Procuraduría Pública
Regional del Gobierno
Regional de Cajamarca

# [LAUDOS ARBITRALES DEL AÑO 2018]

Información del II Trimestre relativa a los meses de Julio, Agosto y Septiembre

| | |
|---|---|
| **(39)NÚMERO DE EXPEDIENTE** | 001-2017 |
| **DEMANDANTE** | INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S.A – I&SCG S.A |
| **DEMANDADO** | UNIDAD EJECUTORA DE PROGRAMAS REGIONALES – PROREGIÓN REPRESENTADA POR PROCURADURÍA PÚBLICA DEL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA |
| **CONTRATO NÚMERO** | 047-2010-GG/EPS-SEDACAJ S.A "GRUPO B (CENTRO): MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DE LAS CIUDADES DE CHOTA, CUTERVO, BAMBAMARCA Y HUALGAYOC DEL DEPARTAMENTO DE CAJAMARCA" |
| **PRETENSIONES** | **PRIMERA PRETENSIÓN**. QUE SE ORDENE A PROREGION PROCEDA A PAGAR LA SUMA DE S/. 1`601,447.15 SOLES, CORRESPONDIENTES A LA LIQUIDACIÓN DE OBRA Y/O RELACIÓN VALORADA DEFINITIVA-GRUPO B.<br>**SEGUNDA PRETENSIÓN.**ESTABLECER EL MONTO DEFINITIVO Y CUMPLA CON PAGAR PROREGIÓN, LO CORRESPONDIENTE A LOS METRADOS DEL COMPONENTE ALCANTARILLADO, EN LA CIUDAD DE CUTERVO, NO CONCILIADOS, SEGÚN CONSTA DEL ACTA DE ACUERDO DE 27 DE JULIO DE 2016, EN CONSECUENCIA SE ORDENE EL PAGO A FAVOR DEL CONTRATISTA DE S/. 1`852,231.25 SOLES.<br>**TERCERA PRETENSIÓN**. ORDENAR A PROREGION DEJAR SIN EFECTO LAS PENALIDADES EN EL ACTA DE ACUERDOS DE FECHA 27 DE JULIO DE 2016.<br>**CUARTA PRETENSIÓN.** RESPECTO A LAS RECLAMACIONES DEL CLIENTE EN EL ACTA DE ACUERDOS DE FECHA 27 DE JULIO DE 2016, EL TRIBUNAL DEBERÁ PRONUNCIARSE SOBRE:<br>A) QUE NO ES CIERTO QUE EL CONTRATISTA NO CUMPLIÓ CON LEVANTAR LAS OBSERVACIONES DEL TÚNEL CUTERVO, EL MISMO QUE LA ENTIDAD SEÑALA DEBE SER EJECUTADO POR ELLA, SIENDO EL MONTO PRESUPUESTADO DE S/. 1,067,992.93, DEBIÉNDOSE REINTEGRAR DICHO MONTO A NUESTRA PARTE.<br>B) QUE NO ES CIERTO AFIRMAR QUE EL CONTRATISTA NO CUMPLIÓ CON LEVANTAR LAS OBSERVACIONES, EN LO QUE RESPECTA A LAS REDES DE AGUA Y ALCANTARILLADO DE LA CIUDAD DE CUTERVO, EL MISMO QUE LA ENTIDAD DEBE SER EJECUTADA POR ELLA SIENDO EL MONTO PRESUPUESTAL S/. 7,771,356.08, DEBIÉNDOSE REINTEGRAR DICHO MONTO A NUESTRA PARTE.<br>C9 QUE NO ES CIERTO AFIRMAR QUE EN LA CIUDAD DE CHOTA, DESPUÉS DE EMITIDO EL CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO SE HAYAN DETECTADO TRABAJOS DEFECTUOSOS POR UN MONTO DE S/. 505,235.35 QUE TENÍA QUE REPARAR EL CONTRATISTA EN CUMPLIMIENTO A LA SUB CLÁUSULA 11.3 DE LAS CONDICIONES PARTICULARES DEL CONTRATO Y LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 1784 DEL C.C, TRABAJOS QUE TUVIERON QUE SER EJECUTADOS POR PARTE DE LA ENTIDAD ANTE LA AUSENCIA DE DICHO CONTRATISTA, DEBIÉNDOSE REINTEGRAR DICHO MONTO A NUESTRA PARTE.<br>**QUINTA PRETENSIÓN**. SE ORDENE A PROREGIÓN PAGUE A FAVOR DEL CONTRATISTA LA SUMA DE S/. 2`678,114.03 POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.<br>**SEXTA PRETENSIÓN**. QUE LA ENTIDAD ASUMA LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO ARBITRAL. |

| | |
|---|---|
| **FECHA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL** | 31 DE ENERO DE 2017 |
| **MONTO TOTAL DE LAS PRETENSIONES** | 3`000,000.00 (TRES MILLONES CON 00/100 SOLES) |
| **ARBITROS** | PDTE: RAMIRO RIVERA REYES<br>ARB DE CONS: VÍCTOR BELAUNDE GONZALES<br>ARB DE GOB: GREGORIO MARTÍN ORE GUERRERO |
| **SECRETARÍA** | PRO ARBITRA S.A.C |
| **LAUDO ARBITRAL DE FECHA** | 16 DE JULIO DEL AÑO 2018 |

| | |
|---|---|
| **(33)NÚMERO DE EXPEDIENTE** | AD HOC |
| **DEMANDANTE** | CONSORCIO SANTA MARÍA |
| **DEMANDADO** | GERENCIA SUB REGIONAL DE CUTERVO |
| **CONTRATO NÚMERO** | 035-2016-GR.CAJ-GSRC, PARA EJECUCIÓN DE LA OBRA: "CONSTRUCCIÓN Y EQUIPAMIENTO TÉCNICO DEL HOSPITAL SANTA MARÍA II-I CUTERVO DE CAJAMARCA" |
| **PRETENSIONES** | **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: QUE, SE DECLARE NULA Y/O INEFICAZ LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA SUB REGIONAL Nº 150-2016-GE.CAJ-GSRC, MEDIANTE LA CUAL SE DECLARA IMPROCEDENTE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO Nº 03 POR CIENTO DOCE (112) DÍAS CALENDARIOS.<br><br>**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: QUE, SE APRUEBE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO Nº 03, POR CIENTO DOCE (112) DÍAS CALENDARIOS.<br><br>**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD DEMANDADA QUE RECONOZCA Y PAGUE LOS MAYORES GASTOS GENERALES DERIVADOS DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO Nº 03 POR EL MONTO ASCENDENTE DE S/. 723,322.90 NUEVOS SOLES INCLUIDO IGV.<br><br>**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**: QUE, EL TRIBUNAL ARBITRAL ORDENE A LA ENTIDAD ASUMIR LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS ARBITRALES Y ADMINISTRATIVOS DERIVADOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL. |
| **FECHA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL** | 24 DE JULIO DE 2017 |
| **MONTO TOTAL DE LAS PRETENSIONES** | SIN CUANTIFICAR |
| **ARBITROS** | PDTE: ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS<br>ARB DE CONS: JASHIM VALDIVIESO CERNA<br>ARB DE GOB: ENRIQUE PALACIOS PAREJA |
| **SECRETARÍA** | JAVIER ROJAS MUÑOZ |
| **LAUDO ARBITRAL DE FECHA** | 05 DE SEPTIEMBRE DEL AÑO 2018 |

Lima, 16 de julio de 2018.

Señores:
**PROCURADURIA PÚBLICA DEL**
**GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA**
Jr. Santa Teresa de Journet No. 351
Cajamarca.-

**Exp.** **No. 001 – 2017**
**Ref.** I&SCGS.A. CON PROREGION-GOB.REG.CAJAMARCA

De mi consideración:

Me dirijo a ustedes con la finalidad de informarles que el Tribunal Arbitral ha expedido la Resolución Nº 41 que contiene el **LAUDO ARBITRAL**, en el Proceso seguido entre **INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S.A. - I&SCG S.A.** con la **Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA**; cuyo contenido notifico para su conocimiento.

**ANEXO:**

- Resolución N° 41 - LAUDO ARBITRAL EN MAYORÍA ( 97 págs.)
- LAUDO ARBITRAL EN MINORíA ( 100 fs.)

Atentamente;

Abog. Silvia Tacanga Plasencia
Secretaria Arbitral
PRO ARBITRA S.A.C.

GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
PROCURADURIA PUBLICA REGIONAL
RECIBIDO
17 JUL. 2018
Reg. ........ Folios: 147
Hora: 12:50 pm Firma:

(2)

Dra. Georgette solicita informe bajo
a Providencia con la facultad
de interponer recurso de interpretación
o integración del laudo arbitral
según corresponda dando un plazo
de 5 días hábiles en dicho hasta
el 24 de julio de 2018, con
la facultad de presentar el
escrito correspondiente al
Tribunal Arbitral a el plazo dado.

C. 18.07.18

# LAUDO ARBITRAL

## INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S. A.- I&SCGSA
## UNIDAD EJECUTORA PROGRAMA REGIONALES – PROREGION-GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA

**Resolución No. 41**

**Lugar y fecha de expedición:**

El presente Laudo de Derecho se expide en la ciudad de Lima, a los 16 días del mes de julio del año dos mil dieciocho.

**DEMANDANTE:** **INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S. A- I&SCGS.A**
(en adelante el Contratista)

**DEMANDADO:** **UNIDAD EJECUTORA PROGRAMA REGIONALES – PROREGION-GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA**
(en adelante la Entidad)

**TRIBUNAL ARBITRAL.**

- Dr. ALFREDO ENRIQUE ZAPATA VELASCO
  Presidente del Tribunal.
- Dr. JORGE EDUARDO COQUIS VEGA
  Árbitro.
- Dr. GREGORIO MARTIN ORE GUERRERO
  Árbitro.

**SECRETARIA ARBITRAL:**

PRO ARBITRA S.A.C. - Abogada Silvia M. Tacanga Plasencia

## I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Convenio Arbitral se encuentra contenido en el Contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A "Grupo B (Centro): Mejoramiento y ampliación de los

sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de agua residuales de las ciudades de Chota, Cutervo, Bambamarca y Hualgayoc del Departamento de Cajamarca", celebrado con fecha 17 de Setiembre del 2013, en el cual las partes acordaron que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del citado contrato, se resolverán mediante arbitraje, de conformidad con lo establecido en la normativa de Contrataciones del Estado.

El 31 de enero del 2017 se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral conformado por los señores abogados Ramiro Rivera Reyes en calidad de Presidente del Tribunal, Víctor Manuel Belaunde Gonzales en calidad de Árbitro, Gregorio Martin Ore Guerrero en calidad de Árbitro; con la asistencia de Eduardo Manuel Maguiño Arenaza en representación de INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S.A-I&SCG-S.A y de la otra parte con la asistencia de Dra. Lupe Alissette Guadalupe Malca en representación de la entidad, UNIDAD EJECUTORA PROGRAMAS REGIONALES – PROREGION GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA.

En el desarrollo de las actuaciones arbitrales optaron por renunciar los árbitros Ramiro Rivera Reyes, presidente del tribunal Arbitral y Víctor Belaúnde Gonzales árbitro de la demandante siendo reemplazado el primero de ellos por Alfredo Zapata Velasco y el segundo por Jorge Coquis Vega.

## II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en el Acta de Instalación, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es Contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A "Grupo B (Centro): Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de agua residuales de las ciudades de Chota, Cutervo, Bambamarca y Hualgayoc del Departamento de Cajamarca", celebrado con fecha 17 de Setiembre del 2013 y la legislación peruana, asimismo es de aplicación el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje.

## III. DE LA DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA CONTRATISTA INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S. A- I&SCG-S.A.

Mediante escrito N° 1, de fecha 28 de febrero del 2017, INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S.A- I&SCG-S.A interpone demanda arbitral contra la UNIDAD EJECUTORA PROGRAMAS REGIONALES PROREGION - GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA, sobre Contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A "Grupo B (Centro): Mejoramiento y ampliación de los sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de agua residuales de las ciudades de Chota, Cutervo, Bambamarca y Hualgayoc del Departamento de Cajamarca", celebrado con fecha 17 de setiembre del 2013, solicitando las siguientes pretensiones:

**PRETENSIONES:**

a) Que se ordene a la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, proceda a pagarnos la suma de S/.1,601,447.15 Nuevos Soles correspondiente a la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva – Grupo B, efectuada por el Ingeniero NJS SUCURSAL DEL PERU, según acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016, liquidación que ha quedado consentida.

A ello se deberán adicionar los intereses que correspondan hasta la fecha efectiva del pago

b) Establecer el monto definitivo y se cumpla con pagar la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, lo correspondiente a los metrados del componente alcantarillado, en la ciudad de Cutervo, no conciliados, según consta en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016.

A ello se deberán adicionar los intereses que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

c) Ordenar a la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA dejar sin efecto las penalidades en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016:

- Por la supuesta demora en el término del componente agua de la ciudad de chota (fase 3) por un monto de S/.1,900,757.95, la misma que la parte considera que no se ajusta a derecho y debe ser declarada improcedente no debiéndose aplicar dicha penalidad, procediéndose al pago.

- Existen el supuesto abandono y la demora en el término de las obras de la ciudad de Cutervo de la fase 2, por un monto de S/777,356.08, precisando que la responsabilidad del abandono y no termino de las obras, en su plazo vigente, se debió al no pago de las valorizaciones por parte del cliente, por lo tanto, la parte considera que no se ajusta a derecho y debe ser declarada improcedente no debiéndose aplicar dicha penalidad, procediéndose al pago.

A ello se deberán adicionar los intereses que correspondan hasta la fecha efectiva del pago

d) Respecto a las reclamaciones del cliente, en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016, el tribunal arbitral deberá pronunciarse sobre:

- Que, no es cierto afirmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones el túnel de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutado por ella, siendo el monto presupuestado de S/1,067.992.93, debiéndose reintegrar dicho monto a la parte.

- Que, no es cierto firmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones, en lo que respecta a las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutada por ella siendo el monto presupuestal de S/771,356.08, debiéndose reintegrar dicho monto a la parte.

- Que no es cierto afirmar que, en la ciudad de Chota, después de emitido el certificado de cumplimiento se hallan detectado trabajos defectuosos por un monto de S/507,235.35 que tenía que reparar el contratista en cumplimiento a la sub clausula 11.3 de las condiciones particulares del contrato y lo dispuesto por el artículo 1784 del Código Civil del Perú, trabajos que, según la entidad, tuvieron que ser ejecutados por parte de la entidad ante la ausencia de dicho contratista. debiéndose reintegrar dicho monto a nuestra parte.

e) Que, se ordene a la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA pague a favor la suma de S/. 2,678,114.03 Soles por concepto de Indemnización de daños y perjuicios pues nos ha ocasionado un grave perjuicio con su incumplimiento desestabilizando económica y financieramente a nuestra empresa.

f) Se condene a la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA al pago de costas y costos del arbitraje en que incurra nuestra parte.

En ese sentido la demandante cumple con argumentar los antecedentes contractuales y de sucesos, así como sustentar su posición en sus fundamentos de derecho, asimismo cumple con adjuntar los medios probatorios correspondientes, tal como obra en autos, los mismos que serán invocados en cada uno de los puntos controvertidos al momento de su análisis por parte del Tribunal Arbitral.

Es menester señalar que la demandante

## IV. CONTESTACION DE DEMANDA ARBITRAL Y PLANTAMIENTO DE EXCEPCIONES PRESENTADA POR LA PROCURADORA PÚBLICA DEL GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA DE FECHA 03 DE MAYO DEL 2017 Y POR LA UNIDAD EJECUTORA PROGRAMA

**REGIONALES – PROREGION-GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA DE FECHA 04 DE SETIEMBRE DEL 2017.**

Debemos dejar constancia en este extremo que ambos escritos se fundamentan en los mismos hechos, fundamentos de derecho, medios probatorios y plantean las mismas excepciones, por lo que se trataran en forma conjunta como parte demandada.

Preliminarmente la demanda hace una detallada descripción de la posición de las partes intervinientes en el contrato puntualizando que:

- BM3 Obras y Servicios S.A. y BM3 Sucursal del Perú en el derecho, son la misma persona jurídica, por ello es que la Entidad con fecha 12 de octubre de 2016, ante el cúmulo de irregularidades anotadas, además del abandono de las obras, resolvió de forma total el contrato suscrito con la empresa BM3 Obras y Servicios S.A, hoy representada por la señora Claudia Reyes Juscamaita.

- Mestral S.A.C., es una persona jurídica diferente que fue vinculada al contrato N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A., fraudulentamente, esto es, MESTRAL S.A.C., fue presentada con argucia dolosa como si fuera la continuidad de BM3 Obras y Servicios vía transformación, cuando es una persona jurídica diferente, la que haciendo gala de un temerario representante legal Javier Pérez Claramunt primero y Salvador Comes Badía después, sorprendió a varias Entidades Públicas.

- Si la consideración precedente es cierta y la presencia de MESTRAL S.A.C., en el contrato suscrito fue como producto de actos maquinados convenientemente y vedados para el derecho, su actuación en él es irrita, sin valor, por lo tanto; el sub contrato nominado que suscribió deviene en un acto sin valor legal que no vincula contractualmente a PROREGION con la empresa I&SCG S.A. tal como ella hoy lo reclama.

Este punto fue resuelto por el tribunal y en el presente laudo se tratará en las consideraciones preliminares previo al análisis de puntos controvertidos.

Asimismo, formulan excepciones de inexistencia de convenio arbitral, falta de legitimidad para obrar del demandante, falta de legitimidad para obrar del demandado, de caducidad, falta de agotamiento del procedimiento previo, sustentando hechos, argumentos de derecho y adjuntando medios probatorios, las que fueron resueltas preliminarmente por el Tribunal Arbitral pero que igual haremos referencia en la parte preliminar a la resolutiva.

Finalmente contestan la demanda solicitando que en su oportunidad se DECLARE INFUNDADA O IMPROCEDENTE en atención a sus fundamentos expuestos y que se analizara en la parte resolutiva del presente laudo, asimismo la demandante argumenta hechos, fundamentos de derechos y medios probatorios los cuales serán merituados en el análisis correspondiente.

## V. RESOLUCION DE EXCEPCIONES

Que, INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S. A-I&SCG-S.A, mediante escrito de fecha 11 de octubre del 2017 absuelve las excepciones presentadas por la UNIDAD EJECUTORA PROGRAMA REGIONALES – PROREGION-GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA en su escrito de contestación de demanda de fecha 03 de mayo de 2017

Mediante resolución N° 14 de fecha 8 de setiembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado las excepciones planteadas por la entidad a la parte demandante, asimismo INFRAESTRUCTURA & SERVICIOS CONTRATISTAS GENERALES S.A- I&SCG-S.A, cumplió con absolver dentro del plazo de ley mediante escrito de fecha 11 de octubre del 2017, señalando que la misma deben ser declaradas infundadas en base a los argumentos contenidos en el referido escrito.

La entidad PROREGION mediante escrito de fecha 04 de setiembre del 2016 se apersona a la instancia y plantea excepciones de inexistencia de convenio arbitral, falta de legitimidad para obrar del demandante, falta de legitimidad para obrar del demandado, caducidad y falta de agotamiento del procedimiento previo.

Conforme a lo expresado en el referido escrito PROREGION esgrime los mismos fundamentos de hecho y derecho expuestos por la procuraduría del gobierno regional de Cajamarca en su escrito de fecha 03 de mayo del 2017, en sustento de las mismas excepciones por lo que en la absolución de la misma son igualmente validos los argumentos esgrimidos en el punto II del presente escrito respecto de la absolución de cada una de las excepciones planteadas por la procuraduría.

Por tales consideraciones se solicita que en relación a la absolución por parte de la demandante las excepciones planteadas por PROREGION se tenga presente los argumentos de hechos y derechos expuestos en el punto II del presente escrito y en consecuencia se proceda a tener por absuelta el trámite de las excepciones planteadas y se proceda a declarar infundada cada una de ellas.

Mediante Resolución No. 18 de fecha 27 de octubre del 2017 el Tribunal Arbitral resolvió declarar infundadas las excepciones planteadas por la Procuraduría Publica del Gobierno Regional de Cajamarca y PROREGION.

## VI. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO PROCESAL, FIJACION Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS.

Con fecha 09 de enero del 2018 se celebró la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos y se dispuso la fijación de los siguientes puntos controvertidos:

**1.-** Determinar si corresponde o no que la unidad ejecutora programa regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, pague a la demandante la suma de S/1,601,447.15 soles correspondiente a la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva- grupo B, efectuada por el ingeniero NJS SURCURSAL DEL PERU, según actas de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016, liquidación que ha quedado consentida.

Asimismo, determinar si corresponde o no adicionar los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

**2.-** Determinar si corresponde o no que el tribunal arbitral establezca el monto definitivo correspondiente a los metrados del componente alcantarillado, en la cuidad de Cutervo, no conciliados, según consta en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016 y de ser el caso determinar si corresponde o no que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, cancele dicho monto al demandante.

Asimismo, determinar si corresponde adicionarse los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

**3.-** Determinar si corresponde o no que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA deje sin efecto las siguientes penalidades señaladas en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio de 2016:

- Por la supuesta demora en el termino del componente agua de la ciudad de chota (fase 3) por un monto de S/1,900,757.95, la misma que la demandante considera que no se ajusta a derecho y debe ser declarada improcedente no debiéndose aplicar dicha penalidad, procediéndose al pago.

- Por el supuesto abandono y la demora en el término de las obras de la cuidad de Cutervo de la fase 2, por un monto de S/ 777,356.08, la misma que la demandante considera que no se ajusta a derecho y debe ser declarada improcedente no debiéndose aplicar dicha penalidad, procediéndose al pago, al considerar que la responsabilidad del abonado y no termino de las obras, en un plazo vigente, se debió al no pago de las valorizaciones por parte del cliente.

Asimismo, determinar si corresponde adicionarse los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

**4.-** Determinar si corresponde o no que el tribunal arbitral declare, respecto a las reclamaciones del cliente, en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016.

- Que, no es cierto afirmar que lo contratista no cumplió con levantar las observaciones el túnel de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutado por ella, siendo el monto presupuestado de S/ 1,067.992.93, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.

- Que, no es cierto afirmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones, en lo que respecta a las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutada por ella siendo el monto presupuestal de S/771,356.08, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.

- Que, no cierto afirmar que la ciudad de chota, después de emitido el certificado de cumplimiento se hayan detectado trabajos defectuosos por un monto de S/507,235.35 que tenía que reparar el contratista en cumplimiento a la sub clausula 11.3 de las condiciones particulares del contrato y lo dispuesto por el artículo 1784 del código civil del Perú, trabajos que, según la entidad, tuviera que ser ejecutada por parte de entidad ante la ausencia de dicho contratista, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.

**5.-** Determinar si corresponde o no que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA pague a favor de la demandante la suma de S/ 2,678,114.03 soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios pues ha ocasionado un grave perjuicio con su incumplimiento desestabilizando económica y financieramente a la demandante.

**6.-** Determinar si corresponde o no que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA asuma los costos del arbitraje en que incurra la demandante.

## VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

### 1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

(i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

(ii) Que, la I&SCGSA presentó su Demanda Arbitral dentro de los plazos dispuestos.

(iii) Que, el Gobierno Regional de Cajamarca y PROREGION fueron debidamente emplazados con la demanda y ejercieron plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su Contestación de Demanda.

(iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.

(v) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo Nº 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.

(vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos pactados por las partes en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

## 2. MATERIA CONTROVERTIDA Y VALORACION DE MEDIOS PROBATORIOS

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 09 de enero del 2018, en el presente caso, corresponde al Tribunal Arbitral resolver en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Tribunal Arbitral respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

> *"(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenérsele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*[1].

[1] TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. *"Medios Probatorios en el Proceso Civil"*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente Laudo Arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo Arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

## 3. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El tribunal arbitral considera necesario reafirmar su competencia para conocer y resolver respecto de las presentes controversias, ello en razón a que en la parte postulatoria del proceso, la parte demandada cuestionó ello, lo que quedo resuelto y firme conforme a lo prescrito Resolución No. 02, de fecha 15 de marzo del 2017, que resolvió infundado el pedido de intervención de un tercero y la resolución No. Resolución No. 18, de fecha 27 de octubre del 2017, que resuelve las excepciones planteadas por la parte demandada, declarándolas infundadas, resoluciones que se encuentran consentidas, siendo cosa juzgada; en este marco de ideas, corresponde declarar que el Contrato N° 047-2020-GG-EPS SEDACAJ S.A., suscrito entre la empresa Prestadora de Servicios SEDACAJ, quien delegó en PROREGION su posición, y la empresa BM3 Obras y Servicios S.A, se ha establecido la legitimidad de la demandante I&SCGSA, en el presente proceso, mediante la suscripción del sub contrato nominado, de fecha 17 de setiembre del 2013, suscrito con Mestral SAC.

