

---

**ARBITRAJE SEGÚN EL REGLAMENTO DEL CENTRO DE ARBITRAJE  
“ARBITRARE”**

**EXPEDIENTE N° 02-2023-CA/ARBITRARE**

---

**GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA**  
(En adelante, Demandante o Entidad)

C.

**JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L.**  
(En adelante, Demandado, Contratista o JMC)

---

**Laudo Arbitral**

---

**Tribunal Arbitral**

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio  
Juan Jashim Valdivieso Cerna  
Michael Eleuterio Vásquez Escalante

**Secretaria Arbitral**

Katia Paola Valverde Girón

Lima, 21 de agosto de 2024



 **SEDE TRUJILLO**

Av. América Oeste N° 1565 Of. 601  
Urb. Covicorti - Trujillo  
☎ 986 636 759 / ☎ 044 - 533 646  
✉ secretaria@arbitrareperu.com

 **SEDE PIURA**

Calle Las Begonias Mz. U lote 19  
Urb. Miraflores - Castilla - Piura  
☎ 942 690 831 / ☎ 073 - 405 234  
✉ kvalverde@arbitrareperu.com

## TABLA DE CONTENIDO

I.	EL CONVENIO ARBITRAL Y LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE: .....	3
II.	DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: .....	4
III.	INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y REGLAS APLICABLES: .....	5
IV.	LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE: .....	6
V.	DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD: .....	6
VI.	RENUENCIA DE JMC Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: .....	16
VII.	AUDIENCIAS, ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR: .....	18
VIII.	CUESTIONES PRELIMINARES: .....	18
IX.	SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL: .....	21
X.	DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR LA ENTIDAD: .....	28
XI.	DETERMINACION DE GASTOS ARBITRALES: .....	55
XII.	DECISIÓN: .....	54



 SEDE TRUJILLO

Av. América Oeste N° 1565 Of. 601  
Urb. Covicorti - Trujillo  
☎ 986 636 759 / ☎ 044 - 533 646  
✉ secretaria@arbitrareperu.com

SEDE PIURA 

Calle Las Begonias Mz. U lote 19  
Urb. Miraflores - Castilla - Piura  
☎ 942 690 831 / ☎ 073 - 405 234  
✉ kvalverde@arbitrareperu.com

## Resolución N° 11

En Lima, a los 21 días del mes de agosto de 2024, este Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales, de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, habiendo analizado los argumentos sometidos en torno a las pretensiones planteadas por el Demandante, y escuchado a la parte asistente a la audiencia, dicta, en Derecho, y dentro del plazo establecido, el presente Laudo Arbitral:

### I. EL CONVENIO ARBITRAL Y LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE:

1. El acuerdo arbitral que ampara esta controversia se encuentra contenido en la "CLÁUSULA VIGÉSIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS", del Contrato de Obra N° 013-2021-HGJ (en adelante, el Contrato), celebrado entre el Gobierno Regional de Cajamarca (en adelante, el Demandante o la Entidad) y JMC & Victoria Contratistas Generales S.R.L. (en adelante, el Demandado, el Contratista o JMC). Dicha cláusula dispone lo siguiente:

#### **"CLÁUSULA VIGÉSIMA: DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.**

*Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.*

*Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de*



*Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.*

*El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”*

2. De esta manera, el presente arbitraje deriva, precisamente, de una discrepancia entre la Entidad y JMC con relación a materias referidas a la ejecución del Contrato, las cuales serán detalladas más adelante.
3. En referencia al tipo de arbitraje, es importante precisar que el presente arbitraje es uno institucional, nacional y de Derecho, que se encuentra administrado y organizado por el Centro de Arbitraje “Arbitrare” (en adelante, el Centro). Estas características y las reglas del proceso arbitral han quedado establecidas en la Resolución N° 2 de fecha 16 de octubre de 2023, emitida por este Tribunal Arbitral.

## II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

4. El Tribunal Arbitral está conformado por los abogados Juan Jashim Valdivieso Cerna, designado por el Demandante; Michael Eleuterio Vásquez Escalante, designado por el Demandado; y Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, designado por ambos árbitros, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral.
5. Los árbitros designados aceptaron su nombramiento y declararon que no existían elementos que afectaran su imparcialidad e independencia



y que contaban con disponibilidad para resolver la presente controversia. Al respecto, las partes no objetaron ni presentaron cuestionamiento alguno a la designación de los árbitros.

### III. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y REGLAS APLICABLES:

6. Con fecha 24 de mayo de 2023, se notificó a las Partes con la Resolución N° 1, a través de la cual se instaló el Tribunal Arbitral y se propusieron las Reglas del Arbitraje. Dichas Reglas fueron aprobadas definitivamente junto con el Calendario Procesal mediante la Resolución N° 3 de fecha 17 de julio de 2023.
7. En el numeral IX de la referida Resolución N° 1 se dispuso que será aplicable la normativa peruana. Considerando que el presente caso se deriva de un contrato con el Estado suscrito en el año 2021, corresponde aplicar la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1444 (en adelante, LCE), el Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, Decreto Supremo N° 0350-2015-EF y Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, RLCE), así como el Reglamento del Centro. Igualmente, se estableció que será aplicable, supletoriamente, el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje).
8. Además, en caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo respecto al contenido de dicha Resolución, el Tribunal Arbitral, resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, conforme a lo dispuesto en el artículo 34° de la Ley de Arbitraje.



 SEDE TRUJILLO

Av. América Oeste N° 1565 Of. 601  
Urb. Covicortí - Trujillo  
☎ 986 636 759 / ☎ 044 - 533 646  
✉ secretaria@arbitrareperu.com

SEDE PIURA 

Calle Las Begonias Mz. U lote 19  
Urb. Miraflores - Castilla - Piura  
☎ 942 690 831 / ☎ 073 - 405 234  
✉ kvalverde@arbitrareperu.com

IV. **LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE:**

9. En el numeral V de la Resolución N° 1 se estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Trujillo, y como sede administrativa, el local institucional del Centro.

