

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DICTADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS DOCTORES RAÚL LEONID SALAZAR RIVERA, CÉSAR WALTER OLIVA SANTILLÁN Y MARCO ANTONIO GUTARRA BALTAZAR EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L. CONTRA LA GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES.

RESOLUCIÓN N° 12

Lima, 28 de noviembre de 2018

VISTOS:

I. LAS PARTES, EL CONTRATO Y LA EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

La empresa CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L. (en adelante "el Contratista") y la GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES (en adelante "la Entidad") suscribieron el Contrato N° 001-2016/GSRA para la "Adquisición de concreto premezcla reforzada 210 KG/CM2 con fibra acrílica más aditivo plastificante para la obra mejoramiento de las vías urbanas del distrito de Lircay, Angaraes, Huancavelica" (en adelante el "Contrato") derivado de la Licitación Pública N° 002-2015-GOB.REG.HVCA/GSRA/CE, cuya cláusula décimo séptima prevé el mecanismo del arbitraje para solucionar controversias:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

Con fecha 23 de marzo de 2017, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, oportunidad en la que los árbitros declararon haber sido designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral, en dicha acta se fijaron las reglas del proceso.

III. DEMANDA DE LA EMPRESA CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L.

Mediante escrito de fecha 2 de mayo de 2017 denominado "Demanda Arbitral", el Contratista presentó su demanda con el siguiente contenido:

"I. PETITORIO:

Que solicitamos al Tribunal Arbitral se pronuncie con respecto a los siguientes puntos controvertidos:

PRIMERO.- Empezaré señalando que mi representada ha resuelto el **Contrato N° 001-2016/GSRA, cumpliendo el procedimiento de resolución de contrato establecido en la norma de contrataciones estatales** y para ser más detallado, realizaré un cuadro que especifica el correcto procedimiento establecido por Ley y su reglamento, y demostraré que se cumplió con dicho procedimiento de resolución de contrato.

Procedimiento para resolver un contrato, según la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

<p align="center">REGLAMENTO DE LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO</p>	<p>Por su parte, el numeral 1) del artículo 168° del reglamento, establece que la entidad podrá resolver el contrato cuando el contratista "incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido <u>requerido para ello.</u>"</p>
<p>El artículo 169° del reglamento establece el procedimiento que debe realizar la entidad para resolver el contrato; así, la entidad debe <u>requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones inejecutadas mediante carta notarial.</u></p>	<p>De las disposiciones citadas, se advierte que la entidad puede resolver el contrato cuando el contratista <u>haya incumplido injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, siempre que previamente haya requerido el cumplimiento de estas y el contratista no haya subsanado tal incumplimiento.</u></p>
<p>Otorgando un plazo no mayor a cinco (5) días para ello, bajo apercibimiento de resolver el contrato. <u>El plazo otorgado al contratista puede alcanzar hasta quince (15) días cuando el monto contractual o la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación lo requieran.</u></p>	
<p>En este sentido, salvo las excepciones previstas en el reglamento, cuando el contratista <u>incumpla en la ejecución de alguna de las obligaciones a su cargo, la entidad está en la obligación de requerir dicho cumplimiento, otorgándole un plazo para ello, antes de resolver el contrato.</u></p>	

SEGUNDO.- Ahora, señalado el procedimiento correcto establecido por la normativa de contrataciones para resolver un contrato por causal de Incumplimiento de obligaciones, demostraremos al Colegiado que tal procedimiento mencionado se ha realizado correctamente por mi representada para resolverle el contrato a la Entidad. Por lo tanto, a continuación analizaré las Cartas Notariales (N° 012-2016/MIXERSUR/GG Y N° 015-2016/MIXERSUR/GG) notificadas a la Entidad y que están vinculadas al procedimiento realizado para la resolución de contrato efectuado por mi representada.

<p>CARTA NOTARIAL N°012-2016/MIXERSUR/GG</p>	<p>CARTA NOTARIAL N° 015-2016/MIXERSUR/GG</p>
<p>ASUNTO: Incumplimiento contractual y apercibimiento para resolución de contrato</p>	<p>ASUNTO: Resolución parcial de contrato</p>
<p>Notificada a la Entidad: 18 de agosto de 2016</p>	<p>Notificada a la Entidad: 18 de octubre de 2016</p>

TERCERO.- En consecuencia, vamos a analizar las ambas Cartas Notariales para demostrar que se cumplió con el procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en ese sentido, solicitamos al Tribunal Arbitral declarar consentida la resolución parcial del Contrato efectuada por mi representada.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contando desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

(...)

En el mismo sentido, el primer párrafo del artículo 48° de la Ley establece que "En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba acaso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora".

Consecuentemente y estando que mi representada cumplió, dentro de los plazos legales, con la prestación, al amparo de los artículos 1244, 1245 y 1246 del código civil, solicito la cancelación de los intereses legales los mismos que serán cuantificados al momento de interponer la demanda arbitral.

Cabe recalcar, que, ante la actitud renuente de la Entidad, mi representada proseguirá con la interposición del arbitraje respectivo, conforme lo establece la LCE y su Reglamento.

SEGUNDA PRETENSION: APLICACIÓN DE LA FORMULA POLINOMICA

Al respecto, se debe precisar que el numeral 1 del artículo 49° del RLCE, establece la aplicación de fórmulas de reajustes en los contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional.

CUARTA PRETENSION: RECONOCIMIENTO E IDEMNIZACION POR DAÑOR Y PERJUICIOS

En este punto, cabe indicar que la demora en la aprobación del informe final, está ocasionado un perjuicio a mi representada, pues a la fecha al no contar con la conformidad respectiva, ergo el pago correspondiente, no podemos dar cumplimiento a las obligaciones contractuales pendientes que asumimos con nuestro plantel técnico y proveedores, lo cual va generando intereses. Asimismo, cabe señalar que se estableció plazo de 25 días calendario para la vigencia del contrato contractual sin embargo la entidad ha generado el perjuicio de 104 días por el incumplimiento de las condiciones pactadas, por lo que emplazamos a la Entidad que en su debido momento cuantificaremos y presentaremos los medios probatorios de dicha indemnización, por ser nuestro derecho.

QUINTA PRETENSION: EMISION DE LA CONFORMIDAD DE PRESTACION DEL SERVICIO

Ahora bien, estando que la tercera se entregó y culminó el 23.JUN.2016 y considerando que el contrato señala que la Entidad tiene 10 días calendario para la aprobación del mismo, y estando que a la fecha no se me notificó observación alguna, solicito la aprobación del mismo.

Asimismo, cabe precisar que, de la revisión de acervo documentario, se advierte una actitud dolosa de diversos funcionarios pertenecientes a la Entidad, con lo cual solo generan el retraso en los pactados en el contrato, en tal sentido indicamos que de continuar con la misma actitud mi representada se verá en la obligación de iniciar las acciones legales, conforme a ley y normas legales.

Finalmente, en vista que la Entidad está incumpliendo con sus obligaciones esenciales impidiendo la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación, se le otorga el plazo de cinco (05) días a fin de que cumpla con sus obligaciones esenciales contractuales, conforme lo establece el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato por causas imputables a la Entidad".

CUARTO.- Ahora, la base legal del apercibimiento de las 5 (cinco) obligaciones esenciales que incumplió la Entidad, es el siguiente:

incumplimiento de las **obligaciones esenciales** de la Entidad. En este último caso, el contratista puede resolver el contrato cuando el incumplimiento de la Entidad implique la inobservancia de alguna de sus obligaciones esenciales, las mismas que deben estar contenidas en las Bases o en el contrato.

En este punto, debe indicarse que la distinción entre la potestad resolutoria de la Entidad (ante el incumplimiento de alguna obligación del contratista) y la del contratista (sólo ante el incumplimiento de obligaciones esenciales de la Entidad), responde a los diferentes intereses involucrados en la contratación pública. Así, una Entidad al contratar un bien, servicio u obra tiene por finalidad satisfacer intereses o necesidades públicas; en cambio, el contratista busca satisfacer su interés económico de lucro, el mismo que constituye un interés privado.

De esta manera, a través de la distinción descrita, la normativa de contrataciones del Estado busca limitar la potestad resolutoria del contratista a solo aquellos casos en que la Entidad incumpla con sus obligaciones esenciales, con la finalidad de promover la continuidad de la ejecución del contrato y, en consecuencia, satisfacer el interés público involucrado con la contratación.