En ese sentido el Tribunal Arbitral considera adecuado señalar lo siguiente:

(i) Respecto a lo resuelto en la Resolución No. 02, ante el pedido de incorporación de la empresa BM3 OBRAS Y SERVICIOS S.A., para que se le incluya en el presente proceso, al alegar titularidad en el contrato materia de litis, debemos señalar que ha quedado probado, la relación entre BM3 OBRAS Y SERVICIOS S.A. con MESTRAL SAC, quedando claramente demostrado que finalmente el titular del contrato materia de litis y el que actuó finalmente como contratista, fue MESTRAL SAC y por lo tanto BM3 OBRAS Y SERVICIOS S.A., no tiene legitimidad para obrar, ni como parte, ni como tercero, en el presente proceso arbitral.

Es importante señalar que la entidad demanda PROREGIÓN considera a la empresa MESTRAL SAC, dentro de la relación contractual, pues cuando la empresa NJS, en su calidad de Supervisor, determina la necesidad que un subcontratista ingrese en la relación contractual, en razón del atraso en el avance de las obras, instruye dicha orden a MESTRAL SAC.

Es en base a dicho análisis que se ha demostrado que la demandante I&SCGSA asumió todos los derechos y obligaciones del Contrato, no siendo un sub contratista, sino parte contractual, con plenos derechos y obligaciones, en consecuencia, I&SCGSA tiene plenos derechos y facultades para hacer valer sus intereses y derechos, derivados del Contrato.

En función a ello está demostrado que la empresa MESTRAL SAC, mediante el contrato nominado de fecha 17 de setiembre del 2013 y con el consentimiento de la demandada PROREGION, cedió su posición Contractual a la demandante I&SCGSA y como consecuencia de ello, ésta invocó el convenio arbitral, en el presente proceso arbitral y al amparo de lo prescrito por el numeral 5.1, de la cláusula 5, de las Condiciones Generales del contrato No. 047-2010-GG/EPSSEDACAJ S.A.

El análisis efectuado está ampliamente desarrollado y fundamentado, en la mencionada Resolución No. 02, antes mencionada que declara infundado el

pedido de incorporación de la empresa BM3 Obras y Servicios SA, quedando con ello establecido que la demandante I&SCGSA es parte legitimada en el presente proceso para invocar el arbitraje, siendo menester, en ese sentido señalar también que de la misma opinión ha sido el poder judicial, mediante pronunciamiento de la Primera Sala Especializada en los Comercial de la Corte superior de Lima, recaído en el expediente No. 0381-2014-39, que deviene de una apelación solicitada en el expediente No. 00381-2014-0-1817-JR-CO-04, seguido ante el Cuarto Juzgado Especializado en lo Comercial de Lima, proceso de obligación de dar suma de dinero entre la demandante I&SCGSA y la empresa MESTRAL SAC, decisión que también es cosa juzgada a nivel judicial.

(ii) Respecto a lo resuelto en la resolución No. 18, debemos mencionar que resulta de vital importancia en el presente proceso, lo señalado en su considerando tercero, en donde el tribunal realiza un análisis general y fundamenta la legitimidad de las partes quedando en claro:

- La relación entre el gobierno regional de Cajamarca, EPS Sedacaj SA y PROREGION, concluyendo que ésta última está legitimada para actuar en el presente proceso.
- La relación entre BM3 Obras y Servicios SA y MESTRAL SAC, concluyendo que es ésta última la titular del contrato, antes del ingreso de I&SCGSA
- Infraestructura & Servicios Contratistas Generales S.A - I&SCG S.A y el Sub Contrato Nominado, concluyendo respecto de la legitimidad de I&SCGSA, en concordancia con lo resuelto en la ya citada Resolución No. 02.

Es en base al desarrollo de dicho análisis que el Tribunal Arbitral resuelve la excepción de inexistencia de convenio arbitral señalando y fundamentando con claridad la relación entre el Gobierno Regional de Cajamarca, EPS Sedacaj SA y Proregion, habiéndose determinado sus responsabilidades y participación en el contrato materia de litis, quedando definido que es PROREGION a quien finalmente se le delga la calidad de contraparte en el contrato, ello en concordancia con la Resolución No. 02, en donde se declaró también que BM3

Obras y Servicios S.A. no es parte en el presente proceso, al haberlo declarado así también la instancias judicial. En ese sentido queda claro que la relación entre I&SCGSA y MESTRAL SAC está debidamente acreditada y por lo tanto el derecho de esta última a invocar la cláusula arbitral del contrato.

(iii) Respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, la entidad demandada señaló que el contrato es entre EPS SEDACAJ SA y BM3 Obras y Servicios, y que por lo tanto no es posible que I&SCGSA asuma un papel activo en el presente proceso, sin embargo como lo hemos venido desarrollando, el colegiado a efectuado una detallada descripción de como MESTRAL SAC llega a establecerse como titular de la relación contractual con PREREGION, (Resolución No. 02) y se ha demostrado que I&SCGSA mediante el sub contrato nominado, que en realidad es una cesión de posición contractual, adquiere la titularidad de parte en el contrato materia de litis, demostrando con ello su legitimidad para obrar en el presente proceso.

(iv) Respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, la entidad demandada argumentó que PROREGION no tiene legitimidad para obrar como demandada, sustentando su posición en los mismos argumentos vertidos en la excepción de convenio arbitral que ya hemos expuesto ampliamente y que se encuentra desarrollada en la ya mencionada Resolución No. 02.

(v) Respecto a la excepción de caducidad, el tribunal arbitral ha señalado en la Resolución No. 18, que el plazo para solicitar el arbitraje debe contarse desde el 02 de noviembre del 2016, cuando el Ingeniero (NJS) comunica la decisión de PROREGION, en relación a los acuerdo tomados en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016 y otros temas adicionales, como el no reconocimiento y pago de la liquidación de obra que ya había quedado consentida por el Ingeniero (NJS), (todo ello originado por el cuestionamiento de la validez del contrato nominado que la demandante suscribió con MESTRAL SAC.), habiendo cumplido la demandante con solicitar el arbitraje el día 17 de noviembre del 2016, es decir dentro de los 15 días naturales conforme dispone la cláusula 20.6, ya que no era posible someter el tema de la invalidez o nulidad del contrato

nominado, ni los actos derivados del mismo, a una reclamación o procedimiento de acuerdo amistoso, conforme las cláusulas 20.1 y 20.5, debiendo necesariamente verse en arbitraje.

(vi) Respecto a la excepción de falta de agotamiento del procedimiento previo y conforme a lo resuelto en la excepción de caducidad, el tribunal considera que I&SCGSA se vio imposibilitado de iniciar un arreglo amistoso entre las partes, de conformidad con lo establecido en la Cláusula vigésima del contrato, puesto que la materia controvertida no podía ser sometida a este tipo de procedimientos al estar referida a la nulidad o invalidez de un acto jurídico justamente cuestionado por PROREGION. Es en razón de ello que el argumento esgrimido por la demandada respecto a que no se ha cumplido con el plazo dispuesto en la Cláusula Vigésima para que las partes trataran de lograr un arreglo amistoso y pudiesen presentar una petición de arbitraje no resultó amparable.

(vii) Finalmente el Tribunal Arbitral declara que las resoluciones No. 02 y No. 18, son cosa juzgada, en el presente proceso al no haber sido cuestionadas por las partes en los plazos de ley establecidos, por lo tanto, las partes han renunciado a su derecho de objetar respecto de las mismas, no pudiendo ser materia de revisión, al ser cosa juzgada, así lo evidencia lo actuado en el presente proceso arbitral en las resoluciones No. 04, No. 21, No. 27 y No. 35.

(viii)El tribunal considera pertinente señalar que conforme se ha venido desarrollado, en estas consideraciones preliminares, respecto de la legitimidad de las partes en el presente proceso, específicamente en el punto (ii) que establece finalmente que I&CSGSA y PROREGION son los legitimados para actuar en el presente proceso, en ese sentido corresponde dejar constancia que preliminarmente en el presente proceso se apersono la procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca en representación de Unidad Ejecutora de Programas Regionales – PROREGION- Gobierno Regional de Cajamarca, según consta en el acta de instalación de fecha 31 de enero del año 2017, posteriormente mediante escrito de fecha 02 de marzo del 2017 la Unidad Ejecutora de Programas Regionales – PROREGION representada por su Director Ejecutivo Miguel Angel Purizaga Balladares solicita su apersonamiento

y solicita asumir su defensa directamente por intermedio de su representante, sin perjuicio de las actuaciones efectuadas por la procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca, asimismo solicitó se retrotraiga el proceso arbitral hasta el acto de instalación; mediante Resolución No. 06, de fecha 12 de mayo del 2017, se tiene por apersonado al Director Ejecutivo de PROREGION e improcedente su pedido de retrotraer el proceso a la instalación, decisión que es motivo de reconsideración por parte de PROREGION.

Mediante Resolución No. 11, de fecha 26 de julio del 2017 el Tribunal decide finalmente y ante la conformidad de la parte demandante, trasladar la totalidad de las actuaciones procesales a partir del acta de instalación a PROREGION para que manifieste lo conveniente a su derecho y mediante Resolución No. 14, se tiene por apersonado PROREGION y se admite su contestación de demanda actuando como parte legitimada en el proceso, sin perjuicio de la intervención de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca, de esta forma en el presente proceso se ha respetado y reconocido la legitimidad de las partes y su derecho a la defensa y el debido proceso.

## 4. MARCO FACTICO Y LEGAL DE LA CONTROVERSIA.

El tribunal arbitral considera pertinente previo al análisis de los puntos controvertidos materia de litis pronunciarnos respecto al marco legal que regula las relaciones entre las partes y a la relación jurídica procesal entablada por las partes en el presente proceso acreditando legitimidad y estableciendo una relación jurídica procesal válida que permite un pronunciamiento válido sobre el fondo, en efecto, conforme obra en autos, con fecha 25 de Noviembre del 2009 se suscribió el CONVENIO MARCO: GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA – MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO - EPS SEDACAJ S.A. – EPS MARAÑON S.R.L. que tiene como antecedente, el Convenio de Préstamo de fecha 27 de marzo de 2009, suscrito entre el Gobierno Peruano y el Japan Bank for International Cooperation –JBIC (JICA), para la ejecución de EL PROGRAMA (Conjunto de Proyectos entre ellos lo que han derivado en el Contrato No 047-2010-GG-EPS SEDACAJ SA).

En ese sentido el Contrato N° 047-2020-GG-EPS SEDACAJ S.A., suscrito entre la empresa Prestadora de Servicios SEDACAJ, quien delegó en PROREGION su posición, y la empresa BM3 Obras y Servicios S.A., el mismo que es un Contrato FIDIC; es decir, se trata de un modelo estándar de Contrato de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, designado como tal de conformidad a lo establecido en la sección 4.04, Condiciones del Contrato, Capítulo 2, Manual para Adquisiciones Financieras por Préstamos de Asistencia Oficial para el Desarrollo (AOD) del JBIC, ahora JICA; en ese sentido el ámbito de aplicación de los contratos de ejecución de obra financiados con recursos del JICA, establecidos en el Convenio de Préstamo PE-P35., el mismo que contiene regulaciones distintas a las contenidas en la Ley General de Contrataciones del Estado (no aplicable al presente caso), en especial en lo relacionado con formulación, aprobación, ejecución y pago de Adicionales de Obra y Ampliaciones de Plazo y a los procedimientos para la ejecución, recepción y liquidación de la obra

El convenio establece las competencias y responsabilidades de las entidades intervinientes, en las etapas de inversión y post inversión, en el financiamiento y ejecución del PROGRAMA, dentro de los alcances del Convenio de Préstamo suscrito entre la República del Perú y el JBIC (JICA).

El Gobierno Regional, a través de su Unidad de Ejecutora de Programas Regionales – PROREGION, es la Unidad Ejecutora de EL PROGRAMA, y en tal razón es la responsable del desarrollo del proyecto, diseños, licitaciones, ejecución de obra; supervisión y liquidación, siendo la relación de endeudamiento directa entre el Gobierno Regional y el Ministerio de Economía y Finanzas, En la etapa de inversión de EL PROGRAMA: elabora los Términos de Referencia y conduce el proceso para la contratación del consultor, suscribiendo y administrando su contrato; elabora los Términos de Referencia y conduce los procesos para la contratación de los contratistas ejecutores de obra y supervisión de obras, asumiendo exclusivamente la administración legal, técnica y financiera de los contratos. En la etapa de post inversión es de su competencia el monitoreo de la gestión de operación y mantenimiento que

desarrollen las EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS con las obras de EL PROGRAMA.

Asimismo, EPS SEDACAJ SA es agencia de Implementación del contrato que origine EL PROGRAMA. En la etapa de inversión de EL PROGRAMA participan, solo para efecto de las Aplicación del Decreto Legislativo N° 973 – Régimen especial de recuperación anticipada del Impuesto General a las ventas, en la suscripción de los contratos de obras, obligándose a tramitar y suscribir el Convenio de Inversión con el Estado, de conformidad con los requisitos y condiciones establecidos en dicho Decreto Legislativo. Asimismo, delega en PROREGION la responsabilidad de ser la contraparte del contratista y sumir la administración legal, técnica y financiera de los contratos que EL PROGRAMA origine.

Asimismo, el Gobierno regional transferirá, como aporte de capital de las municipalidades, la propiedad de obras ejecutadas de EL PROGRAMA a las EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS, según corresponda, y esta quedan obligadas a recibirlas, inmediatamente después que hayan sido recibidas de los contratistas, conforme el procedimiento que se señala en el Convenio Específico que suscriban las partes.

Como se puede apreciar de las competencias establecidas en el Convenio anteriormente mencionado, que obra en autos; PROREGION fue, y, es la responsable de la administración técnica, financiera, y, legal de los contratos de obra y que las prestadoras de servicio, en este caso SEDACAJ SA, limita su participación a la suscripción del contrato de obras para obtener el beneficio de reintegro tributario, en ese sentido tenemos como primera conclusión que, PROREGION tiene legitimidad para obrar en cualquier controversia derivados de los contratos de obra y de supervisión, incluyendo sus conexos, como vendría a ser el Sub Contrato Nominado.

Asimismo debe incorporarse dentro del marco normativo aplicable el Sub Contrato Nominado, suscrito el 17 de setiembre de 2013, suscrito en aplicación del literal b) de la subclaúsula 5.1 de las Condiciones Generales del Contrato, la

misma que señala que el Ingeniero (Consultor) podía ordenar al Contratista a que contrate mediante el Sub Contrato Nominado, en efecto, tal como se ha acreditado en autos se designó a la demandante I&SCGSA como subcontratista nominado de la obra al acreditarse la imposibilidad técnica y económica del contratista MESTRAL SAC/BM3 y ser aprobado por PROREGION, mediante Oficio N°1301-2013-GR.CAJ/PROREGION/DE del 30 de octubre del 2013, esta aceptación tiene condiciones distintas al contrato principal, al ser explícita la incapacidad técnica y económica de la empresa BM3/Mestral (contratista principal), ante lo cual debían optar por resolver el contrato o intervenir el contrato, para la ejecución de la obra, optando la entidad por la segunda posibilidad, es así que interviene la obra e imponen a BM3/MESTRAL a nombrar un subcontratista, esto se encuentra debidamente desarrollado en la resolución No. 02.

Resulta importante también en este aspecto normativo la denominada Acta de Acuerdos de Liquidación de Obra suscrito el 27 de julio de 2016, entre el Consultor NJS y la demandante al culminar la revisión de la RVD de la totalidad de las obras, y, que fuera presentada por el Consultor a la Entidad el 03 de agosto de 2016, mediante Carta No NJS/CAJ-DP-233-2016, asimismo debe tenerse en cuenta el Informe Técnico presentado por el Consultor NJS, entregado el 05 de enero de 2017, mediante Carta No NJS/CAJ-DP-001-2017.

## VIII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS MATERIA DE LITIS.

Como se ha indicado corresponde resolver los siguientes puntos controvertidos materia de Litis:

**1. Primer punto controvertido:**

> *"Determinar si corresponde o no que la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, pague a la demandante la suma de S/ 1,601,447.15 Soles correspondiente a la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva – Grupo B, efectuada por el Ingeniero NJS SUCURSAL DEL PERU, según acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016, liquidación que ha quedado consentida.*

*Asimismo, determinar si corresponde o no adicionar los intereses hasta la fecha efectiva del pago"*

**ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA:**

Preliminarmente debemos señalar que la contestación a la demanda por parte de la Procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca, y, de PROREGION, se sustentan en las mismas argumentaciones, hechos y medios probatorios, razón por la cual nos referiremos a la misma, como la posición de la entidad demandada.

En ese sentido la demandada respecto del primer punto controvertido señala que en el Acta de Acuerdos de fecha 27 de julio de 2016, se incluye un cuadro de liquidación por Empresa (BM3 Obras y Servicios S.A., Mestral SAC e I&SCG S.A.) y se establece un monto de S/. - 1'755,439.79 para BM3 Obras y Servicios y S/. 1'601,447.16 para la demandante. Señala además que este es un cuadro resumen y que la demandante debería presentar el desagregado con el sustento pertinente, lo que no ha hecho. Asimismo indica que siendo el contrato uno solo y a pesar que varias empresas han participado en la ejecución de la obra, el mismo a pesar de ser por fases, debe tener una sola Relación Valorada Definitiva, la que se realizará cuando se den por concluidas todas las obras, por ende no existe razón valedera alguna para considerar que esta liquidación parcial está consentida y debe ser pagada a su favor inmediatamente, siendo un razonamiento alejado a lo estipulado en el propio Acuerdo Contractual de fecha 09 de julio de 2010 en concordancia con la Sub Cláusula 14.11 del contrato suscrito, referidas a una relación valorada final por la **totalidad** de las obras del Grupo "B" y cuyas diferencias sean zanjadas de acuerdo a la Cláusula 20, y por tanto esta pretensión deviene en improcedente y/o infundada.

**ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE:**

Por otro lado, la demandante señala que el origen del problema es la errónea interpretación y aplicación por parte de la demandada del sub contrato nominado, lo que trajo como consecuencia que la obra quedara paralizada por responsabilidad exclusiva de PROREGION, pues no cumplió con sus obligaciones, reteniendo ilegalmente el patrimonio derivado del trabajo en la obra

materializado en valorizaciones o relaciones valoradas finales y/o definitivas del demandante.

Señala el demandante, que se le designó como subcontratista nominado de la obra materia de litis, al acreditarse la imposibilidad técnica y económica del contratista MESTRAL SAC/BM3 y ser aprobado por PROREGION mediante Oficio N°1301-2013 GR.CAJ/PROREGION/DE del 30 de octubre del 2013, y que esta aceptación tenia condiciones distintas al contrato principal, al ser explícita la incapacidad técnica y económica de la empresa BM3/Mestral (contratista principal), ante lo cual tenía dos opciones: la primera resolver el contrato y la segunda, intervenir el contrato para la ejecución de la obra, optando la entidad por la segunda posibilidad, es así que interviene la obra e imponen a BM3 a nombrar un subcontratista. En ese contexto la demandante tiene acceso como subcontratista nominado a esta obra en condición de instrumento de intervención dada la potestad de la entidad, situación que fue aceptada en condiciones especiales y distintas al contrato matriz.

Las obligaciones asumidas por el demandante, en este subcontrato, señalaban ejecutar los trabajos del saldo de obra y del levantamiento de observaciones o corrección de defectos de toda la obra contratada, así lo señala en el objeto del mencionado sub contrato en su cláusula segunda:

> *"Por el presente documento EL CONTRATISTA contrata los servicios de "EL SUBCONTRATISTA NOMINADO", para que: a) Ejecute, a precios unitarios, el saldo de obra de Infraestructura Sanitaria establecida para la ciudad de Hualgayoc, Bambamarca, Chota y Cutervo del Departamento de Cajamarca, de acuerdo a los requerimientos técnicos definidos en el proyecto (Expediente Técnico) materia del Contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A., y de acuerdo al saldo de obra. b) En la etapa de Notificación de Defectos del Contrato, ejecute la totalidad de trabajos referentes al levantamiento de observaciones o corrección de defectos de toda la obra contratada, sin que ello implique exoneración de las responsabilidades que puedan corresponder a BM3/MESTRAL. c) Correspondiendo las obras, materia del presente Sub contrato, a la etapa*

*final de El Contrato, incluyendo el periodo de notificación de defectos, EL CONTRATISTA, cumpliendo el objetivo del subclausula 4.5 de El Contrato, acepta expresamente la Cesión del presente Subcontrato a favor de El Cliente, la que se formalizara con la sola aceptación de El Cliente, por lo que en tal caso las prestaciones del Subcontratistas Nominado se entenderán directamente con El Cliente."*

Por otro lado, la cláusula tercera define el alcance del contrato, diferenciando las responsabilidades del contratista (BM3 /Mestral) y el Subcontratista Nominado (I&SCGSA):

*"El CONTRATISTA mantiene sus responsabilidades con El Cliente derivadas del contrato de Obra N°047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A, EL SUB CONTRATISTA NOMINADO, será responsable ante El Cliente (PROREGION) únicamente* ***de los trabajos ejecutados en virtud del presente Subcontrato y durante su participación en el mismo****. EL SUBCONTRATISTA NOMINADO, ejecutará los trabajos referentes a la corrección de todas las observaciones pendientes y necesarias para poner en funcionamiento el sistema integral materia de la ejecución de la obra por parte de EL CONTRATISTA, incluyendo las que correspondan a defectos de El Contratista,* ***pero no asumirá la responsabilidad de El Contratista por estas.***"

Señala el demandante que, conforme a ello están diferenciadas las responsabilidades de multa por atraso de los plazos que se aplican contra el Contratista, no pudiéndose aplicar estas contra los trabajos ejecutados por el subcontratista (demandante) en cumplimiento de las cláusulas segunda y tercera del Sub contrato nominado.

Señala además el demandante que los derechos de la empresa como subcontratista, se derivan del cumplimiento de sus obligaciones, por ello la compensación por saldo de obra y por corrección de observaciones bajo la forma de valorizaciones, que han sido tramitados ante la entidad como Certificados de pago a cuenta y Relaciones Valoradas Finales o Definitivas o cualquiera fuera

su denominación, significa que determinan la devolución de su inversión para la ejecución de los trabajos, que es su patrimonio, en forma inmediata, conforme lo señala la cláusula sétima, y no como mal interpreta la entidad demandada sujeta al plazo de 56 días, del contrato principal, en mayor argumentación cita textualmente la cláusula sétima del subcontrato:

> *"EL SUBCONTRATISTA NOMINADO presentara las valorizaciones por todo concepto (obra y corrección de observaciones) directamente a la Entidad, (PROREGION) la misma que tendrá que haber sido previamente revisada por la empresa Supervisora (NJS Sucursal Perú) una vez se cuente con la conformidad de esta última, será tramitada a la Entidad (PROREGION) para el pago correspondiente..."*

En función a ello sostiene que no cabe justificación para el no pago de los trabajos ejecutados por el demandante.

En ese sentido señala el demandante que conforme a lo expuesto y de acuerdo a lo establecido en las cláusulas segunda, tercera y sétima del Sub contrato nominado, no se ajusta a ley y a lo pactado contractualmente, que la entidad demandada, PROREGION, haya devuelto a NJS (el ingeniero) y este al contratista, mediante carta No. NJS/CAJ-DP-466-2015 de fecha 10 de noviembre del 2015, sus valorizaciones referidas a saldo de obra y corrección de observaciones de las ciudades de Chota y Hualgayoc, que fueran presentadas bajo la forma de Relación valorada definitiva porque, además, dichas ciudades cuentan con Certificado de Cumplimiento expedida por el Ingeniero (NJS) y el contrato principal en su cláusula 14.11 señala un plazo luego de emitido el Certificado de Cumplimiento para que se presente la Relación Valorada Definitiva, la que luego de aprobada por NJS, y pasó a la entidad para su respectivo pago.

Este procedimiento es inválido, conforme al contrato, pues se basa en una interpretación errónea de la cláusula 14.11 de las Condiciones particulares del Contrato (CPC), desconociendo arbitrariamente la existencia de las fases establecidas en el Contrato principal y en base a las cuales NJS emitió los

Certificados de Cumplimiento de las dos ciudades referidas y que PROREGION ha aceptado y convalidado porque así lo establece el Contrato.

Las fases de la Obra están establecidas en el punto 8.2 del apéndice al contrato: Fase 1: Hualgayoc; Fase 2: Cutervo y Bambamarca y Fase 3: Chota.