V. **DEMANDA PRESENTADA POR LA ENTIDAD:**

10. El 4 de agosto de 2023, el Demandante presentó su demanda y los medios de prueba respectivos. En dicho escrito, la Entidad planteó las siguientes pretensiones:

**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Tribunal Arbitral declare la Invalidez/Nulidad de la Carta Notarial N° 214, de fecha 01 de marzo de 2022, Carta N° 036-2022/JMC&VICTORIA CG SRL/WCJ-RL de fecha 28 de febrero de 2022, presentada por la empresa contratista, la misma que tiene como pretensión la decisión de resolver de manera total el Contrato N° 013-2021-HGJ, por no haberse reconocido los gastos generales incurridos por la demora de entrega del adelanto de materiales.

**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que el Tribunal Arbitral declare la validez de la Carta Notarial 214 de fecha 02 de marzo del 2022 - Carta N° 137-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE, de fecha 28 de febrero del 2022 del Hospital General de Jaén, mediante la cual comunica la resolución del Contrato al contratista por incumplimiento



contractual al haber llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora.

**PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRINCIPAL:**

Que el Tribunal Arbitral declare que se ejecute la garantía de fiel cumplimiento que el contratista hubiera otorgado a favor de la Entidad.

**TERCERA PRETENSIÓN ARBITRAL:**

Que el Tribunal Arbitral disponga que el contratista cumpla con indemnizar a la Entidad por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con el numeral 36.2 del artículo 36 de la Ley de Contrataciones. Asimismo, disponga una indemnización por mayores daños irrogados de conformidad con el numeral 166.1 del artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

**CUARTA PRETENSIÓN ARBITRAL:**

Que el Tribunal Arbitral, ordene al Contratista, asuma en su totalidad el pago de los costos del arbitraje.

**Fundamentos de hecho y de derecho de la Primera Pretensión Principal del Demandante.**

11. El Demandante plantea los siguientes fundamentos de hecho y derecho respecto de esta pretensión:

- La Entidad sostiene que el 25 de noviembre de 2021 el Contratista cursa la Carta Notarial N° 053-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ - RL, en la que solicita que la Entidad cumpla con hacer



efectivo el pago por adelanto de materiales, solicitado el 6 de setiembre de 2021, así como por mayores gastos generales, bajo apercibimiento de resolver el Contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales y reglamentarias por parte de la Entidad, pues el Contratista habría cumplido con adjuntar los requisitos estipulados por Ley, y la Carta Fianza respectiva.

- Asimismo, sostiene que el 30 de diciembre 2021, mediante CARTA N° 106-2021-GR.CAJ-DRS-HGJ/USGM la Entidad notifica el reinicio de trabajos en obra al Demandado, así como a la empresa supervisora CONSORCIO CONSULTORIA PARAISO, y posteriormente con fecha 3 de enero del 2022, se firma el Acta de Reinicio de Obra entre la Entidad y el Contratista, debiéndose continuar con el desarrollo de esta.
- También manifiesta que el 24 de enero de 2022, mediante Carta N 114-2022-CCP/RC-EBC, la Supervisión remite a la Entidad el informe de demora injustificada en la ejecución de la obra y el 7 de febrero del 2022, mediante Carta N° 131-2022-CCP/RC-EBC, la Supervisión remite a la Entidad, el informe de estado situacional de obra al 4 de febrero de 2022.
- Además, que el 28 de febrero de 2022, mediante Carta N° 151-2022-CCP/RC-EBC, la Supervisión remite a la Entidad documentación recomendando la resolución del Contrato por penalidad máxima, por mora del Contratista, como consecuencia del retraso injustificado de la ejecución de los trabajos.
- Adicionalmente, sostiene que, pese a ello, con fecha 28 de febrero de 2022, el Contratista remite a la Entidad la Carta Notarial 214,



Carta Notarial N° 036-2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, en la que comunica la decisión de resolver de manera total el Contrato, señalando que *"Se deberá proceder a reconocer los gastos generales incurridos por la demora de entregar el adelanto de materiales"*, correspondiente al periodo del 6 de setiembre de 2021 al 7 de diciembre de 2021, por lo que adjunta la Factura E001-103 por el monto de S/18,663.19.

- La Entidad sostiene que el Contratista le ha venido solicitando el adelanto de materiales mediante Carta Notarial N° 053-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, y Carta Notarial N° 035-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, en la misma que se solicita adelanto específico por materiales e indica que se necesita adquirir un generador de oxígeno medicinal. Ante ello, la Entidad ha respondido su solicitud mediante Carta Notarial N° 163-2021-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE, indicando que el adelanto para equipamiento no se encuentra contemplado en el artículo 180 del RLCE; sin embargo, es potestad de la Entidad otorgar un adelanto para materiales e insumos para la adquisición del equipamiento, con la finalidad de garantizar que la empresa cumpla con el contrato, lo que se pone a evaluación.
- A pesar de ello, la Entidad señala que, teniendo pleno conocimiento el Contratista que el requerimiento estaba sujeto a evaluación y cumplimiento de requisitos, el 24 de noviembre de 2021 remite a la Entidad, la Carta Notarial N° 053-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, en la cual indica el incumplimiento de obligaciones contractuales y reglamentarias por parte de la Entidad referido al pago de adelanto de materiales solicitado en el mes de setiembre de 2021.



