente motivada, sobrepasando los límites y las prerrogativas del Estado en la contratación estatal.

o) Con relación a la demanda acumulada, EL DEMANDANTE sostiene que en el presente caso, por tratarse de un contrato para ejecución de una obra, las cartas fianzas deben mantenerse vigentes hasta el consentimiento de la liquidación, fase contractual en la que las partes aún no se encuentran y que es probable que tome buen tiempo llegar debido a la existencia del proceso arbitral iniciado como consecuencia de la resolución de contrato arbitraria efectuada por LA ENTIDAD, por lo que EL DEMANDANTE se ve forzado a renovar constantemente estas garantías por un plazo mayor a lo originalmente previsto en virtud de un contrato, lo que lo está perjudicando económica y financieramente, al tener que pagar costos de renovación y no poder utilizar ese crédito en otros procesos de selección.

p) Así, sostiene que hasta el momento de la presentación de la demanda acumulada, EL CONTRATISTA habría asumido la suma de S/. 142,560.30 (Son ciento cuarenta y dos mil quinientos sesenta con 30/100 nuevos soles), por renovación de cartas fianzas.



q) Con relación a su pretensión subordinada, LA DEMANDANTE sostiene que como consecuencia de ordenarse que LA ENTIDAD asuma los gastos por renovación de las cartas fianzas desde la fecha en que se resolvió

2.2.- DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y DE LA DEMANDA ACUMULADA

2.2.1.- En fecha 18 de octubre del 2013, El Gobierno Regional de Puno, debidamente representado por Rodolfo Gilmar Chavez Salas, absolvió el traslado corrido con la demanda, solicitando se declare infundada e improcedente la misma

2.2.2.- La entidad, en tal sentido, efectúa su defensa en base a los siguientes fundamentos:

a) El consorcio y la entidad suscribieron EL CONTRATO, el mismo que se deriva de la Licitación Pública 003-2011-GRP/CE para la ejecución de la obra: Mejoramiento de la Infraestructura vial del circuito turístico Lago Sagrado de los Incas Tramo, Ccota – Charcas (Km 0+000 al Km 10+0000), por un periodo de ejecución de 180 días calendario, obligándose el consorcio a cumplir con las especificaciones ofertadas en su propuesta técnica, que entre otros se trataba de volquetes de 17 y 15 m3, maquinaria del año 2010, 04 vehículos camionetas (02 4x4 y 02 4x2), profesionales ofertados Ing. Especialista en suelos y pavimentos y residentes de obra entre otros.

b) Respecto a la ejecución del contrato esta se debería desarrollar conforme al cronograma establecido y que gráficamente se representa en el Diagrama GANTT, estableciéndose la realización de obras preliminares a partir del 08 de junio del año 2012 como es el caso de la reubicación de postes eléctricos de baja tensión, entre otros.

c) Pese a haber cumplido LA ENTIDAD con sus obligaciones contractuales, en fecha 26 de febrero del año 2013 la Oficina de Regional de Supervisión constató hechos constitutivos de incumplimiento de contrato de parte de EL DEMANDANTE como era el caso del incumplimiento de utilización de los equipos mínimos ofertados en la propuesta técnica contenidos en las partidas 117-185; utilización de maquinaria que no cumple con las exigencias técnicas ofertadas por el contratistas; ausencia de profesionales ofertados – Ing. Especialista en suelos y pavimentos; ausencia de profesionales ofertados – Residente de Obra.



d) Ante el requerimiento de LA ENTIDAD, EL DEMANDANTE pretendió justificar las observaciones realizadas con afirmaciones carentes de sustento, por lo que realizada una constatación en fecha 03 de abril del año 2013 se determinó que EL DEMANDANTE continuaba incumpliendo sus obligaciones establecidas en el contrato, por lo que se procedió a resolver el contrato

e) De igual manera, con relación a las pretensiones acumuladas, LA ENTIDAD señala que estas pretensiones deben ser declaradas improcedentes, y por el contrario, debe ordenarse que sea EL DEMANDANTE el que sea obligado al pago de las costas y costos del proceso arbitral.

f) Sostiene al respecto, que este proceso arbitral se ha iniciado a solicitud de EL DEMANDANTE, lo que ha determinado que nos e inicie el procedimiento de liquidación, siendo así, el contrato subsiste mientras no se resuelvan las controversias sometidas a arbitraje. Por tanto, lo que el demandante pretende es un hecho contrario al texto expreso de la ley, lo que determina su improcedencia. Con relación a la pretensión subordinada, EL DEMANDADO sostiene que no tiene obligación de dar suma de dinero alguno y menos alguna obligación de pagos referidos a las cartas fianzas de EL CONTRATISTA. Siendo así, no es posible reconocer obligación de pago alguno y menos disponerse el pago de intereses.

2.3.- DE LA DEMANDA RECONVENCIONAL

2.3.1.- En el otrosí del escrito de contestación a la demanda arbitral la misma que fue subsana en su oportunidad, el Gobierno Regional de Puno, interpone reconvención, solicitando:

a) Se condene AL CONSORCIO al pago de una indemnización por concepto de mayores daños y perjuicios ocasionados a LA ENTIDAD como consecuencia del incumplimiento del contrato y la posterior resolución del mismo;

b) Se condene ALCONSORCIO pago de costas y costos del proceso arbitral.

2.3.3.- La entidad demandada sustenta sus pretensiones reconvencionales en los siguientes fundamentos:



a) En el caso de autos LA ENTIDAD —a través de la Oficina de Regional de Supervisión— con participación del Juzgado de Paz del Distrito de Platería, en fecha 26 de febrero del año 2013, ha advertido hechos constitutivos de incumplimiento de contrato por parte de EL CONTRATISTA, lo que originó que se le requiera notarialmente la satisfacción de las obligaciones contractuales a través de la CARTA N° 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR, imputándosele cuatro hechos: a) Incumplimiento de utilización de los equipos mínimos ofertados en la propuesta técnica contenido en las partidas 117-185; b) La utilización de maquinaria que no cumple las exigencias técnicas ofertadas por el contratista; c) Ausencia de profesionales ofertados – Ing. Especialista en suelos; d) Ausencia de profesionales ofertados residente de obra; conminándosele a que en el plazo de quince días calendarios pueda satisfacerlos requerimientos expuestos en el contrato en aplicación del art. 169 del REGLAMENTO, bajo apercibimiento expreso de que en caso de incumplimiento se procederá a la resolución del contrato y al no haber cumplido con el consorcio con lo requerido se ha expedido la Resolución 166-2013-GGR-GR PUNO por el cual se resuelve el contrato.

b) El motivo de la resolución del contrato obedece a causas sobrevinientes las mismas que están establecidas en la cláusula décimo novena del contrato, se ha procedido a realizar el requerimiento la que no ha sido satisfecha correctamente, siendo así la entidad ha procedido en cumplimiento de la ley y el reglamento a resolver el contrato.

c) En cuanto a la indemnización se trata de una consecuencia de la resolución de contrato, como lo establece el artículo 170° del reglamento, por tanto corresponde a la entidad exigir al consorcio el pago de mayores daños y perjuicios irrogados, además de la correspondiente ejecución de las garantías.

d) Del mismo modo el art. 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estrado, indica claramente las causales de resolución del contrato por incumplimiento y en ese sentido y tomando lo expresado en este artículo se tiene que el consorcio ha incumplido injustificadamente sus obligaciones contractuales.

e) Referente al pago de costas y costos, EL DEMANDANTE debe asumirlos ello de manera íntegra derivada de la controversia entre las partes en observancia de lo dispuesto del artículo 412° del Código Procesal Civil.



2.4.- DE LA ABSOLUCIÓN ALA DEMANDA RECONVENCIONAL.-

2.4.1.- EL DEMANDANTE reconvenido, mediante escrito de fecha 28 de noviembre del 2013, cumple con absolver la demanda reconvencional conforme a los siguientes fundamentos:

a) La validez de la mencionada Resolución de Contrato ha sido desvirtuada en su primera pretensión de la demanda, en el cual sostienen haber refutado y demostrado fehacientemente el cumplimiento de dichas obligaciones contractuales, dejando sin asidero legal lo manifestado por LA ENTIDAD, en consecuencia los argumentos expuestos por esta para solicitar el pago de indemnizaciones carecen de fundamento, ya que no configura en ningún momento el incumplimiento contractual de EL DEMANDANTE.

b) No corresponde atribuirse a EL DEMANDANTE los gastos ocasionados en el proceso arbitral, al haber desvirtuado la imputación del incumplimiento contractual por parte de éste hecha por EL DEMANDADO.

II.- DE LA DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante audiencia única —saneamiento, conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios—contando con la participación y colaboración de ambas partes, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA.-

1. Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Gerencia Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO notificada al Consorcio El Inca con fecha 12 de abril de 2013 mediante Carta N° 019-2013-GR-PUNO/GGR, la misma que se resuelve en forma total el contrato. En concreto determinar:

a) Si en la Resolución Gerencia Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO, se incurrió en la causal de nulidad y/o ineficacia consistente en falta de motivación.

b) Si en la Resolución Gerencia Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO, se incurrió en la causal de nulidad y/o ineficacia consistente en la contravención a la constitución, las leyes o normas reglamentarias.

2. Determinar si el Tribunal Arbitral debe resolver el contrato N° 0027-2011-LP-GRP, suscrito para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la infraestructura vial del Circuito lago sagrado de los Incas Tramo Ccota Charcas (Km 0+000 al Km 10+0000), debido al incumplimiento del Gobierno Regional de Puno de sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias. En concreto, determinar:

a) Si el Gobierno Regional de Puno incumplió su obligación de proveer un expediente de obra técnicamente viable y coadyuvar a la satisfactoria ejecución y conclusión de la obra mediante decisiones técnicas adecuadas que permitan cumplir con la finalidad y objeto del contrato.

b) Si el Gobierno Regional de Puno incumplió su obligación de mantener las condiciones necesarias y adecuadas para el sostenimiento, viabilidad y equilibrio económico –financiero del contrato.

3. Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Gobierno Regional de Puno pagar al Consorcio El Inca la suma de S/. 7, 576,693.27 (Son siete millones quinientos setenta y seis mil seiscientos noventa y tres con 27/100 nuevos soles), por concepto de daños y perjuicios ocasionados con la intempestiva, arbitraria e ilegal resolución de contrato N° 0027-2011-LP-GRP, así como por las declaraciones difamatorias realizadas en medios de prensa y por causal resolutoria del contrato imputable a ella (Gobierno Regional de Puno).

4. Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Gobierno Regional de Puno pagar al Consorcio El Inca, las costas y costos derivados del proceso arbitral.

DE LA DEMANDA ACUMULADA

1. Determinar si el Gobierno Regional de Puno debe asumir los gastos de renovación de las cartas fianzas contratadas en virtud del contrato N° 0027-2011-LP-GRP desde la fecha en que la entidad resolvió el contrato hasta la fecha en que se notifique el laudo que resuelve este proceso arbitral.

2. Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Gobierno Regional de Puno el pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianza.

DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA Y LA DEMANDA RECONVENCIONAL

- 1. Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar infundado o improcedente las pretensiones interpuestas en la demanda.*
- 2. Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al consorcio El Inca pague al Gobierno Regional de Puno una indemnización de daños y perjuicios irrogados y ocasionados como consecuencia del incumplimiento del contrato y la posterior resolución del mismo.*
- 3. Determinar si el Tribunal Arbitral debe condenar al Consorcio El Inca el pago de las costas y costos del proceso arbitral.*

DE LA EXCEPCION PROPUESTA

- 1. Determinar si corresponde declarar fundada la excepción de oscuridad propuesta por el consorcio el Inca en contra de la primera y segunda pretensión de la demanda reconvencional formulada por el Gobierno Regional de Puno.*

DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA ACUMULADA

- 1. Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar improcedente la pretensión acumulada referida a que el Gobierno Regional de Puno asuma los gastos por la renovación de las cartas fianzas, solicitadas indebidamente por el Consorcio El Inca.*
- 2. Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar improcedente la pretensión subordinada referida a que se ordene al Gobierno Regional de Puno el pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianzas, solicitadas indebidamente por el Consorcio El Inca.*
- 3. Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Consorcio El Inca el pago de los costos y costas del proceso arbitral.*

III.- ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR

A través del Acta de Determinación de las Cuestiones que serán Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral y Admisión de Medios probatorios y considerando que la etapa probatoria quedaba cerrada el 30 de octubre del 2014, se concedió a las partes el plazo de

diez (10) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos.

Al respecto, únicamente LA DEMANDANTE presentó dichos alegatos y no así LA ENTIDAD, por lo que mediante resolución No. 28 de fecha 14 de noviembre del 2014, se dejó expresa constancia de esta circunstancia. El Tribunal Arbitral laudó, la Sala Civil de Puno anuló el laudo, el Tribunal Arbitral volvió a laudar y la Primera Sala Civil de Puno volvió a anular el laudo arbitral; por lo que, se reconformó el Tribunal Arbitral siguiendo las pautas de la Sala y nuevamente nos encontramos en el plazo para laudar.

IV.- DE LOS RECURSOS DE ANULACIÓN INTERPUESTOS POR LA ENTIDAD

Mediante Sentencia N° 5-2016 de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, su fecha 18 de abril del año 2016, declaró nulo el laudo arbitral de derecho de fecha 12 de diciembre de 2014, expedido en el presente proceso arbitral por los árbitros abogados Jorge Vega Velasco, Jorge Ramón Abásolo Adrianzén y Benjamín Galdós Gamero. Mediante Resolución N° 34 se fijó el plazo para emitir el laudo en treinta (30) días hábiles. Mediante Resolución N° 35 se amplió el plazo para laudar. El Tribunal Arbitral laudó mediante Resolución N° 36 de fecha 19 de agosto del 2016.

Mediante OFICIO N° 419-2017-V-SC-CSJPU, el presidente de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno puso en conocimiento del Centro de Arbitraje la Sentencia N° 8-2016 mediante el cual declaró nulo el laudo arbitral y dispuso que se reconstituya el Tribunal Arbitral el mismo que deberá emitir nuevo laudo.

El Centro de Arbitraje a través de la Secretaría Arbitral mediante la Carta N° 014-2018-SA-CAP-CCPP, de fecha 25 de junio del 2018, puso en conocimiento del Tribunal Arbitral que está listo para ser reconstituido de la siguiente forma: abogado Jorge Vega Velasco, quien actúa como árbitro presidente; el abogado Jorge Ramón Abasolo Adrianzén y el abogado Leonidas Salazar Gonzales quienes actúan como árbitros miembros del Tribunal Arbitral. En ese sentido, mediante Resolución N° 41, de fecha 25 de junio del 2018, se tuvo por reconstituido el Tribunal Arbitral conforme con lo dispuesto mediante Sentencia N° 8-2016 de fecha 18 de octubre del 2017.

Con fecha 20 de agosto del 2019 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos- En dicho acto se fijó el plazo para laudar treinta (30) días hábiles prorrogables por quince (15)



días hábiles. El Tribunal Arbitral decidió hacer uso de la prórroga del plazo para laudar, por lo que el plazo para laudar vence indefectiblemente el 24 de octubre del 2019.

V.- FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

DEL MARCO CONTRACTUAL – OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LAS PARTES

PRIMERO.- Ha quedado acreditado que con fecha 14 de mayo del 2012, **LA DEMANDANTE** y **LA ENTIDAD** suscribieron el contrato de obra No. 027-2011-LP-GRP para la "Ejecución de la obra: Mejoramiento de la infraestructura vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de Los Incas tramo, Ccota – Charcas (Km. 0+000 al Km. 10+0000), en el marco de la Licitación Pública No. 003-2011-GRP/CE.

SEGUNDO.- Conforme aparece de la cláusula segunda del referido contrato, sumillada OBJETO Y MONTO, el contrato tuvo como objeto la ejecución de la obra consistente en el mejoramiento de la infraestructura vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de los Incas tramo Ccota – Charcas (Km. 0+000 al Km. 10+0000), por el monto de propuesta económica ascendente a S/. 15, 298,968.39 (Son quince millones doscientos noventa y ocho mil novecientos sesenta y ocho con 39/100 nuevos soles) por el sistema de precios unitarios incluido el IGV y con sujeción a la propuesta económica, técnica y a las bases de la licitación pública No. 003-2011-GRP/CE.

TERCERO.- Además, en la misma cláusula se precisó que el monto de la obra comprendía la mano de obra y el cumplimiento de la normativa laboral, pagos a Entidades de Seguridad Social, SENCICO, costo de equipos, maquinaria, herramientas, materiales, fletes, seguros e impuestos: protección y mantenimiento de la obra durante el período de construcción y hasta la entrega de la misma, dirección técnica, gastos generales, utilidad, y todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la obra hasta su total terminación y entrega.

DE LA DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

DE LA EXCEPCION PROPUESTA

Determinar si corresponde declarar fundada la excepción de oscuridad propuesta



por el Consorcio el Inca en contra de la primera y segunda pretensión de la demanda reconvencional formulada por el Gobierno Regional de Puno.

Esta excepción se propone ante la oscuridad de la pretensión de la parte que la plantea y que impide el adecuado ejercicio de derecho de defensa. Sin embargo, el Tribunal Arbitral no observa que no exista precisión de los actores, ni sobre las pretensiones ni de la demanda ni de lo que se demanda. Por lo tanto, corresponde declarar **INFUNDADA** la excepción deducida.

DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Gerencia Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, notificada al Consorcio El Inca con fecha 12 de abril del 2013 mediante carta No. 019-2013-GR-PUNO/GGR, la misma que resuelve en forma total el contrato. En concreto, determinar:

a) Si en la Resolución Gerencial Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO se incurrió en causal de nulidad y/o consistente en falta de motivación.

b) Si en la Resolución Gerencial Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO se incurrió en la causal de nulidad y/o ineficacia consistente en la contravención a la Constitución, las leyes o normas reglamentarias.

CUARTO.- Tal como aparece de la demanda arbitral interpuesta, EL DEMANDANTE sostiene respecto a su primera pretensión, que la Resolución Gerencial No. 166-2013-GGR-GR-PUNO por la que se dispone la resolución del contrato, incurre en causal de nulidad por adolecer de motivación aparente y por tanto, carecer de motivación.

QUINTO.- Asimismo, a través de los fundamentos contenidos en la demanda a folios 181, EL DEMANDANTE alega como causal de nulidad de la Resolución Gerencial General Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, la de contravenir la constitución, las leyes o normas reglamentarias.

SEXTO.- Con relación a la primera causal de nulidad o ineficacia alegada, se puede apreciar



que la ausencia de motivación que se denuncia se centra en dos aspectos esenciales:

a) Se afirma que la resolución contractual efectuada por LA ENTIDAD se funda en la imputación de incumplimientos a EL DEMANDANTE, sobre la base de hechos que no son probados, pues se basan en constataciones físicas a la obra realizadas un año después de la fecha y/o período en que supuestamente se habrían producido los incumplimientos imputados, lo que significa, —según EL DEMANDANTE— que la resolución contractual se ha producido sin que existan hechos válidamente probados que sustenten esa decisión y,

b) Se afirma que tanto la carta notarial No. 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR que contiene el requerimiento, como la Resolución Gerencial No. 166-2013-GGR-GR-PUNO por la que se dispone la resolución del contrato, se basan en "informes mensuales de supervisión" y "cuadernos de obra" sin identificar con precisión cuáles son estos informes o cuáles son los asientos del cuaderno de obra que justifican las imputaciones realizadas. Además, sostiene que el Informe Técnico Legal No. 001-2013-GR nunca fue puesto en conocimiento de EL DEMANDANTE.

SÉPTIMO.- En su defensa, y tal como puede apreciarse de los fundamentos esgrimidos en el escrito de contestación a la demanda a folios 397, LA ENTIDAD sostiene que la resolución contractual se encuentra plenamente motivada, y tiene su sustento en la constatación física de obras realizada por los funcionarios del Gobierno Regional de Puno en fecha 26 de febrero del 2013, con presencia del Juez de Paz del distrito de Platería, habiéndose expedido al respecto el Informe No. 051-2013-GR PUNO- GGR/ORS y LP y el Informe legal No. 001-2013-GR-PUNO/GGR-ORS y LP, emitidos por la Oficina Regional de Supervisión y Liquidación de Proyectos.

OCTAVO.- Conforme aparece de los documentos emitidos por las partes durante la ejecución contractual, LA ENTIDAD imputó a EL DEMANDANTE una serie de hechos que en su entender configuran incumplimiento de sus obligaciones contractuales con mérito para desencadenar en la resolución contractual, previo cumplimiento de los procedimientos establecidos en la ley y en el contrato. Es por esta razón, que el esclarecimiento de este punto controvertido debe transitar necesariamente por el análisis probatorio respecto a los hechos imputados por LA ENTIDAD a EL DEMANDANTE como supuestos de incumplimiento



que justifican la resolución contractual.

NOVENO.- En tal sentido, este Tribunal Arbitral considera que es necesario realizar un análisis y evaluación objetivos de los medios probatorios adjuntados por las partes para poder emitir un pronunciamiento válido respecto a este punto controvertido, precisando que, en el supuesto de que las imputaciones hechas por LA ENTIDAD sean inexactas, se podrá concluir que la resolución contractual fue arbitraria, en caso contrario, deberá entenderse que esta es válida.

DÉCIMO.- Por otro lado, es necesario además establecer el derrotero que ha de seguirse respecto a la segunda alegación formulada por EL DEMANDANTE sobre este primer elemento de su primera pretensión, esto es, imputar como causal de nulidad por falta de motivación, el hecho de que tanto la Carta notarial No. 013-2013/GR/PUNO/PUNO/GGR como la Resolución Gerencial General Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, hayan hecho referencia a documentos, informes y anotaciones en cuaderno de obra inexistentes y, además, al hecho de que no se haya puesto en conocimiento de EL DEMANDANTE el contenido del Informe Técnico Legal No. 001-2013-GR. En tal sentido, deben responderse a las siguientes interrogantes:

DÉCIMO PRIMERO.- Para responder esta pregunta, es indispensable primeramente dejar sentados dos aspectos fundamentales, referido el primero, a la configuración precisa de la prestación a cuyo cumplimiento se obligó EL CONTRATISTA mediante el contrato No. 027-2011-LP-GLP, respecto a las maquinarias y equipos que debía utilizar; y el segundo, referido a la configuración legal de la carga de la prueba del pago, es decir, al conjunto de reglas legales que establecen quién debe probar el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones.

DÉCIMO SEGUNDO.- En ese entender, y sobre el primer aspecto, tenemos que conforme a la cláusula décimo tercera, acápite 13.1, sexto reglón, EL CONTRATISTA se obligó expresamente a: "suministrar el equipo y material, así como la mano de obra exigible, de acuerdo al presupuesto detallado del expediente técnico y las Bases del proceso de selección y a su Propuesta, así como todo lo necesario para la conclusión



satisfactoria de la obra". (Énfasis agregado).