- 1.1.3. De conformidad con lo expuesto, se puede inferir 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.

Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato o a las prestaciones involucradas.

- 1.2. **"¿Existen obligaciones no esenciales?, ¿Cómo se define una obligación no esencial?"** (sic).

Considerando que las obligaciones esenciales son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato; las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.

- 1.3. **¿Cualquier obligación que se establezca en las bases o en el contrato es una obligación esencial?**

De conformidad con lo expuesto al absolver las consultas 2.1 y 2.2, una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer la necesidad de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se hayan contemplado en las Bases o en el contrato.

No obstante, las obligaciones establecidas en las Bases o en un contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado no se limitan a ser obligaciones esenciales, pues también pueden detallarse obligaciones no esenciales; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.

Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.

- 1.4. **¿Una obligación para ser considerada como esencial debe estar señalada bajo esta denominación?**

En este punto, es preciso reiterar que el último párrafo del artículo 168 del Reglamento señala que "El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, (...)."

Al respecto, debe señalarse que, la normativa de contrataciones del Estado exige que las obligaciones esenciales estén incluidas en el contrato o en las Bases con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de su contenido y alcance pero no establece la forma en que deben denominarse.

obligación no esencial de la Entidad.

2. CONCLUSIONES

- 3.1. 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.
- 3.2. Las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato.
- 3.3. No toda obligación establecida en las Bases o en el contrato es una obligación esencial.
- 3.4. Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.
- 3.5. Las obligaciones esenciales no son de exclusividad de las Entidades públicas, sino que corresponden tanto al contratista como a la Entidad, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.
- 3.6. Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo.
- 3.7. El incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista -sea contractual, legal o reglamentaria-, solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad."

SÉTIMO.- En ese sentido, mi representada apercibió a la Entidad las siguientes obligaciones esenciales para su cumplimiento en el plazo de cinco (05) días: a) Emisión de la conformidad de la prestación del servicio b) Pago de la Entrega N°03 c) El pago de Intereses legales d) La aplicación de la fórmula polinómica. Sin embargo, pese a ser notificados correctamente con la Carta Notarial N°012-2016/MIXERSUR/GG en la fecha 18 de agosto de 2016, la Entidad no cumplió con sus obligaciones esenciales, en consecuencia mi representada le resolvió el contrato parcialmente mediante la Carta Notarial N°015-2016/MIXERSUR/GG en la fecha 18 de octubre de 2016.

OCTAVO.- Con lo analizado, queda demostrado que mi representada cumplió con el procedimiento señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, ya que, en la CARTA NOTARIAL N°012-2016/MIXERSUR/GG se **requiere cumplir OBLIGACIONES ESENCIALES** y la Entidad no cumplió con dichas obligaciones dentro del plazo legal otorgado.

Asimismo, en el artículo 167°.- Resolución de Contrato

Se señala: "Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.

NOVENO.- Ahora con respecto a la **A.2) CARTA NOTARIAL N° 015-2016/MIXERSUR/GG (Carta Notarial que comunicamos la Resolución parcial del Contrato N°001-2016/GSRA).**

A continuación citaré dicha Carta Notarial, que señala la decisión de mi representada para resolver el contrato parcialmente.

"PRIMERA PRETENSION: PAGO DE INTERÉSES LEGALES

Se tiene que la Entidad no otorgó la conformidad ni el pago respectivo a la tercera entrega, por lo que el plazo máximo para el pago fue el 22.JUL.2016. Al respecto se tiene que hasta la fecha no se

jurídicas reguladas por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como es el inicio del procedimiento arbitral, por lo que estaremos notificando en inicio del mismo".

• **LA ENTIDAD CONSINTIÓ LA RESOLUCIÓN PARCIAL DEL CONTRATO:**

A continuación demostraré que la Entidad no cuestionó la resolución hecha por mi representada, por lo tanto, ha consentido la resolución parcial del contrato, en concordancia con los siguientes artículos:

- 1) *El artículo 52 de la Ley establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Asimismo, el artículo 215 del Reglamento prescribe que, para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en caso de arbitraje institucional, o remitir a la otra parte la solicitud de arbitraje correspondiente, en caso de arbitraje ad hoc.*
- 2) *Teniendo en cuenta ello, debe tenerse presente también que el artículo 170 del Reglamento, refiere que 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 ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.***
- 3) *Por su parte, debe tenerse presente que en el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento se establece que, si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitirse el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.*

DÉCIMO.- *Sobre el particular, de la revisión de los documentos SE VERIFICA QUE LA ENTIDAD no optó por ningún procedimiento (conciliación o arbitraje) hasta la fecha actual respecto a la resolución parcial de contrato realizada por mi representada.*

- 4) *Se advierte que la resolución del Contrato fue notificada a la Entidad, por conducto notarial, el **18 de octubre de 2016**. Teniendo en cuenta ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del Reglamento, el plazo para someter la controversia a conciliación y/o arbitraje fue dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución, es decir, **hasta el 08 de noviembre de 2016**.*

DÉCIMO PRIMERO.- *Por lo tanto, en virtud de los medios probatorios que presento en la presente demanda, se advierte que efectivamente la Entidad no ha iniciado el trámite del proceso arbitral respecto a la resolución parcial del Contrato N°001-2016/GSRA, notificada mediante Carta Notarial N°015-2016/MIXERSUR/GG.*

En ese orden de ideas, se ha demostrado que la Entidad ha consentido la resolución parcial del Contrato N°001-2016/GSRA, notificada mediante Carta Notarial N°015-2016/MIXERSUR/GG. En conclusión, mi representada cumplió el debido procedimiento legal establecido en los artículos:

Artículo 167.- Resolución de Contrato

*Se señala: "Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato **por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley.***

En este orden de ideas, se demuestra señores árbitros la vital importancia que tiene en identificar la(s) obligación (es) incumplida(s), en el artículo citado se esclarece que para que cualquiera de las partes pueda poner fin al contrato (resolución del contrato) deberá

Al respecto a pesar de no ser nuestra responsabilidad mi representada actuó diligentemente comunicando mediante CARTA N° 018-2016/MIXERSUR/GG los posibles riesgos que pudiera ocasionar el referido resultado de la densidad de campo conforme a los informes de los laboratorios de suelo de las empresas JJM GEOINGENIERIA EIRL a petición exclusiva de MIXERSUR Y SOLUCIONES TECNICAS Y TOPOGRAFIAS "TERRATEC" (carta de referencia N° 020-TERRATEC/SGT/HVCA-2016), que concluyeron con recomendaciones a tener en cuenta y que la entidad omitió, debiendo su instancia bajo el interés público poner conocimiento a las instancias competentes dentro del plazo de acuerdo a ley.

Cabe señalar al respecto de la cláusula segundo: respecto a la garantía de entrega del bien según dosificación será durante el periodo de su entrega del bien (mismo día de recepción) por las consideraciones esto una mezcla plástica de materiales cementantes, agua, agregados en su estado fresco y su cambio de estado a la evolución de la materia tiene según norma y estándares un tratamiento diferente.

Del expediente de contratación se desprende respecto a la recepción, conformidad y la calidad característica de los materiales es responsabilidad del órgano establecido en las bases siendo el bien entregado y recepcionado satisfactoriamente de acuerdo a las especificaciones técnicas y plazos establecidos de acuerdo al contrato contractual. Asimismo, el proveedor es únicamente responsable para casos del cumplimiento de garantía (por la entrega de concreto adulterado u otra sustancia diferente a lo que solicitado por la entidad)".

DÉCIMO CUARTO.- Ahora, respecto a la Entrega N°03 realizada por mi representada, la Entidad no otorgo la conformidad ni el pago respectivo, por lo que el plazo máximo para el pago fue el 22 de julio de 2016.

Al respecto se tiene que hasta la fecha no se efectúa el pago y la norma de contrataciones señala: En caso de retraso en el pago, EL CONTRATISTA **tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, contando desde la oportunidad en el que pago debió efectuarse.**

Por su parte, el artículo 181° del Reglamento de la Ley Contrataciones del Estado señala que "La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos, a fin de que la Entidad cumpla con la obligaciones de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifique las demás condiciones establecidas en el contrato.