- Consecuencia de ello, la Entidad manifiesta que el 30 de noviembre del 2021, remite al Contratista, la Carta N° 163-2021-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE, comunicando la no procedencia de los gastos generales por la demora del pago de adelanto, correspondiente al periodo solicitado entre el 6 de setiembre y el 7 de diciembre 2021; e indica que, para el otorgamiento de ese adelanto para materiales debe considerarse el artículo 182 del RLCE, a fin de que se tenga en cuenta que la referida solicitud se realiza una vez iniciado el plazo de ejecución contractual, por lo que, para su procedencia debe presentar el calendario de adquisición de materiales o insumos y cumplir con los requisitos establecidos; sin embargo, no se ha contemplado a la fecha de la solicitud -6 de setiembre de 2021- ni calendario, ni cronograma para la adquisición de equipos.
- Además, la Entidad arguye que el Contratista en su interés de ser atendido con un adelanto que no está regulado y que además no ha cumplido con los requisitos para su otorgamiento, el 1 de diciembre de 2021, le remite a la Entidad la renovación de carta fianza de adelanto de materiales, mediante Carta N° 062-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, y a pesar que lo solicitado no está regulado legalmente, la Entidad da trámite a la solicitud del Contratista respecto al adelanto para adquisición de materiales, insumos y equipos para los periodos comprendidos desde el 1 al 31 de diciembre de 2021 y del 1 al 18 de enero de 2022, encontrándose la Entidad dentro de los plazos establecidos, no existiendo responsabilidad por la carta fianza de fecha 31 de agosto del 2021; demostrando por tanto la improcedencia de su solicitud para el pago de gastos generales correspondientes a los meses de setiembre al 7 de diciembre de 2021.



- La Entidad sostiene que, de lo vertido en el numeral 164.2 del artículo 164º del RLCE, el Contratista sólo puede resolver un contrato, suscrito al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado, cuando la Entidad haya incumplido injustificadamente con el pago y/u obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido para su cumplimiento, en congruencia con el procedimiento establecido en el artículo 165 del RLCE.
- Manifiesta además que respecto a ello el Organismo Técnico Especializado ha señalado en diversas opiniones que las "obligaciones esenciales" son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; siendo indispensable, como condición para tal determinación, que dichas obligaciones se hubieran contemplado en el contrato.
- En este sentido, la Entidad arguye que el incumplimiento de obligaciones no esenciales no impide el cumplimiento del Contrato, aunado a esto, el incumplimiento no faculta al Contratista a resolver el Contrato, y en caso de que dicha obligación corresponda, esta deberá someterlo al procedimiento de conciliación o arbitraje.
- Asimismo, señala que, lo consignado como causal para la resolución del Contrato realizado por el Contratista, no se enmarca en una obligación esencial. Sumado a que la Entidad no ha incumplido ninguna obligación, más aún si se ha logrado determinar una serie de errores y malas prácticas del Contratista para no cumplir con sus obligaciones, las mismas que han sido advertidas por la Entidad y que no fueron subsanadas oportunamente, por lo



que no puede asumir las consecuencias de situaciones adversas realizadas por el Demandado.

- Por todo lo mencionado, la Entidad concluye que no ha existido un incumplimiento de obligaciones esenciales por su parte como para que el Contratista resuelva el Contrato, sin fundamento legal; por lo que, el procedimiento de resolución del Contrato notificado a la Entidad por parte de JMC, mediante Carta N° 036-2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, se enmarca en una obligación no esencial, lo cual no es casual de resolución y, en caso corresponder su solicitud, debió seguir el procedimiento de resolución de controversias.

**Fundamentos de hecho y de derecho de la Segunda Pretensión Principal del Demandante.**

12. La Entidad plantea los siguientes fundamentos de hecho y derecho respecto de esta pretensión:

- El Demandante manifiesta que el 24 de enero del 2022, la Supervisión remite la Carta N° 114-2022-CCP/RC-EBC, en la misma que informa una demora injustificada en la ejecución de obra, y concluye señalando que *"El contratista JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L., ha incumplido por segunda vez en sus obligaciones contractuales en el periodo diciembre de 2021, un nuevo retraso por debajo del 80% del monto acumulado programado según cronogramas acelerados. El avance acumulado programado de 11.84% VS. Avance acumulado ejecutado de 4-70%, por lo que según se establece en el ítem 1 del Art. 164 del RLCE, el incumplimiento injustificado de las obligaciones*



*contractuales, legales o reglamentarias por parte del contratista, pese haber sido requerido para ello, es causal de resolución de contrato o de intervención económica".*

- Asimismo, mediante Carta N° 131-2022-CCP/RC-EBC del 7 de febrero de 2022, la Supervisión remite a la Entidad el informe de estado situacional de obra al 4 de febrero de 2022, el cual señala los avances físicos por cada mes valorizado de los cuales se tiene un avance físico real acumulado del 8.18% que asciende al monto de S/ 497,575.96 frente a un avance financiero de S/ 2'272,771.88 (37.36%), del mismo modo, se tienen dos prestaciones adicionales de obra y una tercera prestación adicional que, de ser aprobada, el monto actualizado del Contrato sería de S/ 6'176,360.01.
- En atención a ello, la Entidad arguye que, con fecha 28 de febrero de 2022, la Supervisión remite la Carta N° 151-2022-CCP/RC-EBC, indicando la resolución del Contrato por penalidad máxima, por retraso injustificado. De esa forma, indica los plazos de ejecución contractual usando el siguiente cronograma:
  - Inicio del plazo contractual: 23/07/2022
  - Plazo de ejecución contractual: 150 días calendario
  - Suspensión de Plazo de Ejecución N° 1: 30 días calendario
  - Suspensión de Plazo de Ejecución N° 2: 17 días calendario
  - Término del Plazo de Ejecución: 04/02/2022
- La Entidad sostiene que el 27 de febrero de 2022 y con referencia a la fecha de culminación del plazo contractual que fue el 4 de febrero de 2022, JMC alcanzó el monto máximo de penalidad acumulada aplicable de S/ 608,317.84 como consecuencia del



retraso injustificado y, por consiguiente, en salvaguarda de los intereses del Estado, la Supervisión recomendó a la Entidad proceder con la resolución del Contrato, en atención al artículo 164.1 de la causal contemplada en el RLCE.