Esta obligación, respecto a los equipos y maquinarias, debía cumplirse mediante la utilización de los equipos que aparecen detallados como FORMATO No. 04 autorizado por EL CONTRATISTA y obrante a folios 469 y siguientes de las actuaciones arbitrales

DÉCIMO TERCERO.- Con relación a la temporalidad de utilización de estos equipos y maquinarias ofertadas, obra a folios 474 del expediente arbitral, la declaración jurada de disponibilidad de equipos, a través de la cual EL CONTRATISTA asume frente a LA ENTIDAD la obligación de que " (...) LOS EQUIPOS Y VEHÍCULOS declarados en el FORMATO No. 04 de las Bases estarán, de manera permanente y exclusiva para la obra y cuentan con disponibilidad INMEDIATA y/u OPORTUNA conforme se señala en las cartas de compromiso de alquiler, y del equipo propio de los integrantes del consorcio respectivamente (...)" (Énfasis agregado).

DÉCIMO CUARTO.- En conclusión, se tiene que conforme a los documentos contractuales, la obligación que EL CONTRATISTA asumió respecto a la utilización de determinados equipos, se encontraba circunscrita en primer término, a los equipos con las condiciones detalladas en el Formato No. 04 (folios 469 y siguientes) y en segundo término, respecto a la temporalidad, la obligación asumida se cumple si los equipos se utilizaban de forma permanente y exclusiva para la obra.

DÉCIMO QUINTO.- El segundo aspecto que se debe dejar claramente establecido, es el referido al sistema que en el Derecho Peruano se ha establecido respecto al incumplimiento o al cumplimiento de las obligaciones, y sobre todo, lo referido a la carga de la prueba, es decir al establecimiento de que si lo que se debe probar es el cumplimiento de la obligación, o si por el contrario, debe probarse el incumplimiento.

DÉCIMO SEXTO.- En ese sentido, el artículo 1229º del Código Civil¹, aplicable supletoriamente al caso de las contrataciones del Estado, establece expresamente que la

¹ CODIGO CIVIL

Artículo 1229º.- Prueba del pago

La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.



prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado. Por tanto, en el Sistema Jurídico Peruano se ha establecido una suerte de "presunción de incumplimiento", bastando que el acreedor alegue el incumplimiento, para trasladar con esta alegación, la carga de la prueba del pago al deudor al que se le imputa este incumplimiento.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Trasladando este concepto al caso de autos, se concluye que corresponde a LA ENTIDAD la acreditación del cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones, cuyo incumplimiento le ha sido imputado por LA ENTIDAD.

DÉCIMO OCTAVO.- Con estas dos premisas, una fáctica y otra normativa, se debe proceder continuar con el análisis de la controversia.

DÉCIMO NOVENO.- A través de la carta notarial No. 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR de fecha 12 de marzo del 2013, LA ENTIDAD imputa a EL CONTRATISTA, el haber incumplido su obligación de haber ingresado a la obra —en el mes de junio del 2012— los siguientes equipos (1) Tractor oruga de 190-240 HP, (2) Camión Grua HIAB 5 TON y (3) Motosierra.

VIGÉSIMO.- Sobre esta imputación —a través de la Carta notarial No C-012-13-GG-CEI de fecha 25 de marzo del 2013— EL CONTRATISTA sostiene en primer término que el inicio del plazo de ejecución de obra se inicia con la entrega del terreno, lo que ocurrió el 08 de junio del 2012 y, en segundo término, que de acuerdo a la programación de obra, las partidas a ejecutarse en el mes de junio no involucran ninguno de los equipos observados por LA ENTIDAD².

VIGÉSIMO PRIMERO.- El contenido de esta respuesta, implica un reconocimiento del hecho de que, efectivamente, los equipos mencionados no ingresaron a obra durante el mes de junio del 2012; alegando en este punto EL CONTRATISTA que conforme a la programación realizada, no era necesario que estos equipos ingresen a obra, pues no se les

²Cfr. **CARTA NOTARIAL No. C-012-13-GG-CEI** de fecha 25 de marzo del 2013.- (...) "De acuerdo a la programación de la obra, las partidas a ejecutarse en el mes de junio no involucran ninguno de los equipos que la Región observa. El camión grúa se utiliza para las obras de arte, colocación de alcantarillas TCM, traslado de materiales en la obra. Las partidas de obra se empezaron, de acuerdo a la programación de obra, el 12 de agosto del 2012, por lo tanto dicho equipo no era necesario su presencia en obra sino a partir de dicha fecha. Asimismo, las partidas de corte empiezan los primeros días de julio del 2012, no siendo necesaria la presencia del tractor en obra sino hasta el mes de julio como se ha mencionado. Respecto a la Motosierra, este equipo se utiliza en el desbroce, partida que de acuerdo a la programación de obra no empezaba sino hasta el 1 de julio (desbroce de zonas boscosas, en el que solo se requiere tres días) y 5 de julio (desbroce de zonas no boscosas). (...)

requería; pues como expresamente lo han señalado en la carta notarial C-012-13-GG-CEI, "(...) los equipos se movilizan en la medida que van a ser utilizados de acuerdo al calendario de avance de obra programado, de otra manera, se tendrían que tener todo el equipo mínimo en obra desde el primer día, lo cual no tendría ningún sentido técnico ni económico, denotando que las partidas cuya ejecución involucran utilización de los referidos equipos han sido totalmente concluidas a satisfacción de la Entidad lo que se evidencia con el pago de las valorizaciones"..

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En este punto, es importantísimo recordar que conforme se concluyó en el fundamento décimo cuarto de presente laudo, la obligación de EL CONTRATISTA respecto a los equipos se configuró, en los términos de mantener todos los equipos ofertados de forma "permanente" y "exclusiva" para la obra. Adviértase que la exigencia contractual es la utilización de la maquinaria ofertada por EL CONTRATISTA en la oportunidad que la obra lo requiera. Así, ha quedado establecido en la cláusula 13.2 del CONTRATO que textualmente, en lo referente al equipamiento, dice: "**EL CONTRATISTA, deberá cumplir con la utilización de los equipos mínimos propuestos en su propuesta técnica contenidos en las páginas del 0177 hasta la página 0185 respectivamente, la misma que será materia de verificación continua por la Entidad y la Supervisión. (...)**". LA ENTIDAD no ha acreditado que los equipos no se hayan mantenido de forma "permanente" y "exclusiva" para la obra. Tampoco LA ENTIDAD ha demostrado que los equipos ofertados no se hayan destinado para la obra. En EL CONTRATO la disposición es clara en cuanto los equipos ofertados tienen que estar disponibles para la obra en todo momento y que sean utilizado en la oportunidad que las maquinarias sean necesarias para las labores que tienen que desempeñar. En ninguna parte de las bases administrativas ni de EL CONTRATO se precisa que todos los equipos tienen que estar en la obra.

VIGÉSIMO TERCERO.- Quizá podría pensarse que el uso de la preposición "para" induce al error de creer que la maquinaria ofertada debe estar de manera permanente y de forma exclusiva dentro de la obra. Sin embargo, esa posibilidad queda completamente descartada toda vez que de conformidad con el numeral 3) del artículo 183º del Reglamento, para la firma de EL CONTRATO, el ganador de la buena pro debe cumplir con la obligación de "Entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT - CPM)", y EL CONTRATISTA para la firma de EL CONTRATO



presentó el calendario de avance de obra valorizado y LA ENTIDAD la aceptó y no cuestionó. Ello se corrobora de acuerdo con la cláusula segunda de EL CONTRATO en el cual se reconoce que EL CONTRATISTA ha presentado el Cronograma de Ejecución y el Calendario Valorizado de Avance de Obra. Además, no sería razonable que las aproximadamente 66 maquinarias ofertadas permanezcan en la obra sin utilidad alguna. Por tanto, la exigencia de la presencia de todo el equipo desde el primer día hasta el último día, resulta desproporcional al sentido técnico y económico.

VIGÉSIMO CUARTO.- Está probado que las maquinarias siguientes: (1) Tractor oruga de 190-240 HP, (2) Camión Grúa HIAB 5 TON y (3) Motosierra no ingresaron en el primer mes de ejecución contractual, junio del 2012, puesto que de acuerdo con el calendario de avance de obra valorizado que es elaborado tomando en cuenta la programación de la ejecución de la obra y que tiene como propósito también que la ENTIDAD controle la obra y verifique e identifique la existencia de incumplimiento contractual y adoptar las medidas correctivas, a esa fecha no correspondía la utilización de la maquinaria que LA ENTIDAD sostiene que debía ingresar al inicio de la obra. Por ello, no se puede atribuir incumplimiento contractual.

VIGESIMO QUINTO: Asimismo, a la fecha de requerimiento de LA ENTIDAD al CONTRATISTA, 12 de marzo del 2013, LA ENTIDAD no realizó absolutamente nada para supuestamente hacer cumplir con las obligaciones contractuales. Así, en la cláusula octava de EL CONTRATO se estipula que si EL CONTRATISTA no cumple con presentar en la obra los equipos ofertados se procederán a aplicar una multa del 0.5/1000 del monto de EL CONTRATO. Sin embargo, no existe pruebas que LA ENTIDAD haya formulado algún requerimiento. Tampoco obra en el cuaderno de obra algún asiento que deje constancia de tal hecho por parte del supervisor.

VIGESIMO SEXTO: En cuanto a la utilización de maquinaria que no cumple con las exigencias técnicas ofertadas por EL CONTRATISTA el Tribunal Arbitral considera relevante centrarse en la afectación de la ejecución de las partidas correspondientes. Ello en atención a que como anteriormente lo señalamos la maquinaria deberá ingresar de acuerdo con lo previsto en el calendario de avance de obra. Al respecto, el Reglamento en el artículo 193º establece que "La Entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato (...)".



El supervisor o inspector está facultado para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas, y precisar en el cuaderno de obra. Ahora bien, en el Asiento 373 de EL CONTRATISTA del Cuaderno de Obra se detalla una relación de equipo existente en la obra, y sobre ello el supervisor no cuestiona, rechaza u ordena el retiro o deja constancia sobre esos aspectos. Adicionalmente a ello, con la constatación realizada por el Juez de Paz del Distrito de Platería, realizadas con fecha 26 de febrero del 2013 y el 03 de abril del 2013, tampoco se prueba la afectación de la ejecución de las partidas de la obra.

VIGESIMO SÉTIMO: Con relación a la ausencia de profesionales ofertados – Ing. Especialista en suelos y pavimentos, LA ENTIDAD en su Carta notarial N° 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR, de fecha 12 de marzo del 2013, afirma que de las valorizaciones mensuales de agosto, octubre y diciembre del 2012 se evidencia que no está cumpliendo con sus funciones que le corresponden en la obra contraviniendo EL CONTRATO. Al respecto, se tiene que valorar la oportunidad de LA ENTIDAD para formular tal requerimiento. EL CONTRATISTA con fecha 28 de agosto del 2012 formuló ante LA ENTIDAD el cambio del profesional y LA ENTIDAD recién se pronunció con fecha 19 de noviembre del 2012. Si aplicamos supletoriamente el artículo 185º del Reglamento se tiene que si LA ENTIDAD dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de presentada la solicitud no emite pronunciamiento se considerará aprobada la sustitución. En tal sentido, la sustitución del profesional en cuestión quedó aprobada de pleno de derecho. Además, si LA ENTIDAD consideraba que existía un incumplimiento contractual pudo haber impuesto penalidades tal como lo establece EL CONTRATO y de cumplirse con la penalidad máxima pudo haber llegado a resolver EL CONTRATO. Sin embargo, LA ENTIDAD no aplicó ninguna de las alternativas, no cuestiona la idoneidad del profesional sustituto y por último se tiene que el profesional posteriormente se reincorporó a la obra y LA ENTIDAD no expresó nada al respecto, y más bien cumplió con pagar las valorizaciones presentadas por EL CONTRATISTA, por lo que no existe incumplimiento contractual por parte de EL CONTRATISTA. Respecto a la ausencia de profesionales ofertados – Residente de Obra, en el expediente arbitral consta la Carta 005-2013-GR-PUNO-GGR/ORSyLP, a través de la cual LA ENTIDAD autorizó la presencia de residente interino mientras dure el trámite y se apruebe la sustitución del residente de la obra. Posteriormente, ante la denegación por parte de LA ENTIDAD el residente de la obra que iba a ser sustituido se reincorporó a la obra, por



lo que no se puede atribuir incumplimiento contractual al CONTRATISTA por ese motivo.