En el mismo sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la Ley establece que "En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba acaso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora".

DÉCIMO QUINTO.- En conclusión, con todo lo expuesto y en razón de todo lo detallado bajo análisis de los hechos y la base legal que respalda mi posición, se puede verificar que mi representada ha realizado la entrega N°03 en concordancia con el correcto procedimiento señalado en el contrato, al estar en concordancia de lo incoado en las cláusulas cuarta y novena del Contrato N°001-2016/GSRA, y asimismo, se ha demostrado que la Entidad no ha realizado el pago correspondiente a la entrega N°03 por el monto de S/ 509.200.00 (Quinientos nueve mil doscientos con 00/100 soles), en consecuencia, solicitamos al colegiado declarar FUNDADA la presente pretensión, por encontrarse lo peticionado arreglado a Ley.

RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN:

Tal como se puede verificar, mi representada antes de la ejecución del contrato, advierte a la Entidad de que se realice una verificación del grado de compactación y nivelación del terreno, debido a que, si bien mi contrato señala que debo iniciar con el lanzamiento de concreto premezclado, debo advertir que no está correcto el grado de compactación y nivelación del terrero y que eso puede provocar en el futuro fisuras y agrietamiento y otros trabajos en las losas. Todo esto lo basamos en el Informe de Laboratorio e Informe topográfico (Tales informes lo adjuntamos en el escrito Carta N° 018-2016/MIXERSUR/GG, notificada a la entidad en la fecha 03 y 08 de febrero de 2016, mediante el cual expresamos nuestra advertencia por la calidad de la compactación y nivelación.

Ahora, con respecto a la Entrega N°01 y N°02 la Entidad no hay ninguna discusión; sin embargo, sin explicaciones razonables la Entidad recién en la Entrega N°03, tal como se demuestra, realiza observación que carece de sustento al ser contrarias a ley y al contrato. Pese a que, de acuerdo a lo descrito, se tiene que la Entidad estaba advertida de los problemas que presentaba el grado de compactación y nivelación del terrero y fue notificada a la en la fecha 03 y 08 de febrero de 2016, mediante el cual expresamos nuestra advertencia por la calidad de la compactación y nivelación.

DÉCIMO SÉTIMO.- Ahora bien, estando que la tercera se entregó y culminó el 23 de junio de 2016 y considerando que el contrato señala que la Entidad tiene 10 días calendario para la aprobación del mismo, se solicitó la del mismo en su oportunidad; sin embargo, la Entidad no ha dado respuesta hasta la fecha actual y peor aún ha notificado (Carta Notarial N° N°1780 – 2016) unas observaciones a la entrega N°03 contrarias a ley y sin ningún respaldo legal.

DÉCIMO OCTAVO.- Asimismo, cabe precisar que, de la revisión de acervo documentario, se advierte una actitud dolosa de diversos funcionarios pertenecientes a la Entidad, con lo cual solo generan el retraso en los pactados en el contrato.

En ese sentido, la Carta N°0378-2016/MIXERSUR/GG, notificada a la Entidad en la fecha 01 de agosto de 2016, mediante el cual notificamos a la Entidad la FACTURA N°001-0374 por el importe de S/509.200.00 respecto al pago de la Entrega N°03 del contrato, demuestra que mi representada y la Entidad reconocen de la entrega N°03 y que corresponde un pago de S/509.200.00, además, existe un ACTA DE ACUERDO MUTUO (Entre mi representada y la Entidad) de fecha 07 de septiembre de 2016, en la cual se señala lo siguiente:

"En la ciudad de Lircay, siendo horas 10:00 a.m. del día 07 de septiembre de 2016, reunidos en la oficina de residencia del proyecto "Mejoramiento de oficina de residencia del Distrito de Lircay, provincia de Angaraes, Huancavelica, con la finalidad de acordar los siguientes puntos de la siguiente manera:

Por parte del Contratista:

- 1) El contratista se compromete a enviar el personal (01) jefe de cuadrilla (temporal) y 02 martillos eléctricos, para poder demoler los paños fisurados antes de la etapa de recepción de Obra.
- 2) El contratista se compromete en otorgar el material para la reposición de los paños fisurados (16 metros cúbicos de concreto pre mezclados). Incluye camión MIXER, el cual será apoyado para el concreto faltante (vaciado).

Por parte del Gobierno Sub Regional de Angaraes:

- 1) Personal para el vaciado y trabajos de rotura del pavimento fisurado.
- 2) Material agregado y cementante por parte de residencia y supervisión para paños fisurados que serán reemplazados.
- 3) **Conformidad de pago de la tercera valorización hasta el 09 de setiembre 2016 y el pago correspondiente hasta el día 14 de setiembre de 2016. (Negrita y subrayado es nuestro)**

plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

- 7) Por su parte, debe tenerse presente que en el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento se establece que, si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitirse el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

Sobre el particular, de la revisión de los documentos SE VERIFICA QUE LA ENTIDAD no optó por ningún procedimiento (conciliación o arbitraje) hasta la fecha actual respecto a la resolución parcial de contrato realizada por mi representada.

- 8) Se advierte que la resolución del Contrato fue notificada a la Entidad, por conducto notarial, el **18 de octubre de 2016**. Teniendo en cuenta ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 del Reglamento, el plazo para someter la controversia a conciliación y/o arbitraje fue dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución, es decir, **hasta el 08 de noviembre de 2016**.

Por lo tanto, en virtud de los medios probatorios que presentó en la presente demanda, se advierte que efectivamente la Entidad no ha iniciado el trámite del proceso arbitral respecto a la resolución parcial del Contrato N°001-2016/GSRA, notificada mediante Carta Notarial N°015-2016/MIXERSUR/GG.

En ese orden de ideas, se ha demostrado que la Entidad ha consentido la resolución parcial del Contrato N°001-2016/GSRA, notificada mediante Carta Notarial N°015-2016/MIXERSUR/GG.

Corresponde que la Entidad asuma el pago de una indemnización de Daños y Perjuicios (Lucro cesante, daño emergente y daño a la imagen empresarial) a mi representada y que corresponde que la Entidad nos deba de reconocer tales daños; siendo nuestra pretensión que se ordene a la Entidad al pago de una indemnización por daños y perjuicios a favor de mi representada, ascendente a la suma de S/. 1'500,000.00 (Un millón quinientos mil con 00/100 Soles).Habiendo quedado más que demostrado en el punto controvertido anterior el daño causado.

En este punto, cabe indicar que la demora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la Entidad, está ocasionado un perjuicio a mi representada, pues a la fecha al no contar con la conformidad respectiva, ergo el pago correspondiente, no podemos dar cumplimiento a las obligaciones contractuales pendientes que asumimos con nuestro plantel técnico y proveedores, lo cual va generando intereses.

RESPECTO A LA QUINTA PRETESIÓN:

Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad que devuelva el monto total del 10% del contrato, que fue retenido como garantía de fiel cumplimiento, a favor de mi representada que equivale al monto S/154,100.00 (Ciento cincuenta y cuatro mil con cien 00/100 soles).

VIGÉSIMO.- Que, tal como lo señala la norma de contrataciones en su artículo 39: "(...) En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicio, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las Entidades con las micro y pequeñas empresas, éstas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento de diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad (...)".

En ese sentido, corresponde según derecho que la Entidad devuelva a favor de mi representada el monto total del 10 % del contrato que equivale a la suma de **S/154,100.00 (Ciento cincuenta y cuatro mil con cien 00/100 soles).**

que están encargados de nuestra defensa, así como todo concepto que se considere gasto arbitral, que tengamos que seguir asumiendo durante todo este proceso hasta la emisión del Laudo y su respectivo consentimiento."

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD Y RENCONVENCIÓN PRESENTADAS POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL GOBIERNO REGIONAL DE HUANCVELICA EN REPRESENTACIÓN DE LA SUB GERENCIA REGIONAL DE ANGARAES

Mediante escrito de fecha 19 de junio de 2017, la Entidad se apersonó, contestó la demanda, formulo excepción de caducidad y reconvencción, conforme lo siguiente:

IV.1 DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

"...

II. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. Que, con fecha 05 de febrero de 2016, el Gobierno Regional de Huancavelica y CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L., suscribieron el Contrato N° 001-2016/GSRA - Contrato - ADQUISICIÓN DE CONCRETO PREMEZCLA REFORZADA 210 KG/CM2 CON FIBRA ACCRILICA MAS ADITIVO PLASTIFICANTE PARA LA OBRA MEJORAMIENTO DE LAS VIAS URBANAS DEL DISTRITO DE LIRCAY-ANGARAES-HUANCAVELICA.

CON RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L.

A. PRIMERA PRETENSIÓN: QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE CONSENTIDO LA RESOLUCIÓN PARCIAL DE CONTRATO REALIZADO POR MI REPRESENTADA A LA ENTIDAD MEDIANTE CARTA NOTARIAL N° 0015-2016/MIXERSUR/GG NOTIFICADA EN LA FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2016

1. Con fecha 20 de enero de 2016, se consintió la Buen Pro de la Licitación Pública N° 002-2015-GOB.REG.HVCA/GSRA/CE-Primera Convocatoria, ADQUISICIÓN DE CONCRETO PREMEZCLA REFORZADA 210 KG/CM2 CON FIBRA ACRÍLICA MAS ADITIVO PLASTIFICANTE PARA LA OBRA MEJORAMIENTO DE LAS VIAS URBANAS DEL DISTRITO DE LIRCAY-ANGARAES-HUANCAVELICA, a la empresa CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR firmándose el Contrato N° 001-2016/GSRA de fecha 05 de febrero de 2016 (para la colocación de 2,300 m3 de concreto pre mezclado), que asciende a la suma de S/. 1'541,000.00 soles.
2. Por lo que, no puede ser consentida la resolución parcial del contrato N° 001-2016/GSRA realizado por la empresa CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L., mediante Carta Notarial N° 0015-2016/MIXERSUR/GG, porque la Entidad ha cumplido en todos sus extremos de notificar mediante cartas notariales las observaciones presentadas con respecto a la tercera entrega del concreto pre mezclado, asimismo la Entidad ha cumplido con sus obligaciones contractuales con respecto a la primera y segunda entrega (pago). Además cabe manifestar que hasta la fecha el contratista no ha levantado las observaciones, por lo que, se encuentra pendiente el pago con respecto a la tercera entrega.

B. SEGUNDA PRETENSIÓN: QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD EL PAGO DE LA ENTREGA N° 03 POR EL MONTO DE S/. 509,200.00 (QUINIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS CON 00/100 SOLES), MÁS INTERESES DEVENGADOS HASTA LA FECHA EN QUE SE EFECTIVICE EL PAGO A FAVOR DE MI REPRESENTADA.

desde la fecha 08 de junio hasta el 17 de junio de 2016, sin embargo el vaciado del concreto premezclado de la tercera entrega se realizó desde el día 10 de junio hasta el 23 de junio de 2016, a la vez pone de conocimiento que deberá adjuntar los documentos de certificado, diseño de mezcla, rotura de probetas, control de concreto fresco (Slump), certificación de cemento, certificado de los agregados, certificación de la fibra acrílica y otros; mediante Informe N° 511-2016/GOB.REG-HVCA/SGI/JASA, de fecha 14 de julio de 2016, se solicita a la Gerencia para que se le notifique mediante Carta al contratista para su respectivo levantamiento de las observaciones, la que mediante Carta N° 036-2016/GOB.REG.HVCA/GSR-G con fecha 14 de julio de 2016 fue remitida al contratista y recibida con fecha 18 de julio de 2016.

6. Que, con fecha 20 de julio de 2016, el monitor Arq. Edgar Ruiz Villar, en representación de la Oficina Regional de Supervisión y Liquidación, con la presencia de los funcionarios de la Oficina Regional de Supervisión y Liquidación y de la Oficina de Infraestructura de la Gerencia Sub Regional de Angaraes, se procedió a verificar los trabajos que se vienen desarrollando en la obra, en la que se visualizó una serie de observaciones (fisuras), las cuales mediante Informe N° 528-2016/GOB-REG-HVCA/SGI/JASA de fecha 20 de julio de 2016, se comunica a la Gerencia y a la vez se solicita que se le notifique con Carta Notarial al contratista para el levantamiento de observaciones.
7. Que, mediante proveído N° 9934 de fecha 02 de agosto de 2016, ingresa la Carta N° 0379-2016/MIXERSUR-GG conteniendo lo solicitado en el Informe N° 194-2016/GOB.REG. HVCA/GSRA-OBRA VIAS URBANAS/RO/JBG, diseño de mezcla y control Slump, rotura de probetas, certificación de cemento, certificación de agregados, certificación de la fibra y guías de remisión, con Memorando N° 214-2016/GOB.REG.HVCA/GSRA-SGI/JASA de fecha 02 de agosto de 2016, se le solicita al residente de obra su evaluación e informe correspondiente, y con Informe N° 223-2016/GOB.REG-HVCA/GSRA-OBRA VIAS URBANAS/RO/JBG de fecha 04 de agosto de 2016, el residente de obra menciona que se le remitirá su evaluación e información correspondiente después que cumpla con levantar las observaciones realizadas anteriormente en un 100% del cambio de los paños fisurados, y con el Informe N° 607-2016/GOB.REG-HVCA/SGI/JASA de fecha 05 de agosto de 2016, se comunica a la Gerencia y mediante Informe N° 226-2016/GOB.REG-HVCA/GSRA-SGI/JBG/RO de fecha 08 de agosto de 2016 el residente de obra, después de la evaluación de la Carta N° 0379-2016/MIXERSUR-GG, manifiesta que en el informe presentado hace mención que la muestra obtenida de los agregados fueron de la zona de Rio Cachi a 17 km de Ayacucho, caso que no es así, las muestras fueron obtenidas del sector Rio Opamayo, además que los resultados obtenidos por parte del Laboratorio Mecánica de Suelos Control y Pavimento "JJM", solicitado por MIXERSUR están de acuerdo al expediente técnico, sin embargo los resultados por parte del Laboratorio de Suelos "TERRATEC" Soluciones Geotécnicas y Topográficas, arrojan resultados de un tercer laboratorio para descartar la resistencia real del concreto, y con Informe N° 611-2016/GOB.REG-HVCA/SGI/JAS de fecha 09 de agosto de 2016, se solicita a la Gerencia para que se le notifique con Carta Notarial al contratista para su respectivo levantamiento de las observaciones de la documentación presentada con Carta N° 0379-2016/MIXERSUR-GG, además se pone en conocimiento que el contratista hasta la fecha no levanta las observaciones (retiro de paños fisurados y reposición de las mismas).
8. Que, mediante Informe N° 232-2016/ GOB.REG-FIVCA/ GSRA-SGI/JBG/RO con fecha 19 de agosto de 2016, el residente de obra manifiesta que hasta la fecha el contratista no cumplió con levantar las observaciones realizadas por la residencia y supervisión, las cuales fueron notificadas con Carta Notarial N° 1780-2016, y mediante Informe N° 633-2016/GOB.REG-HVCA/SGI/JASA de fecha 19 de agosto de 2016, se solicita a la Gerencia la Resolución del Contrato N° 001-2016/GSRA, porque hasta la

D. CUARTA PRETENSIÓN: QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL RECONOZCA A FAVOR DE MI REPRESENTADA UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS A FAVOR DE MI REPRESENTADA, ASCENDENTE A LA SUMA DE S/. 1'500,000.00 (UN MILLÓN QUINIENTOS MIL CON 00/100 SOLES).

1. Que, el contratista solicita el reconocimiento e indemnización por daños y perjuicios por la demora en el pago respectivo, ya que se está ocasionando un perjuicio al contratista, pues a la fecha al no contar con la liquidación y la consecuente liberación de garantía de fiel cumplimiento, ergo el pago correspondiente, no puede dar cumplimiento a las obligaciones contractuales pendientes que asumimos con sus acreedores, por lo que de conformidad al artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, solicita el resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados, los mismo que serán cuantificados en la respectiva demanda.
2. Aquí debemos entender que el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, es muy tajante al señalar en su segundo párrafo

Artículo 44°.- Resolución de los contratos
Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.
Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.
(...)