- Así, la Entidad concluye que al 8 de febrero de 2022, el Contratista alcanzó en la ejecución contractual un avance físico acumulado del 9.80%, y a pesar de ello no se presenta un avance en los trabajos, sin disposición para superar el retraso en la ejecución de los trabajos y así poder revertir esta situación, la misma que ha causado perjuicio al Hospital General de Jaén, tal como se señala en la Carta N° 151- 2022-CCP/RC-EBC.
- Por último, la Entidad sostiene que, ante ello, y cumpliendo con los requisitos procedimentales establecidos, se procedió a resolver el Contrato por acumulación de penalidad por mora, señalado específicamente en la ley, debiendo el Tribunal declarar fundada la segunda pretensión de la demanda, la misma que, además, no ha sido cuestionada por el contratista y ha quedado consentida.

**Fundamentos de hecho y de derecho de la Pretensión Accesoría a la Segunda Pretensión Principal del Demandante.**

13. La Entidad plantea los siguientes fundamentos de hecho y derecho respecto de esta pretensión:

- El Demandante manifiesta que deben declararse fundadas las pretensiones anteriores al estar debidamente acreditadas y fundadas acorde a derecho y siendo ello así, queda demostrado que la responsabilidad en la resolución del Contrato es atribuible a JMC;



y, por ende, la parte perjudicada es su representada, el Hospital General de Jaén, motivo por el cual, siguiendo lo establecido en el artículo 166, numeral 166.1, corresponde que el Tribunal Arbitral, declare que la Entidad puede ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Contrato.

**Fundamentos de hecho y de derecho de la Tercera Pretensión Principal del Demandante.**

14. La Entidad plantea los siguientes fundamentos de hecho y derecho respecto de esta pretensión:

- Sostiene que, sobre la base del mismo dispositivo reglamentario, se debe precisar que existe un daño, que rebasa el monto de la garantía de fiel cumplimiento, dada por la resolución del Contrato, por lo tanto, nada impide a las Entidades del Estado hacer valer su derecho a resarcir esos daños, en base al artículo 1321 del Código Civil.

**Fundamentos de hecho y de derecho de la Cuarta Pretensión Principal de la Demandante.**

15. La Entidad plantea los siguientes fundamentos de hecho y derecho respecto de esta pretensión:

- Arguye tener la convicción que la parte vencida en el presente proceso arbitral, será JMC, por ende, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral deberá ordenar al Contratista que asuma el íntegro



de los gastos del arbitraje, debiendo declararse fundada su quinta pretensión.

**VI. RENUENCIA DEL CONTRATISTA Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

16. Por Resolución N° 9, el Tribunal Arbitral dejó constancia que, habiendo transcurrido el plazo otorgado a la parte Demandada para que conteste la demanda, ésta no cumplió con contestarla. Por tal razón, se le declaró parte renuente y se dispuso la continuación de las actuaciones arbitrales.
17. A través de la misma Resolución, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:

- **Primer punto controvertido**

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la invalidez / nulidad de la Carta N° 036-2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL de fecha 28 de febrero de 2022, por la cual el Contratista resuelve el Contrato N° 013-2021-HGJ, por no haberse reconocido los gastos generales incurridos por la demora de entrega del adelanto de materiales.

- **Segundo punto controvertido**

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la validez de la Carta N° 137-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE, de fecha 28 de febrero de 2022, por la cual el Hospital General de Jaén comunica la resolución del Contrato por incumplimiento contractual al haber llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora.



- **Tercer punto controvertido**

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento otorgada por el Contratista a favor de la Entidad.

- **Cuarto punto controvertido**

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral disponga que el Contratista cumpla con indemnizar a la Entidad por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con el numeral 36.2 del artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado; y por los mayores daños irrogados, de conformidad con el numeral 166.1 del artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- **Quinto punto controvertido**

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al Contratista que asuma en su totalidad el pago de los costos del arbitraje.

18. Por lo demás, se dejó establecido que el Tribunal Arbitral se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la Resolución y que, si al pronunciarse sobre alguna cuestión determina que carece de objeto referirse sobre otras cuestiones con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciamiento respecto de ellas, expresando las razones de dicha omisión.

19. Asimismo, quedó establecido que las formulaciones de las cuestiones controvertidas son referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello este Colegiado podría



 SEDE TRUJILLO

SEDE PIURA 

ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

## VII. AUDIENCIAS, ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR:

20. Con fecha 27 de marzo de 2024 se llevó a cabo la Audiencia Única con la sola presencia de la parte Demandante, oportunidad en la que expuso oralmente sus argumentos y sustentó su posición respecto de la presente controversia.
21. Mediante Resolución N° 10 de fecha 4 de julio de 2024 el Tribunal Arbitral dejó constancia que, habiendo vencido el plazo para presentar escritos de alegatos finales, ninguna de las partes lo hizo.
22. Asimismo, a través de la mencionada Resolución N° 10, el Tribunal Arbitral resolvió declarar el cierre de las actuaciones arbitrales y, en consecuencia, fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles, por lo que el primer plazo para laudar vence el 22 de agosto de 2024.

## VIII. CUESTIONES PRELIMINARES:

### A. **MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA PRESENTE CONTROVERSIA:**

23. El Tribunal Arbitral considera necesario precisar que, mediante la Resolución N° 3 que aprobó el proyecto definitivo de las Reglas del Arbitraje contenidas en la Resolución N° 1, se determinó que son de aplicación al presente arbitraje las normas procesales previstas en el Reglamento del Centro, así como las reglas complementarias



contenidas en la referida Resolución. Igualmente, se estableció que será aplicable, supletoriamente, la Ley de Arbitraje.

24. Asimismo, se advierte que, en caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, conforme a lo dispuesto en el artículo 34° de la Ley de Arbitraje.

**B. CUESTIONES PRELIMINARES A TENER EN CUENTA:**

25. Antes de analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral estima oportuno dejar constancia de lo siguiente:
- a. El Tribunal Arbitral fue designado de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente al tiempo de las relaciones contractuales. Las partes aceptaron su designación y no objetaron la misma ni presentaron recusación contra ningún miembro del Colegiado.
  - b. Ni el Demandante ni el Demandado impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas por el Tribunal Arbitral.
  - c. El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos por el Tribunal Arbitral. Por su parte, el Demandado no contestó la demanda dentro del plazo otorgado, a pesar de haber sido debidamente notificado con los actuados, por lo que fue declarado parte renuente.