Conforme al Contrato NJS (el Ingeniero) cumplió con emitir Certificado de Recepción de obra y Certificado de Cumplimiento por Fases o ciudades. Así también tramitó las Relaciones Valoradas Finales de las Fases respectivas. En las RVD (relación valorada definitiva) ha incurrido en un desacierto al no cumplir con lo establecido en la cláusula 14.11 y devolver los documentos sin "haber emitido al cliente una certificación de pago a cuenta" como corresponde contractualmente; El hecho que PROREGION entienda que***: "el valor de todo el trabajo realizado en concordancia con el contrato***" sería de todas las tres Fases de las obras es una versión subjetiva e ilegal; no percatándose que lo mismo dice en la cláusula 14.10 de Relación Valorada Final, a la que sí han dado trámite de pago por Fases. Es decir, los criterios aplicados son contradictorios.

Señala la demandante que correspondía que NJS emitiera el certificado de pago como reconocimiento de su trabajo, conforme a la cláusula sétima del sub Contrato nominado; al margen de la interpretación de la cláusula 14.11 de las CPC del contrato principal; pues, no aplica al subcontrato nominado.

La empresa I&SCGSA mediante carta No. 201-201-GGI&SGCSA de fecha 10.11.2015, requirió a la entidad demandada, PROREGION para que cumpla con sus obligaciones y así poder terminar la obra de Cutervo, señalando:

> *"Actualmente, tenemos una obra prácticamente culminada con certificados de cumplimiento emitidos por el Ingeniero en correspondencia al contrato de obra (referencia b) Clausula 11.9 CGC, que dice: El cumplimiento de las obligaciones del contratista no deberá considerarse finalizada hasta que el Ingeniero haya emitido el Certificado de Cumplimiento; obras en funcionamiento integral operadas por las mismas empresas del agua potable y alcantarillado de las ciudades de*

*Bambamarca, Hualgayoc y Chota, con una obra de la ciudad de Cutervo prácticamente al 98% de avance, estando pendiente de culminación obras menores asociadas a la PTAR y Túnel Cutervo, esto se encuentra corroborado por los certificados de recepción, cumplimiento, y, de pago tramitados y aceptados por vuestra institución.*

*Frente a nuestro desempeño, nos preocupa la actitud continua de vuestra Representada de obstruir los certificados de pago de estricta obligación al contrato, como son la Relación Valorada Definitiva de las ciudades con certificado de cumplimiento, Cláusula 14.11 de las CGC; así mismo, como la liberación de los recursos asociados a la garantía de cumplimiento, en correspondencia a lo definido en la Cláusula 4.2 de las CPC, y, al mandato judicial firme, y, con calidad de cosa juzgada; recursos que con gusto les hubiésemos prestado para dar mayor agilidad a la obra. Además, de esta enorme acreencia del orden de S/ 15'000,000.00.*"

No obstante ello la entidad demandada PROREGION respondió mediante carta No. 030-2015-GR.CAJ/PROREGION de fecha 19 de noviembre del 2015, señalando que no correspondía el pago de las Relaciones Valoradas Definitivas de las ciudades de Chota y Hualgayoc en aplicación de la cláusula 14.11 de las CPC del contrato principal por lo que han sido devueltas al Ingeniero (NJS); y, con relación al pago de la valorización pendiente sería pagada el 30 de diciembre del 2015, al culminar el plazo de 56 días que permite el contrato principal, interpretando equivocadamente y aplicando el plazo señalado para el contratista en el contrato principal.

Señala el demandante que las interpretaciones incorrectas por parte de la entidad demandada, PROREGION y el Ingeniero NJS, trajeron como consecuencia que la obra se paralizara y se tenga que llegar a estas instancias para hacer valer sus derechos.

Mediante carta de fecha 03 de agosto del 2016 NJS (el ingeniero) remite a la entidad demandada PROREGION la carta No. NJS/CAJ-DP-233-2016 donde presenta la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva – Grupo B y emitiendo el certificado de pago a cuenta de la liquidación presentada, asimismo

con fecha 04 de agosto del 2016 NJS remite a PROREGION la Carta No. NJS/CAJ-DP-236-2016 en donde efectúa precisiones sobre la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva – Grupo B, siendo importante mencionar que con fecha 23 de agosto del 2016 NJS remite a PROREGION la Carta No. NJS/CAJ-DP-247-2016 en donde señala el Consentimiento de la liquidación de obra y/o Relación Valorada Definitiva y culminación de trabajos de consultoría – Grupo B.

Es por ello que con fecha 04 de agosto del 2016, la demandante I&SCGSA mediante carta No. 0057-2016-I&SCGSA/GG solicita el pago de la liquidación de obra, en la parte que no ha sido materia de controversia y que asciende a la suma de S/. 1,601,447.15 Nuevos Soles.

Continua la demandante señalando que, en efecto la mencionada carta de fecha 03 de agosto del 2016, No. NJS/CAJ-DP-233-2016, en donde NJS (el ingeniero) remite a la entidad demandada PROREGION la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva – Grupo B y emitiendo el certificado de pago a cuenta de la liquidación presentada, señala que se habían culminado los trabajos en las Ciudades de Hualgayoc, Bambamarca y Chota las que cuentan con certificado de cumplimiento emitido por NJS, estando inconclusos solo los trabajos en la ciudad de Cutervo por el abandono efectuado por la demandante I&SCGSA, por el incumplimiento de la demandada PROREGION, como se ha descrito líneas arriba. En consecuencia, de acuerdo a lo establecido en la sub cláusula 14.11 de las condiciones particulares del contrato corresponde practicar la liquidación de obra y que correspondería tomarlos como la Relación Valorada Definitiva.

Los sustentos de dicha liquidación son:

- Mediante Oficio No. 1301-2013-GR.CAJ/PROREGION/DE se da conformidad a la designación del Sub contratista Nominado materia del contrato No. 047-2010-GG/EPS SEDACAJ SA, asimismo mediante oficio No. 744-2011-GR.CAJ/PROREGON/DE se da conformidad al pedido de la empresa Contratista BM3 Obras y Servicios SA. De girar todo pago proveniente del contrato de obra el Grupo B hasta la liquidación final de la obra a favor de la empresa I&SCGSA.

- Cláusula segunda, inciso c) del Sub Contrato Nominado que señala en su parte final que las prestaciones del sub contrato nominado se entenderán directamente con el Cliente, es decir PROREGION.
- La cláusula cuarta precisa que las partes convienen que el Contratista reconocerá al Sub Contratista Nominado como prestación por sus servicios el 100% del costo directo de los precios unitarios del contrato principal y adicionales de obra aprobadas o que aprueben a futuro el propietario por conceptos de costo de producción, más el 100% de los costos por concepto de gastos generales, utilidad e IGV.
- En la cláusula sétima del Sub contrato Nominado se señala que se presentaran las valorizaciones por todo concepto directamente a la entidad, la misma que tendrá que haber sido revisada por la empresa supervisora, NJS, una vez que se cuente con la conformidad de esta última será tramitada a la entidad PROREGION para el pago correspondiente, la misma que será cancelada con cargo a los saldos del contratista y en estricta correspondencia a lo definido en el numeral 5.1 de la cláusula 5, de las condiciones generales del contrato y lo definido en la transacción extrajudicial y cesión de derechos de cobranza.

En consecuencia señala la demandante que empresa cumplió con presentar con fecha 25 de julio del 2016, la liquidación final por los trabajos ejecutados en las obras de saneamiento del grupo B y existiendo controversias en lo que corresponde al alcantarillado de la ciudad de Cutervo, a las penalidades aplicadas a las ciudades de Chota y Cutervo, es que se suscribe el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016 en donde se deja constancia de los acuerdos con NJS, en ese sentido la liquidación final de obra y/o relación valorada definitiva de las obras del Grupo B, ejecutadas en el marco del contrato principal y del sub contrato nominado corresponde el pago de la suma de S/. 1,601,447.16 Soles, monto que no se encuentra en controversia conforme al acta de acuerdo mencionada. Más aún cuando dicha liquidación ha quedado consentida.

En ese sentido la empresa con fecha 04 de agosto del 2016 requirió a la entidad demandad dicho pago mediante carta No. 0057-2016-I&SCGSA/GG, adjuntando la factura correspondiente No. E001-57, del 04 de agosto del 2016.

## MARCO LEGAL DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

EL Tribunal Arbitral considera pertinente previo al análisis de fondo de la presente controversia, delimitar el marco legal aplicable, teniendo en consideración los hechos expuestos por las partes, en este sentido corresponde analizar en primer lugar lo que prescribe el contrato marco materia de Litis, las condiciones generales del contrato, las condiciones particulares del mismo y el subcontrato nominado respecto de este tema en concreto, relacionado con la relación valorada definitiva (RVD), con obligaciones de pago, obligaciones y derechos del ingeniero, cliente contratista y contratista nominado, así como las certificaciones para el pago, actualizaciones (fórmulas polinómicas) y pago de intereses; finalmente el acta de acuerdo amistoso, para a la luz de los mismos analizar lo expuesto y probado por las partes, en ese sentido tenemos:

- **Contrato de obra No. 047.2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

Acuerdo de pagos por trabajos

*3. En contra prestación de los pagos que serán efectuados por EL CONTRATANTE a EL CONTRATISTA, tal como se menciona a continuación, EL CONTRATISTA por el presente acuerda con EL CONTRATANTE ejecutar y completar las Obras y subsanar los defectos de conformidad con las disposiciones del Contrato.*

- **Apéndice del Contrato.**

Tasas de Interés por Pagos Atrasados

*14.8 Se utilizará la tasa de interés legal emitida por el Banco Central de Reserva.*

- **Condiciones Generales del Contrato**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

Reclamación por pagos

*2.5 Reclamaciones del Cliente*

*Si el Cliente se considera con derecho a cualquier pago o a la ampliación del periodo de notificación de defectos, según cualquier cláusula de las presentes Condiciones o de cualquier otra estipulación en relación con el Contrato, el Cliente o el Ingeniero lo deberá notificar y detallar al Contratista. Sin embargo, no es necesario realizar notificación alguna con relación a los pagos contemplados en la Subcláusula 4.19 (Agua, gas y electricidad), en la Subcláusula 4.20 (Equipos y Materiales aportados por el Cliente), o derivados de cualquier otro servicio solicitado por el Contratista.*

*La notificación deberá remitirse tan pronto como sea posible, una vez que el Cliente tenga conocimiento del suceso o circunstancia que da lugar a la reclamación. Cualquier notificación relacionada con la ampliación del periodo de notificación de defectos, deberá realizarse antes de que expire dicho periodo.*

*La información detallada deberá especificar la Cláusula de estas Condiciones, u otras razones, en que se basa la reclamación, e incluirá la justificación de la cantidad o ampliación a la que el Cliente se considere con derecho. El Ingeniero procederá entonces de acuerdo con lo establecido en la Subcláusula 3.5 (Decisiones), a alcanzar un acuerdo o decidir sobre (i) el importe que el Contratista deba pagar al Cliente, o (ii) la ampliación del periodo de notificación de defectos de acuerdo con la Subcláusula 11.3 (Ampliación del Periodo de Notificación d Defectos).*

(Certificación para pagos).
*Este importe, puede incluirse como una deducción en el Precio Contractual y en las Certificaciones de Pago. El Cliente solo tendrá derecho a oponerse a, o hacer una deducción de una cantidad certificada en una Certificación de Pago, o reclamar cualquier otro asunto al Contratista, de acuerdo con lo establecido en la presente Subcláusula.*

Decisiones del Ingeniero
*3.5 Decisiones*

*Siempre que las presentes Condiciones dispongan que el Ingeniero deba proceder de acuerdo con lo establecido en esta Subcláusula, para llegar a un acuerdo o decidir sobre un asunto, éste deberá consultar con cada una de las Partes para alcanzar un acuerdo. Si no lo consigue, el Ingeniero decidirá en justicia, de acuerdo con lo establecido en el Contrato y considerando todas las circunstancias pertinentes,*

*El Ingeniero deberá notificar a ambas Partes cada acuerdo o decisión, junto con información detallada complementaria. Cada una de las Partes deberá aceptar y proceder con arreglo a cada acuerdo o decisión hasta y salvo que se revise según lo establecido en la Cláusula 20 (Reclamaciones, Discrepancias y Arbitraje).*

*5. Subcontratista Nominado*

*5.1 Definición de "Subcontratista nominado"*

*En el Contrato, se entiende por "Subcontratista nominado" a un Subcontratista:*

*b) aquella persona, que el Ingeniero, según lo estipulado en la cláusula 13 (cambios y ajustes), ordena al Contratista que emplee como Subcontratsita.*

*5.3 Pago a los Subcontratistas nominados*

*El Contratista deberá abonar al Subcontratista nominado las cantidades que el Ingeniero certifique como adeudadas, de acuerdo con el subcontrato. Estas cantidades junto con otros cargos, se incluirán en el Precio Contractual de acuerdo con lo establecido en el apartado (b) de la Subcláusula 13.5 (Partidas provisionales), excepto en lo que se contempla en la Subcláusula 5.4 (Justificación de los pagos).*

*5.4 el Cliente podrá (a su único arbitrio) abonar directamente al Subcontratista parte o la totalidad de las cantidades previamente certificadas (menos las deducciones aplicables) y adeudadas al Subcontratista, y sobre las que el Contratista no remitió las pruebas descritas en los apartados (a) o (b) anteriores. En este caso, el Contratista deberá abonar al Cliente la cantidad que éste hubiera pagado directamente al Subcontratista.*

- **Condiciones particulares del contrato**

  Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*3. El Ingeniero*

*3.1. Autoridad y Obligaciones del Ingeniero*

*El Cliente deberá designar al Ingeniero que desempeñará las obligaciones que el Contrato le asigna. El Personal del Ingeniero deberá estar formado por ingenieros convenientemente cualificados y por otros profesionales competentes para desempeñar dichas obligaciones.*

*El ingeniero no tendrá autoridad alguna para modificar el Contrato.*

*El ingeniero ejercerá la autoridad que se le atribuye en el Contrato o que se derive necesariamente del mismo. En caso de que se requiera que el ingeniero deba obtener la aprobación del Cliente antes de ejercer una autoridad específica, estos requerimientos se harán de acuerdo con lo indicado en las presentes Condiciones Generales. El cliente se compromete a no imponer restricciones adicionales a la autoridad del ingeniero, excepto en lo que acuerde con el Contratista.*

*Sin embargo, siempre que el ingeniero ejerza una autoridad específica, para que la aprobación del cliente sea necesaria, se considerará (a efectos del Contrato) que el cliente ha dado su aprobación.*

*El ingeniero deberá obtener la aprobación específica del cliente antes de tomar cualquiera de las acciones especificadas a continuación:*

a) *Aceptar la subcontratación de cualquier parte de las obras en virtud de la cláusula 5;*
b) *Determinar una ampliación de plazo en virtud de la cláusula 8;*
c) *Emitir una variación en virtud de la cláusula 13, excepto, en una situación de emergencia, según lo determine razonablemente el ingeniero; o*
d) *Fijar tarifas o precios en virtud de la Cláusula 12.*
e) *No obstante la obligación de obtener aprobación, tal como se estipula líneas arriba, si en la opinión del ingeniero, se produce una emergencia que afecta la seguridad de vidas humanas o la seguridad de las Obras o de propiedades adyacentes, él podrá, sin relevar al contratista de ninguna de sus obligaciones ni responsabilidades den virtud del Contrato, instruir a dicho Contratista para que ejecute todas las obras o realice todo aquello*

*que, en opinión del ingeniero, sea necesario para eliminar o reducir el riesgo. El Contratista deberá cumplir inmediatamente con las instrucciones del ingeniero, a pesar de no contar con la aprobación del cliente. El Ingeniero determinará un incremento en el Monto del Contrato con respecto a dichas instrucciones, en concordancia con la Cláusula 12, y notificará al Contratista de ello, enviando una copia al cliente.*

*f) El Ingeniero no requiere la aprobación específica del Cliente para emitir una instrucción al contratista de incremento o disminuir la cantidad de obra en los casos que tales incrementos o disminuciones sean resultado de que las cantidades son mayores o menores a aquellas previstas en la tabla de cantidades y presupuesto de la correspondiente partida.*

*g) Cualquier aprobación, comprobación, consentimiento, examen, inspección, instrucción, notificación, prueba o acto similar realizado por el Ingeniero (incluida la ausencia de desaprobación) no dispensará al Contratista de cualquier responsabilidad por errores, omisiones, discrepancias e incumplimientos.*

*3.3. Instrucciones del Ingeniero*

*Las instrucciones y órdenes dictadas por el Ingeniero o por Representante del Ingeniero, así como las consultas y solicitudes formuladas por el Contratista deberán constar por escrito en el Cuaderno de Obra que debidamente foliado y enumerado en todas sus páginas, con original y 3 copias legalizado previamente por el Notario de la localidad, será sellado y firmado en todas sus páginas por el Ingeniero o el Representante del Ingeniero y el Contratista o su representante legal. El Cuaderno de Obra se abrirá al comienzo de osa Obra y constituye el documento legal donde se anotarán obligatir5iamernte todas las ocurrencias respecto a la ejecución de la Obra.*

*13.8Ajustes por cambios del Coste*

*13.8.1 Ajuste de Precios*

*...Aplicando el sistema de la fórmula Polinómica al mes del certificado de Pago a Cuenta respectivo y únicamente a la parte sujeta a pago en moneda nacional..."*

*14.8 Pagos atrasados*

*En caso de incumplimiento del Clientes en realizar el pago dentro de los plazos especificados en la Sub Cláusula 17.7, éste deberá pagar al Contratista intereses usando la(s) tas(S) especificada(s) en el Apéndice del Contrato para todas las sumas no pagadas en la fecha en la cual debieron haber sido canceladas, en las monedas en las cuales se debía realizar el pago. Lo estipulado en esta Sub Cláusula no perjudicará los derechos del Contratista en virtud de la Cláusula 16 o cualquier otro derecho.*

14.7 Pago

*"...El monto adeudado al Contratista en virtud de cualquier certificado de pago a cuenta emitido por el ingeniero de conformidad con esta cláusula o cualquier otra condición del contrato deberá ser pagada por el Cliente al Contratista dentro de los 56 días posteriores a la fecha en la que el ingeniero haya emitido los certificados de pago a cuenta. En el caso del certificado de pago final, de conformidad con la sub cláusula 14.13, dentro de los 56 días siguientes de la presentación del contratista para certificación de ingeniero, de la relación valorada definitiva convenida y la declaración por escrito que establece la sub cláusula 14.12"*

14.10, Relación Valorada final

*"...En un plazo o mayor de 84 días después de la emisión del certificado de recepción de la totalidad de las obras, el contratista presentará al Ingeniero una relación valorada final, en el número de copias especificadas en el Apéndice del Contrato, con documentos de respaldo y en el formato aprobado por el ingeniero, donde se muestre detalladamente:*

*(a) El valor final de todo trabajo realizado en concordancia con el Contrato hasta la fecha estipulada en el Certificado de Recepción;*

*(b) Cualquier suma adicional que el Contratista considere se le adeuda; y*

*(c) Un estimado de los montos que el Contratista considera que se le deberán pagar en virtud del contrato.*

*Los montos estimados se mostrarán de manera separada en dicha relación valorada final. El Ingeniero certificará el pago en concordancia con la sub cláusula 14.6"*

14.11 Solicitud de la certificación de Liquidación Definitiva

*"En un plazo no mayor de 56 días después de la emisión del certificado de cumplimiento de conformidad con la sub Cláusula 11.9, el Contratista presentará a consideración del Ingeniero una propuesta de la Relación Valorada Definitiva, en el número de copias especificado en el Apéndice del Contrato, con los documentos de respaldo y en el formato aprobado por el Ingeniero, donde se muestre de manera detallada:*

*(a) El valor de todo el trabajo realizado en Concordancia con el Contrato; y*

*(b) Cualquier suma adicional que el Contratista considere que se le adeude en virtud del Contrato o por cualquier otro motivo.*

*En caso que el Ingeniero discrepe con cualquier parte de la propuesta de la Relación Valorada Definitiva o no pueda verificar alguna parte de la misma, el Contratista deberá presentar la información adicional que el ingeniero razonablemente solicite y deberá modificar la propuesta de acuerdo con os cambios acordados por ambos. Luego, el Contratista deberá preparar y presentar al Ingeniero la Relación Valorada Definitiva según lo acordado (denominada para efectos de estas Condiciones la "Relación Valorada Definitiva")."*

*Si después de la discusión entre el ingeniero y el contratista y de cualquier cambio de la propuesta de la relación valorada definitiva que se hubiera acordado entre ellos, se hace evidente que existe una controversia, el ingeniero emitirá al Cliente una certificación de pago a cuenta para aquellas partes de la propuesta de la Relación Valorada Definitiva sobre las que no exista controversia.*

*La controversia deberá ser zanjada de conformidad con la Cláusula 20. La Relación Valorada Definitiva será acordada luego de zanjada la controversia.*

- **Subcontrato nominado de fecha 17 de setiembre del año 2013**

  Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

Cláusula segunda , literal c), que señala *"Correspondiendo a las obras, materia del presente sub contrato, a la etapa final de El Contrato, incluyendo el periodo de notificación por defectos, EL CONTRATISTA, cumpliendo su objetivo del subcláusula 4.5, de El Contrato, acepta expresamente la cesión*

*del presente Sub contrato a favor del Cliente, la que se formalizará con la sola aceptación del cliente, por lo que en tal caso las prestaciones del Subcontratista Nominado se entenderán directamente con el Cliente".,*

Cláusula cuarta, señala en su segundo párrafo *"Las partes de común acuerdo convienen que EL CONTRATISTA reconocerá e EL SUBCONTRATISTA NOMINADO como contraprestación por sus servicios el 100% del Costo Directo de los precios unitarios de El contrato principal y adicionales de obra aprobados o que apruebe a futuro el propietario por concepto de costo de producción, más el 100% de los costos por concepto de Gastos General y Utilidad e IGV, dando un total de 100% del contrato principal"*, y el cuarto párrafo señala: "*El monto a reconocer por correcciones y levantamiento de observaciones, será el que determine la supervisión (NJS Sucural del Perú) y, sea aceptado por el subcontratista Nominado",*

Cláusula sétima que señala respecto al pago que: *"El subcontratista nominado presentará las valorizaciones por todo concepto (obra y corrección de observaciones) directamente a la entidad, la misma que tendrá que haber sido previamente revisada por la empresa supervisora (NJS Sucursal del Perú) una vez se cuente con la conformidad de esta última, será tramitada a la entidad (PROREGION) para el pago correspondiente, las mismas que serán canceladas con cargo a los saldos de EL CONTRATISTA y en estricta correspondencia a lo definido en el numeral 5.1 de la cláusula 5 de las CGC y lo definido en la transacción extrajudicial y cesión de posición contractual anexa al presente subcontrato.*

*El SUBCONTRATISTA NOMINADO luego de la culminación del objeto del contrato entregará los saldos dinerarios que pudieran existir al CONTRATISTA, previo a la cancelación de la totalidad de las deudas a los acreedores, quienes facturaran directamente al SUBCONTRATISTA NOMINADO"*

- Acta de Acuerdos, Liquidación de Obra, del contrato No. 047-2010-GG/EPS SEDACAJ SA.

Respecto del mismo corresponde tener presente que es el documento en donde consta el acuerdo sobre los metrados y cálculos de los trabajos ejecutados vs. los pagos realizados, habiendo sido conciliadas la liquidación de Hualgayoc, de Bambamarca, de Chota y de Cutervo, solo en relación al componente agua potable y conforme a ello el resultado de la liquidación arrojó un saldo a favor de I&SCGSA de S/. 1,601,447.16.

**ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

El Tribunal Arbitral luego de revisar y exponer los argumentos de las partes en primer lugar declara que conforme obra en autos y se refirió en las consideraciones preliminares en el presente laudo, se ha verificado la legitimidad de la demandante I&SCGSA y de PROREGION en el contrato materia de litis, así como la legalidad del sub contrato nominado y los derechos y obligaciones derivados del mismo, ello en razón a que gran parte de los argumentos esgrimidos por la entidad demandada en su defensa están referidos a los temas de forma, respecto a la titularidad de la demandante para ser parte en el presente proceso y como tal exigir las prestaciones reclamadas que son materia controvertida.

Por otro lado es menester señalar que la entidad demandada, sustenta su oposición al pago reclamado por el demandante en base a dos argumentos, el primero de ellos relacionado a que la Relación valorada definitiva (RVD) no ha sido aprobada por ellos, conforme al Contrato principal, porque las obras no han sido concluidas en su totalidad, y el segundo argumento referido a que debió ser presentada en forma desagregada o con sustentos pertinentes, pues en el Acta de Acuerdos, de fecha 27 de julio de 2016, se incluye un cuadro de liquidación por Empresa (BM3 Obras y Servicios S.A., Mestral SAC e I&SCG S.A.) y se establece un monto de S/. 1'755,439.79 para BM3 Obras y Servicios y S/. 1'601,447.16 para la demandante, indicando que este es un cuadro resumen y que la demandante debería presentar el desagregado con el sustento pertinente.