E

En este caso la Entidad-Gerencia Sub Regional de Angaraes, es la que ha procedido a resolver el contrato N° 001-2016/ GSRA, por incumplimiento de parte del contratista y en estricta observancia al inciso c) del artículo 40°, concordante con el artículo 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no sería amparable tal solicitud, ya que, como dejamos claro en varias oportunidades se le ha ido notificando al contratista para que realice el levantamiento de las observaciones, y que hasta la fecha no realizó ningún levantamiento de observaciones.

3. Por lo que, el contratista no tuvo ningún perjuicio para que se le pague una indemnización daños y perjuicios, al contrario la Entidad es la que fue perjudicada al no cumplir con el contrato el contratista con respecto al incumplimiento de la tercera entrega.

E. QUINTA PRETENSIÓN: QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD QUE DEVUELVA EL MONTO TOTAL DEL 10% DEL CONTRATO, QUE FUE RETENIDO COMO GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO, A FAVOR DE MI REPRESENTADA QUE EQUIVALE AL MONTO S/. 154,100.00 (CIENTO CINCUENTA MIL CON CIENTO CINCUENTA SOLES).

1. La Entidad no puede hacer la devolución del 10% del contrato (S/. 154,000.00 soles) que fue retenido como garantía de fiel cumplimiento, porque el contratista no cumplió con las cláusulas del contrato N° 001-2016/GSRA y la Adenda N° 001 al contrato N° 001-2016/ GSRA, generándose la resolución del contractual por incumplimiento.
2. Que, conforme a la Cláusula Séptima del contrato, establece lo siguiente:

Cláusula Séptima: Garantías

La ENTIDAD retendrá como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original, conforme a lo establecido en el artículo 39° de la Ley. Para este caso, la retención de dicho monto se efectuará en el primer pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

Que, en el caso de que el contratista CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L. hubiese deseado que su referida Resolución Parcial de Contrato quede consentida, debió llevar a la conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días de notificada la Carta Notarial que resuelve parcialmente el contrato.

Por lo tanto se tiene que la pretensión de CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L., ha sido planteada fuera del plazo de caducidad."

IV.3 DE LA RECONVENCIÓN

Asimismo, en el primer Otrosí Digo del escrito presentado el 19 de junio de 2017, la Entidad planteó su reconvencción en atención a los siguientes fundamentos:

"Que, al amparo del artículo 415° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente. **Planteo RECONVENCIÓN** contra el contratista CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L., siendo nuestra pretensión la siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN RECONVENIDA: Que, se declare nula la Resolución Parcial del Contrato N° 73-2014, comunicada mediante Carta Notarial N° 0015-2016/MIXERSUR/GG.

Primero: Que, conforme se ha señalado CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L., no resolvió el contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 168° del

Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° 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. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece:

Segundo: Que, CONTRATISTAS Y CONCRETOS DEL SUR E.I.R.L., no ha resuelto parcialmente el contrato conforme a lo señalado en el artículo 168° del RLCE.

Tercero: Que, la Entidad ha cumplido en todos sus extremos de notificar mediante cartas notariales las observaciones presentadas con respecto a la tercera entrega del concreto pre mezclado, asimismo la Entidad ha cumplido con sus obligaciones contractuales con respecto a la primera y segunda entrega (pago). Además cabe manifestar que hasta la fecha el contratista no ha levantado las observaciones, por lo que, se encuentra pendiente el pago con respecto a la tercera entrega.

Suponemos que al tener otros arbitrajes y muchos Contratos se han confundido en su denominación como suele sucederle a cualquier ser humano. Pero metiéndonos ya al tema de fondo y contradiciendo lo peticionado por la Entidad podemos decir que nosotros hemos seguido al pie de la letra el procedimiento de resolución de Contrato previsto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual prevé siempre un **requerimiento previo**, siendo que nosotros le apercibimos mediante conducto legal la **Carta Notarial N° 0012-2016/MIXERSUR/GG de fecha 16 de agosto del 2016**, diligenciada notarialmente (Notaria Almonacid) el día 18 de agosto del 2016; pero, al no tener una respuesta satisfactoria dicho apercibimiento le remitimos (después de dos meses) la **Carta Notarial N° 0015-2016/MIXERSUR/GG de fecha 17 de octubre del 2016**, diligenciada notarialmente (igualmente por la Notaria Almonacid) el día 18 de octubre del 2016, por la cual le comunicamos a la Entidad nuestra decisión de **Resolver Parcialmente el Contrato N° 001-2016/GSRA**.

No teniendo la Entidad ningún asidero legal que ampare siquiera por asomo su pedido de declarar Nula nuestra decisión de Resolver Parcialmente el Contrato en cuestión materia del Litis. Después de todo lo esgrimido solicitamos al colegiado declarar INFUNDADO en todos sus extremos el petitorio de la Entidad y confirmar la Resolución Parcial del Contrato, por encontrarse arreglado a Ley."

VI. DESARROLLO DEL PROCESO

En este punto, el Tribunal Arbitral procederá a describir las actuaciones realizadas en el presente proceso arbitral.

VI.1 FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Mediante Resoluciones N° 4 y N° 6, el Tribunal Arbitral, contando con las posiciones de ambas partes, fijó los puntos controvertidos del presente proceso:

Puntos controvertidos derivados de la demanda presentada por Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L.:

1. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución parcial de contrato realizada por Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L. mediante Carta Notarial N° 0015-2016/MIXERSUR(GG notificada el 18 de octubre de 2016.
2. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de la Entrega N° 03 por el monto de S/ 509,200.00 (Quinientos nueve mil doscientos con 00/100 Soles), más intereses devengados hasta la fecha en que se efectivice el pago a favor de Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L.
3. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral otorgue a favor del Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L. la conformidad de recepción de la Entrega N° 03.
4. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral reconozca a favor de Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L. una indemnización por daños y perjuicios por la suma de S/ 550,000.00 (Quinientos cincuenta mil con 00/100 Soles).
5. Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad la devolución del monto total del 10% del Contrato, que fue retenido como

En dicha fecha, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contándose con la participación del representante del Contratista, quien realizó una exposición sobre su posición y absolvió las preguntas del Tribunal Arbitral.

Asimismo, este Colegiado debe destacar que mediante correo electrónico enviado por el señor Juan Carlos Gonzales Apaza al secretario arbitral el 21 de junio de 2018 a las 20:58 horas, dicha persona adjunto un escrito de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Huancavelica, solicitando la reprogramación de la mencionada audiencia, pedido fue desestimado conforme a lo expuesto en el Acta de la Audiencia de Informes Orales.

Finalmente, cabe precisar que la Entidad fue notificada con el contenido de la mencionada Acta el 6 de julio de 2018 sin que hubiere manifestado cuestionamiento alguno respecto de ello.

VII. OTROS ESCRITOS Y ANEXOS PRESENTADOS A TENER EN CUENTA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Se deja expresa constancia que para realizar su análisis el Tribunal Arbitral, ha tomado en cuenta todos los escritos y anexos a éstos, presentados por las partes, adicionales a su demanda y a la contestación de la demanda y reconvenición, los mismos que han sido evaluados con total prescindencia de si se les mencione o no en el desarrollo del presente laudo.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con lo establecido en el numeral 45 del Acta de Instalación, en la Audiencia de Informes Orales, realizada el 22 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral consideró pertinente que el plazo para laudar sea fijado mediante resolución posterior.

Mediante Resolución N° 10 de fecha 29 de agosto de 2018, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, el mismo que fue ampliado en quince (15) días hábiles adicionales mediante Resolución N° 11, conforme a las atribuciones del Tribunal Arbitral establecidas en el numeral 45 del Acta de Instalación.

En consecuencia, de todo lo actuado en el presente proceso arbitral, de las pruebas y documentos aportados por las partes, los términos fijados en el acta de puntos controvertidos, las audiencias actuadas y en Derecho, el Tribunal Arbitral procede a dictar el Laudo Arbitral dentro del plazo dispuesto, conforme a los términos que se exponen en los siguientes considerandos y en la parte resolutive del presente documento.