- d. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hecho y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de ser escuchados en audiencia ante el Tribunal Arbitral y de presentar sus alegatos escritos, en caso las partes lo consideren necesario.
- e. El Tribunal Arbitral es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos.
- f. Los medios probatorios aportados al presente arbitraje, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba, pertenecen al arbitraje por lo que pueden ser usados incluso para probar hechos que vayan en contra de la parte que los ofreció.
- g. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos y examinado las pruebas presentadas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos, no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.



- h. De igual modo, el Tribunal Arbitral deja constancia que el presente Laudo cumple con lo dispuesto en los artículos 56.1 y 56.2 de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.
- i. El Tribunal Arbitral, dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente Laudo.

## **IX. SOBRE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

- 26. Este Tribunal Arbitral estima pertinente pronunciarse en el presente acápite respecto de su competencia, teniendo en cuenta la totalidad de actuaciones arbitrales realizadas en este arbitraje.
- 27. Según el ordenamiento peruano, es la ley la única facultada a determinar la competencia del órgano jurisdiccional que deberá conocer cada proceso en específico. Sin embargo, constitucionalmente también se encuentra reconocido el derecho de libertad de contratar que posee toda persona, a través del cual, entre otros, puede manifestar su voluntad y escoger si, en caso de un conflicto derivado de la relación contractual, acudir a la vía judicial o arbitral.
- 28. Es por tal razón que, constitucionalmente, el artículo 139º numeral 1 de la Carta Magna, reconoce a la jurisdicción arbitral, con la cual todo árbitro se encuentra facultado a ejercer jurisdicción, en el marco de lo que su competencia le permita.
- 29. En este sentido, para que un proceso sea pasible de ser conocido por la jurisdicción arbitral, es imprescindible que las partes previamente lo hayan pactado de ese modo. A este pacto se le denomina "Convenio



Arbitral”, el cual es uno de los requisitos obligatorios para poder iniciar un arbitraje.

30. Ahora bien, a diferencia de la sede judicial, en sede arbitral los procesos se llevan a cabo en instancia única, con lo que, en caso exista una controversia derivada de la competencia de un determinado Tribunal Arbitral, el único facultado para determinar la misma es el propio órgano arbitral.
31. Esta facultad se deriva de uno de los más importantes principios que rige en el arbitraje, el denominado “competencia de la competencia” (también conocido como “kompetenz-kompetenz”), el cual se halla regulado en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje.
32. De acuerdo con el profesor Eduardo Silva Romero, este principio *“rompe con la línea de razonamiento referente a la competencia del tribunal judicial y, sencillamente, autoriza de modo expreso a los árbitros a decidir sobre el alcance de su propia competencia, garantizando que la afirmación que realice alguna de las partes acerca de la inexistencia o invalidez del convenio arbitral no producirá inexorablemente la parálisis del procedimiento arbitral y la judicialización del caso<sup>1</sup>”*.
33. Así, es mediante este principio que los árbitros se encuentran dotados del poder que se le brinda para decidir su propia competencia en relación con un conflicto de esta. Teniendo claro lo precedente, es



<sup>1</sup> Silva Romero, E. (2005). “Breves observaciones sobre el principio kompetenz-kompetenz”. En E. Silva Romero, F. Mantilla Espinosa & A. Aljure Salame (Eds.). El contrato de arbitraje (1ra ed., pp. 579-668). Legis.

imperativo que este Tribunal determine su competencia en este arbitraje.

34. De los actuados del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral ha advertido que luego de presentada la solicitud de arbitraje, JMC presentó un escrito de oposición contra la solicitud de arbitraje formulada por la Entidad. Dicho escrito fue recibido por el Centro de Arbitraje el día 16 de marzo de 2023.
35. De conformidad con el Reglamento del Centro, se advierte que la oposición a la solicitud de arbitraje se encuentra prevista en el artículo 28º del mencionado cuerpo normativo:

***“Artículo 28º. - Oposición a la solicitud de arbitraje***

1. ***Dentro de los cinco días hábiles de notificada la Disposición Secretarial de admisión a trámite,*** el demandado puede interponer oposición a la solicitud de arbitraje, siempre que concorra alguno de los siguientes supuestos:

- a. *Cuando no exista un convenio arbitral celebrado entre las partes y no exista norma imperativa que establezca que la solución de controversias deba ser resuelta mediante arbitraje institucional en cualquier Centro.*
- b. *Cuando existiendo un convenio arbitral, se determina inequívocamente a otro Centro de Arbitraje.*



2. *Para la admisión de la oposición, se debe adjuntar el comprobante del pago por concepto de oposición a la solicitud de arbitraje de conformidad con el Reglamento de Tarifas y Pagos.*
3. *El plazo al que se refiere el inciso 1 del presente artículo no se suspende ni se interrumpe con la presentación del apersonamiento o contestación a la solicitud de arbitraje” (Énfasis agregado).*
36. Es preciso acotar que el escrito de “Solicitud de Arbitraje” presentado por la Entidad fue notificado a JMC el día 3 de marzo de 2023 a través de la Carta N° 287-2022-CA/ARBITRARE. Ello ha sido corroborado con la Constancia Notarial que certifica que el escrito mencionado fue notificado a JMC en su domicilio; este es: Calle Cajamarca N° 1298 – Sector Pueblo Libre – Jaén – Cajamarca, como puede observarse a continuación.





37. Sin perjuicio de la notificación física, del expediente se puede advertir que JMC también fue notificado electrónicamente, vía correo electrónico. Dicha notificación fue remitida el día 6 de febrero de 2023, a la cual se adjuntó la Carta N° 222-2023-CA/ARBITRARE y fue dirigida al correo electrónico [jmcvictoria@hotmail.com](mailto:jmcvictoria@hotmail.com). Esa dirección electrónica fue obtenida del Contrato celebrado entre las Partes, el cual consta como



domicilio de JMC, de acuerdo a la "Cláusula Vigésima Tercera:  
*Domicilio para efectos de la ejecución contractual*".