VIGESIMO OCTAVO: De conformidad con el artículo 3º de la Ley 27444 la motivación es uno de los requisitos de validez del acto administrativo. Así, del artículo 6º de la citada ley tenemos que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. De igual manera, se tiene que puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Asimismo, el artículo 10 de la mencionada ley establece como causales de nulidad de pleno derecho (i) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, y (ii) el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14º.

VIGESIMO NOVENO: El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA ha expresado que *"motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto"*³.

TRIGÉSIMO.- El Reglamento en el artículo 168º prescribe que: *"La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40º de la Ley, en los casos en que el contratista:*

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

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I, 5ª Ed., Civitas S.A., Madrid, 1989, p. 549.



3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación”.

De texto reglamentario anterior se deduce que LA ENTIDAD contaba con facultades para dejar sin efecto EL CONTRATO si concurrían algunos de los supuestos contemplados en la normativa sobre contrataciones con el Estado.

En el presente caso se ha determinado que los hechos invocados por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO no han podido ser probados. Las atribuciones de incumplimiento no configuraban como tales. Por tanto, siendo los hechos los elementos de los cuales se parten para atribuir un incumplimiento y por consiguiente para motivar la decisión de extinguir la relación obligatoria entre las partes, la resolución de EL CONTRATO formulada por LA ENTIDAD se entiende como no motivada. En ese sentido, si bien el ordenamiento jurídico permite motivar una decisión tomando en cuenta los fundamentos y conclusiones de informes que obran en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto, el Tribunal Arbitral considera que no es necesario evaluar si el Informe Técnico Legal N° 001-2013-GR era ineludible que se ponga en conocimiento o no de EL CONTRATISTA, puesto que como hemos indicado este no se encontraba en incumplimiento contractual. De tal forma se tiene que LA ENTIDAD no motivó la Resolución Gerencia Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO.

Ahora bien, el Reglamento en el artículo 168° ha contemplado expresamente las causas por las cuales LA ENTIDAD podía resolver EL CONTRATO; sin embargo, EL CONTRATISTA no ha incurrido en ninguna de las causales establecidas. LA ENTIDAD alegó incumplimiento contractual por parte de EL CONTRATISTA, no obstante ella no ha probado el incumplimiento. Nótese que el Reglamento indica que el incumplimiento tiene que ser justificado, puesto que podría suceder que existe incumplimiento pero este justificado y por tanto no se podría dejar sin efecto el contrato. Empero, en el presente caso no existió incumplimiento por lo que no corresponde evaluar si fue justificado o no, por tanto LA ENTIDAD ha contravenido en Reglamento.



Consecuentemente, en la Resolución Gerencia Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO carece de motivación y ha contravenido el Reglamento, por lo que el Tribunal Arbitral considera que esta pretensión debe declararse fundada.

DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Tribunal Arbitral debe resolver el contrato N° 0027-2011-LP-GRP, suscrito para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la infraestructura vial del Circuito lago sagrado de los Incas Tramo Ccota Charcas (Km 0+000 al Km 10+0000), debido al incumplimiento del Gobierno Regional de Puno de sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias. En concreto, determinar:

a) Si el Gobierno Regional de Puno incumplió su obligación de proveer un expediente de obra técnicamente viable y coadyuvar a la satisfactoria ejecución y conclusión de la obra mediante decisiones técnicas adecuadas que permitan cumplir con la finalidad y objeto del contrato.

b) Si el Gobierno Regional de Puno incumplió su obligación de mantener las condiciones necesarias y adecuadas para el sostenimiento, viabilidad y equilibrio económico –financiero del contrato.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- EL DEMANDANTE sostiene que es un hecho que LA ENTIDAD no desea continuar con la relación contractual existente, y que la resolución de EL CONTRATO efectuada por LA ENTIDAD es su última y máxima expresión de voluntad de no continuar con el mismo. EL DEMANDANTE alega que se presentan en el presente caso dos incumplimientos en los que se encuentra incurso LA ENTIDAD. En primer término, imputa a ésta el haber incumplido su obligación de proveer un expediente de obra, técnicamente viable y coadyuvar a la satisfactoria ejecución y conclusión de la obra mediante decisiones técnicas adecuadas que permitan cumplir con la finalidad y objeto del contrato. En segundo término, imputa a LA ENTIDAD el incumplimiento de mantener las condiciones necesarias para el sostenimiento, viabilidad y equilibrio económico – financiero del contrato.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- LA ENTIDAD por su parte indica que la pretensión de resolución de EL CONTRATO deviene en improcedente por cuanto EL CONTRATO está plenamente



resuelto por LA ENTIDAD y esta resolución tiene sustento en la Resolución Ejecutiva Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO, de 12 de abril del 2013. Además, EL DEMANDANTE no cumple con los requisitos de procedibilidad para poder solicitar la resolución del contrato. Respecto a las denegatorias de ampliación de plazo y adicionales de obra LA ENTIDAD expresa que no hay obligación de su parte de aprobarlos automáticamente, ya que se tiene que cumplir con requisitos previos y que sobre estos pedidos existe otro proceso arbitral.

TRIGÉSIMO TERCERO.- El Tribunal Arbitral al analizar el primer punto controvertido determinó que EL CONTRATISTA no se encontraba en una situación de incumplimiento contractual para que LA ENTIDAD proceda a resolver EL CONTRATO. De los diversos instrumentos de los cuales se ha válido LA ENTIDAD para pretender resolver EL CONTRATO, esto es carta notarial No. 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR de fecha 12 de marzo del 2013 y la Resolución Gerencia Regional N° 166-2013-GGR-GR-PUNO, se advierte que LA ENTIDAD imputó supuestos incumplimientos a EL CONTRATISTA con la finalidad de dar un aspecto de cumplimiento de las formalidades previstas en los artículos 168° y 169° del Reglamento.

El Tribunal Arbitral también considera oportuno analizar si LA ENTIDAD incumplió su obligación de proveer un expediente de obra, técnicamente viable y coadyuvar a la satisfactoria ejecución y conclusión de la obra mediante decisiones técnicas adecuadas que permitan cumplir con la finalidad y objeto del contrato.

Podemos conceptuar al incumplimiento como aquella omisión de una prestación debida, independientemente si esta se hace con dolo o culpa, es decir, la no realización de la prestación convenida entre las partes.

Ahora bien, el expediente técnico está conformado por una serie de documentos con contenidos técnicos y económicos que es elaborado por un profesional -en el caso de obras-, consultor en obras, por la entidad pública o por el ejecutor de obra como en los casos de concurso oferta o llave en mano⁴.

⁴ Reglamento. Artículo 10.- Expediente de Contratación.- El Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria. "(...) Tratándose de obras, se adjuntará el Expediente Técnico respectivo y, cuando corresponda, la declaratoria de viabilidad conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. En la modalidad de concurso oferta no se requerirá el Expediente Técnico,



Cuando una entidad elabora el expediente técnico indirectamente, a través de un consultor externo comúnmente llamado Proyectista⁵, el especialista en este tipo de trabajos asume la responsabilidad del expediente técnico. Este no puede ser perfecto bajo ningún supuesto, muestra de ello es que la normativa en Contratación Pública ha contemplado que cuando hay deficiencias en el expediente técnico es posible la aprobación y ejecución de obras adicionales, con las limitaciones de Ley. Ello no sucede cuando las obras son ejecutadas bajo las modalidades llave en mano o concurso oferta, debido a que el ejecutor es el responsable de la elaboración del expediente técnico y por consiguiente tiene que asumir la responsabilidad por los defectos que pudieren existir y si bien procede la aprobación de adicionales esto solo se da "siempre que dichas prestaciones adicionales no modifiquen el alcance de la obra de tal manera que se afecte el monto ofertado por el postor para su ejecución"⁶.

Un expediente técnico, entonces, puede sufrir modificaciones a lo largo de la ejecución contractual debido a que se evidencian defectos en su elaboración, por tanto el expediente original que sirve de base para contratar no es *per se* inmodificable, y si bien antes de su ejecución puede ser impecable cuando se inician los trabajos en campo la realidad puede hacer que esa corrección inicial se vea trastocada. Sin embargo, hay que tener en cuenta que quien encarga la ejecución de una obra es una entidad pública y en caso de ser necesario una modificación esta tiene que aprobarlo expresamente la entidad. Evidentemente, las modificaciones no pueden ser sustanciales y contravenir los fines del

debiéndose anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. En el caso de obras bajo la modalidad de llave en mano, si éstas incluyen la elaboración del Expediente Técnico, se deberá anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública".

⁵ Numeral 45 del Anexo Único. Anexo de Definiciones del Reglamento.

⁶ OPINIÓN N° 028-2011/DTN.



proceso de selección⁷.

En ese sentido, una entidad pública tiene la obligación de proveer al ejecutor de una obra las condiciones necesarias para la culminación de la obra, dentro del marco de las normas jurídicas. El contratista por su parte está obligado a la ejecución correcta de la obra y a hacer uso de las buenas prácticas constructivas. Así, como se ha expresado jurisprudencialmente en otro ordenamiento jurídico, "un defecto de proyecto no exime de responsabilidad al técnico que dirige la obra, ya que su calidad de tal le obliga a examinar el proyecto y determinar su adecuación a las circunstancias sin perjuicio de la responsabilidad del proyectista por los defectos en que éste haya incurrido"⁸.

EL CONTRATISTA, en EL CONTRATO, declaró haber examinado toda la información y condiciones del lugar de la obra a ejecutarse y otras vinculadas al proyecto, y que no tenía derecho a reclamo alguno bajo el supuesto de mal entendimiento o razón similar⁹. Sin embargo, ello se entiende así en tanto y en cuanto el proyecto no sufra modificaciones. Nótese que en ese momento, firma de EL CONTRATO, las partes no advirtieron por ejemplo de la ejecución de obras adicionales, esto es, adicional N° 3 y 4 que a la postre fueron aprobados por LA ENTIDAD.

En este punto del razonamiento del Tribunal Arbitral se puede fácilmente entender y deducir

⁷ La OPINIÓN N° 090-2015/DTN señala: "cabe precisar que la normativa de contrataciones del Estado ha establecido otros supuestos específicos de modificación del contrato, tales como las prestaciones adicionales, las reducciones de prestaciones y las ampliaciones de plazo, para los cuales deben cumplirse los requisitos y las formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado. En dicha medida, las prestaciones a cargo del contratista serán ejecutadas por este solamente en la forma pactada, salvo que se hayan realizado las modificaciones contractuales correspondientes, las mismas que no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista". (Subrayado agregado).

⁸ SAP Valencia de 9 marzo 2000. Citado por **MONSERRAT VALERO, Antonio. La responsabilidad civil por vicios de la construcción**, Difusión Jurídica, 2008, p. 125.