CONSIDERANDO:

En el presente caso, la controversia arbitral está referida a dilucidar un total de 9 puntos controvertidos, de los cuales 7 tienen su origen en lo planteado por la parte demandante y 2 en lo expuesto por la parte demandada en su reconvenición y excepción de caducidad, debiendo dejarse claramente establecido que en el trámite del proceso arbitral no se produjeron acumulación de pretensiones ni variaciones del petitorio excepto la realizada a la cuarta pretensión y que fue precisada en la Resolución N° 6, siendo por tanto las pretensiones de la demanda, la reconvenición y excepción de caducidad las

regirán las normas procesales del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

Asimismo, tal como se estableció en el numeral 9 del Acta de Instalación, en caso de insuficiencia de las reglas establecidas en dicha Acta, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para establecer reglas procesales adicionales, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

II. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Las posiciones de las partes, respecto de la excepción de caducidad han sido expuestas en los vistos del presente laudo, así como a lo largo del proceso arbitral.

Decisión del Tribunal Arbitral

1. Al respecto, el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que:

"Artículo 170 – Efectos de la resolución

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 ha quedado consentida."

2. La Entidad sostiene que si el Contratista hubiere deseado que su resolución de contrato quede consentida debió de someter a conciliación y/o arbitraje dicha pretensión.
3. Al respecto, no corresponde acoger la excepción de caducidad interpuesta por la Entidad toda vez que en el presente caso, la resolución de contrato fue realizada por el Contratista, por tanto, en caso de no estar de acuerdo con dicha decisión, es la Entidad quien debió cuestionar la resolución contrato del Contratista mediante el mecanismo arbitral, en el plazo establecido en la norma, siendo que la norma no fija un plazo para que el Contratista recurra al arbitraje para que su resolución contractual se declare consentida; por lo que corresponde declarar infundada la referida excepción.

III. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS REFERIDOS A LA RESOLUCIÓN PARCIAL DE CONTRATO

- **Punto Controvertido 1:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare consentida la resolución parcial de contrato realizada por Contratistas y

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...)"

Decreto Supremo N° 154-2008-EF – Reglamento

Artículo 168°.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° 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. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 169°."

Artículo 169°.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. (Subrayado nuestro)

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

(...)

3. Así, se advierte que el Contratista ofreció como medios probatorios los siguientes:

- i) **Carta Notarial N° 012-2016/MIXERSUR/GG** notificada a la Entidad el 19 de agosto de 2018, mediante la que el Contratista apercibió a la Entidad por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

CARTA NOTARIAL N° 0012-2016/MIXERSUR/GG.

SEÑOR : LIC. ADM. MIGUEL P. HUARCAYA BARBARAN

GERENTE

GERENCIA SUB REGIONAL DE ANGARAES

GOBIERNO REGIONAL DE HUANCAMELICA

DIRECCIÓN : AV. ESMERALDA NRO. 830 BARRIO BELLAVISTA HUANCAMELICA

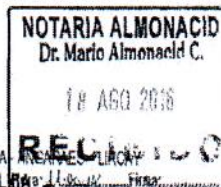
COPIA Y CONOC.: PROCURADURÍA PÚBLICA REGIONAL DE HUANCAMELICA

ASUNTO : Incumplimiento contractual y apercibimiento para resolución de contrato.

REFERENCIA : a). CARTA N° 0284-2016/MIXERSUR

f). CONTRATO DE SERVICIO N° 001-2016/GSRA.

ADQUISICIÓN DE CONCRETO PREMEZCLA REFORZADA 210 KG/CM2 CON MICRO FIBRA ACRÍLICA MAS ADITIVO PLASTIFICANTE PARA LA OBRA MEJORAMIENTO DE LAS VIAS URBANAS DEL DISTRITO DE LIRCAY - ANGARAES - HUANCAMELICA.



entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."
(Subrayado nuestro)

6. Conforme a ello, la Entidad contaba con un plazo de quince (15) días hábiles para someter a conciliación o arbitraje la resolución parcial del contrato realizada por el Contratista mediante la Carta Notarial N° 0015-2016/MIXERSUR/GG notificada el 18 de octubre de 2018, siendo que, la fecha límite para ello fue el 8 de noviembre de 2016, sin que la Entidad hubiera recurrido a cualquiera de los mecanismos de solución de controversias señalados en el contrato; por ello, este Colegiado considera que se ha producido el consentimiento de la resolución parcial del contrato realizada por el Contratista.
7. Asimismo, si bien la Entidad manifestó que no se puede consentir la resolución contractual realizada por el Contratista ya que le ha cursado cartas notariales señalando observaciones a la tercera entrega y que las mismas no han sido subsanadas por éste; en primer lugar, como se verá más adelante, las observaciones imputadas al Contratista respecto de los paños, no era su obligación solucionarlas, conforme al Contrato, y en segundo lugar, la comunicación de tales imputaciones, no interrumpió el cómputo de los plazos para el consentimiento de la resolución contractual, toda vez que la Entidad se encontraba facultada para someter a conciliación y/o arbitraje la resolución del contrato una vez realizada por el Contratista, para cuestionar la decisión del Contratista y así evitar que ésta quede consentida.
8. Estando a lo expuesto, se declara Fundada la Primera Pretensión de la Demanda e Infundada la pretensión planteada en la Reconvención por no existir fundamento legal que permita declarar la nulidad de la Carta Notarial N° 0015-2016/MIXERSUR/GG.

IV. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS REFERIDOS A LA ENTREGA N° 3

- **Punto Controvertido 2:** *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de la Entrega N° 03 por el monto de S/. 509,200.00 (Quinientos Nueve Mil Doscientos con 00/100 Soles), más intereses devengados hasta la fecha en que se efectivice el pago a favor de Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L.*
- **Punto Controvertido 3:** *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral otorgue a favor del Contratistas y Concretos del Sur E.I.R.L. la conformidad de recepción de la Entrega N° 03.*

De la revisión de todo lo expuesto por las partes y los medios probatorios ofrecidos durante el desarrollo del proceso, se tiene lo siguiente:

- **Posiciones de las Partes**

Las posiciones de las partes, respecto del segundo y tercer punto controvertido han sido expuestas en los vistos del presente laudo, así como a lo largo del proceso arbitral.

- **Posición del Tribunal Arbitral**

12. Asimismo, ya que los puntos controvertidos N° 2 y 3 están referidos a la Conformidad y Pago de la Entrega N° 3, corresponde tener en cuenta el procedimiento establecido para dicho fin en el contrato, el mismo que textualmente señala lo siguiente:

"CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO

(...)

El pago se hará efectivo en tres armadas de acuerdo al cronograma de entrega del producto, previa conformidad del Residente de Obra y Supervisor de Obra.

N°	CRONOGRAMA DE PAGO	UND	CANT	PRECIO UNITARIO	MONTO A PAGAR S/
01	PRIMER PAGO = Después de la PRIMERA ENTREGA	M3	780	S/ 670.00	S/ 522.600.00
02	SEGUNDO PAGO = Después de la SEGUNDA ENTREGA	M3	780	S/ 670.00	S/ 509.200.00
03	TERCER PAGO = Después de la TERCERA ENTREGA	M3	760	S/ 670.00	S/ 509.200.00

al efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser recibidos.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente al otorgamiento de la conformidad respectiva siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato."

13. En este caso, conforme a lo expuesto por ambas partes la Entrega N° 3 culminó el 23 de junio de 2016, por lo que, de acuerdo al Contrato, el Contratista considera que el plazo máximo para realizar el pago fue el 22 de julio de 2016. Además, de ello precisa que no se le notificó con observaciones de las que deba hacerse cargo.

Agrega que, si bien la Entidad mediante Carta Notarial N° 1780-2016, le comunicó una serie de observaciones a la Entrega N° 3, la misma tuvo como respuesta la Carta Notarial N° 0010-016/MIXERSUR/GG notificada el 19 de agosto de 2016, de la que se pueden extraer las siguientes alegaciones:

- La obligación del Contratista es proveer concreto premezclado y no paños, en consecuencia, no les corresponde resolver las observaciones por posibles paños fisurados ni su retiro.
- Las características del servicio de los términos de referencia no establecen ninguna condición sobre el resultado de la ejecución de la obra.
- Mediante Carta N° 018-2016/MIXERSUR/GG el Contratista informó a la Entidad la existencia de riesgos conforme al Informe del Laboratorio de Suelos de la empresa JJM Geingeniería EIRL, realizándose recomendaciones que finalmente fueron desestimadas por la Entidad.
- Precisa que según la cláusula segunda del contrato, la garantía de entrega del bien según dosificación será durante el periodo de entrega y que el proveedor sería responsable únicamente por la entrega de concreto adulterado u otra sustancia diferente a lo solicitado por la Entidad.