<p><b>CLAUSULA VIGÉSIMA TERCERA: DOMICILIO PARA EFECTOS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL</b></p> <p>Las partes declaran el siguiente domicilio para efecto de las notificaciones que se realicen durante la ejecución del presente contrato:</p> <p>DOMICILIO DE LA ENTIDAD: Prolongación Huamantanga N° 850- Jaén- Cajamarca.</p> <p>De acuerdo con el numeral 225.3 del artículo 225 del Reglamento, las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea menor o igual a cinco millones con 00/100 soles (S/ 5 000 000,00).</p> <p> <b>GOBIERNO REGIONAL CAJAMARCA</b> DIRECCIÓN REGIONAL DE SALUD HOSPITAL GENERAL JAÉN</p> <p></p> <p>CONTRATACIÓN DIRECTA N° 007-2021-HGJ-1</p> <p>DOMICILIO DEL CONTRATISTA: Cal. Cajamarca Nro. 1298 Soc. Sector Pueblo Libre Cajamarca - Jaén - Jaén</p> <p>CORREO ELECTRÓNICO DEL CONTRATISTA: jmcvictoria@hotmail.com</p>
--

38. Teniendo en consideración que JMC fue válidamente notificada de forma física el día 3 de marzo de 2023, **el plazo que tenía para formular su oposición a la solicitud de arbitraje vencía el día 10 de marzo de 2023**. Sin embargo, se advierte que el Demandado presentó su escrito el día 16 de marzo de 2023, con lo cual, se concluye que éste se presentó fuera de plazo y fue correctamente declarado improcedente mediante la Disposición Secretarial N° 04 de fecha 20 de marzo de 2023.

39. Este Tribunal Arbitral ha estimado pertinente pronunciarse sobre su competencia pues, pese a que la oposición fue declarada improcedente, de los fundamentos expuestos se advierte que JMC



alude a otro arbitraje en el que se estarían discutiendo controversias derivadas del Contrato suscrito entre las Partes.

40. Al respecto, si bien es cierto que, de conformidad con el numeral 18 del artículo 45° de la LCE se prevé la posibilidad de acumular pretensiones derivadas de un Contrato sobre el cual ya existe un arbitraje iniciado, lo cierto es que para que ello ocurra, no solo debe cumplirse con el plazo de caducidad previsto en la norma señalada, sino que es imperioso que la parte solicitante demuestre fehacientemente la existencia de otro arbitraje iniciado.
41. Lo señalado por este Colegiado también se encuentra recogido en la Opinión N° 004-2020-OSCE/CD a través de la cual, se precisa que la parte solicitante solo puede pretender la acumulación de pretensiones cuando haya demostrado que en el arbitraje iniciado aún no haya culminado la etapa probatoria.
42. Pues bien, partiendo de lo anterior, tenemos que, sin perjuicio de haber sido declarado improcedente el escrito de oposición de JMC, lo cierto es que en dicho escrito el Contratista no acreditó fehacientemente la existencia de otro arbitraje en curso en donde se encuentren discutiendo cuestiones derivadas del Contrato, ni mucho menos ha demostrado que en el supuesto arbitraje iniciado antes, aún no habría culminado la etapa probatoria.
43. De lo mencionado, aunado a que el Demandado no planteó ninguna defensa de forma ni de fondo, pese a que la demanda arbitral le fue notificada válidamente el día 16 de enero de 2024<sup>2</sup>, se advierte que el Contratista, a pesar de haber tenido posibilidad de oponerse y/o



<sup>2</sup> Notificada vía correo electrónico enviado el día 16 de enero de 2024 a través de la Carta N° 37-2024-CA/ARBITRARE.

desplegar oportunamente alguna defensa de forma que demuestre la existencia de algún otro posible arbitraje, no lo hizo.

44. Por tanto, este Tribunal resulta competente para conocer el presente caso arbitral y procederá a decidir sobre el mismo en el siguiente apartado.

X. DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS POR EL CONTRATISTA

XI.1. DECISIÓN SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:  
DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL  
DECLARE LA INVALIDEZ / NULIDAD DE LA CARTA N° 036-  
2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL DE FECHA 28 DE FEBRERO  
DE 2022, POR LA CUAL EL CONTRATISTA RESUELVE EL  
CONTRATO N° 013-2021-HGJ, POR NO HABERSE RECONOCIDO  
LOS GASTOS GENERALES INCURRIDOS POR LA DEMORA DE  
ENTREGA DEL ADELANTO DE MATERIALES.

45. La Entidad manifiesta que JMC, a través de la Carta N° 036-2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL de fecha 28 de febrero de 2022, resolvió el Contrato de Obra suscrito entre las Partes.

46. De la mencionada Carta N° 036-2022/JMC&VICTORIA CG SRL/WCJ-RL se puede advertir que JMC resolvió el Contrato amparándose en lo siguiente:

- *"El 24 de noviembre de 2021, el Contratista informó al GOBIERNO REGIONAL, mediante Carta N° 053-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL, el incumplimiento de obligaciones contractuales y*



reglamentarias por parte de la Entidad referido al pago de adelanto de materiales solicitado en el mes de setiembre de 2021; además, solicitó:

- Se proceda con el pago del monto del Adelanto de Materiales solicitado oportunamente con los requisitos de las bases, el Contrato y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado 2021, del monto de S/ 1'216,635.68.
  - Se deberá proceder a reconocer los gastos generales incurridos por la demora de entregar el adelanto de materiales
- El 30 de noviembre de 2021, la Entidad comunica la Carta N° 163-2021-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE la no procedencia de los gastos generales por la demora del pago del Adelanto de Materiales.
- **Considerando que el pago de adelanto de materiales es una obligación contractual y reglamentario, sustento realizado en la carta N° 053-2021/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL; en tal sentido, la demora de dicho pago a pago ha generado pagos no contemplados en el expediente técnico, en tal sentido corresponde que la Entidad, asuma dichos costos debido a que la demora es imputable a la Entidad**. (Sic)

47. Conforme se puede apreciar, en síntesis, JMC ha sustentado su resolución de Contrato en el supuesto incumplimiento incurrido por la Entidad al no pagar el adelanto de materiales.