Conforme a ello debemos señalar que la entidad demandada no cuestiona el monto reclamado fundamentando su negativa al pago en la no aprobación y el

no tener desagregado los montos reclamados, en ese sentido corresponde analizar cada uno de dichos supuestos.

En relación a la aprobación para tramitar el pago, corresponde analizar el contrato nominado, citado anteriormente como parte del marco legal para resolver la presente controversia, el cual en la cláusula de pago (sétima) no señala como requisito la autorización de la Entidad, menos aún, si por propia declaración del Consultor NJS, mediante Carta No NJS/CAJ-DP-247-2016, entregada notarialmente a PROREGION, el 24 de agosto de 2016, tal como obra de autos (anexo 15 del escrito de demanda), la Relación Valorada Definitiva quedo consentida, por tanto las obligaciones que esta contiene, entre ellas el saldo a favor S/. 1'601,447.15; en efecto conforme obra en autos la cláusula sétima del subcontrato nominado señala:

> *"EL SUBCONTRATISTA NOMINADO presentara las valorizaciones por todo concepto (obra y corrección de observaciones) directamente a la Entidad, (PROREGION) la misma que tendrá que haber sido previamente revisada por la empresa Supervisora (NJS Sucursal Perú) una vez se cuente con la conformidad de esta última, será tramitada a la Entidad (PROREGION) para el pago correspondiente..."*

En ese sentido el Tribunal Arbitral considera que conforme las partes pactaron en el contrato (cláusula 1, del contrato marco; 2.5, 3.5, 5, 5.3, 5.4, de las condiciones generales del contrato; 3,3.1, 3.3, 13.8, 13.8.1, 14.8 14.11, de las condiciones particulares del contrato), no se requería la conformidad de la entidad para el pago, quedando de esta forma desvirtuada la afirmación de la entidad, en efecto, de conformidad con el artículo 1361 del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y en ese sentido este artículo recoge el principio pacta sunt servanda el cual significa que los acuerdos entre las partes o pactos deben cumplirse en sus propios términos, no pudiendo exigirse algo distinto de lo convenido salvo que ellas mismas, expresa o tácitamente acuerden modificar los alcances de lo convenido, en consecuencia queda claramente determinado no se requería la conformidad de la entidad demandada para el pago.

En relación al segundo cuestionamiento referido a que el monto no se encuentra debidamente desagregado, es menester señalar que el Acta de Acuerdos de Liquidación de Obra suscrito el 27 de julio de 2016, entre el Consultor NJS y la demandante (anexo 07 de la demanda) contiene, la RVD de la totalidad de las obras y contiene el pago resultante a favor del demandante, conforme a lo expresado en el "cuadro de liquidación de obras por empresas" que se encuentra en la página 3 de la indicada acta, muestra el resultado de la totalidad de partidas ejecutadas, asimismo mediante Carta No NJS/CAJ-DP-233-2016, de fecha 03 de agosto de 2016, (anexo 13 de la demanda) presentada por el Consultor NJS a la Entidad, en donde se adjunta la Liquidación de Obra y/o Relación Valorada definitiva– Grupo B, asimismo obra en autos la carta No. NJS/CAJ-DP-"$/-2016 de fecha 23 de agosto del 2016 (anexo 15 de la demanda), en donde se declara el consentimiento de liquidación de obra y/o Relación Valorada definitiva y culminación de trabajos de consultoría – Grupo B, asimismo mediante Carta No 0057-2016-I&SCGSA/GG, entregada tanto al Consultor, como a la Entidad demandada con fecha 05 de agosto de 2016, (anexos 16 y 17 de la demanda), la demandante requiere el pago correspondiente conforme a lo establecido en la cláusula sétima del Sub Contrato Nominado, anteriormente citado, en el marco normativo, en conjunto en dichos documentos consta el desagregado que la entidad demandada señala no existe, quedando desvirtuado con ello dicha afirmación.

En mayor abundamiento podemos mencionar que el Contrato de obra referido contempla el procedimiento que debe seguir el Ingeniero (Supervisor NJS) para la liquidación final o Relación Valorada Definitiva, así está definido en la cláusula 14.11 de las Condiciones Particulares del Contrato (ello a margen de lo estipulado las cláusulas s 3, 3,1, 3.3 referidas a la autoridad y obligaciones del ingeniero y a sus instrucciones, lo que a su vez debe concordarse con la cláusula 3.5, decisiones del ingeniero, contenido en las Condiciones Generales del Contrato), antes citadas en el marco legal aplicable a la presente controversia.

Para esta Liquidación se ha tenido en consideración lo solicitado por PROREGION mediante Oficio N°666-2016-GR.CAJ/PROREGION/UI de fecha 15.07.2016 para considerar las multas del 10% derivadas de incumplimientos de

plazo en la ejecución de la obra que había puesto en consideración la Contraloría General de la República en su Informe N° 491-2015-CG/MPROYEE; situación que fue incorporada, en lo pertinente, en la liquidación final o RVD de la Supervisión (anexo 4, del escrito de absolución de contestación de la demanda).

En este orden de ideas queda claro que el ingeniero es el único autorizado a efectuar la liquidación de la obra o Relación Valorada Definitiva. Por ello dicha empresa supervisora en comunicación a PROREGION sobre el consentimiento de liquidación de obra del Grupo B, mediante Carta N° NJS/CAJ-DP-281-2016 de fecha 21.09.2016 señaló: "como *se aprecia del contrato de obra, PROREGION le ha delegado la facultad al Ingeniero de practicar las relaciones valoradas finales y definitivas(liquidaciones), además de ser una obligación que forma parte del contrato de consultoría, sin que medie aprobación de PROREGION para el pronunciamiento. En nuestra comunicación anterior, procedimos a otorgar 15 días a fin de establecer un derecho similar para el contratista, pero en realidad esto no era necesario, pues como hemos dicho, la delegación ya está otorgada"*

La entidad demandada PROREGION señala desconocer la liquidación de la obra, indicando que ha sido efectuada solo por la demandante, no obstante obra en autos copias de las Cartas N° NJS/CAJ-DP-145-2016 de fecha 29.04.2016; N° NJS/CAJ-DP-080-2016 de fecha 18.02.2016 y N° NJS/CAJ-DP-342-2015 de fecha 14.09.2015 alcanzando las liquidaciones o Relaciones Valoradas Definitivas (RVD) de las ciudades de Chota, Hualgayoc y Bambamarca, las que fueran devueltas por PROREGION aduciendo que NJS ( El ingeniero ) debería practicar la liquidación final integral de las cuatro ciudades, mediante Oficio N° 471-2015-GR.CAJ/ PROREGION/UI, con ello se demuestra que PROREGION si tuvo conocimiento, y solicito se practique la liquidación final o Relación Valorada Definitiva (RVD).

Finalmente debemos tener presente que tres de las cuatro ciudades, cuentan con Certificados de Cumplimiento, desde el año 2015, por lo tanto, conforme a lo estipulado en el contrato, las obras están terminadas y aceptadas por la Supervisión y la entidad contratante, mucho antes de practicarse liquidación

final, obran en autos copia de los Certificados de Cumplimiento expedidos para las tres ciudades (Anexo 7, del escrito de absolución de contestación de demanda).

En ese orden de ideas resulta claro y está probado en autos, que la demandante cumplió con presentar con fecha 25 de julio del 2016, la liquidación final por los trabajos ejecutados en las obras de saneamiento del grupo B y existiendo controversias, en lo que corresponde al alcantarillado de la ciudad de Cutervo, a las penalidades aplicadas a las ciudades de Chota y Cutervo, es que suscriben el acta de acuerdos, de fecha 27 de julio del 2016, en donde se deja constancia de los acuerdos con el ingeniero NJS, en ese sentido la liquidación final de obra y/o relación valorada definitiva de las obras del Grupo B, ejecutadas en el marco del contrato principal y del sub contrato nominado, se determina que corresponde el pago al demandante de la suma de S/. 1,601,447.16 Soles, de lo cual no existiría controversia conforme al acta de acuerdo mencionada, más aún cuando dicha liquidación ha quedado consentida, como lo demostramos anteriormente.

En este extremo es necesario precisar lo que estipula el contrato respecto de una cantidad certificada o certificación de pago, en ese sentido conforme lo estipula la cláusula 14.11 de las condiciones particulares del contrato, referidas a la certificación de liquidación definitiva (citada y transcrita en el punto que delimita el marco legal aplicable al presente punto controvertido) señala que *"cuando se hace evidente que existe una controversia, el ingeniero emitirá a el cliente una certificación de pago a cuenta para aquellas partes de la propuesta de la Relación Valorada Definitiva sobre las que no exista controversia. La controversia deberá ser zanjada de conformidad con la cláusula 20. La Relación Valorada Definitiva será acordada luego de zanjada la controversia."* En ese sentido queda claro que la RVD recién queda firme con el presente laudo arbitral y pasa a ser una certificación de pago otorgada en defecto del ingeniero por el Tribunal Arbitral al momento de resolver la controversia en este punto, por lo tanto la misma debe ser objeto de un ajuste por cambios del coste, conforme a lo estipulado en la cláusula 13.8, 13.8.1 de las condiciones particulares del

contrato y conforme a la fórmula polinómica aplicable No. 04, obras civiles, alcantarillado Cutervo, lo que deberá calcularse en vía de ejecución fijando como fecha de reajuste el acta de acuerdo amistoso como pazo de inicio y la fecha de emisión del presente laudo arbitral como fecha final de reajuste, luego de lo cual se le deberá adicionar los intereses correspondientes hasta la fecha efectiva del pago.

En este orden ideas la demandante con fecha 04 de agosto del 2016 requirió a la entidad demandada dicho pago mediante carta No. 0057-2016-I&SCGSA/GG, adjuntando la factura correspondiente No. E001-57, de fecha 04 de agosto del 2016.

El Tribunal Arbitral considera adecuado señalar que conforme expresó la entidad demandada en la audiencia de informes orales de fecha 10 de abril del 2018, en relación al cuadro de liquidación de obras por empresas, contenida en el acta de acuerdos de fecha 27 de julo del 2016, en donde se aprecia que el monto liquidado para la empresa BM3/Mestral es negativo (- S/. 1,755,439.79) y en consecuencia se le deberá reconocer dicho monto a su favor, es menester señalar que dicha pretensión no ha sido reclamada por la entidad demandante a lo largo del proceso, ni vía reconvención, no siendo punto controvertido, por lo que este tribunal no puede pronunciarse respecto de la misma, dejando en todo caso a salvo el derecho de la demandada de actuar en la vía que corresponda para dilucidar su derecho.

Por las consideraciones expuestas y conforme a los hechos descritos por las partes y la documentación que obra en autos, el presente punto controvertido debe ser declarado fundado.

**2. Segundo punto controvertido:**

*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral establezca el monto definitivo correspondiente a los metrados del componente alcantarillado, en la ciudad de Cutervo, no conciliados, según consta en*

*el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016 y de ser el caso determinar si corresponde o no que la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, cancele dicho monto al demandante.*

*Asimismo, determinar si corresponde adicionarse los intereses hasta la fecha efectiva del pago."*

**ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA**

En relación al presente punto controvertido señala la entidad demandada que las partidas en controversia son las siguientes:

- *"Soporte de rocas con pernos de anclaje y concreto rociado f'c=210/kg/cm2. Los metrados que corresponde son sustentados por la Supervisión en la liquidación de obra, mientras que el contratista no ha adjuntado ante este sustento alguno, por lo tanto, mal puede pedir en sede arbitral lo que en su oportunidad no sustentó ante El Ingeniero, peor aún dicha reclamación a la fecha resulta caduca.*

- *Marcos metálicos con perfiles. La demandante incluye en sus metrados los pesos de pernos, platinas, distanciadores y otros accesorios, mientras que nuestra posición es que la incidencia de peso de dichos accesorios debió estar incluido en el precio unitario tal como lo indican las especificaciones técnicas. Volvemos a señalar que, si estos conceptos no fueron conciliados en su oportunidad, el demandante debió utilizar sabiamente los mecanismos de la cláusula 20 del contrato suscrito. No lo hizo y su reclamación es CADUCA."*

**ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE**

Por su parte la demandante señala que se han presentado controversias en metrados del componente alcantarillado de la ciudad de Cutervo, que no han podido ser conciliados; señalando en su escrito de demanda que las partidas en conflicto son:

| ITEM | DESCRIPCION | Und. | METRADO NJS | METRADO I&SCG SA |
|---|---|---|---|---|
| | CUTERVO (ALCANTARILLADO) | | | |
| 04.03.02.03.03.01.09.a | RELLENO MASIVO CON MATERIAL PROPIO (INC. CARGUIO Y TRANSPORTE) | m3 | 135,034.60 | 151,282.95 |
| 04.03.02.03.03.01.09.b | TRANSPORTE DE MATERIAL PROPIO PARA RELLENO (IDA) | M3 | 83,859.70 | 67,611.35 |
| 04.03.02.03.03.10.06 | ESCALERA TIPO GATO C/ FIERRO GALVANIZADO D=19 mm PASO CADA 0.40m | ml | | 4.82 |
| 04.03.02.04.04.02 | SOPORTE DE ROCAS CON PERNOS DE ANCLAJE | und | 17.00 | 304.00 |
| 04.03.02.04.04.03 | CONCRETO ROCIADO fc 210 Kg/cm2 | m3 | | 12.16 |
| 04.03.02.04.04.04 | MALLA DE ALAMBRE ELECTROSOLDADO | m2 | | 121.58 |
| 04.03.02.04.05.03 | SOPORTE DE ROCAS CON PERNOS DE ANCLAJE | und | 76.00 | 1,113.00 |
| 04.03.02.04.05.04 | CONCRETO ROCIADO fc 210 Kg/cm2 | m3 | | 37.10 |
| 04.03.02.04.05.06 | MALLA DE ALAMBRE ELECTROSOLDADO | m2 | 200.00 | 370.99 |
| 04.03.02.04.05.07 | MARCOS METALICOS CON PERFILES | kg | 210,434.13 | 301,225.12 |
| 04.03.02.04.05.13 | PINTURA C/BASE ZINCROMATO Y ESMALTE EN CARPINTERÍA METÁLICA (02 MANOS) | m2 | | 4,213.39 |
| 04.03.02.04.06.03.05 | MARCOS METALICOS CON PERFILES | kg | | 2,692.48 |

**Ítem 04.03.02.03.03.01.09a RELLENO MASIVO CON MATERIAL PROPIO (INC. CARGUIO Y TRANSPORTE):**

Trabajo ejecutado en concordancia con la especificación técnica respectiva, conforme al levantamiento topográfico efectuado por personal técnico de la representada por lo que consideran que el volumen total de relleno ejecutado es de 151,282.95 m3.

También, señalan que no se está considerando los sobrecostos por los derrumbes que se ocasionaron por las lluvias torrenciales, que muchas veces se dieron durante la ejecución de la obra; esto conllevó a nuevamente excavar el material procedente del derrumbe (fango), eliminarlo completamente y rellenar con material de préstamo hasta alcanzar los niveles deseados.

**Ítem 04.03.02.03.03.01.09b TRANSPORTE DE MATERIAL PROPIO PARA RELLENO (IDA)**

Trabajo adicional ejecutado para cumplir las metas del proyecto, se deriva como consecuencia de no haber culminado con rellenar la totalidad de las zanjas excavadas. Según el proceso constructivo debido al volumen de excavación, el material apto a utilizarse en el relleno final se acarreó a patios de acopio, para su posterior retorno a las zanjas a rellenarse. En ese sentido, teniendo en cuenta que el volumen total de excavación ejecutado es de 231,673.80 m3, el volumen total a eliminarse por las estructuras permanentes construidas es de 12,779.50 m3 y el volumen total de relleno ejecutado es de 151,282.95 m3; resulta que el volumen total de material trasportado a los patios de acopio es de 67,611.35 m3.

**Ítem 04.03.02.03.03.10.06 ESCALERA TIPO GATO C/ FIERRO GALVANIZADO D=19 mm PASO CADA 0.40m**

En este caso aceptan el descuento planteado por el Ingeniero.

**Ítem 04.03.02.04.04.02 SOPORTE DE ROCAS CON PERNOS DE ANCLAJE**

Trabajo ejecutado en concordancia con la especificación técnica respectiva. Precisan que por el tipo de roca encontrada (ROCA TIPO III), durante la excavación fue necesaria su colocación por temas de procesos constructivos; por lo tanto, se ha tenido que realizar el total de esta partida cuyo metrado es de 304 unidades.

**Ítem 04.03.02.04.04.03 CONCRETO ROCIADO f'c 210 Kg/cm2**

En este caso se acepta el descuento planteado por el Ingeniero. Sin embargo, dejan constancia que está partida ha sido realizada parcialmente en puntos que ha sido necesario la colocación del concreto.

**Ítem 04.03.02.04.04.04 MALLA DE ALAMBRE ELECTROSOLDADO**

Trabajo ejecutado en concordancia con la especificación técnica respectiva. Precisan que por el tipo de roca encontrada (ROCA TIPO III) durante la excavación fue necesaria su colocación por temas de procesos constructivos; por lo tanto, se ha tenido que realizar el total de esta partida cuyo metrado es de 121.58 M2.

**Ítem 04.03.02.04.05.03 SOPORTE DE ROCAS CON PERNOS DE ANCLAJE**

En este caso aceptan el descuento planteado por el Ingeniero.

**Ítem 04.03.02.04.05.04 CONCRETO ROCIADO f'c 210 Kg/cm2**

En este caso aceptan el descuento planteado por el Ingeniero.

**Ítem 04.03.02.04.05.06 MALLA DE ALAMBRE ELECTROSOLDADO**

En este caso aceptan el descuento planteado por el Ingeniero.

**Ítem 04.03.02.04.05.07 MARCOS METALICOS CON PERFILES**

Trabajo ejecutado en concordancia con la especificación técnica respectiva. Consideran que el Ingeniero está omitiendo el peso real de los elementos que

conforman cada marco metálico; en consecuencia, es necesario indicar que desde el inicio de la ejecución de la obra y en las diferentes reuniones de trabajo siempre se acordó que el peso de estos elementos de los marcos metálicos lo definía la medición real, por lo cual mediante una balanza, cada vez que el Ingeniero lo requería, se verificó el peso real en obra; también, en gabinete, se halló este valor con las características técnicas de los materiales; dando como resultado valores similares, producto de ello es que su metrado es de 301,225.12 Kg. Peso neto; es decir, en los cálculos del demandante ha contabilizado el porcentaje de desperdicio, originado en la fabricación de cada tipo de cimbra porque entienden que este porcentaje está incluido en el análisis de precios unitarios.

**Ítem 04.03.02.04.05.13 PINTURA C/BASE ZINCROMATO Y ESMALTE EN CARPINTERÍA METÁLICA (02 MANOS)**

Trabajo ejecutado en concordancia con la especificación técnica respectiva, inicialmente se pintaron los elementos metálicos prefabricados de las cimbras antes de ser ensamblados; luego, ante el deterioro que presentaba la pintura por el tiempo trascurrido (2 años aproximadamente) se repintaron en su totalidad todas las estructuras metálicas visibles, cimbras, espaciadores y planchas acanaladas, siendo el área pintada de 4,213.39 m2.

**Ítem 04.03.02.04.06.03.05 MARCOS METALICOS CON PERFILES**

Trabajo ejecutado en concordancia con la especificación técnica respectiva. El demandante no acepta el descuento planteado por el Ingeniero, por cuanto se han instalado las cimbras que sirven de soporte en los Refugios de Seguridad; trabajos que han sido verificados oportunamente por la Supervisión. Así mismo, conocedores que el Ingeniero está omitiendo el peso real de los elementos que conforman cada marco metálico; es necesario indicar que desde el inicio de la ejecución de la obra y en las diferentes reuniones de trabajo siempre se concordó que el peso de estos elementos de los marcos metálicos lo definía la medición real, por lo cual mediante una balanza, cada vez que el Ingeniero lo requería, se verificó el peso real en obra; también, en gabinete, se halló este valor con las características técnicas de los materiales; dando como resultado valores

similares, producto de ello es que el metrado del demandante es de 2,692.48 Kg. Peso neto; es decir, en sus cálculos no han contabilizado el porcentaje de desperdicio originado en la fabricación de cada tipo de cimbra, porque entienden que este porcentaje está incluido en el análisis de precios unitarios.

## MARCO LEGAL DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

EL Tribunal Arbitral considera pertinente previo al análisis de fondo de la presente controversia, delimitar el marco legal aplicable, teniendo en consideración los hechos expuestos por las partes, en este sentido corresponde analizar en primer lugar lo que prescribe el contrato marco materia de Litis, las condiciones generales del contrato, las condiciones particulares del mismo y el subcontrato nominado respecto de este tema en concreto, relacionado con los metrados del componente alcantarillado, en la ciudad de Cutervo, no conciliados, según consta en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016, con obligaciones de pago, obligaciones y derechos del ingeniero, cliente contratista y contratista nominado, así como las certificaciones para el pago, actualizaciones (fórmulas polinómicas) y pago de intereses; finalmente el acta de acuerdo amistoso, para a la luz de los mismos analizar lo expuesto y probado por las partes, en ese sentido tenemos:

- **Contrato de obra No. 047.2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*2. Los siguientes documentos serán considerados e interpretados como que forman parte del presente Acuerdo:*
*(h) Especificaciones Técnicas.*

- **Condiciones Particulares del Contrato**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*13.8 Ajustes por cambios del Coste*
*13.8.1 Ajuste de Precios*

*"Aplicando el sistema de la fórmula Polinómica al mes del certificado de Pago a Cuenta respectivo y únicamente a la parte sujeta a pago en moneda nacional."*

*14.3 Solicitud de Certificados de Pago a Cuenta*

*.....*

*f) Los montos que reflejen cambios en los costos y en la legislación, de conformidad con las Sub Cláusulas 13.7 y 13.8, expresada en los montos aplicables de monedas nacional y divisas;*

*14.8 Pagos atrasados*

*En caso de incumplimiento del Clientes en realizar el pago dentro de los plazos especificados en la Sub Cláusula 17.7, éste deberá pagar al Contratista intereses usando la(s) tas(S) especificada(s) en el Apéndice del Contrato para todas las sumas no pagadas en la fecha en la cual debieron haber sido canceladas, en las monedas en las cuales se debía realizar el pago. Lo estipulado en esta Sub Cláusula no perjudicará los derechos del Contratista en virtud de la Cláusula 16 o cualquier otro derecho.*

- **Acta de Acuerdos, Liquidación de Obra, del contrato No. 047-2010-GG/EPS SEDACAJ SA**

Respecto del mismo corresponde tener presente que la presente controversia se fijó y acepto por mutuo acuerdo, lo que consta específicamente en la página 2 de dicho documento.

- **Especificaciones técnicas**

Respecto del mismo corresponde tener presente que obra en autos, como anexo del escrito de fecha 03 de enero del 2018, presentado por la demandante, en sustento de lo mencionado en el numeral 3, del punto IV del escrito de dicha parte, de fecha 11 de octubre del 2017. En ese sentido es importante mencionar que la especificación técnica en su descripción comprende todos los insumos, fabricación, transporte y montaje, pruebas de fabricación, soldadura y montaje, lo que implica un producto final, una vez fabricado y montado, describiendo las características técnicas de los accesorios permanentes como pernos y soldadura, y, accesorios especiales dependientes del tipo de roca a encontrar como marchiavantes y planchas

metálicas acanaladas; en cuanto al pago la especificación técnica se refiere al peso de la unidad instalada.

**ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

En este orden de ideas corresponde analizar lo manifestado por las partes a la luz de los documentos que sustentan sus posiciones, en ese sentido y en relación a lo manifestado por la entidad demandada, esta señala que los metrados correctos son los expresados por el Ingeniero NJS, en la liquidación, nótese que en este extremo la entidad demandada, si estaría validando la RVD del Ingeniero, a pesar que, como vimos en el punto controvertido anterior, la cuestiona, lo que debe merituarse también a efectos de resolver la controversia; por otro lado, la demandada sostiene que se ha producido la caducidad respecto al presente punto controvertido, sin embargo, tal como se ha desarrollado en las cuestiones preliminares, en el presente laudo y a lo resuelto por la resolución No. 18, que resuelve las excepciones, el tribunal arbitral tiene la competencia para pronunciarse respecto de la misma, estando la controversia vigente y requiere el pronunciamiento de fondo del tribunal arbitral, al estar referido a controversias por diferencias en interpretación de la especificaciones técnicas, más aún cuando las partes así lo determinaron en la denominada acta de acuerdos.