14. Por su parte, la Entidad sostiene que mediante la referida Carta Notarial N° 1780-2016 de fecha 18 de julio de 2016, notificó al Contratista para que proceda con el retiro total de los paños fisurados, conforme a lo detallado en los Informes del Residente de Obra N° 184-2016/GOB.REG.HVCAA-SGI/JBG/RO y N° 468-2016/GOB.REG.HVCA/SI/JASA.

de 2016, sin que en dicho periodo se presente algún inconveniente con el producto entregado por el Contratista, no siéndole exigible la reparación de paños fisurados acaecidos con posterioridad a la entrega del bien, siendo responsable de la entrega del concreto premezcla con las cualidades técnicas requeridas por la Entidad durante el periodo de entrega.

Así:

- i) La Entidad no ha demostrado que durante el periodo de la entrega, el producto no ha cumplido con las especificaciones técnicas de la Ficha Técnica aprobada.
- ii) La Entidad no ha demostrado que el bien sufrió daño o resultó inservible o inadecuado durante el periodo de su entrega.

20. Adicionalmente a ello, se advierte que mediante Carta N° 018-2016/MIXERSUR/GG de fecha 8 de febrero de 2016, conforme a los informes de los laboratorios de suelo de las empresas JJM Geoingeniería EIRL y Soluciones Técnicas y Topográficas "TERRATEC", el Contratista advirtió a la Entidad para que realice una verificación del grado de compactación y nivelación del terreno, dejando constancia de lo siguiente:

*"Si no tuviese la ampliación del plazo de inicio contractual, para que la entidad haga las correcciones necesarias para la corrección del grado de compactación y nivelación, mi representada iniciará el lanzamiento de concreto premezclado advirtiendo que no asumiremos responsabilidad que presentara fisuramientos, agrietamiento y otros trabajos en las losas."
(Subrayado propio)*

Respecto de ello, la Entidad omitió dichas recomendaciones y se inició con el lanzamiento del concreto premezclado.

Incluso, el Contratista fue más que diligente en su actuar, pues, de buena fe y en forma previsor, comunicó a la Entidad recomendaciones respecto de la compactación del suelo, a pesar de no ser su obligación contractual.

21. En ese contexto, este Tribunal Arbitral considera que no es una obligación del Contratista la reparación de los paños fisurados presentados en la obra "Mejoramiento de las vías urbanas del Distrito de Lircay-Angaraes-Huancavelica", por cuanto, conforme a los términos del contrato, el Contratista es responsable de entregar el concreto premezcla con las cualidades técnicas requeridas por la Entidad, y sólo es responsable si el bien sufrió daño, resulta inservible o inadecuado, durante el periodo de la entrega, siendo que la Entidad no demuestra que las especificaciones técnicas requeridas hubieran sido incumplidas y tampoco demuestra que el bien sufrió daño, resulta inservible o inadecuado durante el periodo en que fue entregado.

22. La Entidad, señala que en todo caso, no ha otorgado la conformidad porque la tercera entrega del concreto premezclado debió ser desde el 30/05/2016 hasta el 08/06/2016, pero que fue entregada desde el 10/06/2016 hasta el 23/06/2016 tal y como consta en el cuaderno de obra, existiendo un retraso de 15 días por lo que existirían penalidades.

Al respecto, el hecho que hubiera existido demora o no, no impide que se pueda otorgar la conformidad, ni tampoco impide el pago.

26. Que, en lo que respecta a este punto controvertido, el Contratista solicita el reconocimiento y pago de una indemnización por daños y perjuicios, referidos al lucro cesante y daño emergente, dicho pedido se encuentra amparado en el segundo párrafo del artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que literalmente establece: "(...) 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. (...)."
27. En ese sentido, conforme a lo alegado por el Contratista, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad civil, debiendo dilucidarse si la decisión adoptada por la Entidad (de no otorgar la conformidad del bien, de no cancelarle la Tercera Entrega del Bien y generar la Resolución Parcial del Contrato) han causado algún tipo de menoscabo a la esfera patrimonial y si dicho daño debe ser resarcido, siendo que el pedido se centra en el lucro cesante y en el daño emergente, por lo que debe hacerse un análisis de estos conceptos, a fin de establecer con claridad los requisitos para su procedencia o improcedencia.
28. Así, en primer lugar, todo análisis de responsabilidad supone la verificación de dos momentos o etapas que implican un análisis "ex post facto": uno primero de análisis material, en donde corresponde evaluar el daño mismo a fin de verificar si éste cumple con los requisitos o presupuestos para calificar como daño resarcible, debiendo luego identificarse el hecho generador que lo provocó, para posteriormente analizar si existe relación de causalidad entre ambos eventos. Como resultado de esta actividad se logra individualizar al causante material del daño.

Un segundo momento del análisis de responsabilidad se identifica con el denominado "juicio de responsabilidad" que no es otra cosa que un análisis de imputabilidad y en donde se individualiza al sujeto que deberá asumir el coste del daño y, por lo tanto, asumir la calidad de responsable del mismo. En esta segunda etapa debe decidirse sobre el criterio de imputación a utilizarse, el cual puede ser subjetivo u objetivo, debiéndose tener como referente que en sede extracontractual existe la aplicación de un criterio de imputación subjetivo (culpa) y un criterio de imputación objetivo (riesgo), estando ambos criterios regulados en los artículos 1969º y 1970º del Código Civil, los cuales constituyen dos cláusulas generales interpretativas incluso al ámbito contractual, en tanto que su real contenido debe ser completado por el juzgador.

29. En vista que la noción de causante se identifica con aquel que materialmente provocó daño a la víctima, y la figura del responsable alude a la persona que debe soportar el peso económico del mismo, puede darse el caso que ambos sujetos coincidan en una misma persona. En efecto, de producirse tal coincidencia, es decir, cuando causante y responsable confluyen en un mismo sujeto, estamos ante un supuesto de responsabilidad directa. De otro lado, en caso tal coincidencia no se produzca, esto es, cuando causante y responsable se identifican con personas distintas, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad indirecta, dentro de los cuales uno de sus supuestos de aplicación es el de la responsabilidad vicaria.
30. Lo anterior nos sirve como punto de partida para concluir que los daños invocados por el Contratista son de naturaleza patrimonial constituida por el lucro

daño..."⁽⁴⁾; esto es, que dicho evento "...impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado..." o, lo que es lo mismo decir "...lo que el damnificado, desde el momento del siniestro, no conseguirá más, respecto a las utilidades que normalmente lo habrían beneficiado..."⁽⁵⁾.

37. Resulta entonces claro que, el daño emergente representa siempre la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño, mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso.
38. En este sentido, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus manifestaciones de daño emergente y lucro cesante, cobra especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica y, además, hayan sido probados en su existencia.
39. Lo anteriormente señalado, significa entonces que la problemática de la certeza del daño, en cuanto requisito del daño resarcible, apunta a la probanza de la existencia del daño (el "quid") y no a su monto o cuantía; problemática ésta (la del "quantum") vinculada más bien a la de la extensión del daño resarcible. La certeza del daño equivale, pues, a su existencia, la cual debe ser probada tanto como:
- Acaecer fáctico; esto es, "como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico"⁽⁶⁾; y como,
 - Acaecer lógico; esto es, que el daño -como hecho consecuencia- sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo - hecho causal.
40. En este orden de ideas, la certeza del daño no significa que el daño sea actual, sino que su existencia pueda ser apreciada por el Juzgador, sea porque ya se dio, o porque es desarrollo y consecuencia lógica de un hecho determinado. La certeza del daño, comprende pues tanto al denominado "daño actual", como al denominado "daño futuro" y, en ambos casos, significa comprobación fáctica y lógica: como suceso materialmente producido y como consecuencia necesaria del hecho causal. En palabras de **ZANNONI**, la "...certidumbre del daño (...) constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta, también al futuro, una consecuencia necesaria..." ⁽⁷⁾.
41. Por estas razones, queda excluido como daño resarcible el denominado "daño eventual" o "hipotético", entendido como aquél que depende de acontecimientos imposibles de apreciar o determinar como consecuencia lógica

(4) **DE TRAZEGNIES, Fernando**. "La Responsabilidad Extracontractual". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988. Pág. 37.