48. Previamente a analizar si realmente existió un incumplimiento en el pago por adelantos de materiales por parte del Demandante, este Tribunal considera determinante sentar una posición respecto a si es posible que un Contratista resuelva un contrato suscrito con el Estado



amparándose en un incumplimiento derivado de la falta de pago por adelanto de materiales.

49. Para tal efecto, este Tribunal Arbitral tiene a bien desarrollar brevemente un marco teórico sobre los temas que ayudarán a dilucidar este extremo de la controversia, el cual será aplicado posteriormente al caso concreto.

**A. Marco Teórico:**

50. El artículo 1361° del Código Civil establece la presunción "*ius tantum*" acerca de la obligatoriedad de los contratos, señalando expresamente que "*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*".

51. Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa, teniéndose en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

*"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación*



*contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo”.<sup>3</sup>*

52. Estos objetivos comunes buscados por los contratantes se traducen en prestaciones que cada uno debe cumplir. Dichas prestaciones son el objeto de las obligaciones que las partes, de mutuo acuerdo, han convenido plasmar en el Contrato. Todo ello, sobre la base el principio de la buena fe.
53. Este Tribunal Arbitral considera conveniente resaltar que, sin perjuicio de lo mencionado, el caso concreto versa sobre uno de Contrataciones con el Estado, sobre el cual existe una ley especial aplicable. Conforme se ha detallado en el acápite de normativa aplicable, al presente caso se deberá aplicar, por principio de especialidad, la LCE, así como su Reglamento.
54. De acuerdo con el RLCE, el artículo 164 numeral 2, prevé la posibilidad de que un Contratista resuelva un Contrato suscrito con el Estado; sin embargo, establece causales específicas. Veamos:

**“164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.”** (Énfasis agregado)



<sup>3</sup> **ARIAS-SCHEREIBER PEZET**, Max. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano de Debakey, Lima, 1985, p. 398.

55. En este extremo del artículo precitado, este Tribunal Arbitral considera que la norma, si bien hace referencia a “obligación esencial”, no logra definir su concepto ni mucho menos los alcances de estos términos. En este sentido, este Colegiado considera pertinente tomar posición en torno al sentido de los referidos términos.
56. Es imperioso definir que una obligación contractual resulta esencial cuando, por su propia naturaleza jurídica, el cumplimiento de la misma se encuentra vinculada con la finalidad del contrato. Además, de conformidad con la normativa especial, resulta necesario que la obligación se encuentre prevista ya sea en las bases o en el propio contrato. En otras palabras, se puede concluir que una obligación posee carácter esencial cuando su incumplimiento afecta el cumplimiento de la finalidad del contrato.
57. Esta interpretación ha sido respaldada por diferentes opiniones del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (en adelante, OSCE). Entre ellas, en la Opinión N° 003-2021/DTN, el OSCE precisó lo siguiente:

**“las ‘obligaciones esenciales’ son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; siendo indispensable, como condición para tal determinación, que dichas obligaciones se hubieran contemplado en el contrato”** (El énfasis y subrayado son agregados).

58. Es decir, conforme hemos descrito, para que un Contratista pueda resolver un contrato suscrito con el Estado, es necesario que: (i) la



Entidad haya incumplido una obligación esencial, y (ii) que dicha obligación esencial haya estado previamente pactada de forma expresa en el contrato o bases del mismo.

**B. Aplicación al caso concreto:**

59. Teniendo en cuenta el marco teórico antes desarrollado, el Tribunal Arbitral procederá a resolver lo pretendido por el Demandante, para lo cual deberá determinar si el pago por adelanto de materiales califica como una obligación esencial pasible de, en caso de incumplimiento, resolución del contrato.

60. Con relación a la determinación del alcance de las obligaciones de las Partes, el Tribunal Arbitral considera conveniente tener en cuenta la siguiente cláusula del Contrato:

**CLÁUSULA DÉCIMA: ADELANTO PARA MATERIALES O INSUMOS**

"LA ENTIDAD otorgará un (01) adelanto para materiales o insumos por el 20% del monto del contrato original, conforme al calendario de adquisición de materiales o insumos presentado por EL CONTRATISTA.

La entrega de los adelantos se realizará en un plazo de 10 días calendario previo a la fecha prevista en el calendario de adquisición de materiales o insumos para cada adquisición, con la finalidad que EL CONTRATISTA pueda disponer de los materiales o insumos en la oportunidad prevista en el calendario de avance de obra valorizado. Para tal efecto, EL CONTRATISTA debe solicitar la entrega del adelanto en un plazo de 10 días calendario anterior al inicio del plazo antes mencionado, adjuntando a su solicitud la garantía por adelantos mediante CARTA FIANZA y el Comprobante de pago respectivo.

La primera solicitud de El CONTRATISTA debe realizarse una vez iniciado el plazo de ejecución de la obra. No procede el otorgamiento del adelanto para materiales e insumos en los casos en que las solicitudes correspondientes sean realizadas con posterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición de materiales e insumos.

61. De la Cláusula Décima se puede apreciar que las Partes pactaron expresamente que la Entidad asumía la obligación de otorgar un (1) adelanto para materiales o insumos por el 20% del monto del Contrato, conforme al calendario de adquisición de materiales o insumos presentados por el Contratista.