⁹ Segundo guion del numeral 13.1 de la cláusula décimo tercera de EL CONTRATO.



que para el presente caso al no tratarse de la modalidad llave en mano ni concurso oferta¹⁰ quien estaba obligado a proporcionar el expediente técnico era LA ENTIDAD¹¹. Ello por una razón muy sencilla ella: es la comitente, o en otras palabras, ella es la dueña de la obra, y LA ENTIDAD será la que sea quien exprese qué quiere que el locador o contratista haga. Por tanto, la obligación de proveer un expediente viable es responsabilidad de LA ENTIDAD. EL CONTRATISTA por más información que haya tomado conocimiento y por más que haya aceptado las condiciones preestablecidas no puede arrogarse la facultad que le es propia de LA ENTIDAD. Aceptar lo contrario escapa a la más elemental noción de lógica básica, porque no se pueden cambiar las situaciones jurídicas subjetivas de las partes de comitente a contratista y viceversa.

Por tanto, la ausencia de evidencia que demuestre que EL CONTRATISTA es a su vez COMITENTE no convierte en evidencia a la ausencia.

El conocimiento por parte de EL CONTRATISTA del expediente técnico no lo hace responsable por su correcta o defectuosa elaboración, puesto que EL CONTRATISTA no lo diseñó. El expediente técnico lo elaboró un proyectista contratado por LA ENTIDAD. Eso queda claro porque en el contrato no se pactó que EL CONTRATISTA elaboraría el expediente técnico y ejecutaría la obra. Sin embargo, como anotamos líneas arriba, EL CONTRATISTA sí está obligado de advertir los defectos que puedan existir en el expediente técnico, puesto que ahí también puede haber falibilidad humana.

Al respecto, en el expediente obra la carta C-012-13-GG-CEI, de fecha 06 de abril del 2013,

¹⁰ Cf. Bases Integradas. Diciembre de 2011, p. 19:

“1.7. SISTEMA DE CONTRATACIÓN. El presente proceso se rige por el Sistema de Precios Unitarios de acuerdo con lo establecido en el expediente de contratación respectivo.

1.8. MODALIDAD DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL. Este numeral no será de aplicación en este proceso”.

¹¹ Cf. Bases Integradas. Diciembre de 2011, p. 19: **“1.5. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. EL** expediente de contratación fue aprobado mediante Resolución N° 142-2011-GGR-GR-PUNO”.

ingresado por la Oficina de Trámite Documentario de LA ENTIDAD a través del número de registro 3370¹² con fecha 09 de abril del 2013, EL CONTRATISTA pone en conocimiento de LA ENTIDAD *"que la ejecución de las partidas del contrato principal y los adicionales aprobados han sido culminadas, de forma tal que en la actualidad solo nos encontramos ejecutando partidas de mantenimiento de tránsito, la situación antes indicada viene generando serios perjuicios económicos a mi representada. (...) y que debido a omisiones y/o deficiencias del Expediente Técnico de Obra, como es la aprobación del Presupuesto Adicional N° 5 que hasta la fecha está sin solución, el costo de la ejecución de los trabajos se ha incrementado, sobrecosto que no viene siendo asumido por la Entidad. Por tal razón solicitamos a la entidad una reunión con carácter de urgente para tratar la situación de la obra y plantear soluciones que permitan evitar costos innecesarios tanto a la entidad como al contratista (...)"*. (Cursiva y subrayado agregados).

Posterior a esta comunicación, LA ENTIDAD remitió a EL CONTRATISTA la carta notarial No. 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR, de fecha 12 de marzo del 2013. En virtud de la cual pretendía resolver EL CONTRATO. Sin embargo, en el presente laudo, la primera pretensión de EL CONTRATISTA, contenida en el primer punto controvertido, fue declarada fundada, y en consecuencia, se declaró la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Gerencia Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, notificada al Consorcio El Inca con fecha 12 de abril del 2013 mediante carta No. 019-2013-GR-PUNO/GGR. Por tanto, al no tener efectos jurídicos la pretendida resolución contractual articulada por LA ENTIDAD.

El Tribunal Arbitral cree que, habiendo revisado los medios probatorios aportados por las partes y de acuerdo con el razonamiento esbozado *ut supra*, ante la diligencia de EL CONTRATISTA de advertir los errores, defectos y omisiones en el expediente técnico y ponerlos en conocimiento de LA ENTIDAD, tanto a través de la Supervisión como a LA ENTIDAD, esta en lugar de responder negando o dando solución a los problemas encontrados por EL CONTRATISTA pretendió dejar sin efecto EL CONTRATO. Quizá se cuestione qué prueba hay de errores en el expediente técnico y la respuesta es respondida,

¹² Es preciso aclarar que existen dos (2) cartas C-012-13-GG-CEI emitidas por EL CONTRATISTA. Estas cartas difieren entre sí en cuanto a su contenido. La primera tiene fecha 25 de marzo del 2013 y la segunda 06 de abril del 2013, que es a la que estamos haciendo referencia.



con suficiencia, con la existencia de los adicionales N° 3 y 4 que fueron aprobados por LA ENTIDAD, ello sin tomar en cuenta el adicional de obra N° 5 que LA ENTIDAD en ningún momento atendió. Por tanto, LA ENTIDAD estaba obligada a entregar un expediente modificado que sea viable para la culminación de la obra a satisfacción de ella misma. EL CONTRATISTA tenía como obligación advertir los defectos e informar a LA ENTIDAD para las correcciones del caso mas no de introducir modificaciones sin previa autorización. Es más, de acuerdo con EL CONTRATO y el expediente técnico defectuoso, EL CONTRATISTA ya había ejecutado las partidas del contrato principal y los adicionales aprobados por LA ENTIDAD y se encontraba ejecutando partidas de mantenimiento de tránsito, situación que le generaba perjuicios económicos, a la espera de la autorización de LA ENTIDAD para que pueda ejecutar los adicionales de obra¹³. Asimismo, EL CONTRATISTA estaba obligado a cumplir con EL CONTRATO de acuerdo con el expediente original, pero no estaba obligado a ejecutar obras adicionales por su cuenta y riesgo. Eso no fue lo pactado. Cabe tener en

¹³ Reglamento. Artículo 207.- Obras adicionales menores al quince por ciento (15%).- Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del Titular de la Entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original". (Subrayado agregado). Nótese que es imprescindible la autorización de la entidad para la ejecución de la obra adicional. Ello tiene sentido porque ella es la dueña de la obra y es quien pagará.



cuenta que el contrato fue pactado a precios unitarios¹⁴ y no a suma alzada¹⁵. Ejecutarlo, sin duda que alteraría la estructura de costos proyectado por EL CONTRATISTA, toda vez que este formuló su propuesta "ofertando precios unitarios considerando las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un

¹⁴ Reglamento. Artículo 40.- Sistemas de Contratación.- De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26º, inciso e) de la Ley, las bases incluirán la definición del sistema de contratación. Los sistemas de contratación son:

(...)

2. Sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución. En el caso de obras, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios considerando las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución". (Subrayado agregado).

¹⁵ Reglamento. "Artículo 40.- Sistemas de Contratación.- De acuerdo a lo establecido en el Artículo 26º, inciso e) de la Ley, las bases incluirán la definición del sistema de contratación. Los sistemas de contratación son:

1. Sistema a suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. (...)" (Subrayado agregado).



determinado plazo de ejecución". A criterio del Tribunal Arbitral si LA ENTIDAD hubiera mantenido la finalidad por la que se contrató: culminación del mejoramiento de la infraestructura vial, debió mantener el equilibrio contractual, puesto que al haber surgido nuevas prestaciones (adicionales de obra) a ejecutar LA ENTIDAD debió haber adaptado EL CONTRATO con el objeto de restablecer el equilibrio contractual. Sin embargo, ello no ocurrió y LA ENTIDAD no consideró ni negoció el pago de esas nuevas prestaciones imprevistas inicialmente.

Por consiguiente, el no entregar un expediente técnico viable y no adaptar EL CONTRATO a las nuevas circunstancias económicas ello constituyen un incumplimiento de su obligación de proveer los montos dinerarios para "todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la obra hasta su terminación y entrega", según lo pactado en la cláusula segunda de EL CONTRATO.

Cabe anotar que en la cláusula tercera de EL CONTRATO las partes establecieron que este se regiría por la Ley y Reglamento, disposiciones de la Contraloría General de la República, el Código Civil y demás normas concordantes. Al ser una parte una parte el Estado esta cuenta con potestades singulares que se encuentran comprendidas dentro de las *cláusulas exorbitantes*¹⁶. Ello lo vemos plasmado en EL CONTRATO en las diversas estipulaciones contractuales de EL CONTRATO y especialmente en la cláusula decimotercera en donde se describe una serie de obligaciones para EL CONTRATISTA y una mención única en lo referente a LA ENTIDAD (14.2). Sin embargo, ello no implica que LA ENTIDAD no tenga obligaciones contractuales, sino que por tener prerrogativas especiales, característicos del Derecho Público, como el tema de Contratación Pública en donde la Administración Pública tiene que velar por el interés general (a diferencia de su contraparte que tiene un interés particular), a fin de garantizar el servicio público, las obligaciones contractuales de LA ENTIDAD son también las legales y reglamentarias.

¹⁶ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Las cláusulas exorbitantes.** En: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, p. 7.



Por tanto, el razonamiento del Tribunal Arbitral es que LA ENTIDAD incumplió injustificadamente sus obligaciones contractuales, debido a que no cumplió con las normas del contrato que reenvían a la Ley y el Reglamento, por lo que al ser incumplidas estas normas LA ENTIDAD incumplió también obligaciones legales y reglamentarias.

Sin embargo, para que opere la resolución contractual no solo basta que haya incumplimiento, sino que tiene que evaluarse si este es justificado o no. Además, al ser el Estado una parte no cualquier incumplimiento importa para extinguir la relación contractual. Sobre el particular, la Ley en el literal c) del artículo 40° establece que "(...) *En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, (...). Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus **obligaciones esenciales**, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.*" (El resaltado es agregado).

Como se advierte no cualquier incumplimiento puede dar pie a la resolución de EL CONTRATO por parte de EL CONTRATISTA. La Ley es meridianamente clara al hacer hincapié en que EL CONTRATISTA solo podrá revocar EL CONTRATO si LA ENTIDAD incumple sus obligaciones esenciales.

En esa misma línea, párrafo final del artículo 168° del Reglamento añade que "*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 169°.*" (Negrita y subrayado agregados).

Este artículo 168° reafirma lo establecido en el artículo 40° de la Ley e incide en el término "obligaciones esenciales". Es indudable que solo contempla esa posibilidad a EL CONTRATISTA debido a que la Administración Pública está bajo el marco de las cláusulas exorbitantes, como lo anotamos *ut supra*. Ahora bien, qué se entiende por obligaciones esenciales. Al respecto, la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha indicado 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. (...)” (Subrayado original).

Pues bien, el LA ENTIDAD no ha justificado ni se advierte justificación al incumplimiento contractual por parte de LA ENTIDAD. LA ENTIDAD incumplió su obligación de proporcionar un expediente técnico que sea viable técnicamente que contribuya a la ejecución conforme a lo requerido por LA ENTIDAD y que llegue a su término cumpliendo con lo propuesto por la parte usuaria dando cumplimiento al objetivo de la contratación. De igual manera, no mantener las condiciones necesarias y adecuadas para el sostenimiento, viabilidad y equilibrio económico-financiero de EL CONTRATO, al igual que lo indicado precedentemente, constituyen incumplimientos contractuales de LA ENTIDAD.

El entregar un expediente técnico sin deficiencias y restablecer el equilibrio contractual constituyen obligaciones esenciales de LA ENTIDAD, porque permiten alcanzar la finalidad del contrato, por lo que al no haberse producido lo antes mencionado demuestra que LA ENTIDAD incumplió con sus obligaciones esenciales y que son causales para que EL CONTRATO quede resuelto.

El tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento prescribe que “(...) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (...)”. Este artículo faculta a omitir del requerimiento previo cuando la situación de incumplimiento es irreversible. El Tribunal Arbitral considera que en la medida que LA ENTIDAD inició actuaciones fácticas y jurídicas, que a la postre estas quedaron sin efecto, para resolver EL CONTRATO es iluso pensar que si EL CONTRATISTA lo hubiera requerido a LA ENTIDAD esta iba a cumplir sus obligaciones esenciales. Además, toda vez que estaba en discusión la pretendida resolución de contrato efectuada por LA ENTIDAD no era necesario el requerimiento previo de cumplimiento, puesto que la situación de incumplimiento, como dijimos, era irreversible.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral dentro de las facultades investidas por las partes considera que se debe DECLARAR FUNDADA esta pretensión; en consecuencia, declarar la resolución



del Contrato de Ejecución de Obra N° 0027-2011-LP-GRP, por incumplimiento de LA ENTIDAD de sus obligaciones contractuales y legales.

DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Gobierno Regional de Puno pagar al Consorcio El Inca la suma de S/. 7, 576,693.27 (Son siete millones quinientos setenta y seis mil seiscientos noventa y tres con 27/100 nuevos soles), por concepto de daños y perjuicios ocasionados con la intempestiva, arbitraria e ilegal resolución de contrato N° 0027-2011-LP-GRP, así como por las declaraciones difamatorias realizadas en medios de prensa y por causal resolutoria del contrato imputable a ella (Gobierno Regional de Puno).

TRIGÉSIMO CUARTO.- EL DEMANDANTE pretende el pago de la suma de S/. 7'576,693.27 (Son siete millones quinientos setenta y seis mil seiscientos noventa y tres con 27/100 nuevos soles), por el Gobierno Regional de Puno a favor de EL DEMANDANTE por concepto de daños y perjuicios que alega haber sufrido con la intempestiva, arbitraria e ilegal resolución del Contrato N° 0027-2011-LP-GRP y otras acciones arbitrarias. La demandada señala que, en virtud de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual en la que se encuentra incurso LA ENTIDAD, al haber incumplido con su obligación contractual, legal y reglamentaria de proveer un proyecto y expediente técnico viables, a lo que se añade su actitud arbitraria de resolver el contrato sin motivación válida alguna y trasgrediendo los procedimientos establecidos contractual y legalmente, dichas acciones de LA ENTIDAD, y siendo ella misma la culpable de las deficiencias del expediente técnico al haberlo revisado y aprobado dando conformidad al Proyectista que lo elaboró mal y que desencadenó el permanente ocultamiento de responsabilidad por el Gobierno Regional de Puno, mediante constantes negativas a aprobación de adicionales estrictamente necesarios para la concreción satisfactoria de la obra; han generado menoscabo en nuestro patrimonio ocasionando que aplacen compromisos de pago con proveedores, empleados y obreros de la obra.

En tal sentido, sostiene que como consecuencia de estos hechos, la indemnización de daños y perjuicios que solicita EL DEMANDANTE comprende los conceptos de lucro cesante, daño

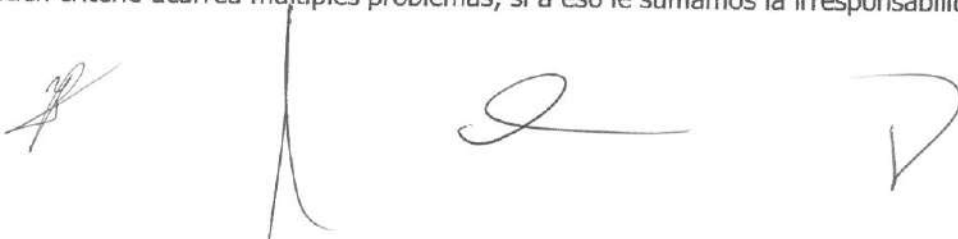


emergente y pérdida de costos de oportunidad por no haber recibido el dinero previsto de la ejecución contractual en su justo momento, el daño moral y el daño por pérdida de chance de nuevos negocios.

TRIGÉSIMO QUINTO.- LA ENTIDAD alega que la pretensión resulta improcedente en razón a que conforme a lo señalado en el artículo 209º del Reglamento solo procede la indemnización por la resolución previa del contrato atribuible en este caso a LA ENTIDAD hecho que no ha ocurrido como ya lo tenemos expuesto. Además, lo que pretende EL DEMANDANTE es buscar un supuesto resarcimiento por una aparente responsabilidad contractual incumplida, sin embargo EL DEMANDANTE no precisa los alcances de este supuesto incumplimiento tampoco los precisa, ello evidentemente conlleva a exigir algo sobre un hecho aparente y sin probanza, para que el daño sea resarcible debe cumplir tres requisitos fundamentales como son: a) Debe ser cierto, b) Debe ser real y finalmente e) Debe ser concreto, ya sea presente o futuro, *nunca es resarcible un daño hipotético*, pues no se tiende al enriquecimiento del afectado con el daño sino a su reparación.

LA ENTIDAD señala que en ningún momento ha actuado de manera intempestiva, por cuanto se tiene claro el tracto sucesivo, de cuyas acciones se tienen que el Gobierno Regional nunca ha actuado de este modo, por tal razón el Tribunal Arbitral puede apreciar claramente la secuencia de hechos que antecedieron a la toma de la decisión final, y respecto a la arbitrariedad, ésta no puede ampararse puesto que como se tiene dicho la entidad siempre ha otorgado a EL DEMANDANTE la posibilidad de absolver los requerimientos impuestos, en tal sentido EL DEMANDANTE no puede alegar hechos que no han sido debidamente apreciados, es así que LA ENTIDAD actuó dentro de los alcances de la Ley por lo que el sustento de la pretensión incoada, es carente de todo sustento, en todos sus extremos, en tal virtud el Tribunal con un criterio razonable debe amparar el contenido de la Resolución N° 166-2013-GGR-GR PUNO, así como los hechos que la fundamentan.

Con relación a las "Declaraciones difamatorias realizadas en medios de prensa y por la causal resolutoria de contrato imputable a ella ..." EL DEMANDANTE, no toma en cuenta que debido a la importancia de la obra licitada, no solamente se ciernen expectativas de orden social, sino fundamentalmente responsabilidad de orden patrimonial, ello como podrá observarse con buen criterio acarrea múltiples problemas, si a eso le sumamos la irresponsabilidad con



la cual actuó EL DEMANDANTE puede concluirse que no solamente afectó la construcción de la misma obra sino frustró las expectativas sociales así como de inversión de LA ENTIDAD y de las poblaciones beneficiarias con el proyecto.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Al respecto el artículo 170º del Reglamento, regulando los efectos de la resolución del contrato establece que:

"Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

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

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida". (Subrayado agregado).

De igual forma, el artículo 209º del Reglamento en lo concerniente a la resolución del contrato de obras señala que: *"(...) En caso que la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las formulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato. Los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral. (...)"*.

TRIGÉSIMO SEXTO.- El Código Civil en el artículo 1321º establece que: *"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. Si la*



inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída". También, el artículo 1322º del Código Civil prescribe que "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

TRIGÉSIMO SÉTIMO.- Planiol y Ripert señalan que *"Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido"*¹⁷. En ese sentido, corresponde analizar si concurren los elementos de la responsabilidad civil para de acuerdo con ello indemnizar o no a EL DEMANDANTE.

El Tribunal Arbitral en el análisis de SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO ha determinado que LA ENTIDAD incumplió con sus obligaciones esenciales y como consecuencia de ello la relación contractual ha quedado sin efecto. Esto es, el contrato ha quedado resuelto por causas imputables a LA ENTIDAD.

Respecto al daño, entendido como "(...) todo detrimento o menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"¹⁸, se tiene que EL DEMANDANTE como consecuencia de la inejecución de las obligaciones contractuales por parte de LA ENTIDAD ha sufrido un detrimento en su patrimonio.

Ahora bien, el Tribunal Arbitral cree imprescindible señalar que es autónomo en la valoración de los medios probatorios y este es quien decide qué medios probatorios le generan convicción. Las partes en las distintas fases del arbitraje están aptas para presentar, aportar y solicitar las pruebas que a su criterio aporta a sus alegaciones. Igualmente, las partes pueden contradecirlas en el ejercicio de este derecho.

Sobre la prueba el Tribunal Constitucional ha expresado que "(...) el derecho a ofrecer

¹⁷ **PLANIO Y RIPERT. Tratado práctico de Derecho Civil francés.** T. VII, Las Obligaciones (2da. parte), p. 132.

¹⁸ **LARENZ, Karl. Derecho Civil. Obligaciones.** T. I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957, p. 193.



medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado" (...) ¹⁹. (Subrayado agregado).

El mismo Tribunal ha dicho que "(...) la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa (...) "²⁰.

En el expediente recaído en el N° 03271-2012-PA/TC, en los fundamentos 9 al 13, el Tribunal Constitucional ha puntualizado:

En su variable de respeto a la motivación de las resoluciones recogido en el inciso 5 del artículo 139º. de la Constitución, salvaguarda al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

Por su parte, el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que es un derecho contenido de manera implícita en el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Al respecto, cabe precisar que una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Es un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, el derecho a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados; que se asegure la producción o

¹⁹ Expediente N° 6712-2005-PHC/TC.

²⁰ Expediente N° 1291-2000-AA/TC, concretamente en el fundamento 2.

conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. Por ello, ***la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito a fin de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.***

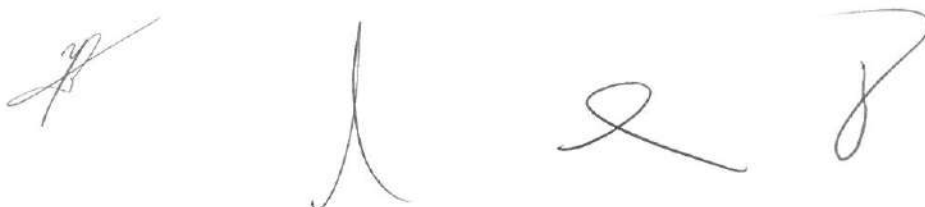
No obstante lo expuesto cabe precisar que, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sea armonizado con otros derechos o bienes constitucionales *—límites extrínsecos—* como de la propia naturaleza del derecho en cuestión *—límites intrínsecos—*. De ahí que resulta innegable que ***el derecho a la prueba aparece la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.***

Ahora bien, tal derecho importa una doble exigencia al juzgador: (i) no omitir la valoración de los medios probatorios aportados por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; y, (ii) la exigencia de que dichos medios probatorios sean valorados debidamente con base en criterios objetivos y razonables. Por tanto, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del derecho al debido proceso.

Así, EL DEMANDANTE ha dejado de percibir la utilidad que le correspondía en el marco de la ejecución del contrato de obra suscrito con LA ENTIDAD. También es de tomarse en cuenta los gastos en los que se ha visto obligado a incurrir o incurrirá al haberse destruido el vínculo contractual por el pago al personal de la obra y administrativo, pues los profesionales contratados tenían suscrito con EL DEMANDANTE contratos de trabajo sujetos a modalidad de obra determinada en los cuales se incluye cláusula indemnizatoria en caso de incumplimiento de la vigencia del contrato, tal como puede apreciarse de los Anexos del escrito presentado por EL DEMANDANTE con fecha 29 de octubre del 2014.

Además, se tiene que EL DEMANDANTE ha tenido que incurrir en costos de instalaciones y equipos para la correcta ejecución de obra y que debido a la terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones de LA ENTIDAD han hecho que permanezcan paralizadas.

Por último, se tiene que LA ENTIDAD al terminar patológicamente la relación contractual ha



dañado las expectativas legítimas de EL DEMANDANTE o la probabilidad de este de obtener una ganancia al participar en otros procesos de selección convocadas por otras entidades públicas.