Conforme obra en autos, respecto al Informe del Ingeniero NJS, se reconoce que la controversias son dos: metrados y aplicación del precio unitario a la especificación técnica de la partida "Marcos metálicos con perfiles", posición que guarda relación con lo expresado por el demandante en cuanto a la delimitación de la controversia, pues tal como consta en el anexo 19 de la demanda, donde se presentan los metrados y liquidación de la parte sujeta a controversia, se puede apreciar preliminarmente que la mayor incidencia respecto a esta pretensión es lo que se refiere a marcos metálicos, cuyo monto es de S/. 1'552,390.06, mientras que la discrepancia en metrados asciende a la suma de S/. 299,841.19.

En ese orden de ideas respecto al mencionado anexo 19 de la demanda, el demandante establece su posición con respecto a la partida de "Marcos

metálicos con perfiles", pues conforme lo señala el Ingeniero NJS, la diferencia está en la exclusión del peso de los pernos, platinas, distanciadores, marchaviantes, planchas metálicas acanaladas, entre otros, sustentando su posición en que dichos accesorios se encuentran incluidos en el precio unitario, tal como indica las especificaciones técnicas; para explicar ello adjunta la partida pertinente, con su especificación técnica, lo que consta en el escrito de fecha 09 de enero del 2018, tal como hacemos referencia en el marco legal de la controversia antes detallado, al respecto debemos mencionar en este extremo que el contrato marco en su cláusula 2, señala que las especificaciones técnicas deben ser consideradas e interpretadas como parte del acuerdo, estableciéndose incluso un orden y prioridad.

Del análisis de la mencionada especificación técnica, respecto del presente punto controvertido, se establece que comprende todos los insumos, fabricación, transporte y montaje, así mismo, pruebas de fabricación, soldadura y montaje, lo que implica un producto final, una vez fabricado y montado, lo que se comprueba con el trabajo efectuado, donde se describe las características técnicas de los accesorios permanentes como pernos, soldadura, y accesorios especiales dependientes del tipo de roca a encontrar como marchiavantes y planchas metálicas acanaladas; es decir, precisa las características de cada elemento, que es parte de un producto final, con ello, no contradice la interpretación del consultor NJS, que aplica para el pago solo los perfiles que son parte de los marcos metálicos, siendo un insumo más, al igual que los pernos soldadura, como componentes permanentes, y de los marchiavantes y planchas acanaladas como extraordinarias, dicha interpretación requeriría que previo a la elaboración de la partida unitaria se conozca al detalle el metrado despiezado de cada marco metálico, lo cual no es imposible al momento de pactar los precios; respecto a la forma de pago, las especificaciones técnicas se refieren al peso de la unidad instalada, que es distinto al peso solamente de un insumo como son los perfiles principales del marco metálico, esto es concordante con la partida unitaria que indica el pago por Kg, es decir, como una unidad.

Al igual que en el punto controvertido anterior es necesario precisar lo que estipula el contrato respecto de una cantidad certificada o certificación de pago,

en ese sentido conforme lo estipula la cláusula 14.11 de las condiciones particulares del contrato, referidas a la certificación de liquidación definitiva (citada y transcrita en el punto que delimita el marco legal aplicable al primer punto controvertido) señala que *"cuando se hace evidente que existe una controversia, el ingeniero emitirá a el cliente una certificación de pago a cuenta para aquellas partes de la propuesta de la Relación Valorada Definitiva sobre las que no exista controversia. La controversia deberá ser zanjada de conformidad con la cláusula 20. La Relación Valorada Definitiva será acordada luego de zanjada la controversia."* En ese sentido queda claro que los conceptos materia de este segundo punto controvertido, recién quedarían a firme con el presente laudo arbitral, constituyéndose como tal y pasan a ser una certificación de pago otorgada en defecto del ingeniero, por el Tribunal Arbitral, al momento de resolver la controversia en este punto, por lo tanto la misma debe ser objeto de un ajuste por cambios del coste, conforme a lo estipulado en la cláusula 13.8, 13.8.1 de las condiciones particulares del contrato, existiendo recién certificado exigible y se le aplica la fórmula polinómica No. 04, obra alcantarillado, debiéndose calcularse, en vía de ejecución, fijando como fecha de reajuste el acta de acuerdo amistoso como plazo de inicio y la fecha de emisión del presente laudo arbitral como fecha final de reajuste, luego de lo cual se le deberá adicionar los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

En relación a los intereses solicitados se debe determinar, en concordancia con lo manifestado en el párrafo anterior, deben computarse desde la certificación de pago señalada, debiéndose aplicar la tasa de interés legal emitido por el Banco Central de Reserva, conforme lo estipula la cláusula 14.8, del denominado apéndice del Contrato.

En ese sentido el Tribunal arbitral luego de merituar los hechos descritos y la documentación adjunta, así como el marco legal aplicable a esta controversia concluye que el presente punto controvertido debe ser declarado fundado.

**3. Tercer punto Controvertido.**

*"Determinar si corresponde o no que la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA*

*deje sin efecto las siguientes penalidades señaladas en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016:*

- *Por la supuesta demora en el término del componente agua de la ciudad de chota (fase 3) por un monto de S/ 1,900,757.95, la misma que la demandante considera que no se ajusta a derecho y debe ser declarada improcedente no debiéndose aplicar dicha penalidad, procediéndose al pago.*
- *Por el supuesto abandono y la demora en el término de las obras de la ciudad de Cutervo de la fase 2, por un monto de S/ 777,356.08, la misma que la demandante considera que no se ajusta a derecho y debe ser declarada improcedente no debiéndose aplicar dicha penalidad, procediéndose al pago, al considerar que la responsabilidad del abandono y no termino de las obras, en su plazo vigente, se debió al no pago de las valorizaciones por parte del cliente.*

*Asimismo, determinar si corresponde adicionarse los intereses hasta la fecha efectiva del pago"*

**ARGUMENTOS DE LA DEMANDADA**

Al respecto la entidad demandada señala que la penalidad por mora en la terminación del componente agua potable de la ciudad de Chota, por el monto de S/. 1'900,757.95, se sustenta en que el hecho se produjo el 17 de febrero de 2014, es decir, fuera del plazo contractual, tal como se le sustentó al Contratista a través de las cartas N° NJS/CAJ-DP-135-2014 y 026-A-2014-NJS-CH-RS. Además en los correspondientes asientos de obra que adjuntan a la contestación de la demanda, se deja establecido la ejecución de los trabajos en las redes de agua en el mes de diciembre de 2013, enero y febrero de 2014, verificándose la ejecución de trabajos hasta el 17 de febrero de 2014, por lo que es la demora en la ejecución de los trabajos, la que provoca, en aplicación del contrato, la aplicación de la penalidad pertinente, penalidad que por lo demás ha quedado ya consentida por el titular del Contrato BM3 Obras y Servicios, no correspondiéndole a I&SCG S.A., dicha reclamación.

Respecto a la penalidad por el abandono y demora en el término de la obra de la ciudad de Cutervo, el pago de las valorizaciones al que hacen mención se hizo dentro de los plazos establecidos en el Contrato N° 047-2010-GG/EPS SEDACAJ S.A. (Cláusula 14.7 de las Condiciones particulares del Contrato) por lo que, si corresponde la aplicación de una penalidad, por la demora en la terminación de la obra y las consecuencias del abandono de la misma, por el monto de S/. 777,356,08 soles, por tanto, esta pretensión también resulta improcedente, señala la demandada.

**ARGUMENTOS DE LA DEMANDANTE**

Sostiene la demandante que la controversia consistente en la penalidad por mora en la terminación del componente agua potable de la ciudad de Chota, por el monto de S/. 1'900,757.95, se encuentra sometida a arbitraje, en otro proceso arbitral, por lo que se reserva el derecho de sustentarla y reclamarla en la vía que corresponda una vez concluido dicho proceso arbitral.

Respecto a la penalidad por el abandono y demora en el término de la obra de la ciudad de Cutervo, señala la demandante que conforme sustento en el primer punto controvertido, en relación a que la responsabilidad del abandono y no término de las obras, en su plazo vigente, se debió al no pago de las valorizaciones por parte del Cliente, PROREGION, por lo que no corresponde le apliquen esta penalidad, debiendo reintegrarse dicho monto a la liquidación, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.

**MARCO LEGAL DE LA PRESENTE CONTROVERSIA**

EL Tribunal Arbitral considera pertinente previo al análisis de fondo de la presente controversia, delimitar el marco legal aplicable, teniendo en consideración los hechos expuestos por las partes, en este sentido corresponde analizar en primer lugar lo que prescribe el contrato marco materia de Litis, las condiciones generales del contrato, las condiciones particulares del mismo y el subcontrato nominado respecto de este tema en concreto, relacionado con penalidades, obligaciones de pago, obligaciones y derechos del ingeniero, cliente contratista y contratista nominado, y pago de intereses; finalmente el acta

de acuerdo amistoso, para a la luz de los mismos analizar lo expuesto y probado por las partes, en ese sentido tenemos:

- **Apéndice del Contrato**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*Penalidad por daños y Perjuicios por Demora*
*8.7Penalidad diaria = 0.1% del monto total del contrato por cada día de atraso en la culminación de la obra o de la fase correspondiente, en cada una de las monedas.*

*Límite de penalidad por demora*
*8.710% del Precio Final del Contrato o de la fase correspondiente.*

- **Condiciones Particulares del contrato**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*8.7. Indemnización por Demora*
*Si el contratista incumple la Sub Cláusula 8.2 (terminar la totalidad de las Obras, o cada una de las Fases –si las hay- dentro del Plazo de Terminación de las Obras o el establecido para loa Fase), deberá según la Sub Cláusula 2.5 (reclamaciones del Cliente]), pagar daños y perjuicios al cliente por dicho incumplimiento. Esta indemnización por demora se abonará aplicando el importe especificado en el Apéndice del Contrato, por cada día que pase entre el Plazo de Terminación establecido y la fecha especificada en el Certificado de Recepción. Sin embargo, la cantidad total a pagar según la presente Sub Cláusula no deberá exceder la cantidad máxima de indemnizaciones por demora (si la hubiera) establecida en el Apéndice del Contrato.*

*Esta indemnización por demora será la única cantidad adeudada por el Contratista en concepto de daños, por dicho incumplimiento, salvo en caso de resolución según la Sub Cláusula 15.2 (Resolución del Contrato por el Cliente) antes de la terminación de las Obras. Esta indemnización no eximirá*

*al Contrasta de su Obligación de terminar las Obras, o de cualquier otro deber, obligación o responsabilidad que pudiera tener según el Contrato.*

*La indemnización de daños por demora se hará en la proporción de moneda nacional y divisas consideradas en el Monto del Contrato, estipulado en el Apéndice del Contrato.*

*Cláusula sétima del sub contrato nominado, referido al pago, ya anteriormente citado en primer punto controvertido, acta de acuerdos, liquidación de obra de fecha 27 de julio de 2016, que establece la Relación Valorada Final (RVF), carta notarial No. 201-201-GGI&SGCSA, del 11 de noviembre del 2011 (anexo 11 del escrito de demanda), mediante la cual el demandante le requiere a la entidad demandada el cumplimiento del pago y carta notarial No. 030-2015-GR.CAJ/PROREGION, del 20 de noviembre del 2015, (anexo 12 del escrito de demanda) mediante la cual la entidad demandada rechaza el apercibimiento, señalando que no correspondía el pago de las Relaciones Valoradas definitivas de las ciudades de Chota y Hualgayoc en aplicación de la cláusula 14.11 de las CPC del contrato principal.*

*16. Suspensión y Resolución por el Cliente*
*16.1 Derecho del Contratista a Suspender los Trabajos*
*Sin perjuicio del derecho del Contratista a percibir los intereses a que se refiere la Sub Cláusula 14.8 y resolver el Contrato de acuerdo con la Sub Cláusula 16.2, el Contratista puede suspender los trabajos o reducir su ritmo una vez que se lo haya notificado al cliente, con una antelación de 56 días y emitido copia al Ingeniero, en el supuesto de que el cliente no haya pagado al contratista cualquier cantidad certificada por el Ingeniero con las deducciones a que tenga derecho el cliente en virtud del Contrato, en los 56 días siguientes a la expiración del plazo establecido en la Sub Cláusula 14.7*

*Si el Contratista suspende los trabajos, o reduce el ritmo de las obras de acuerdo con lo establecido en esta sub cláusula y por ello sufre demoras o*

*incurre en costos, el Ingeniero deberá después de la debida consulta con el cliente y con el contratista, determinar:*

*(a)Cualquier prórroga a la que el contratista tenga derecho de acuerdo con la Cláusula 7, y*
*(b)El importe de los costos aditivos al monto del contrato, y se le notificará debidamente al Contratista con copia al Cliente.*

*Sin perjuicio del derecho del Contratista a recibir los intereses en virtud der la Sub Cláusula 14. Y a resolver el Contrato en virtud de la Sub Cláusula 16.2, el Contratista podrá suspender las Obras o reducir el ritmo de trabajo dentro de los 56 días siguientes a la notificación por parte del JICA al Gobierno del Cliente de que ha suspendido los desembolsos del préstamo o crédito que financia total o parcialmente la ejecución de las Obras.*

- **Subcontrato nominado de fecha 17 de setiembre del año 2013**
  Respecto del mismo corresponde tener presente lo siguiente:

Cláusula sétima que señala respecto al pago que: *"El subcontratista nominado presentará las valorizaciones por todo concepto (obra y corrección de observaciones) directamente a la entidad, la misma que tendrá que haber sido previamente revisada por la empresa supervisora (NJS Sucursal del Perú) una vez se cuente con la conformidad de esta última, será tramitada a la entidad (PROREGION) para el pago correspondiente, las mismas que serán canceladas con cargo a los saldos de EL CONTRATISTA y en estricta correspondencia a lo definido en el numeral 5.1 de la cláusula 5 de las CGC y lo definido en la transacción extrajudicial y cesión de posición contractual anexa al presente subcontrato.*

*El SUBCONTRATISTA NOMINADO luego de la culminación del objeto del contrato entregará los saldos dinerarios que pudieran existir al CONTRATISTA, previo a la cancelación de la totalidad de las deudas a los acreedores, quienes facturaran directamente al SUBCONTRATISTA NOMINADO"*

## ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El tribunal arbitral considera que debe efectuar el análisis, en primer lugar, de la penalidad Ciudad de Chota; al respecto la posición de la Entidad demandada, con respecto a la penalidad por mora, en la terminación del componente de agua potable de la ciudad de Chota, por el monto de S/. 1'900,757.95, es que debe desestimarse por que ya ha caducado el plazo para impugnar, y, que el sustento del cuaderno de obra determina que la demora existió, por lo que el contratista principal acepto la penalidad, sin embargo, ello no es correcto pues cuando la demandante interviene en la obra ya se había establecido la controversia, e incluso se había instalado un tribunal arbitral.

En ese sentido ya estando sometida dicha controversia a un proceso arbitral no es posible que este Tribunal se avoque al conocimiento de la misma.

En relación a la penalidad, respecto al abandono y demora en el término de la obra de la ciudad de Cutervo (túnel) por S/. 777,356.08, la entidad demandada señala que no puede ser responsable, porque los pagos los realizo conforme al contrato principal, sin embargo, tal y como lo expresamos en los fundamentos del primer punto controvertido, el derecho de la demandante surge de las características del Sub Contrato Nominado, pues se ha demostrado que el demandante ejecuto gran parte de la obra, respetando las estipulaciones contractuales, mientras que la Entidad demandada no ha demostrado buena fe contractual, tal como hemos analizado en los puntos controvertidos precedentes, pues su conducta no se traduce en la honestidad y lealtad que debe imperar entre las partes. La buena fe exige en los contratos, que se cumpla con lo convenido; y que exista la máxima equidad, en efecto el principio de la buena en los contratos está consagrado en el artículo 1362° del código civil, el mismo que señala: *"los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según reglas de la buena fe y común intención de las partes"*, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella. De modo que no es buena fe limitarse al cumplimiento del texto escrito de un contrato, cuando debe entenderse que el obliga a algo más que lo literal.

Siendo el principio de buena fe de acuerdo a la jurisprudencia nacional un principio fundamental de todo contrato.

En ese orden de ideas queda claro que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural, con lo que se permite la aplicación directa y no por vía subsidiaria de la buena fe contractual, que constituye la más importante manifestación del principio general de la mutua confianza en la vida jurídica.

En ese sentido la entidad demandada argumenta como defensa que era BM3 Obras y Servicios SA el titular de la obligación, lo que ya ha sido en extenso resuelto y aclarado en el presente proceso arbitral, en relación a los derechos y obligaciones del demandado en función al contrato nominado suscrito con Mestral SAC, demostrando una conducta contraria a la buena fe contractual.

Cabe mencionar en este extremo, que la entidad también sustenta su posición en el informe del estudio de Abogados, Sánchez Anaya, Coronado Orego & Castillo Soraluz Abogados Asociados S.Civil de R.L., en donde se refieren a la calidad de participación de los diferentes actores de la relación contractual, sin embargo como ya lo hemos desarrollado en extenso en el presente laudo (consideraciones preliminares y primer punto controvertido), este tema ya fue definido y ha quedado demostrado, que MESTRAL sustituyó a BM3 Obras y Servicios, además lo reconoció formalmente, así lo ha probado la demandante en sus escritos demanda de fecha 28 de febrero del 2017, escrito de absolución de contestación demanda de fecha 11 de octubre del 2017 y escrito de fecha 19 de octubre del 2017, en donde se fundamentan y adjuntan medios probatorios ya citados en los fundamentos precedentes.

En mayor abundamiento debemos mencionar el Subcontrato Nominado fue aprobado por la entidad demandada, así consta en el Oficio N° 1301-2013-GR.CAJ/PROREGION/DE del 30 de octubre de 2013, (anexo 8 de la demandan), dirigido a Juan Carlos Flores Cárdenas, Director de Proyecto de NJS

SUCURSAL DEL PERU, con copia a las empresas Infraestructura y Servicios Contratistas Generales S.A. y MESTRAL SAC., reconociendo a la demandante como subcontratista nominado de la obra en la parte restante a ejecutar, asimismo el informe No. 145-2013-GR.CAJ/PROREGION/AL, en donde el jefe de asesoría legal de PROREGION Dra. Fabiola Rojas Palacios, se dirige al Director Ejecutivo de PROREGION Ing. Arturo Fernández, en relación al análisis legal efectuado sobre la figura del contrato nominado y concluye en lo siguiente:

> *"a) La aprobación del Sub Contrato nominado celebrado entre MESTRAL e I&SCGSA, se adjunta proyecto de carta de conformidad a NJS, con copia al Contratista y Sub Contratista, así como carta informativa al JICA.*
> *b) La aceptación de la cesión de posición contractual al cliente del sub contrato nominado.*
> *c) La conformidad, al procedimiento de valorización y pago señalado, con el contrato y normas vigentes".*

Por otro lado, está probado en autos que la demandante ha facturado y cobrado directamente a PROREGION desde octubre del 2013 a diciembre del 2015, en base al sub contrato nominado.

Es menester resaltar que la liquidación del contrato de obra o relación valorada final ya está definida y consentida, conforme se sustentó en el análisis del primer punto controvertido, siendo potestad y responsabilidad del ingeniero NJS (lo que se encuentra refrendado también en la cláusula 3.5, decisiones del ingeniero en las condiciones generales del contrato y cláusula 3, 3.1, autoridad y obligaciones del ingeniero y 3.3, Instrucciones del Ingeniero, de las condiciones particulares del contrato, citados al momento de resolver el primer punto controvertido), en el marco del contrato de obra, por lo tanto la garantía liquida (proveniente de la carta fianza de fiel cumplimiento del contratista que fuera ejecutada por falta de renovación), es del contratista y no de entidad demandada PROREGION.

Como hemos desarrollado en los fundamentos de los puntos controvertidos anteriores, la entidad demandada desconoce la liquidación de la obra, RVD, (aunque en el segundo punto controvertido si la reconoce, como ya fue analizada), señalando que la misma ha sido efectuada solo por la demandante,

lo cual no es correcto, pues tal como obra en el punto antecedentes del Acta de Acuerdos, liquidación de obra del 27 de julio del 2016, se deja constancia de las Cartas N° NJS/CAJ-DP-145-2016 de fecha 29 de abril del 2016; N° NJS/CAJ-DP-080-2016, de fecha 18 de febrero del 2016 y N° NJS/CAJ-DP-342-2015 de fecha 14 de setiembre del 2015, en donde queda demostrado que se han alcanzado las liquidaciones o Relaciones Valoradas Definitivas (RVD) de las ciudades de Chota, Hualgayoc y Bambamarca, las que fueron devueltas por PROREGION aduciendo que NJS ( El Supervisor), debería practicar la liquidación final integral de las cuatro ciudades, mediante Oficio N° 471-2015-GR.CAJ/ PROREGION/UI; con ello queda demostrado que la entidad demandada si tomo conocimiento, participación y pidió que se practique la liquidación final o Relación Valorada Definitiva (RVD).

Por otro lado debe merituarse que tres de las cuatro ciudades, cuentan con Certificados de Cumplimiento desde el año 2015, lo que significa en términos contractuales que las obras están terminadas y aceptadas por la Supervisión y la entidad contratante, mucho antes de practicarse liquidación final, así lo demuestran los documentos adjuntos al escrito de absolución de contestación de demanda de fecha 11 de octubre del 2017 y escrito de fecha 19 de octubre del 2017 y los argumentos esgrimidos por este tribunal al momento de analizar el primer punto controvertido.

Asimismo debe tenerse en cuenta la carta notarial No. 201-2015 (anexo 11 de la demanda), remitida por la demandante a la entidad demandada, con fecha 11 de noviembre del 2015, en donde le requiere el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, precisándole que estaba trabajando con sus propios recursos y explicándoles el estado en el que recibió la obra y la actitud de PROREGION de obstruir los certificados de pagos, que era una obligación al contrato, como la RVD de las ciudades con certificado de cumplimiento, así como la liberación de los recursos asociados a la garantía de cumplimiento, conforme lo manda el contrato, requerimiento que se efectúa bajo apercibimiento de abandonar las obras, bajo responsabilidad de los funcionarios de la entidad, solicitándoles incluso designe funcionarios que reciban la obra. La respuesta al requerimiento, se produjo mediante Carta Notarial 030-2015-GR.CAJ/PROREGION/DE, del 19

de noviembre de 2015 (anexo 12 de la demanda), donde la Entidad se niega a pagar, bajo el argumento de que lo haría conforme al Contrato principal, incumpliendo la situación extraordinaria a la que se obligó en el contrato nominado (dentro de marco contractual principal), que es la forma en como el demandante se incorporó a la relación contractual asumiendo la obligación en la ejecución de las obras.

Por lo tanto, podemos concluir que no hubo incumplimiento, ni abandono injustificado de la obra, habiendo el demandante exigido a la entidad demandada el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Es menester señalar que es de aplicación para el demandante, la cláusula sétima del subcontrato nominado y no la 16.1 de las condiciones particulares, aplicables al contratista, como lo señala la entidad en sus argumentos de defensa, respecto al derecho de suspender los trabajos no siendo aplicable el plazo de los 56 días.

En este orden de ideas queda acreditado que el demandante finalmente abandono y no término las obras en su plazo vigente, por el incumplimiento de la entidad demandada, en el no pago de las valorizaciones, conforme a la cláusula sétima del subcontrato nominado, en consecuencia, queda claro que no corresponde se le aplique penalidad alguna, y en consecuencia debe ordenarse el reintegro de dichos montos a la liquidación.

Al igual que en los puntos controvertidos anteriores es necesario precisar lo que estipula el contrato respecto de una cantidad certificada o certificación de pago, en concordancia con la antes citada cláusula 14.11 de las condiciones particulares del contrato, referidas a la certificación de liquidación definitiva (citada y transcrita en el punto que delimita el marco legal aplicable al primer punto controvertido), para el caso concreto del presente punto controvertido es menester precisar que la penalidad aplicada, constituye una retención efectuada por la entidad presuntamente amparada por las cláusula 8.7 del apéndice del contrato y las condiciones particulares del contrato (mencionadas en el marco legal de la presente controversia) y que como hemos desarrollado en los presentes fundamentos no es correcta su aplicación, en consecuencia queda

claro que la certificación de pago ya se había establecido siendo la aplicación de la penalidad en forma incorrecta una especie de retención, por lo tanto no es necesario que la misma deba ser objeto de un ajuste por cambios del coste, conforme a lo estipulado en la cláusula 13.8, 13.8.1 de las condiciones particulares del contrato, pues ya existía un certificado exigible siendo aplicable en este extremo solamente el concepto de intereses generados hasta la fecha efectiva de pago, debiéndose aplicar la tasa de interés legal emitida por el Banco Central de Reserva, conforme lo estipula la cláusula 14.8, del denominado apéndice del Contrato.