(5) **FRANZONI, Massimo**. Ob. Cit. Pág. 181.

(6) **ZANNONI, Eduardo**. "El Daño en la Responsabilidad Civil". Editorial Astrea. 2ª. Edición. Buenos Aires. Argentina. 1987. Pág. 51.

(7) Ob. Cit. Pág. 52.

diversa, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Como indica **FRANZONI**, se puede decir que "...en la hipótesis de pérdidas sufridas ya producidas al momento del juicio, la prueba del damnificado asumirá normalmente las formas de la prueba directa e histórica. Esto es, tenderá a demostrar exactamente el quantum del empobrecimiento "...). Cuando el daño se presente bajo la forma de falta de ganancia y permanezca por el tiempo sucesivo al juicio, la prueba es indirecta y de naturaleza tal que le suministre los elementos necesarios al Juez que le permita sacar sus propias conclusiones..."⁽¹¹⁾. Bien ha escrito **GRAZIANI** al respecto, refiriéndose al lucro cesante, indicando que "...el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino, son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor; al demandado, cuando intenta sustraerse a la obligación del resarcimiento, incumbe la prueba de los hechos impeditivos..."⁽¹²⁾.

45. Queda claro, entonces, que el requisito de la certeza del daño presenta diferencias, según se trate de la probanza del daño emergente o del lucro cesante. Tratándose de la prueba del daño emergente, se aporta una prueba histórica directa, dirigida a acreditar la existencia del daño como suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. Por ello, normalmente (aunque no siempre), con esta prueba se acredita no sólo el "quid", sino el "quantum" del daño. En cambio, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste queda circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro; esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.
46. Que, en el presente caso y con relación al daño emergente y lucro cesante, que forma parte de los daños y perjuicio alegados por el Contratista, este Tribunal Arbitral debe realizar el siguiente análisis:
 - a. Que, según se ha determinado a lo largo de la presente decisión y los otros puntos controvertidos ya resueltos por este colegiado, el Contratista fue quien resolvió el Contrato N° 001-2016/GSRA a la Entidad invocando una causal válida y prevista en la norma de contrataciones del Estado.
 - b. Que, debe establecerse que la causal para que el Contratista haya resuelto el Contrato N° 001-2016/GSRA, es porque la Entidad se negó a cancelarle la Tercera Entrega. Sin embargo, es evidente, que la decisión adoptada por la Entidad ha ocasionado que el CONTRATO quede resuelto, por causas que le son imputables a la propia ENTIDAD.
 - c. Que, así, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que, literalmente establece lo siguiente: "[... [Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad **deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad [...]**" (la negrita es nuestra).
47. En el presente caso, la Entidad erróneamente se negó a cancelarle al Contratista su Tercera Entrega del Bien, lo cual generó que el Contratista resuelva el Contrato

(11) **FRANZONI, Massimo**. "Il Danno al Patrimonio". Ob. Cit. Págs. 426 y 427.

(12) **GRAZIANI, Alessandro**. "Appunti sul Lucro Cessante". En: Annali Istituto Giuridico Università di Perugia. Tipografia Guerra. Perugia. Italia. Anni 1923-1924. VII, VIII. Pág. 179.

Respecto del Punto Controvertido N° 5

54. Conforme a lo expuesto en el presente Laudo, habiéndose determinado que el Contratista no incumplió con sus obligaciones contractuales y que la resolución de contrato realizada por éste ha quedado consentida debido a que la Entidad no sometió a conciliación y/o arbitraje dicha resolución contractual, no existe sustento alguno para que la Entidad continúe reteniendo el 10% del monto del Contrato equivalente a S/. 154,100.00 (Ciento Cincuenta y Cuatro Mil Cien con 00/100 Soles) como Garantía de Fiel Cumplimiento, el mismo que deberá ser devuelto al Contratista.
55. Por lo expuesto, se declara Fundada la Quinta Pretensión de la demanda.

Respecto del punto controvertido N° 6

1. Sobre este punto se tiene que, el artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que:

"Artículo 49.- Formulas de reajuste

1. *En los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional, las bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden el contratista, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago*
2. (...)."
2. En el presente caso, la Entidad manifiesta que las bases del proceso de selección Licitación Pública N° 002-2015-GOB.REG.HVCA/GSRA/CE que derivó en el Contrato 001-2016/GSRA, no consideró las fórmulas de reajuste de los pagos que correspondan al contratista.
3. Por su parte, el Contratista considera que de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 del Reglamento corresponde la aplicación de fórmulas polinómicas y solicitó al Tribunal Arbitral requerir el expediente técnico aprobado del proyecto "Mejoramiento de las Vías Urbanas del Distrito de Lircay, Provincia de Angaraes – Departamento de Huancavelica" de la Licitación Pública N° 002-2015-GOB.REG.HVCA/GSRA/CE, el mismo que fue requerido por el Tribunal Arbitral a la Entidad y que ésta no presentó pese a los constantes requerimientos del Tribunal.
4. Ahora bien, este Colegiado no puede determinar cuál sería la fórmula polinómica aplicable, en la medida que no se contó con la información para tal efecto, correspondiendo, declarar no ha lugar la sexta pretensión de la demanda.

VI. ANÁLISIS SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO REFERIDO A COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

- **Punto Controvertido 7:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral condene a la Entidad al pago total de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el arbitraje, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la Secretaría Arbitral, los asesores técnicos y asesores legales encargados de la defensa del Contratista, así como los intereses hasta el momento del pago.

7. Atendiendo a que, en el presente caso, el convenio arbitral no ha previsto acuerdo alguno relacionado con los costos del arbitraje, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establezca cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas.
8. Así, en el presente caso, el Tribunal Arbitral aprecia el sentido final del laudo en relación con las pretensiones de las partes y considera que, no existe elemento alguno que permita razonablemente modificar la regla general establecida por el citado artículo 73° de la Ley de Arbitraje, por cuanto, ante la conducta de la Entidad que carecía de sustento y evidencia un actuar totalmente arbitrario, el Contratista se vio obligado a recurrir al arbitraje.
9. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo, corresponde ordenar que sólo una de las partes asuma el pago de la totalidad de las costas y costos del proceso arbitral.

Por ello, los costos del presente arbitraje deberán ser de cargo de la Entidad.

10. Que, en ese orden, en el Acta de Instalación se fijó como honorarios del Tribunal Arbitral la suma de S/ 5,649.00 netos para cada árbitro, en tanto que para la Secretaría Arbitral se fijó el monto de S/ 4,131.00 netos.
11. Luego, mediante Resolución N° 4, se fijó un segundo anticipo de honorarios arbitrales por la suma de S/ 8,762.00 netos para cada árbitro, en tanto que para la Secretaría Arbitral se fijó el monto de S/ 7,299.66 netos.
12. Así, conforme a lo fijado en el Acta de Instalación y en la Resolución N° 4, en el presente caso fue el Contratista quien asumió la totalidad de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, conforme al siguiente detalle:

Honorarios	Por Árbitro	Tribunal Arbitral	Secretaría Arbitral
Acta de Instalación	S/ 5,649.00	S/16,947.00	S/ 4,131.00
Resolución N° 6	S/ 4,617.50	S/ 13,852.50	S/ 4,365.35
Total	S/ 10,266.50	S/ 30,799.50	S/ 8,496.35

Los honorarios totales, fueron asumidos por el Contratista S/ 39,295.85 (Treinta y nueve mil doscientos noventa y cinco con 85/100 soles).

A mérito de lo expuesto, corresponderá declarar fundada la pretensión del Contratista en este extremo y, en consecuencia, ordenar que la Entidad deberá reembolsar al Contratista la totalidad de los gastos arbitrales que éste ha asumido como consecuencia del presente proceso arbitral por el monto de S/ 39,295.85 (Treinta y nueve mil doscientos noventa y cinco con 85/100 soles).

A Por los fundamentos expuestos, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y la Ley de Arbitraje, y sobre la base de los antecedentes precedentemente enunciados, del análisis realizado respecto de las

RAÚL LEONID SALAZAR RIVERA
PRESIDENTE

CÉSAR WALTER OLIVA SANTILLÁN
ÁRBITRO

MARCO ANTONIO GUTARRA BALTAZAR
ÁRBITRO

ERICK ANTONIO LARICO OSO
SECRETARIO ARBITRAL