Como es de conocimiento la antijuridicidad es toda contravención al ordenamiento jurídico y es única y se aplica al Derecho Civil, Administrativo, Penal, etc., pues la ilicitud de la conducta es única. LA ENTIDAD al incumplir sus obligaciones ha producido un cambio negativo para EL DEMANDANTE, puesto que ha lesionado sus los bienes e intereses legítimos lo cual ha desencadenado en la interposición de acciones restitutorias por parte de EL DEMANDANTE en contra de LA ENTIDAD.

Ahora bien, en materia de inejecución de obligaciones con la finalidad de fijar el contenido del daño debe existir una relación de causa próxima (efectos inmediatos y directos) entre el ilícito y sus consecuencias. Por ello, se afirma que este nexo causal se adapta mejor a la programación de las partes a través del contrato, puesto que "(...) busca la realizabilidad de la función económico – individual del contrato mediante la distribución de los riesgos previsibles por las propias partes en caso de incumplimiento de obligaciones"²¹. Sin embargo, no está demás indicar que un cierto sector de la doctrina peruana cree que el nexo de causalidad aplicable a la responsabilidad por inejecución de obligaciones sería el de la causalidad adecuada (de acuerdo con el artículo 1985º del Código Civil)²².

En el caso que nos ocupa el incumplimiento imputable a LA ENTIDAD resulta una

²¹ **MORALES HERVIAS, Rómulo. La responsabilidad en la norma privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual).** En: "Responsabilidad Civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma: Veinte años después". Edición bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza. Ed. Palestra Editores. Lima – 2005. p. 344.

²² "¿Se puede proponer una interpretación sistemática de los arts. 1321º y 1985º c.c.? Creo que sí: el artículo 1321 c.c. se refiere al quantum indemnizatorio (causalidad jurídica), mientras que el art. 1985 c.c. a la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad civil (causalidad de hecho). Como lógica consecuencia, no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones". **ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil.** 4ta. Ed. Setiembre 2006. Editorial Gaceta jurídica S.A. p. 186. En la misma dirección, **WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. La responsabilidad civil de los profesionales.** ARA Editores. Lima. 2002. p. 553.

consecuencia inmediata y directa que EL DEMANDANTE no haya podido cumplir con sus obligaciones adquiridas para la ejecución de la obra derivado del Contrato N° 0027-2011-LP-GRP suscrito para la "Mejoramiento de la Infraestructura Vial del Circuito Turístico Lago Sagrado de los Incas Tramo -CCOTA-CHARCAS (Km 0+000 al Km 10+0000), y como consecuencia de ello EL DEMANDANTE se haya perjudicado económicamente.

Consecuentemente, el acto ilícito relativo al incumplimiento contractual de LA ENTIDAD y el daño ocasionado a EL DEMANDANTE están probados y están unidos por un nexo de causalidad inmediato y directo.

Sobre el fundamento por el cual LA ENTIDAD debe responder o reparar el daño ocasionado, conocido como imputabilidad o factor de atribución, tiene que ver con el dolo o la culpa en que haya tenido lugar, puesto que en caso de haber ausencia de estos LA ENTIDAD queda eximida de responsabilidad.

El artículo 1318° del Código Civil señala que: *"Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación"*. Como el Tribunal Arbitral, analizó anteriormente, del caso resulta que LA ENTIDAD no tenía la vocación de cumplir con sus obligaciones, y ello lo llevó a forzar la extinción del vínculo contractual, pues pese al conocimiento pleno de que EL CONTRATISTA no se encontraba inmerso en incumplimiento cursó la carta notarial N° 013-2013-GR-PUNO/PUNO/GGR, que la fecha de su requerimiento habían transcurrido en tiempo excesivamente prudencial como para que requiera el cumplimiento de obligaciones. Sin embargo, ello no sería sino una manera de dar cumplimiento a la formalidad para pretender resolver el contrato que se plasmó en Resolución Gerencial General Regional No.-166-2013-GGR-GR-PUNO. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que LA ENTIDAD actuó con dolo.

Con relación al daño resarcible o contenido económico del daño el Tribunal Arbitral se tiene que tomado en cuenta que la resolución del contrato fue por causa imputable a LA ENTIDAD corresponde reconocer a favor de EL CONTRATISTA el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato, monto que asciende a la suma de S/. 252,032.26 (Doscientos Cincuenta y Dos Mil con 26/100 Nuevos Soles).



ESTIMADO DE LUCRO CESANTE POR RESOLUCION DE CONTRATO

CONCEPTO	S/.
UTILIDAD DEL PRESUPUESTO OFERTA	781,655.66
UTILIDAD ACUMULADA A MARZO 2013	302,961.00
SALDO DE UTILIDAD POR VALORIZAR	478,693.76
50% DEL SALDO DE UTILIDAD POR VALORIZAR	239,346.88

... (1)

CALCULO DE REINTEGRO

Indice general Unificados N° 39	IU 39
Indice Base: Julio 2011 (Fecha de Valor referencial)	365.52
Mar-13	384.86
$K = 384.86 / 365.52 =$	1.052910921
REINTEGRO = $239,346.88 \times (1.053 - 1.000) =$	12,685.38

... (2)

CALCULO DE LUCRO CESANTE INCLUIDO REINTEGROS

LUCRO CESANTE	252,032.26
---------------	------------

... (1+2)

En cuanto al daño por concepto de pago de personal para la obra y administrativo se tiene que a criterio del Tribunal Arbitral ello constituye un daño futuro, puesto que es de esperarse que con el transcurrir de los acontecimientos EL DEMANDANTE tenga que afrontar esos costos, por lo que estando probado que existen los contratos en los que se establecen cláusulas indemnizatorias, tal como, obra en el expediente, de los anexos N° 1, 2, 3, 4 y 5 del escrito presentado por EL DEMANDANTE con fecha 29 de octubre del 2014. Los contratos existen y no han sido materia de cuestionamiento por parte de LA ENTIDAD y la determinación y cálculo se ha hecho tomando en cuenta la cláusula décimo de los contratos de trabajo que adjuntó EL DEMANDANTE y en donde se establecieron las indemnizaciones correspondientes a cuatro (4) remuneraciones del monto estipulado en la cláusula quinta de los contratos que figuran en el anexo del mencionado escrito. EL Tribunal Arbitral no puede entrometerse en el acuerdo de las partes. No puede modificar el contrato más aún cuando ninguna de las partes lo ha solicitado. Tampoco LA ENTIDAD ha solicitado o cuestionado estos montos, por lo que la decisión de este Tribunal Arbitral no se basa en una mera arbitrariedad ni en una prueba inexistente. Para el Tribunal Arbitral no hay motivos para que se omita o se tome en cuenta esa prueba para adoptar una decisión. El Tribunal Arbitral no está obligado a actuar medio probatorio alguno si es que no tiene dudas acerca de algún aspecto. El Tribunal Arbitral debe precisar que durante el proceso LA ENTIDAD pudo hacer uso irrestricto de su derecho a la defensa. Por tanto, corresponde resarcir por ese concepto el monto que asciende a la suma de S/. 108,000.00 (Ciento Ocho Mil con 00/100 Nuevos Soles).




Sobre los costos de mantenimiento y renovación de cartas fianzas se tiene que al 29 de octubre del 2014 EL DEMANDANTE ha costeado con su patrimonio el monto que asciende a la suma de S/. 181,546.18 (Ciento Ochenta y Un Mil Quinientos Cuarenta y Seis con 18/100 Nuevos Soles), tal como se desprende del anexo 1-S de la demanda arbitral y anexos N° 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del escrito presentado con fecha 29 de octubre del 2014. De acuerdo con el Acta de Constatación de Obra de fecha 03 de abril de 2013 se tiene que existían maquinarias en la obra. En la mencionada acta se detalla diversa maquinaria tales como volquetes, motoniveladoras, retroexcavadora, cargador frontal, etc., que son precisamente maquinarias de las cuales se solicita que LA ENTIDAD asuma el costo. El costo está representado por horas/máquina y el valor está en el citado documento como en los contratos. LA ENTIDAD tampoco ha cuestionado que los costos superen los precios de mercado. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que EL DEMANDANTE no tiene por qué asumir un costo que fue derivado de la inejecución contractual, por lo que para el Tribunal Arbitral está probado la existencia de los costos y lo considera que son medios de prueba objetivos y razonables para acreditar el monto de los daños.

Asimismo, en concordancia con lo anterior, y de acuerdo con las bases administrativas del proceso de selección y EL CONTRATO, EL DEMANDANTE estaba obligado a mantener un equipo mínimo en la obra para de acuerdo a ello se puedan ejecutar las partidas siguiendo el calendario de avance de obra, sin importar que estas sean de propiedad de EL DEMANDANTE o de terceros, por lo que como es natural al correrse el plazo de obra por modificaciones al proyecto, se desplaza también la permanencia de dicho equipo, con el consiguiente mayor costo que ello significa.

Ahora bien, es un hecho incuestionable que el expediente adolecía de deficiencias técnicas lo cual generó que LA ENTIDAD haya solicitado la responsabilidad del proyectista que elaboró el expediente técnico. Ello se evidencia en la aprobación de los adicionales de obra N° 2, 3 y 4, tal como se desprende del segundo párrafo de la página 4 de su escrito de contestación de demanda de LA ENTIDAD.

Por consiguiente, el Tribunal Arbitral estima que deben ser reconocidos a EL DEMANDANTE los mayores costos debido a los gastos improductivos como consecuencia de la paralización de la ejecución de la obra por razones que no le son imputables a EL DEMANDANTE, sino a LA ENTIDAD; por lo que el Tribunal Arbitral es del parecer de reconocer el concepto de



alquiler de instalaciones y equipos el monto que asciende a la suma de a S/.1'228,166.40 (Un Millón Doscientos Veinte y Ocho Mil Ciento Sesenta y Seis con 40/100 Nuevos soles).

Asimismo, EL DEMANDANTE afirma que la actitud dañosa de LA ENTIDAD, proveniente de la resolución del contrato de obra, lo afecta en la pérdida real de oportunidades de negocio al mantener comprometida su capacidad de contratación que le otorga el OSCE a través de su Registro Nacional de Proveedores, la misma que no lo puede liberar hasta que concluyan las controversias con LA ENTIDAD. Añade que Secrex no le permite mayor endeudamiento.

Con relación a la pérdida de chance u oportunidad se afirma que "(...) en el ámbito del Derecho de la responsabilidad civil, para hacer referencia a un discutible -pero ampliamente admitido concepto dañoso consistente en la pérdida de una ocasión favorable, de una posible ventaja o beneficio, de un concreto resultado apetecido y esperado. Pérdida de chance es, pues, la pérdida de oportunidad de obtener algún tipo de provecho o utilidad"²³. En ese sentido, la pérdida de oportunidad: "comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitado una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial"²⁴.

Por lo anterior podemos afirmar que en este supuesto entramos al ámbito de lo probable, puesto que lo que se indemniza es la probabilidad de ingresar al patrimonio o evitar un menoscabo considerando las circunstancias de un caso en particular²⁵.

Bajo esas premisas corresponde al Tribunal Arbitral evaluar una posibilidad o probabilidad

²³ MEDINA ALCOZ, Luis, op. cit., p. 61.

²⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo. *Responsabilidad Civil Médica y Pérdida de Chance de Curación*. En: Revista de Derecho de Daños. Edit. Rubinzal-Culzoni. Bs As. Argentina. 2008. p.8.