En consecuencia, el presente punto controvertido es parcialmente fundado en relación a dejar sin efecto la penalidad, respecto al abandono y demora en el término de la obra de la ciudad de Cutervo (túnel) por S/. 777,356.08., debiendo reintegrarse al demandante dicho monto más los intereses generados hasta la fecha efectiva de su pago, siendo improcedente el extremo de la penalidad por la demora en el término del componente agua de la ciudad de chota (fase 3), al ser objeto de otro proceso arbitral como lo han reconocido las partes.

**4. Cuarto Punto Controvertido:**

*"Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare, respecto a las reclamaciones del cliente, en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016:*

- *Que, no es cierto afirmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones el túnel de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutado por ella, siendo el monto presupuestado de S/1,067.992.93, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.*

- *Que, no es cierto afirmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones, en lo que respecta a las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutada por ella siendo el monto presupuestal de S/ 771,356.08, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.*

- *Que no es cierto afirmar que, en la ciudad de Chota, después de emitido el certificado de cumplimiento se hayan detectado trabajos defectuosos por un monto de S/ 507,235.35 que tenía que reparar el contratista en cumplimiento a la sub clausula 11.3 de las condiciones particulares del contrato y lo dispuesto por el artículo 1784 del Código Civil del Perú, trabajos que, según la entidad, tuvieron que ser ejecutados por parte de la entidad ante la ausencia de dicho contratista. debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante."*

**MARCO LEGAL DE LA PRESENTE CONTROVERSIA**

EL Tribunal Arbitral considera pertinente previo al análisis de fondo de la presente controversia, delimitar el marco legal aplicable, teniendo en consideración los hechos expuestos por las partes, en este sentido corresponde analizar en primer lugar lo que prescribe el contrato marco materia de Litis, las condiciones generales del contrato, las condiciones particulares del mismo y el subcontrato nominado respecto de este tema en concreto, relacionado con observaciones, subsanaciones, acceso a la obra, trabajos defectuosos y procedimientos contractuales para hacer valer el derecho de las partes, reclamados por el cliente en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016; para a la luz de los mismos analizar lo expuesto y probado por las partes, en ese sentido tenemos:

- **Contrato de obra No. 047.2010-GG/EPS SEDACAJ S.A.**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*3. En contra prestación de los pagos que serán efectuados por EL CONTRATANTE a EL CONTRATISTA, tal como se menciona a continuación, EL CONTRATISTA por el presente acuerda con EL CONTRATANTE ejecutar y completar las Obras y subsanar los defectos de conformidad con las disposiciones del Contrato.*

- **Condiciones Generales del Contrato**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*2.1 Derecho de Acceso al Emplazamiento*

*El Cliente deberá dar al Contratista derecho de acceso y posesión de todas las partes del Emplazamiento en el plazo (o plazos) determinados en el Apéndice del Contrato. Estos derechos de acceso y posesión pueden no ser exclusivos del Contratista. Si, según el Contrato, se requiere que el Cliente de posesión (al Contratista) de cualquier tipo de cimiento, estructura, instalación o medios de acceso, el Cliente deberá hacerlo en el plazo y forma indicada en la Especificación. Sin embargo, el Cliente podrá retener cualquiera de esos derechos o posesiones, hasta haber recibido la garantía de Cumplimiento.*

*Si en el Apéndice del Contrato no figura el plazo en que tiene que realizarse, El Cliente deberá dar al Contratista derecho de acceso y posesión del Emplazamiento en el plazo de tiempo necesario para permitir al Contratista que proceda de acuerdo con el programa presentado según la Subcláusula 8.3 (Programa).*

*Si el Contratista sufre algún retraso o incurre en Costes porque el Cliente no haya dado ese derecho o posesión en dicho plazo, el Contratista lo notificará al Ingeniero y tendrá derecho, según lo establecido en la Subcláusula 20.1 (Reclamaciones del Contratista) a:*

*(a) una ampliación de plazo por cualquiera de dichos retrasos, si la terminación de la Obra se ha retrasado o se retrasará, de acuerdo a lo dispuesto en la Subcláusula 8.4 (Ampliación del Plazo de Terminación), y*

*(b) el reembolse de tales Costes más un beneficio razonable, que deberá incluirse en el Precio Contractual.*

*2.5 Reclamaciones del Cliente*

*Si el Cliente se considera con derecho a cualquier pago o a la ampliación del periodo de notificación de defectos, según cualquier cláusula de las presentes Condiciones o de cualquier otra estipulación en relación con el Contrato, el Cliente o el Ingeniero lo deberá notificar y detallar al Contratista. Sin embargo, no es necesario realizar notificación alguna con relación a los pagos contemplados en la Subcláusula 4.19 (Agua, gas y electricidad), en la*

*Subcláusula 4.20 (Equipos y Materiales aportados por el Cliente), o derivados de cualquier otro servicio solicitado por el Contratista.*

*La notificación deberá remitirse tan pronto como sea posible, una vez que el Cliente tenga conocimiento del suceso o circunstancia que da lugar a la reclamación. Cualquier notificación relacionada con la ampliación del periodo de notificación de defectos, deberá realizarse antes de que expire dicho periodo.*

*La información detallada deberá especificar la Cláusula de estas Condiciones, u otras razones, en que se basa la reclamación, e incluirá la justificación de la cantidad o ampliación a la que el Cliente se considere con derecho. El Ingeniero procederá entonces de acuerdo con lo establecido en la Subcláusula 3.5 (Decisiones), a alcanzar un acuerdo o decidir sobre (i) el importe que el Contratista deba pagar al Cliente, o (ii) la ampliación del periodo de notificación de defectos de acuerdo con la Subcláusula 11.3 (Ampliación del Periodo de Notificación d Defectos).*

*Este importe, puede incluirse como una deducción en el Precio Contractual y en las Certificaciones de Pago. El Cliente solo tendrá derecho a oponerse a, o hacer una deducción de una cantidad certificada en una Certificación de Pago, o reclamar cualquier otro asunto al Contratista, de acuerdo con lo establecido en la presente Subcláusula.*

*4.1 Obligaciones Generales del Contratista*

*El Contratista deberá proyectar (en la medida en que lo disponga el Contrato), ejecutar y terminar las Obras, así como subsanar cualquier defecto aparecido en las mismas, de acuerdo con lo establecido en el Contrato y según las instrucciones del Ingeniero.*

*El Contratista deberá realizar los documentos especificados en el Contrato, aportar el personal necesario y suministrar, las Instalaciones, Bienes, Consumibles y cualquier otra cosa y servicio, ya sea de naturaleza temporal o permanente, necesarias para el proyecto, ejecución y terminación de las Obras y reparación de los defectos.*

*El Contratista será responsable de la idoneidad, estabilidad y seguridad de todas las operaciones en el Emplazamiento y la de todos los métodos de construcción. Excepto que se especifique en el Contrato, el Contratista (i) será responsable de sus Documentos, de las Obras Provisionales, del correspondiente proyecto de cada elemento de las Instalaciones y Materiales para que cumplan con los requisitos del Contrato, y (ii) no será responsable del proyecto ni especificación de las Obras Permanentes.*

*7.5 Rechazo*

*Si como resultado de un examen, inspección, medición o ensayo, alguna Instalación, Material o ejecución se califica como defectuosa, o no conforme con el Contrato, el Ingeniero podrá rechazarla mediante notificación al Contratista, especificando las razones. En este caso, el Contratista deberá reparar inmediatamente el defecto y asegurar que el elemento rechazado, una vez reparado, cumple con lo establecido en el Contrato.*

*Si el Ingeniero requiere que dicha Instalación, Material o ejecución, sea probado de nuevo, las pruebas deberán repetirse en los mismos términos y condiciones. Si el rechazo y el reensayo causan que el Cliente incurra en Costes adicionales, el Contratista deberá, de acuerdo con lo especificado en la Subcláusula 2.5 (Reclamaciones del Cliente).*

*7.6 Reparaciones*

*Sin perjuicio de cualquier prueba o certificado previo, el Ingeniero podrá ordenar al Contratista que:*

*a) retire del Emplazamiento y reemplace cualquier Instalación o Material que no esté de acuerdo con lo establecido en el Contrato,*

*....*

*Si el Contratista no cumple esta instrucción, el Cliente estará facultado para emplear y pagar a otras personas para que realicen dicha tarea. Excepto en la medida que el Contratista tuviera derecho a cobrar por estos trabajos, éste deberá, según la Subcláusula 2.5 (Reclamaciones del Cliente) pagar al Cliente todos los Costes ocasionados por este incumplimiento.*

*8.5 Retrasos causados por las Autoridades*

*Si las siguientes Condiciones son aplicables:*

*a) el Contratista ha seguido diligentemente los procedimientos promulgados por las autoridades públicas pertinentes constituidas según la legislación del País,*

*b) estas autoridades retrasan o interrumpen el trabajo del Contratista, y*

*c) el retraso o interrupción era imprevisible.*

*Este retraso o interrupción se considerará como causa de retraso, según lo dispuesto en el apartado (d) de la Subcláusula 8.4 (Ampliación de Plazo de Terminación).*

*8.8 Suspensión de las Obras*

*El Ingeniero podrá ordenar en cualquier momento al Contratista que suspenda la ejecución de parte o de la totalidad de las Obras. Durante dicha suspensión, el Contratista deberá proteger, almacenar o asegurar dicha parte o la totalidad de las Obras, contra cualquier deterioro, pérdida o daño.*

*El Ingeniero podrá también notificar la causa de suspensión. Si se notifica la causa, y en la medida en que ésta sea responsabilidad del Contratista, no serán de aplicación las siguientes Subcláusulas 8.9, 8.10 y 8.11.*

*8.9 Consecuencias de la Suspensión*

*Si el Contratista sufre algún retraso o incurre en Costes derivados del cumplimiento de las órdenes del Ingeniero especificadas en la Subcláusula anterior (Suspensión de la Obras) o de la reanudación del trabajo, el Contratista deberá notificarlo al Ingeniero y tendrá derecho, según lo dispuesto en la Subcláusula 20.1 (Reclamaciones del Contratista) a:*

*a) una ampliación de plazo por dicho retraso, si la terminación se ha retrasado o se va a retrasar, según lo dispuesto en la Subcláusula 8.4 (Ampliación del Plazo de Terminación), y*

*b) el pago de cualquiera de dichos Costes, que se incluirá en el Precio Contractual.*

*Una vez recibida dicha notificación, el Ingeniero procederá de acuerdo con la Subcláusula 3.5 (Decisiones) para llegar a un acuerdo o decidir sobre dichos asuntos.*

*El Contratista no tendrá derecho a una ampliación de plazo, ni al pago de ningún Coste en el que haya incurrido para reparar las consecuencias de un fallo del Contratista en el proyecto, ejecución o Materiales, o por no haber almacenado o protegido éstos de acuerdo con lo establecido en la Subcláusula 8.8 (Suspensión de las Obras).*

*8.10 Pago de las Instalaciones y Materiales en caso de Suspensión*

*El Contratista tendrá derecho a recibir el importe del valor (en la fecha de suspensión) de las Instalaciones o Materiales que no se hayan entregado en el Emplazamiento, sí:*

*....*

*b) el Contratista ha marcado las Instalaciones o Materiales como propiedad del Cliente de acuerdo con las instrucciones del Ingeniero.*

*....*

*8.11 Suspensión Prolongada*

*Si la suspensión definida en la Subcláusula 8.8 (Suspensión de las Obras) se ha mantenido por más de 84 días, el Contratista podrá solicitar al Ingeniero permiso para continuar. Si el Ingeniero no se lo concede en un plazo de 28 días después de haber sido requerido, el Contratista podrá, notificándolo al Ingeniero, considerar la suspensión como una supresión, según se determina en la Cláusula 13 (Cambios y Ajustes), de la parte afectada de las Obras. Si la suspensión afecta a la totalidad de las Obras, el Contratista podrá notificar la resolución de Contrato según lo dispuesto en la Subcláusula 16.2 (Resolución del Contrato por el Contratista).*

*11. Responsabilidad de Defectos*

*11.1 Terminación de trabajos pendientes y reparación de defectos*

*Con objeto de que las obras y los Documentos del Contratista, así como cada Fase, estén en las condiciones requeridas por el Contrato (excepto en los casos normales de desgaste natural) en la fecha en que expire el Periodo de Notificación de Defectos pertinente, o tan pronto como sea posible después de terminado, el Contratista deberá:*

*a) terminar el trabajo que quede pendiente en la fecha que indique el Certificado de Recepción, dentro de un plazo razonable indicado por el Ingeniero, y*

*b) ejecutar todo el trabajo necesario de reparación de defectos o daños, notificado por (o en nombre de) el Cliente en, o antes de la fecha de terminación del Periodo de Notificación de Defectos para las Obras o Fase (según sea el caso).*

*Si aparece algún defecto o se producen daños, el Contratista deberá ser notificado por (o en nombre de) el Cliente.*

*11.2 Costes de Reparación de Defectos*

*Todo trabajo mencionado en el punto b) de la Subcláusula 11.1 (Terminación de trabajos pendientes y reparación de defectos) deberá ser ejecutado a costa y riesgo del Contratista siempre que dicho trabajo fuera atribuible a:.....*

*En la medida que dichos trabajos fueran atribuibles a cualquier otra causa, el Contratista deberá ser notificado de inmediato por el Cliente (o por alguien en su nombre) y se aplicará la Subcláusula 13.3 (Procedimiento de Cambios).*

*15. Resolución por el Cliente*

*15.1 Comunicación de Corrección*

*Si el Contratista incumple cualquier obligación establecida en el contrato, el ingeniero podrá requerir del Contratista, a través de una notificación, que cumpla o subsane dicha obligación dentro del plazo específico razonable.*

*17.3 Riesgos del Cliente*

*c) disturbios, conmoción o desorden en el País ocasionado por personas distintas al Personal del Contratista u otros empleados del Contratista o Subcontratista.*

*19. Fuerza Mayor*

*19.1 Definición de Fuerza mayor*

....

*(iii) disturbios, conmoción, desorden, huelga o cierre patronal llevado a cabo por personas distintas a las del Personal del Contratista u otros empleados del Contratista y Subcontratistas,*

*19.5 Fuerza Mayor que afecta al Subcontratista*

*Si un Subcontratista, en virtud de lo dispuesto en un Contrato o acuerdo relacionado con las Obras, está liberado de responsabilidad por supuestos o sucesos que constituyen Fuerza Mayor en términos adicionales o más amplios que los especificados en la presente Cláusula, dichos supuestos o sucesos contemplados en esos casos de Fuerza Mayor más amplios, no excusarán al Contratista de la responsabilidad por incumplimiento, ni le liberará de las obligaciones estipuladas en la presente Cláusula.*

- **Condiciones particulares del contrato**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS*

*11.3 AMPLIACION DEL PERIODO DE NOTIFICACION DE DEFECTOS…*

*El contratista no podrá en ningún caso exonerar su responsabilidad por los trabajos que hubieren sido encontrados defectuosos, ni negarse a reparar o construirlos, según sea el caso, bajo pretexto de haber sido aceptados por el Ingeniero, rigiendo en todo caso, lo dispuesto por el artículo 1784 del Código civil del Perú, que establece como plazo de responsabilidad no menor de (5) años.*

- **Documentos que obran en el expediente.**

En lo referente al tema de las observaciones del Túnel de Cutervo, primera parte del presente punto controvertido, se deben tener en cuenta principalmente los siguientes documentos, ello sin perjuicio de la apreciación total de los medios probatorios aportados por las partes; Medio probatorio signado como No. 02, del escrito de contestación de demanda de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca, Carta No.

NJS/CAJ-DP-001-2017, emitido por el consultor NJS, informe técnico, en donde se refieren a este punto específico; asimismo los medios probatorios signados como No. 10 al 22, referidas al Túnel de Cutervo; acta de verificación de levantamiento de observaciones, Túnel Cutervo, contenida en el medio probatorio 15 del referido escrito de contestación de demanda; carta No. 041-2015-BM3-RO-Cajamarca de fecha 17 de agosto del 2015, signada como medio probatorio 13, del escrito de contestación de demanda, referida al levantamiento de observaciones Túnel – Cutervo-Grupo B – Cajamarca, especificaciones técnicas.

Para el análisis de esta segunda parte del presente punto controvertido se ha tenido en cuenta principalmente los siguientes documentos, ello sin perjuicio de la apreciación total de los medios probatorios aportados por las partes; Condiciones Generales del Contrato, cláusula 2.1; Medio probatorio signado como No. 02, del escrito de contestación de demanda de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca, Carta No. NJS/CAJ-DP-001-2017, emitido por el consultor NJS, informe técnico, en donde se refieren a este punto específico; asimismo los medios probatorios signados como No. 23 al 26, referidas al agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo; Carta N°NJS/CAJ-DP-183-2015 dirigida a BM3 – sobre cuantificación y causa de las observaciones – deterioro por no culminación debido a problemas sociales, signada como medio probatorio 26, del escrito de contestación de demanda.

Para el análisis de esta tercera parte del presente punto controvertido se ha tenido en cuenta principalmente los siguientes documentos, ello sin perjuicio de la apreciación total de los medios probatorios aportados por las partes; Medio probatorio signado como No. 02, del escrito de contestación de demanda de la Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Cajamarca, Carta No. NJS/CAJ-DP-001-2017, emitido por el consultor NJS, informe técnico, en donde se refieren a este punto específico; asimismo los medios probatorios signados como No. 27 al 30, referidas a la ciudad de Chota; Carta N°NJS/CAJ-DP-183-2015 dirigida a BM3 – sobre cuantificación y causa de las observaciones – deterioro por no culminación debido a problemas

sociales, signada como medio probatorio 26, del escrito de contestación de demanda.

Corresponde analizar cada uno de los supuestos del punto controvertido, en ese sentido respecto a:

> *Determinar que no es cierto que el contratista no cumplió con levantar las observaciones el túnel de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutado por ella, siendo el monto presupuestado de S/1,067.992.93, debiéndose reintegrar dicho monto al demandante.*

**ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.**

Preliminarmente debemos mencionar que en este punto controvertido analizaremos en simultáneo las posiciones de las partes y las contrastaremos con los hechos, marco normativo antes descrito y medios probatorios, para de esta forma determinar la posición del Tribunal, a efectos de resolver la controversia.

Al respecto la Entidad sustenta su posición en que la demandante fue comunicada debidamente para subsanar, y, que la controversia de fondo es el suministro e instalación de las planchas acanaladas, las cuales figuran en los planos y su incidencia debió ser incluida en los precios unitarios de las cimbras, conforme a las especificaciones técnicas (que obran en autos); en ese sentido la Entidad requiere que el demandante pague las planchas acanaladas y se coloquen por estética otras; por otro lado el demandante sostiene que no le pagaron las planchas acanaladas y que no existe causal técnica para dicho trabajo, en ese sentido menciona los argumentos esgrimidos en la Carta No. NJS/CAJ-DP-001-2017, emitido por el ingeniero NJS, informe técnico señala: *"En este punto es controvertido el suministro e instalación de las planchas acanaladas, siendo que este figura en los planos de obra y su incidencia debió ser incluida en los precios unitarios de las cimbras de acuerdo a lo establecido en las especificaciones técnicas y al precio unitario acordado"*

Tal como se analizó en los considerandos, de la segunda pretensión, en el presente laudo, la entidad demandada no le reconoció al demandante, conforme a lo pactado en el contrato marco (cláusula 3) y especificaciones técnicas, los accesorios de los marcos metálicos, no se le pagó los trabajos que incluyen planchas acanaladas, en efecto, ello se evidencia de la Carta N°NJS/CAJ-DP-001-2017, presentada como anexo 02 antes mencionada; anexos 10-22, acta de verificación, anexo 15, planchas acanaladas y en el anexo 13 (Costos BM3), todos estos documentos anexos a la contestación de demanda de la Procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca, de fecha 03 de mayo del 2017, a los que hacemos referencia, líneas arriba, como base normativa para resolver la presente controversia, ello sumado a la especificaciones técnicas, que también obran en autos, aportados por la demandante mediante escrito de fecha 04 de enero del 2018.

En ese sentido resulta claro que el cliente tiene derecho a solicitar una subsanación, pero no basta con notificar una observación al contratista, (primer párrafo de cláusula 2.5 de las condiciones generales del contrato), sino que además de ello la reclamación del cliente debe cumplir con otros requisitos establecidos contractualmente, como por ejemplo, el cuarto párrafo de la cláusula 2.5 de las condiciones generales del contrato, en ese sentido no habiendo sido pagado el concepto de las planchas, tal como se determinó en el segundo punto controvertido, no puede descontar un pago no efectuado al contratista y mucho menos ordenar la colocación de nuevas planchas, no contempladas en las especificaciones técnicas, (las cuales tienen prioridad sobre los planos inclusive, conforme lo manda el contrato marco, Cláusula 2, literal h), como el mismo Ingeniero reconoce, pues se estarían vulnerando los términos contractuales citados en el marco normativo de la presente controversia.

En efecto la entidad demandada solicita se le pague otras planchas, que sin criterio técnico quieren colocar, y no estando en las especificaciones técnicas y conforme a los documentos antes mencionados corresponde declarar fundada esta primera parte de la cuarta pretensión, debiendo pagarse al contratista el monto reclamado.

*No es cierto afirmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones, en lo que respecta a las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutada por ella siendo el monto presupuestal de S/771,356.08, debiéndose reintegrar dicho monto al demandante*;

**ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.**

Preliminarmente debemos mencionar que en este punto controvertido analizaremos en simultáneo las posiciones de las partes y las contrastaremos con los hechos, medios probatorios para de esta forma determinar la posición del Tribunal, a efectos de resolver la controversia.

La Entidad demandada sustenta su posición en que estas observaciones fueron notificadas mediante Carta No NJS/CAJ-DP-183-2015, del 07 de julio de 2015, y, que debido a problemas sociales no han podido ser levantadas, y, que el demandante acepto la aplicación de la cláusula 11.4 de las condiciones generales del contrato; en ese sentido corresponde primero analizar de donde derivan las dificultades en la obra, en el manejo de temas sociales.

En este extremo sostiene el demandante que ello se originó por falta de manejo tanto de la Entidad demandada, como del ingeniero NJS, de los temas sociales, incumpliendo la cláusula 2.1 de las condiciones generales del contrato, citado en el marco normativo de la presente controversia, (anexo 4 de la demanda) sobre derecho de acceso al emplazamiento el cual señala: *"El Cliente deberá dar al Contratista derecho de acceso y posesión de todas las partes del emplazamiento en el plazo (o plazos) determinados en el apéndice ... Si el Contratista sufre algún retraso o incurre en costes porque el Cliente no haya dado ese derecho o posesión en dicho plazo, el Contratista lo notificará al Ingeniero y tendrá derecho, ... a) una ampliación de plazo por cualquiera de dichos retrasos ... b) el reembolse de tales Costes más un beneficio razonable, que deberá incluirse en el Precio Contractual".*

En ese sentido y como obra en autos, el Acta de Acuerdo Amistoso, de fecha 07 de abril de 2015, entre PROREGION, NJS, y, la demandante, (anexo 26 del escrito de contestación de demanda dela procuraduría) cuarto acuerdo señala: *"Respecto del cuarto punto tratado, las partes que suscriben el presente Acuerdo Amistoso acuerdan reducir la porción de la obra pendiente asociada a las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo de la Fase 2 del Contrato de Obra No 047-2010-GG-EPS SEDACAJ S.A., **derivado de las restricciones sociales**, para lo cual la Entidad implementará las acciones para la integralidad de la ejecución de esta meta";* en virtud a ello queda demostrado que el demandante no tuvo acceso al emplazamiento, situación que ha sido reconocida por la Entidad y el Consultor NJS, siendo de aplicación el literal b) de la cláusula 2.1 de las Condiciones Generales del Contrato. Ello también se encuentra evidenciado en la carta No. NJS/CAJ-DP-234-2015 de fecha 03 de agosto de 2015, anexo 24 de la contestación de demanda, de la procuraduría del Gobierno Regional de Cajamarca.

Del análisis de las observaciones a levantar, que ha sido presentada en la contestación de la demanda, por la Procuraduría Pública Regional, medio probatorio 26, anexos a la Carta No NJS/CAJ-DP-183-2015; para el Alcantarillado se refiere a tramos ejecutados, que conforme los sostiene el Ingeniero NJS, no pudieron culminarse por problemas sociales, y, que su deterioro requiere rehabilitación; en el mismo, los tramos de agua potable a rehabilitar, es que no se pudieron concluir los trabajos por problemas sociales, por lo que solo se rellenó lo ejecutado, lo que ocasiono el deterioro del tramo, demostrando con ello que la Entidad demandada y el Consultor NJS, incumplieron el contenido de las consideraciones generales del contrato y el acta de acuerdo amistoso, documentos antes mencionados en el marco normativo.

En consecuencia queda claro que es imprescindible que el contratista tuviera acceso a la obra para poder subsanar o trabajar (pues el mismo marco contractual así lo determina como por ejemplo la ya citada cláusula 2.5 y otras como la 8.5, retraso causado por autoridades, que trae como consecuencia la suspensión de las obras, así lo manda la cláusula 8.8, 8.9, 8.10 y 8.11 todas ellas citadas en el marco normativo del presente punto controvertido) y

habiéndose demostrado lo contrario resulta atendible la pretensión del demandante pues se ha acreditado que el Contratista fue impedido de conservar o mantener las obras, al no habérsele permitido el acceso a las mismas.

Por tales consideraciones el Tribunal considera que este segundo punto del presente punto controvertido debe ser declarado fundado.

> *No es cierto afirmar que, en la ciudad de Chota, después de emitido el certificado de cumplimiento se hallan detectado trabajos defectuosos por un monto de S/. 507,235.35 que tenía que reparar el contratista en cumplimiento a la sub clausula 11.3 de las condiciones particulares del contrato y lo dispuesto por el artículo 1784 del Código Civil del Perú, trabajos que, según la entidad, tuvieron que ser ejecutados por parte de la entidad ante la ausencia de dicho contratista, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante*,

**ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL.**

Preliminarmente debemos mencionar que en este punto controvertido analizaremos en simultáneo las posiciones de las partes y las contrastaremos con los hechos, medios probatorios para de esta forma determinar la posición del Tribunal, a efectos de resolver la controversia.

Corresponde señalar que la Entidad demandada sustenta su posición, en que las notificaciones se efectuaron a través del ingeniero NJS, a través de las Cartas NJS No. 230-2016, del 22 de julio de 2016, 244-2016, del 11 de agosto de 2016 y 263-2016 del 21 de setiembre de 2016, entre otros documentos, mientras que el Consultor NJS, conforme al medio probatorio 2, presentado en la contestación de demanda de la Procuraduría Regional, Carta No NJS CAJ-DP-001-2017, última página señala que: *"Respecto de los trabajos defectuosos en la ciudad de Chota precisar que no tenemos conocimiento que la Entidad haya comunicado de tales defectos al Contratista, a pesar que en múltiples oportunidades le indicáramos de realizar tal procedimiento. Siendo así no se estaría cumpliendo lo establecido en el artículo 1784 del Código Civil del Perú que se le avise por*

*escrito al Contratista de la fecha cierta dentro de los 6 meses siguientes al descubrimiento.";* en el mismo sentido las cartas señaladas por la entidad demandada, que son sus medios probatorios 27, 28 y 29 del escrito antes referido, confirman lo afirmado por el Consultor NJS, es decir, que siempre instruyeron a la Entidad demandada que cualquier vicio oculto, sea comunicada al Contratista, situación que nunca se produjo.

Respecto de los vicios ocultos estos están referidos a que una vez recibida la obra, el contratista quedará libre por los vicios aparentes, pero este principio no rige cuando la diferencia no puede ser advertida al momento de la entrega o los vicios eran ocultos, estos defectos o fallos no visibles u ocultos al aparecer antes de un determinado plazo dan derecho al saneamiento por parte del afectado.

Asimismo corresponde señalar que el Artículo 1784° del Código Civil, en relación con la Responsabilidad del contratista por destrucción, vicios o ruina, establece que si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

En ese sentido el contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso de fecha cierta.

El tribunal Arbitral considera necesario precisar que conforme a lo dispuesto por la cláusula 2.5 de las condiciones generales del contrato (citada en el marco normativo de la presente controversia), que la notificación o comunicación de defectos debe estar detallada y fundamentada contractualmente, asimismo se establece un procedimiento para la determinación del defecto, cláusula 7.5 de

las condiciones generales del contrato, siendo de aplicación también la cláusula 11.3, responsabilidad por defectos de las condiciones particulares del contrato, sin embargo, como se desprende de los hechos y pruebas apostadas antes mencionadas ninguno de ellos se cumplió.

Queda demostrado que habiendo transcurrido en exceso el plazo establecido, para que proceda el reclamo por parte de la entidad demandada, y no habiéndose seguido los procedimientos contractuales pactados, el Tribunal Arbitral debe declarar fundada esta tercera parte del cuarto punto controvertido.

**5. Quinto Punto Controvertido:**

> *"Determinar si corresponde o no que la Unidad Ejecutora Programas Regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA pague a favor de la demandante la suma de S/ 2,678,114.03 Soles por concepto de Indemnización de daños y perjuicios pues ha ocasionado un grave perjuicio con su incumplimiento desestabilizando económica y financieramente a la demandante."*

**MARCO LEGAL DE LA PRESENTE CONTROVERSIA**

EL Tribunal Arbitral considera pertinente previo al análisis de fondo de la presente controversia, delimitar el marco legal aplicable, teniendo en consideración los hechos expuestos por las partes, en este sentido corresponde analizar en primer lugar lo que prescribe el contrato marco materia de Litis, las condiciones generales del contrato, las condiciones particulares del mismo y el subcontrato nominado respecto de este tema en concreto, relacionado con conceptos indemnizatorios; para a la luz de los mismos analizar lo expuesto y probado por las partes, en ese sentido tenemos:

- **Condiciones Generales del Contrato.**
  Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

  *16. Suspensión y Resolución del Contrato por el Contratista*

*16.1 Derecho del Contratista a Suspender los Trabajos (Aplica Subclàusula 16.1 de Condiciones Específicas)*

*16.2 Resolución por el Contratista*

*El Contratista tendrá derecho a resolver el Contrato si:*

*....*

*b) el Ingeniero no emite en el plazo de 56 días después de haber recibido una Relación Valorada y documentación justificativa, la correspondiente Certificación de Pago,*

*c) el Contratista no recibe la cantidad adeudada, de acuerdo a una Certificación de Pago a Cuenta, antes de 42 días tras el vencimiento del plazo establecido en la Subcláusula 14.7 (Pago) en el cual el pago debería haberse realizado (excepto las deducciones establecidas en la Subcláusula 2.5 (Reclamaciones del Cliente),*

*d) el Cliente incumple sustancialmente sus obligaciones contractuales,*

*e) el Cliente no cumple con lo establecido en la Subcláusula 1.6 (Acuerdo contractual) o Subcláusula 1.7 (Cesión),*

*16.4 Pago en caso de Resolución*

*Después de que una notificación de resolución de acuerdo con la Subcláusula 16.2 (Resolución del Contrato por el Contratista), haya producido efectos, el Cliente deberá inmediatamente:*

*a) devolver la Garantía de Cumplimiento al Contratista,*

*b) pagar al Contratista de acuerdo con la Subcláusula 19.6 (Resolución voluntaria, pago y dispensa), y*

*c) pagar al Contratista el importe de cualquier lucro cesante u otra pérdida o daño soportado por el Contratista, como consecuencia de la resolución.*

*17.1 Indemnizaciones*

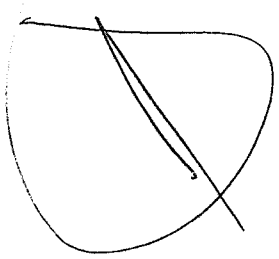
*.....*

*El Cliente deberá indemnizar y mantener indemne al Contratista, al personal del Contratista y a sus respectivos representantes frente a y de cualquier reclamación, daño, pérdida y gastos (incluidos honorarios y gastos legales) con relación a (1) daños corporales, dolencia, enfermedad o fallecimiento que sea atribuible a negligencia, acto intencionado o*

*incumplimiento del Contrato por el Cliente, por el Personal del Cliente o por cualquiera de sus representantes, y (2) los asuntos por los que la responsabilidad pueda ser excluida de la cobertura de un seguro, tal y como se describe en los apartados (d)(i), (ii) y (iii) de la Subcláusula 18.3 ( seguro de daños a personas y propiedades).*

*17.6 Limite de Responsabilidad*

*Ninguna Parte será responsable frente a la otra, por la pérdida de uso de cualquier Obra, lucro cesante, pérdida de cualquier contrato o por cualquier otra perdida o daño indirecto o resultante que la otra Parte pueda sufrir en relación con el Contrato, salvo por lo establecido en la Subcláusula 16.4 (Pago en caso de Resolución) y en la Subcláusula 17.1 (Indemnizaciones).*



*La responsabilidad total del Contratista con respecto al Cliente, en virtud de, o en relación con el Contrato, no excederá de la cantidad especificada en las Condiciones Particulares o (si no figura cantidad alguna) del Importe de Adjudicación, con la excepción de lo establecido en la Subcláusulas 4.19 (Agua, gas, electricidad), 4.20 (Equipos y Materiales aportados por el Cliente), 17.1 (Indemnizaciones) y 17.5 (Derechos de propiedad Industrial e Intelectual).*

- **Condiciones particulares del Contrato.**

Respecto del mismo corresponde tener presente las siguientes cláusulas:

*16. Suspensión y Resolución por el Cliente*

*16.1 Derecho del Contratista a Suspender los Trabajos*

*Sin perjuicio del derecho del Contratista a percibir los intereses a que se refiere la Sub Cláusula 14.8 y resolver el Contrato de acuerdo con la Sub Cláusula 16.2, el Contratista puede suspender los trabajaos o reducir su ritmo una vez que se lo haya notificado al cliente, con una antelación de 56 días y emitido copia al Ingeniero, en el supuesto de que el cliente no haya pagado al contratista cualquier cantidad certificada por el Ingeniero con las deducciones a que tenga derecho el cliente en virtud del Contrato,*

*en los 56 días siguiente a la expiración del plazo establecido en la Sub Cláusula 14.7*

*Si el Contratista suspende los trabajos, o reduce el ritmo de las obras de acuerdo con lo establecido en esta sub cláusula y por ello sufre demoras o incurre en costos, el Ingeniero deberá después de la debida consulta con el cleint5e y con el contratista, determinar:*

*(a) Cualquier prórroga a la que el contratista tenga derecho de acuerdo con la Cláusula 7, y*

*(b) El importe de los costos aditivos al monto del contrato, y se le notificará debidamente al Contratista con copia al Cliente.*

*Sin perjuicio del derecho del Contratista a recibir los intereses en virtud der la Sub Cláusula 14. Y a resolver el Contrato en virtud de la Sub Cláusula 16.2, el Contratista podrá suspender las Obras o reducir el ritmo de trabajo dentro de los 56 días siguientes a la notificación por parte del JICA al Gobierno del Cliente de que ha suspendido los desembolsos del préstamo o crédito que financia total o parcialmente la ejecución de las Obras.*

- **Documentos que obran en el expediente.**

Escritos de demanda y contestación, absolución de contestación de demanda, y Código Civil.

**POSICION DE LA DEMANDANTE**

La demandante sostiene respecto del presente punto controvertido que se ha configurado un hecho dañoso el cual es imputable a la entidad demandada, producto del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, además de ello se ha demostrado que su empresa sufrió un daño extrapatrimonial, pues se ha dado su imagen ante la comunidad presentándolo como una organización que no cumple con sus obligaciones contractuales.

En ese sentido respecto a la cuantificación del daño, sustentan su pedido en el artículo 1332° del Código Civil establece lo siguiente: *"Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa."*

Sostienen que el Código Civil ha establecido una pauta que debe seguir el juzgador, en este caso árbitro, a efectos de amparar una indemnización en los casos en los cuales no se pueda determinar con exactitud a cuánto ascendería la cuantificación del daño.

Sostienen que el daño irrogado es incalculable per señalan que como parámetro referencial debería corresponder justamente al monto de las supuestas penalidades ilegalmente impuestas a su empresa: *Por la supuesta demora en el término del componente agua de la ciudad de chota (fase 3) por un monto de S/.1,900,757.95,* y por *el supuesto abandono y la demora en el término de las obras de la ciudad de Cutervo de la fase 2, por un monto de S/ 777,356.08,*

Dichos montos hacen un total de S/. 2,678,114.03 Soles, que señalan es un parámetro objetivo para el cálculo del monto a indemnizar.

Adicionalmente a ello solicita que se tenga en cuenta la utilidad dejada de percibir, puesto su expectativa en el contrato se vio frustrada por el incumplimiento de la entidad demandada.

Asimismo es menester señalar que mediante escrito de fecha 11 de octubre del 2017, de absolución de contestación de demanda, la demandante amplia el sustento y fundamentos de hecho y derecho que acreditan el daño y su cuantificación, los mismos que se encuentra detallados y cuantificados por rubro, señalando que se habría comprobado que la demandante a falta de realización de la Cuenta por Cobrar BM3-GR Cajamarca (materias controvertidas en el presente proceso) ingresó en un periodo de crisis de liquidez, que a la larga lo ha generado costos financieros y de intangibles que detallan de la siguiente forma:

| Costos financieros y otros por crisis de liquidez | Monto de costo |
|---|---|
| Préstamos de accionista | S/. 597,154.27 |
| Préstamo de CERTICOM S.A.C. | S/. 360,211.69 |
| Préstamo de AGROBANCO | S/. 697,897.06 |
| Medidas cautelares sobre activos | S/. 68,173.56 |
| Cierre de cuentas bancarias | S/. 500,000.00 |
| Pérdida de elegibilidad comercial | S/. 2,489,294.83 |
| **Total** | **S/. 4,712,731.42** |

Señalan que estos costos han sido generados exclusivamente por un problema de liquidez ingresado luego de que el 90.3% del activo corriente a finales del año 2015, haya sido declarado de cobranza dudosa, sin que se haya hecho efectivo hasta la fecha, en consecuencia, sostienen que el daño está probado y cuantificado habiéndose determinado el nexo causal, correspondiendo que el Tribunal arbitral meritue sus fundamentos y pruebas y declare fundada su pretensión indemnizatoria.

**POSICION DE LA DEMANDADA**

Por otro lado, la entidad demandada, señala que el tribunal debe tener en cuenta que para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios. A este respecto, establece el artículo 1331° del Código Civil de aplicación supletoria que *"la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*. Por ello, el incumplimiento de un contrato no otorga necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño. La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no es punitiva. Así, si el deudor incumple su

obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización.

En ese sentido señala, en su escrito de contestación de demanda señala "*...la actuación de la demandante es temeraria pues no sólo se apropia de un Contrato de forma reñida, abandona las obras que le fueron encomendadas, sino que quiere sacar réditos pingues de un acuerdo contractual que no le pertenece. Olvida que el concierto que mal formó con sus pares MESTRAL SAC y la propia BM3 Obras y Servicios S.A., le ha causado más daño a la Entidad y al pueblo cajamarquino, que hasta la fecha no ve concluidas las obras de saneamiento que requiere. Es el pueblo de Cajamarca quien debe ser indemnizado por tan bárbaros contratistas*".

Asimismo, solicitan al Tribunal arbitral que debe tener en cuenta que el demandante no ha logrado demostrar el supuesto daño causado por PROREGION o SEDACAJ S.A., en ese sentido, en el mismo escrito referido señalan:

"*... por el contrario el daño ha sido causado por ésta a la entidad y a la Región con su actuar irregular y ánimo completamente vedado, quedándose con un contrato que por derecho no le corresponde.*

*¿Es acaso PROREGION quién la ha obligado a asociarse de mala fe con BM3 Obras y Servicios SA y MESTRAL SAC? Claro que no, han sido decisiones propias y particulares, mal puede ahora señalar que se la ha desestabilizado económica y financieramente.*

*¿Es acaso PROREGION quien le hizo supuestamente prestarle dinero a BM3 Obras y Servicios S.A., o a MESTRAL SAC? La respuesta siempre es negativa. Al contrario, PROREGION siempre honró sus compromisos, no pudiéndose decir lo mismo del recurrente que a pesar de tener un contrato nominado con una duración de 118 días para ejecutar las obras, terminó alargando anti técnicamente los plazos, hasta que finalmente abandonó las obras, las cuales*

*contienen una finalidad pública no respetada por la accionante, quien sólo va egoístamente detrás de sus intereses económicos.*

***DECIMO:*** *Por lo dicho, resulta hilarante que se sostenga en la página 26 de su demanda que, se ha configurado un hecho dañoso completamente imputable a PROREGION, ya que ha sufrido un daño EXTRAPATRIMONIAL (sic), al habérsela presentado ante la comunidad como una organización que no cumple con sus obligaciones contractuales, ya que, eso no es necesario hacerlo, puesto que el propio pueblo saca sus conclusiones frente a quien actúa con decencia, responsabilidad, honestidad o actúa contrariamente, esto es, la fama se la hace uno mismo. Por lo demás, el daño ocasionado al erario público es incalculable.*

***DECIMO PRIMERO:*** *De otro lado, como parámetro indemnizable, la accionante suma el monto de las penalidades aplicadas, lo cual es un absurdo, ya que de las penalidades como tal, impuestas por inejecución de obligaciones contractuales, no se pueden extraer sumas o cifras indemnizatorias, esto no lo explica el recurrente, menos lo calza contractualmente para análisis nuestro y del propio tribunal. Recordemos que la penalidad de Chota, se impuso por la demora en la terminación del componente agua potable, tal como se le sustentó al Contratista a través de las cartas NJS/CAJ-DP-135-2014 Y 026-A-2014-NJS-CH-RS. Prueban esto también los correspondientes asientos de obra que se anexan al presente informe. Por lo demás, no ha sido PROREGION, quien designó como sub contratista nominado al demandante, esto lo hizo motivado por su propio accionar, así como no ha sido PROREGION, quien abandonó las obras a ejecutar, sino el propio accionante, entonces mal puede fundar un reconocimiento de indemnización basado en sus hechos, al no haber cumplido con ejecutar la obra en los plazos en los que el mismo se obligó libre y voluntariamente. Por lo demás, no hay mayor sustento o fundamento de esta pretensión, la cual debe ser desestimada."*

**ANALISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Vistas las posiciones de las partes y a la luz de los hechos descritos por las mismas, los escritos presentados, el marco normativo delimitado para la

presente controversia, los medios probatorios merituados y a lo resuelto en los puntos controvertidos precedentes, es que corresponde al tribunal Arbitral analizar si es posible conceder una indemnización por daños y perjuicios y la cuantificación de la misma.

En primer lugar debemos tener en consideración, conforme al marco normativo contractual aplicable al presente punto controvertido, que el demandante resolvió el contrato y abandonó la obra en virtud al incumplimiento de la parte demandada, así lo evidencia el análisis efectuado por este tribunal arbitral en el primer punto controvertido, en ese sentido y conforme lo estipulan las cláusulas 16, 16.1, 16.2, 16.4, 17, 17.1 de las condiciones generales del contrato y cláusulas 16, 16.1 de las condiciones particulares del contrato, se establece esta facultad del contratista y los efectos de dicha decisión, entre los cuales se encuentra el derecho a ser indemnizado, por lo tanto habiéndose configurado dicha situación preliminarmente existiría la certeza del reconocimiento de una indemnización en favor del demandante.

Conforme a lo descrito en el párrafo anterior corresponde efectuar un análisis más profundo respecto a los conceptos indemnizatorios a efectos de poder dilucidar el presente punto controvertido, en este sentido debemos manifestar que conforme a lo establecido por el artículo 1321° del Código Civil, que regula el régimen de cobertura respecto de los daños en materia de responsabilidad civil contractual, se establece que el deudor que incurre en inejecución de obligaciones o que cumple parcial, tardía o defectuosamente a título de dolo o culpa inexcusable deberá responder por los daños previsibles e imprevisibles. Sin embargo, en caso que hubiese incurrido en culpa leve deberá responder únicamente por los daños previsibles.

La doctrina en cuanto al tema de la Responsabilidad Civil Contractual ha señalado de manera unánime que para que se configure la pretensión indemnizatoria que pretende resarcir el daño invocado, ésta debe ser debidamente probada de acuerdo al análisis doctrinario, que se ha trabajado ampliamente y que reviste cuatro niveles a decir: a) El hecho generador del daño,

b) El daño, c) Relación de causalidad y d) Los factores atributivos de responsabilidad.

Que, en tal sentido, se ha establecido que el hecho generador del daño está determinado por el actuar antijurídico y doloso, el cual se manifiesta en el incumplimiento contrario al ordenamiento jurídico, al incumplir injustamente las obligaciones contractuales. Sin embargo, cabe señalar que no todo daño es susceptible de ser reparado vía una indemnización, en efecto, para ser sujeto de indemnización, el daño debe revestir la calidad de patrimonial, es decir, que pueda ser sujeto de valoración económica. De esta manera, de acuerdo a los criterios que establece el derecho, el daño podrá ser reparado en la medida que éste pueda llegar a ser cuantificado y que el mismo revista una situación de equivalencia entre el daño efectivamente producido y el monto que como indemnización percibirá la víctima.

En este orden de ideas, queda claro que el daño que se invoca debe revestir una matriz que se traduzca en una valoración económica, de lo contrario la responsabilidad civil, no podrá efectivizar su función satisfactoria propia.

Además, respecto del daño es necesario tener presente los siguientes requisitos: a) La certeza del daño: el cual se refiere a que éste se haya producido y que el mismo tenga un efecto patrimonial; b) La no reparabilidad del daño; c). La especialidad del daño, se refiere a la circunstancia de que la lesión o daño debe ser producida a un sujeto o un grupo de sujetos que hayan merecido tutela jurídica por el ordenamiento y d) La antijuricidad del daño el cual señala que sólo es resarcible el daño injusto, es decir contrario a derecho.

Que, la relación de causalidad se refiere a la existencia de una identificación coherente entre los hechos generadores del daño y los daños invocados, los mismos que deben ser comprobados a la luz de la Teoría de la Causa Adecuada, la misma que señala que de todas las condiciones que intervienen en un evento habrá que ascender a la categoría de causa a aquella que sea la más idónea en la producción del resultado, atendiendo a los criterios de regularidad y normalidad.

Que, los factores atributivos de responsabilidad (antijuricidad subjetiva): se encuentran relacionados con el dolo, es decir, la voluntad y la conciencia, que se tuvo para producir el daño patrimonial.

Que conforme a lo fundamentado en los considerandos anteriores que resuelven los puntos controvertidos anteriores ha quedado acreditado que la demandante se ha visto afectado económicamente al tener que recurrir al Arbitraje para solucionar la controversia con la demandada.

Conforme obra de autos se puede verificar que efectivamente se ha producido un daño en el demandante al haberse comprobado que conforme a los argumentos y pruebas esgrimidos en este proceso está demostrado, fundamentado y probado que la demandante estableció válidamente una relación contractual, es decir fue contratada para la ejecución de las obras, por necesidad de la Entidad demandada, ante el incumplimiento del Contratista principal, dada su incapacidad técnica y económica, lo que está probado conforme al Oficio No 1301-2013-GR-CAJ/PROREGION/DE, DEL 30 DE OCTUBRE DE 2013, y, la Carta NJS/CAJ-DP-543-2013, del Consultor NJS, (anexo 08 de la demanda), que aprueban la designación como subcontratista nominado, lo que a su vez debe concordarse con el informe No. 145-2013-GR.CAJ/PROREGION/AL, mediante el cual el jefe de asesoría legal de PROREGION Dra. Fabiola Rojas Palacios, se dirige al Director Ejecutivo de PROREGION Ing. Arturo Fernández, en relación al análisis legal efectuado sobre la figura del contrato nominado.

Asimismo, ha quedado demostrado que la Entidad demandada, cuando se estaba finalizando el último tramo de obra, restringió los pagos al demandante, negándose a pagar la relación valorada definitiva de la ciudad de Chota, a pesar del acta de acuerdo amistoso suscrito por las partes. Por otro lado, se ha determinado la inaplicabilidad de las penalidades impuestas. De esta forma el demandante se vio en la necesidad de abandonar la obra resolviendo el contrato.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral considera que se ha configurado los presupuestos que acarrean responsabilidad, no obstante, ello el Tribunal Arbitral

considera que la cuantificación efectuada por el demandante no está debidamente demostrada, en relación a los montos de las penalidades o utilidad dejada de percibir, costos financieros y de endeudamiento, no siendo necesariamente objetivos para sustentar una cuantificación adecuada.

No obstante ello y teniendo en consideración que se ha demostrado un incumplimiento y por lo tanto un daño que debe resarcido por una indemnización por daños y perjuicios, el Tribunal Arbitral considera que deberá graduar atendiendo a la magnitud de la responsabilidad y cuantificar el monto indemnizatorio correspondiente, en base a los fundamentos expuestos por las partes en sus escritos, las pruebas, y considerandos tomados en cuenta para resolver los puntos controvertidos del presente proceso y sobre todo atendiendo además a la facultad contemplada en el artículo 1332, del Código Civil, el cual faculta al Juez a una valorización Equitativa del resarcimiento en caso no se haya cuantificado el daño o aun habiéndolo cuantificado este no crea convicción en el juzgador.