²⁵ "Ingresamos en el campo de lo probable. Lo que se indemniza es justamente la probable situación de obtención de ganancias, atendiendo a las particulares circunstancias del caso. No se indemniza la ganancia dejada de percibir, sino la probabilidad de haberla obtenido". MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Las chances. Responsabilidad de los abogados*. En: Revista de Derecho de Daños. Editorial, Rubinzal-Culzoni. Bs. As. Argentina. 2008. p. 366.

de conseguir un resultado favorable por parte de EL DEMANDANTE si es que LA ENTIDAD no hubiera realizado una conducta dañosa que haya lesionado o frustrado esas legítimas posibilidades.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 275º del Reglamento la capacidad máxima de contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente. Asimismo, según el artículo 277º del Reglamento, "la capacidad libre de contratación es el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación y se obtiene deduciendo de ésta las obras públicas contratadas pendientes de valorización. Se entiende por capacidad comprometida de contratación a la parte no valorizada de las obras contratadas. La capacidad libre de contratación se va restituyendo de acuerdo a la declaración de lo valorizado por los avances de las obras públicas contratadas, efectuadas a través del módulo del récord de obras habilitado en el portal institucional del OSCE".

EL DEMANDANTE es un consorcio y la suma de las capacidades libres de contratación asciende a la suma de S/. 347'094,603.20 (Trescientos Cuarenta y Siete Millones Noventa y Cuatro Mil Seiscientos Tres con 20/100 Nuevos Soles). Por lo que si evaluamos la probabilidad que tenía EL DEMANDANTE de participar en los procesos de selección descritos en el anexo 1-Q de la demanda arbitral vemos que los presupuestos bases son inferiores a la suma de las capacidades de contratación. No obstante, como la acción dañosa de LA ENTIDAD frustró saber si finalmente EL DEMANDANTE hubiera ganado o no los procesos de selección y a cuanto hubiera ascendido su utilidad el Tribunal Arbitral estima atendible amparar este concepto.

En tal sentido, como lo que se indemniza no es la utilidad que EL DEMANDANTE dejó de percibir sino la probabilidad o no obtenerlo, el Tribunal Arbitral cree que existe certeza de que EL DEMANDANTE pudo haber participado y obtenido una utilidad que era propio de los procesos de selección; sin embargo, toda vez que al haberse acreditado el daño pero el monto preciso de su resarcimiento no es la utilidad dejada de percibir el Tribunal Arbitral, aplicando además, el artículo 1332º del Código Civil considera atendible indemnizar a EL DEMANDANTE el monto que asciende a la suma de a S/.2'915,518.03 (Dos Millones Novecientos Quince Mil Quinientos Dieciocho con 03/100 Nuevos Soles).



Con relación al daño a la imagen invocada por EL DEMANDANTE el Tribunal Arbitral considera que las informaciones periodísticas no hacen alusión a un aspecto negativo de EL DEMANDANTE, por lo que no ve algún daño.

Ahora bien, respecto a la existencia del nexo causal entre los daños generados por LA ENTIDAD hay una relación inmediata y directa entre los ilícitos, por haber incumplido sus obligaciones esenciales y sus consecuencias generadoras de daños a EL DEMANDANTE.

En ese sentido, el Tribunal Arbitral quiere dejar claramente establecido que ha revisado todo y cada uno de los medios probatorios y que su decisión de fallar en el sentido del presente laudo lo ha hecho con arreglo con las normas jurídicas, y eso se ha ve reflejado por escrito en el presente laudo en el que se ha valorado las pruebas de manera objetiva y razonable.

Consecuentemente, el Tribunal Arbitral atendiendo a las consideraciones expuestas relativas a la pretensión de EL DEMANDANTE contenida en este punto controvertido tiene a bien indemnizar a EL DEMANDANTE por los conceptos ya detallados con el monto que asciende a la suma de a S/. 4'685,262.87 (Cuatro Millones Seiscientos Ochenta y Cinto Mil Doscientos Sesenta y Dos con 87/100 Nuevos Soles).

ITEM	CONCEPTO	IMPORTE S/.
1	Daño resarcible por resol. Contrato Causal Imputable a la Entidad	252,032.26
2	Daño por concepto de pago personal para obra y administrativo	108,000.00
3	Costos mantenimiento por renovación de cartas fianzas	181,546.18
4	Mayores costos (Gastos Improductivos) por alquiler de instalaciones y equipos	1'228,166.40
5	Indemnización por no participación en proceso de selección	2'915,518.03
	Total	S/. 4'685,262.87

DEL QUINTO Y DEL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Gobierno Regional de Puno debe asumir los gastos de renovación de las cartas fianzas contratadas en virtud del contrato N° 0027-2011-LP-GRP desde la fecha en que la entidad resolvió el contrato hasta la fecha en que se notifique el laudo que resuelve este proceso arbitral.

Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar improcedente la pretensión acumulada referida a que el Gobierno Regional de Puno asuma los gastos por la renovación de las cartas fianzas, solicitadas indebidamente por el Consorcio El Inca.

TRIGÉSIMO OCTAVO.- EL DEMANDANTE solicita que LA ENTIDAD asuma los gastos de renovación de las cartas fianzas contratadas desde la fecha en que LA ENTIDAD resolvió el contrato hasta la fecha en que se notifique el laudo que resuelve este proceso arbitral.

Con relación a este punto, el Tribunal Arbitral en los considerandos precedentes ha establecido y llegado a la conclusión que la resolución del contrato fue por causales imputable a LA ENTIDAD.

Si bien es cierto que todo contratista está obligado a mantener vigentes las garantías hasta la liquidación final del contrato y el costo debe asumirlo él, en el presente caso el retraso de la liquidación no es imputable a EL DEMANDANTE, por lo que los costos de las renovaciones las debe asumir LA ENTIDAD.

TRIGÉSIMO NOVENO.- Habiéndose declarado FUNDADA la Pretensión Acumulada de EL DEMANDANTE corresponde declarar **INFUNDADA** la pretensión de LA ENTIDAD.

DEL SEXTO Y DEL DUODÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Gobierno Regional de Puno el



pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianza.

Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar improcedente la pretensión subordinada referida a que se ordene al Gobierno Regional de Puno el pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianzas, solicitadas indebidamente por el Consorcio El Inca.

CUADRAGÉSIMO.- Con relación a los intereses no existe pacto al respecto. Ante ello es de aplicación el artículo 1245º del Código Civil que indica que "Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal". En tal sentido, LA ENTIDAD deberá pagar el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- Habiéndose declarado FUNDADA la Pretensión de EL DEMANDANTE corresponde declarar **INFUNDADA** la pretensión de LA ENTIDAD.

DEL SÉTIMO Y OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si el Tribunal Arbitral debe declarar infundado o improcedente las pretensiones interpuestas en la demanda.

Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Consorcio El Inca pague al Gobierno Regional de Puno una indemnización de daños y perjuicios irrogados y ocasionados como consecuencia del incumplimiento del contrato y la posterior resolución del mismo.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO.- Habiéndose declarado FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de EL DEMANDANTE corresponde declarar **INFUNDADAS** las pretensiones de LA ENTIDAD.

DEL CUARTO, NOVENO Y DEL DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO



Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Gobierno Regional de Puno pagar al Consorcio El Inca, las costas y costos derivados del proceso arbitral.

Determinar si el Tribunal Arbitral debe condenar al Consorcio El Inca el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

Determinar si el Tribunal Arbitral debe ordenar al Consorcio El Inca el pago de los costos y costas del proceso arbitral.

CUADRAGÉSIMO TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el numeral 2) del artículo 56º del Decreto Legislativo No. 1071 corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de los costos del presente arbitraje, a fin de determinar si corresponde que alguna de las partes deba asumirlos en su totalidad, o si por el contrario, cada parte deberá asumir sus propios gastos y los que sean comunes en partes iguales.

El numeral 2) del artículo 52º de la referida norma dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los costos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los costos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y en su caso, la retribución a la institución arbitral y del secretario *ad hoc*. Además, la norma establece que en el laudo el Tribunal Arbitral se pronunciará por su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

En el presente caso no existe convenio respecto a la asunción de costos, por lo que atendiendo a que las partes han actuado sin dilaciones y han mostrado una conducta participativa, colaborativa y preactiva, el Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a ninguna de las partes, debiendo estas asumir los costos del arbitraje en proporciones iguales, y además cada parte asumirá los gastos en que haya incurrido en su defensa.



FALLO:

Por todo lo expuesto este Tribunal Arbitral en derecho lauda:

Primero: DECLARAR INFUNDADA la excepción de oscuridad propuesta por el Consorcio El Inca en contra de la primera y segunda pretensión de la demanda reconvencional formulada por el Gobierno Regional de Puno.

Segundo: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el primer punto controvertido; en consecuencia, declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Gerencia Regional No. 166-2013-GGR-GR-PUNO, notificada al Consorcio El Inca con fecha 12 de abril del 2013 mediante carta No. 019-2013-GR-PUNO/GGR la misma que resuelve en forma total el contrato.

Tercero: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el segundo punto controvertido; en consecuencia, resolver el Contrato N° 0027-2011-LP-GRP, suscrito para la ejecución de la obra "Mejoramiento de la infraestructura vial del Circuito lago sagrado de los Incas Tramo Cota Charcas (Km 0+000 al Km 10+0000), debido al incumplimiento del Gobierno Regional de Puno de sus obligaciones contractuales, legales y reglamentarias.

Cuarto: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión contenida en el tercer punto controvertido; en consecuencia, ordenar al Gobierno Regional de Puno pagar al Consorcio El Inca la suma de S/. 4'685,262.87 (Cuatro Millones Seiscientos Ochenta y Cinto Mil Doscientos Sesenta y Dos con 87/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios ocasionados con la intempestiva, arbitraria e ilegal resolución de contrato N° 0027-2011-LP-GRP, por causal resolutoria del contrato imputable al Gobierno Regional de Puno.

Quinto: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el quinto punto controvertido; en consecuencia, el Gobierno Regional de Puno debe asumir los gastos de renovación de las cartas fianzas contratadas en virtud del contrato N° 0027-2011-LP-GRP desde la fecha en que la entidad resolvió el contrato hasta la fecha en que se notifique el laudo que resuelve este proceso arbitral.

Sexto: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el décimo primer punto controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar improcedente la pretensión

acumulada referida a que el Gobierno Regional de Puno asuma los gastos por la renovación de las cartas fianzas, solicitadas indebidamente por el Consorcio El Inca.

Sétimo: DECLARAR FUNDADA la pretensión contenida en el sexto punto controvertido; en consecuencia, ordenar al Gobierno Regional de Puno el pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianza.

Octavo: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el duodécimo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar improcedente la pretensión subordinada referida a que se ordene al Gobierno Regional de Puno el pago de los intereses generados por la demora en el pago de los costos de renovación de las cartas fianzas, solicitadas indebidamente por el Consorcio El Inca.

Noveno: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el sétimo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde declarar infundado o improcedente las pretensiones interpuestas en la demanda.

Décimo: DECLARAR INFUNDADA la pretensión contenida en el octavo punto controvertido; en consecuencia, no corresponde ordenar al Consorcio El Inca pague al Gobierno Regional de Puno una indemnización de daños y perjuicios irrogados y ocasionados como consecuencia del incumplimiento del contrato y la posterior resolución del mismo.

Décimo Primero: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones contenidas en el cuarto, noveno y en el décimo tercer punto controvertido; en consecuencia, **DISPONER** que cada parte asumirá las costas y costos que hayan efectuado en el presente proceso arbitral.


JORGE VEGA VELASCO
Presidente


LEONIDAS SALAZAR GONZALES
Árbitro


JORGE RAMÓN ABÁSOLO ADRIANZÉN
Árbitro


ROSA ENRIQUEZ YUGA
Secretaria Arbitral


Abog. I. Rosario Pérez Valdez
SECRETARIA ARBITRAL