Al respecto es menester señalar que el citado artículo 1332 del Código Civil Peruano, señala que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa, Al respecto el Dr. Mario castillo Freire (1) Señala lo siguiente: *"Eso implica, naturalmente, que el artículo 1332 pone en un lugar de preferencia al juez o árbitro, porque sabe que en última instancia es él la única persona que, de acuerdo a su criterio indemnizatorio, deberá resolver en relación al monto pretendido en el proceso cuya resolución tendrá a su cargo. Entonces, para cerrar el círculo, podríamos preguntarnos si los jueces tienen la posibilidad de aplicar el artículo 1332 con un criterio subjetivo. La respuesta afirmativa se impone, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiendo por tal a aquélla que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir. Es evidente que el artículo 1332 del Código Civil representa en materia indemnizatoria la última tabla de salvación de la justicia",*

Asimismo, debe tenerse en consideración que la indemnización, para ser completa, debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida.

Por eso, el acreedor tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas. Las pérdidas que sufre el acreedor como consecuencia de la inejecución de la obligación corresponden al daño emergente y las utilidades que deja de percibir, con motivo de la misma inejecución, corresponden al lucro cesante, es decir, el daño emergente es el empobrecimiento der patrimonio del acreedor mientras que el lucro cesante corresponde al legítimo enriquecimiento que se frustró conforme lo determina el artículo 1321 del Código Civil.

La prueba del daño emergente es relativamente fácil de determinar, sin embargo, la prueba del lucro cesante es más difícil y compleja, puesto que el lucro cesante no puede acreditarse generalmente en forma directa. Entonces, cuando la ganancia podía esperarse con probabilidad, debe suponerse que esa ganancia se hubiera hecho, por eso el lucro cesante es aquello que según las circunstancias pudiera haberse esperado con probabilidad, en ese sentido corresponde justamente determinar dicha probabilidad, entendiéndose ella de una manera objetiva, como la ganancia que hubiere podido generar dicho monto dinerario en poder del demandante, determinando el tribunal que dicho criterio objetivo sea el equivalente a la Tasa de interés activa promedio de mercado TAMM – moneda nacional, emitida por la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú, es en base a ello que este Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta el monto del contrato, los hechos, puntos controvertidos resueltos y el tiempo transcurrido, así como las circunstancias descritas por la demandante, corresponde reconocer como indemnización por lucro cesante, un monto equivalente a la aplicación de la mencionada tasa TAMM sobre los valores actualizados y retenidos reconocidos en el presente laudo arbitral contados desde la fecha de la RVD contenida en el acta de acuerdos del 27 de julio del 2016 y hasta la fecha efectiva de pago, debiendo precisarse que dichos montos base para el cálculo de la indemnización serán:

- Primer punto controvertido.

  Relación Valorada Definitiva: S/.1,601,447.15

- Segundo Punto Controvertido.

  Metrado del componente alcantarillado

  Marcos Metálicos: S/.1,552,390.06

  Discrepancia en metrados: S/. 299,841.19

- Tercer punto Controvertido.

  Reintegro de Penalidad Ciudad Cutervo: S/. 777,356.08

- Cuarto Punto Controvertido.

  Reintegro por observaciones Túnel Cutervo: S/.1,067,992.93

  Reintegro observ. Agua y alcantarillado Cutervo: S/. 771,356.08

  Reintegro por retención de trabajos defectuosos: S/. 507,235.35

TOTAL: S/.6,577,618.84

Dicho monto será por todo concepto indemnizatorio, considerando el Tribunal Arbitral que este es un criterio de equidad.

Conforme a lo expresado corresponde declara fundada parcialmente este extremo de la demanda.

**6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO**

> *"Determinar si corresponde o no que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA asuma los costos del arbitraje en que incurra la demandante."*

El tribunal arbitral considera necesario indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

> ***"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje.*** *Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los*

*honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".* (Énfasis Agregado)

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72° del mismo cuerpo legal dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°:

*"1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales,* ***sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo****".* (Énfasis Agregado)

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes:

*"1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes.* ***A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.*** *Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".* (Énfasis Agregado)

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral contenido en el contrato materia de la presente controversia, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Sobre el particular, la doctrina[2] respecto a la distribución de los costos señala que la regla general es el criterio de que "*los costos siguen el evento*", es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

Es así que, desde el punto de vista del Tribunal, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde disponer que la parte demandada asuma los costos del presente arbitraje.

En consecuencia, debe asumir el pago de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral), así como asumir los costos correspondientes a pago de representación, asesoría legal y patrocinio, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Asimismo, se deja constancia que habiendo la parte demandante asumida el íntegro de los gastos de secretaria arbitral y honorarios del tribunal arbitral, corresponde que la entidad demandada pague –en vía de devolución- a favor del demandante dichos conceptos más los intereses generados hasta la fecha efectiva de su devolución.

[2] Escurra Rivero, Huáscar. Comentarios al artículo 73°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 813.

## IX. PARTE RESOLUTIVA

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo Nº 1071, el Colegiado Arbitral, dentro de plazo correspondiente, resolviendo en Derecho **LAUDA EN MAYORIA:**

**PRIMERO: FUNDADO el primer punto controvertido** y en consecuencia determinar que corresponde que la unidad ejecutora programa regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, pague a la demandante la suma de S/1,601,447.15, soles, más el ajuste por cambios de coste, según contrato, correspondiente a la liquidación de obra y/o relación valorada definitiva- grupo B, efectuada por el ingeniero NJS SURCURSAL DEL PERU, según actas de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016, liquidación que ha quedado consentida, adicionándose los intereses correspondientes hasta su fecha efectiva de pago.

**SEGUNDO: FUNDADO el segundo punto controvertido,** en consecuencia, determinar que corresponde que el tribunal arbitral establezca el monto definitivo correspondiente a los metrados del componente alcantarillado, en la cuidad de Cutervo, no conciliados, según consta en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016 y determinando que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, cancele dicho monto

al demandante, el mismo que asciende a la suma S/. 1'552,390.06 para los marcos metálicos, S/.299,841.19 por la discrepancia en metrados, más el ajuste por cambios de coste según contrato, adicionándose los intereses correspondientes hasta su fecha efectiva de pago.

**TERCERO: FUNDADO PARCIALMENTE el tercer punto controvertido,** en consecuencia, corresponde determinar que corresponde que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION- GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA deje sin efecto la penalidad por el supuesto abandono y la demora en el término de las obras de la cuidad de Cutervo de la fase 2, por un monto de S/ 777,356.08, debiendo procederse al pago al demandante, adicionarse los intereses hasta la fecha efectiva del pago.

**IMPROCEDENTE** Por la supuesta demora en el término del componente agua de la ciudad de chota (fase 3) por un monto de S/1,900,757.95, al ser materia controvertida en otro proceso arbitral.

**CUARTO: FUNDADO el cuarto punto controvertido** y en consecuencia determinar que corresponde que el tribunal arbitral declare, respecto a las reclamaciones del cliente, en el acta de acuerdos de fecha 27 de julio del 2016:

- Que, no es cierto afirmar que lo contratista no cumplió con levantar las observaciones el túnel de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutado por ella, siendo el monto presupuestado de S/ 1,067.992.93, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.

- Que, no es cierto afirmar que el contratista no cumplió con levantar las observaciones, en lo que respecta a las redes de agua y alcantarillado de la ciudad de Cutervo, el mismo que la entidad señala debe ser ejecutada por ella siendo el monto presupuestal de S/771,356.08, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.

- Que, no cierto afirmar que la ciudad de chota, después de emitido el certificado de cumplimiento se hayan detectado trabajos defectuosos por

un monto de S/507,235.35 que tenía que reparar el contratista en cumplimiento a la sub clausula 11.3 de las condiciones particulares del contrato y lo dispuesto por el artículo 1784 del código civil del Perú, trabajos que, según la entidad, tuviera que ser ejecutada por parte de entidad ante la ausencia de dicho contratista, debiéndose reintegrar dicho monto a la demandante.

**QUINTO: FUNDADO PARCIALMENTE** el quinto punto controvertido y en consecuencia corresponde determinar que la unidad ejecutora programas regionales PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA pague a favor de la demandante por concepto de lucro cesante una suma equivalente a la aplicación de una Tasa de interés activa promedio de mercado TAMM – moneda nacional, emitida por la Superintendencia de banca y Seguros del Perú, sobre las sumas reconocidas en el presente proceso arbitral ascendentes a la suma de S/.6,577,618.84, por concepto de indemnización de daños y perjuicios debiéndose aplicar dicha tasa TAMM, desde la fecha de la RVD contenida en el acta de acuerdos, del 27 de julio del 2016 y hasta la fecha efectiva de pago.

**SEXTO: DISPONER** que, la demandada PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA, asuma los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; en consecuencia, **SE ORDENA** que PROREGION – GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA pague en vía de devolución a favor de la I&SCGSA que fueron asumidos en subrogación por su contraparte.

**Notifíquese a las partes.-**

**ALFREDO E. ZAPATA VELASCO**
**Presidente del Tribunal Arbitral**

**JORGE EDUARDO COQUIS VEGA**
**Árbitro**

**Silvia Tacanga Plasencia**
**Secretaria Arbitral**
**Pro Arbitra S.A.C**

CARGO EXPEDIENTE

GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
PROCURADURÍA PÚBLICA REGIONAL

Cajamarca, 20 de setiembre de 2018.

GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
MAD
EXPEDIENTE
N° 4122317

**OFICIO Nº 3588 - 2018-GR.CAJ/PRO.P.R.**

**Señor:**

Ing. Wilmer Díaz Díaz
**Gerente Sub Regional de la Gerencia Sub Regional Cutervo**

***Cutervo.-***

**ASUNTO** : Remite Laudo Arbitral.

**REFERENCIA** : **Carta Nº 11/10.-09-2018/JRRM,** notificada el 12.08.2018, en el proceso arbitral seguido por Consorcio Santa María contra la Gerencia Sub Regional Cutervo.

Es grato dirigirme a Usted para expresarle mi cordial saludo, y en atención al asunto que se indica remitir a su despacho el Laudo arbitral contenido en la Resolución Nº 16, emitido en el proceso arbitral de la referencia el que se inició debido a la controversia surgida en la ejecución del Contrato Nº 035-2016-GR.CAJ-GSRC, cuyo objeto era la ejecución de la obra "Construcción y equipamiento técnico del Hospital Santa María II-I Cutervo, de Cajamarca".

Como puede observarse en el mismo el Tribunal Arbitral lauda **sobre los puntos acordados por ambas partes**, por lo que remitimos el referido laudo para su conocimiento y demás fines que estime pertinentes.

Sea propicia la oportunidad para renovarle las muestras de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA
PROCURADURÍA PÚBLICA REGIONAL
Robert H. Arroyo Castañeda
PROCURADOR PÚBLICO REGIONAL
RCAC Nº 745

RHAC/gasc
Cc. Archivo

Lima, 10 de septiembre de 2018.

**Carta N° 11/ 10-09-2018/JRRM**

**GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA (Gerencia Sub Regional de Cutervo)**
**Dirección:** Calle Jr. Santa Teresa de Journet N° 351 - Urb. La Alameda, Cajamarca-Cajamarca.

**Atención:** Procuraduría Pública Regional

**Referencia:** Caso Arbitral: Consorcio Santa María vs Gerencia Sub Regional de Cutervo. Contrato N° 035-2016-GR.CAJ.GSRC.

**Asunto:** Entrega de Laudo Arbitral.

De mi consideración:

Por medio de la presente, en atención al caso arbitral de la referencia cumplo con enviar la resolución N° 16, el cual contiene el Laudo Arbitral en 10 folios.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

***JAVIER R. ROJAS MUÑOZ***
*Secretario Arbitral*
***Celular:*** *957449577*
***E-mail:*** *javierrojas@peruvianarbitration.pe*

GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA
PROCURADURÍA PÚBLICA REGIONAL
RECIBIDO
12 SEP. 2018
Reg: _____ Folios: 13
Hora: 10:34 Firma:

Caso arbitral seguido entre:

**Consorcio Santa María**

(Demandante, Contratista o Consorcio)

y

**Gerencia Sub Regional de Cutervo**

(Demandada, Entidad)

---

**LAUDO**

---

***Tribunal Arbitral***

Abog. Alberto Montezuma Chirinos - Presidente

Abog. Enrique Palacios Pareja

Abog. Juan Jashim Valdivieso Cerna

***Secretario Arbitral***

Javier Romeo Rojas Muñoz

***Tipo de Arbitraje***

Nacional | Derecho | Ad Hoc

Lima, 5 de setiembre de 2018.

**Resolución N° 16**

El Tribunal Arbitral en uso de sus facultades y dentro del marco regulado por el Acta de Instalación y las leyes aplicables al caso en controversia, procede a dictar el siguiente Laudo, el mismo que se ordena notificar a las partes con la debida formalidad.

## I. ANTECEDENTES

1. Que, con fecha 22 de enero del 2016, el Consorcio Santa María (en adelante, el "Consorcio") y la Gerencia Sub Regional de Cutervo, (en adelante, la "Entidad") a raíz de la Licitación Pública N° 02-2015-GR.CAJ-GSRC, suscribieron el Contrato N° 035-2016-GR.CAJ-GSRC, para la ejecución de la obra denominada "Construcción y Equipamiento Técnico del Hospital Santa María II -I Cutervo, de Cajamarca".

2. **La cláusula Décimo Sexta del Contrato establece lo siguiente:**

"***CLAUSULA DÉCIMO NOVENA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS***

*Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la Normatividad de Contrataciones del Estado, dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 114°, 170°, 175°, 177°, 199°, 201°, 209, 210° y 211°del Reglamento o en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso de no llegar 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.*"

### 2.1 Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

3. A las 09:00 horas del día 24 de julio de 2017, en la sede institucional del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado-OSCE, ubicada en el Edificio El Regidor Nº 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, donde se reunieron el Abogado Alberto José Montezuma Chirinos, en su calidad de Presidente del Tribunal, los abogados Enrique Augusto Palacios Pareja y Juan Jashim Valdivieso Cerna, árbitros designados por las partes; conjuntamente con el abogado Héctor Martin Inga Aliaga en su condición de Representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, con el propósito de instalar a quienes se encargarían de resolver la presente controversia.

4. Que, con fecha 22 de agosto de 2017, el Contratista, presenta su escrito de demanda arbitral adjuntando sus medios probatorios, el cual se corrió traslado a la ENTIDAD mediante la resolución N° 02 de fecha 26 de septiembre de 2017, conteniendo 179 folios. Las pretensiones planteadas en su Demanda Arbitral fueron los siguientes:

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que se declare nula y/o ineficaz la Resolución de Gerencia Sub Regional N° 150-2016-GE.CAJ-GSRC, mediante la cual se declara IMPROCEDENTE la Ampliación de Plazo N° 03 por ciento doce (112) días calendarios.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que se apruebe la Ampliación de Plazo N° 03, por ciento doce (112) días calendarios.

**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad demandada que reconozca y pague los Mayores Gastos Generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 03 por el monto ascendente de S/. 723,322.90 Soles, incluidos IGV.

**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el tribunal Arbitral ordene la ENTIDAD asumir la totalidad de los gastos arbitrales y administrativos derivados del presente proceso arbitral.

5. Que, a través de la **resolución N° 01**, notificada a las partes el día 23 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral en virtud de la razón de secretaría de fecha 14 de agosto de 2017, resolvió Facultar al Consorcio Santa María para que en vía de subrogación pague los honorarios arbitrales correspondientes a su contraparte.

6. Que, a través de la **resolución N° 02**, notificada a las partes el día 26 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener por admitida la demanda arbitral y correr traslado de dicha demanda arbitral a la Gerencia Sub Regional de Cutervo para que proceda a contestarla.

7. Que, a través de la **resolución N° 03**, notificada a las partes el día 26 de septiembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener por pagados el 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral por parte del Consorcio Santa María.

8. Que, a través de la **resolución N° 04**, notificada a las partes el día 23 de octubre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener por acreditado los pagos del impuesto a la renta del 100% de los honorarios del Tribunal Arbitral y Secretaría Arbitral por parte del Consorcio Santa María.

9. Que, a través del escrito de fecha 24 de octubre de 2017, la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cajamarca se apersonó al proceso, contestó la demanda arbitral, la misma que fue admitida a través de la **resolución N° 05**, la cual fue notificada a las partes el día 07 de noviembre de 2017.

10. Que, con fecha 25 de octubre de 2017, el señor Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Cajamarca presentó el escrito solicitando la inhibición como árbitro del señor Alberto Montezuma Chirinos en los procesos arbitrales donde es parte el Gobierno Regional de Cajamarca, la cual fue absuelta por a través del escrito de fecha 03 de noviembre de 2017.

11. Que, con fecha 11 de diciembre de 2017, el señor Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Cajamarca presentó el escrito solicitando a su contraparte la remoción conjunta de los árbitros señor Alberto Montezuma Chirinos y señor Juan Jashim Valdivieso Cerna por los motivos expuestos en su momento, la misma que se corrió traslado al Consorcio Santa María a través de la **resolución N° 06** notificada al Consorcio el día 20 de diciembre de 2017, para que en un plazo de diez (10) días hábiles cumpla con contestar.

12. Que, con fecha 28 de diciembre de 2017, el Consorcio Santa María presentó el escrito informando la designación de nuevos abogados *(Eduardo Iberico Balarín, Sandro Tinageros Rodríguez y Víctor Cueva Arellano)* y la variación de su domicilio procesal (calle Amador Merino Reyna N° 267, of. 902, distrito de San Isidro); escrito que fue proveído a través de la **resolución N° 07**.

13. Que, con fecha 05 de enero de 2018, el Consorcio Santa María cumplió con absolver el traslado conferido mediante la resolución N° 06, en la cual consideran que no existiría certeza suficiente sobre la falta de idoneidad ética en los árbitros señor Alberto Montezuma Chirinos y señor Jashim Valdivieso Cerna, para que estos se aparten del presente arbitraje, solicitando tener por absuelto el traslado conferido mediante resolución N° 06. Asimismo, el Consorcio vario su domicilio procesal a la Av. El Reducto N° 1370, of. 201, distrito de Miraflores.

14. Que, a través de la **resolución N° 08**, el Tribunal Arbitral resolvió declarar improcedente el pedido de remoción de árbitros señor Alberto Montezuma Chirinos y señor Juan Jashim Valdivieso Cerna y en consecuencia ordenó se prosiga con el arbitraje. Asimismo, se tuvo por variado el domicilio procesal del Consorcio.

15. Que, a través de la **resolución N° 09**, notificados a las partes el día 09 de marzo de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a una audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para

el día 9 de abril de 2018, a las 10:00 a.m. en las instalaciones de la sede arbitral.

**16.** Que, a través del escrito de fecha 23 de marzo de 2018, se apersonó al proceso arbitral la abogada María Elena Paredes Prado en calidad de Procuradora Pública del Gobierno Regional de Cajamarca.

**17.** Que, a través del escrito de fecha 04 de mayo de 2018, se apersonó al proceso arbitral el abogado Robert Henry Arroyo Castañeda en calidad de Procurador Público del Gobierno Regional de Cajamarca. Asimismo, solicitó la reprogramación de la audiencia de Determinación Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos convocada para el día 9 de abril de 2018, pedido que fue evaluado por el Tribunal Arbitral y en consecuencia dispuso dejar sin efecto dicha audiencia a través de la **resolución N° 10** la cual fue notificada a las partes el día 09 de mayo de 2018.

**18.** Que, el día 09 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral llevó a cabo la audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, fijándose lo siguiente:

**Primer Punto controvertido:**

Determinar si corresponde o no declarar nula y/o ineficaz la Resolución de Gerencia Sub Regional N° 15-2016-GE-CAJ-GSRC, mediante la cual se declara IMPROCEDENTE la ampliación de plazo N° 03 por ciento doce (112) días calendarios.

**Segundo Punto Controvertido:**

Determinar si corresponde o no que se apruebe la ampliación de plazo N°03, por ciento doce (112) días de calendarios.

**Tercer Punto Controvertido**:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad demandada que reconozca y pague los Mayores Gastos

Generales derivados de la Ampliación de Plazo N° 03 por el monto ascendente de S/ 723,322.90 soles, incluidos IGV.

**Cuarto Punto Controvertido**:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad asumir la totalidad de los gastos arbitrales y administrativos derivados del presente proceso arbitral.

**19.** Que, asimismo, se admitieron lo siguientes medios probatorios:

**De la parte demandante:**

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Santa María en su escrito de demanda arbitral incluidos en el acápite denominado: "VI. MEDIOS PROBATORIOS" e identificados en número de 17 documentos.

**De la parte demandada:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de contestación de la demanda, detallados en el acápite denominado: "II. MEDIOS PROBATORIOS" e identificados con los numerales que van del 1 al 4.

**20.** Que, a través de la **resolución N° 11**, notificada a las partes el día 18 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a la audiencia de Ilustración de Hechos para el día 05 de julio de2018, a las 04:00 p.m.

**21.** Que, con fecha 18 de junio de 2018, el Consorcio Santa María presentó un escrito informando al Tribunal Arbitral el inicio del proceso conciliatorio con la Entidad, por lo que, de materializarse debería formalizarse dentro del presente proceso arbitral.

**22.** Que, con fecha 03 de julio de 2018, la Entidad solicita la reprogramación de la Audiencia de Ilustración de Hechos pactada para el día 05 de julio de 2018, por cuanto la intervención del Gobierno Regional de Cajamarca en la diligencia señalada con la Resolución N° 12, respecto a la

conciliación solicitada por el Consorcio Santa María, implicaría que previamente a ella la Procuraduría Pública Regional tenga que obtener el ***"Informe técnico-jurídico documentado"*** emitido por parte de la Gerencia Sub Regional de Cutervo la misma ya habría sido solicitada.

**23.** Que, lo solicitado en el escrito aludido en el numeral anterior fue declarado improcedente mediante **resolución N° 12** notificada a ambas partes el día 05 de julio de 2018.

**24.** Que, el día 05 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral llevó a cabo la audiencia de Ilustración de Hechos, donde se concedió a las partes el plazo de quince (15) días hábiles para que presenten la documentación sustentatoria sobre la ampliación de plazo N° 03.

**25.** Que, con fecha 24 de julio de 2018, la Entidad solicitó se fije una Audiencia de Conciliación, pedido que fue evaluado por el Tribunal Arbitral, emitiendo finalmente la **resolución N° 13** notificada el día 06 de agosto de 2018, en la cual resolvió otorgar a ambas partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que alcancen los términos de los acuerdos a los cuales han llegado, especificando si requieren que en mérito de dichos acuerdos el Tribunal Arbitral dicte el Laudo.

**26.** Que, con fecha 01 de agosto de 2018, el Consorcio cumplió con presentar un escrito con las precisiones complementarias sobre la ampliación de plazo N° 03, solicitadas en la audiencia de Ilustración de Hechos, lo cual mediante la **resolución N° 14,** notificada el día 06 de agosto de 2018, se resolvió tenerse presente.

**27.** Que, el Consorcio y la Entidad con fecha 08 y 09 de agosto de 2018, respectivamente, en cumplimiento del mandato de la resolución N° 13, alcanzaron al Tribunal Arbitral las materias a Conciliar, solicitando al Colegiado emitir el Laudo Arbitral en mérito a los acuerdos alcanzados, poniendo fin al presente arbitraje.

**28.** Que, el Tribunal Arbitral en virtud de las peticiones de ambas partes sobre poner fin al proceso arbitral y laudar sobre la base de las materias

acordadas, fijo el plazo para laudar a través de la **resolución N° 15**, procediendo en concordancia con lo dispuesto por el artículo 50° del Decreto Legislativo 1071 – Ley de Arbitraje, aplicable al pedido formulado.

**DECISIÓN DEL TIBUNAL ARBITRAL:**

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Tribunal Arbitral en Derecho, **LAUDA** sobre los puntos acordados por ambas partes, las cuales son las siguientes:

**PRIMERO**. - La Gerencia Sub Regional de Cutervo, declara Nula e Ineficaz la Resolución N° 150-2016-GR.CAJGSRC mediante la cual se declaró IMPROCEDENTE la Ampliación de Plazo N° 03 por ciento doce (112) días calendarios.

**SEGUNDO**. - La Gerencia Sub Regional de Cutervo, aprueba la Ampliación de Plazo N° 03 por ciento doce (112) días calendarios.

**TERCERO**. - Consorcio Santa María, renuncia de manera irrevocable al cobro de mayores gastos generales que deriven del presente proceso arbitral.

**CUARTO**. - Consorcio Santa María, asumirá el pago de costos arbitrales al 100% y otros gastos que demande el presente proceso arbitral.

**QUINTO**. - **REMÍTASE** un ejemplar del presente laudo arbitral a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para su publicación en la página web del portal institucional.

Notifíquese a las partes.

**ALBERTO J. MONTEZUMA CHIRINOS**
Presidente del Tribunal Arbitral

**ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA**
Árbitro

**JUAN J. VALDIVIESO CERNA**
Árbitro

**JAVIER R. ROJAS MUÑOZ**
Secretario Arbitral Ad Hoc