62. Pues bien, se puede advertir que se ha cumplido uno de los requisitos que prevé el RLCE para que el Contratista pueda resolver un contrato suscrito con el Estado. Ahora, corresponde identificar si el incumplimiento de pago de un adelanto de materiales posee el carácter de una obligación esencial.
63. En el presente caso, JMC le requirió a la Entidad cumplir con entregar un monto de dinero por concepto de adelanto de materiales, ello de conformidad con la Cláusula Décima del Contrato materia del proceso. Para tal fin, presentó una Carta Fianza por adelanto de materiales, conforme lo estipula la cláusula antes mencionada.
64. Es importante señalar que, en materia de contrataciones con el Estado, de conformidad con el artículo 180° del RLCE<sup>4</sup>, pueden establecerse dos (2) clases de adelanto: adelanto directo hasta por el 10% del monto del contrato; y, adelanto para materiales o insumos hasta por el 20% del monto del contrato.
65. Asimismo, de acuerdo con el artículo 38 de la LCE, se prevé que *“la Entidad **puede** entregar adelantos al contratista, siempre que haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección, con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato”*. (El énfasis y subrayado son agregados).

4

**“Artículo 180. Clases de Adelantos**

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer los siguientes adelantos:

a) *Directos, los que en ningún caso exceden en conjunto el diez por ciento (10%) del monto del contrato original.*

b) *Para materiales o insumos, los que en conjunto no superan el veinte por ciento (20%) del monto del contrato original”* (Énfasis agregado).



66. Atendiendo a que el objeto del pago de adelantos por concepto de materiales en Contratos de Obras Públicas tiene como propósito facilitar el financiamiento de recursos a los contratistas y que, a su vez, los mismos puedan cumplir con sus obligaciones del contrato, de acuerdo con las normas de Contrataciones con el Estado, se puede concluir que **estas prestaciones, en principio, constituyen una facultad que posee la Entidad contratante mas no es una obligación esencial.**
67. Por tal razón, en el caso concreto el pago por adelanto de materiales no constituye una obligación principal ni mucho menos una obligación esencial. Ello se colige del carácter facultativo que regula el artículo 38 de la LCE respecto de ello, pues la Entidad "puede" entregar adelantos, ya que el contratista aún no ha realizado prestación alguna del contrato.
68. Adicionalmente a lo señalado, este Tribunal considera pertinente agregar que este tipo de adelantos se encuentra referido a la adquisición de materiales que serían empleados para la posterior ejecución de la obra, por lo que no se trata de una obligación esencial. De esta forma, se aprecia que, en realidad, no se trata de una contraprestación que la Entidad deba cumplir por la realización del avance de la obra, siendo que aún no existe ningún avance.
69. Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que el adelanto por concepto de materiales **no constituye una obligación esencial de la Entidad, tanto por su naturaleza económica como por su naturaleza legal.**
70. Este Tribunal consideró pertinente, en primer lugar, determinar si la causal por la que JMC resolvió el Contrato a través de la Carta N° 036-



2022/JMC&VICTORIA CG SRL/WCJ-RL era válida, después del análisis realizado se ha podido comprobar que el supuesto incumplimiento por el que JMC resolvió el Contrato no constituye una obligación esencial, con lo cual el Contratista resolvió indebidamente el Contrato al emplear una causal cuya consecuencia no es la resolución contractual.

71. Cabe recordar que, de conformidad con el artículo 164.2 del RLCE, "***El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo***"; es decir, independientemente si existió incumplimiento -o no- de la Entidad en el pago del adelanto por materiales, lo cierto es que el incumplimiento de dicha obligación no genera como consecuencia la resolución del Contrato. Por lo tanto, **la resolución efectuada por JMC es inválida e ineficaz**.

72. En este sentido, habiendo determinado que la resolución efectuada por JMC es inválida y no tiene efectos, carece de objeto que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la existencia -o no- de incumplimiento alguno de la Entidad respecto al pago por adelanto por materiales.

73. Por tanto, la primera pretensión principal de la demanda formulada por la Entidad resulta Fundada.

**XI.2. DECISIÓN SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE LA VALIDEZ DE LA CARTA N° 137-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE, DE FECHA 28 DE FEBRERO DE 2022, POR LA CUAL EL HOSPITAL GENERAL DE JAÉN COMUNICA LA RESOLUCIÓN DEL**



**CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL AL HABER LLEGADO A ACUMULAR EL MONTO MÁXIMO DE PENALIDAD POR MORA.**

74. La Entidad informó a JMC su decisión de resolver el Contrato a través de la Carta N° 137-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE, de fecha 28 de febrero de 2022, basándose en que el 24 de enero de 2022, la Supervisión le informó a la Entidad sobre una demora injustificada en la ejecución de la obra, señalando que *"el contratista JMC ha incumplido por segunda vez en sus obligaciones contractuales en el periodo de diciembre de 2021, un nuevo retraso por debajo del 80% del monto acumulado programado según cronogramas acelerados (...)"*.
75. Además, mediante Carta N° 131-2022-CCP/RC-EBC del 7 de febrero del 2022, la Supervisión le remite a la Entidad el informe de estado situacional de la obra al 4 de febrero de 2022, en el cual señala los avances físicos por cada mes valorizado de los cuales se tiene un avance físico real acumulado del 8.18% que asciende al monto de S/ 497,575.96 frente a un avance financiero de S/ 2'272,771.88 (37.36%). Del mismo modo, se tienen dos prestaciones adicionales de obra y una tercera prestación adicional que, de ser aprobada, el monto actualizado del Contrato sería de S/ 6'176,360.01.
76. Posteriormente, la Supervisión le remite la Carta N° 151-2022-CCP/RC-EBC del 28 de febrero de 2022, indicando la resolución de Contrato por penalidad máxima, por retraso injustificado, *"teniendo en cuenta el monto vigente del contrato S/ 6'176,360.01 (seis millones ciento setenta y seis mil trescientos sesenta con 01/100 soles), y al no haber aprobado ninguna ampliación de plazo solicitado por el*



*contratista JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES SRL, y considerando el plazo contractual vigente (150 días calendarios).*

77. Siendo ello así, a continuación, se indica el detalle del inicio y culminación de la ejecución contractual:

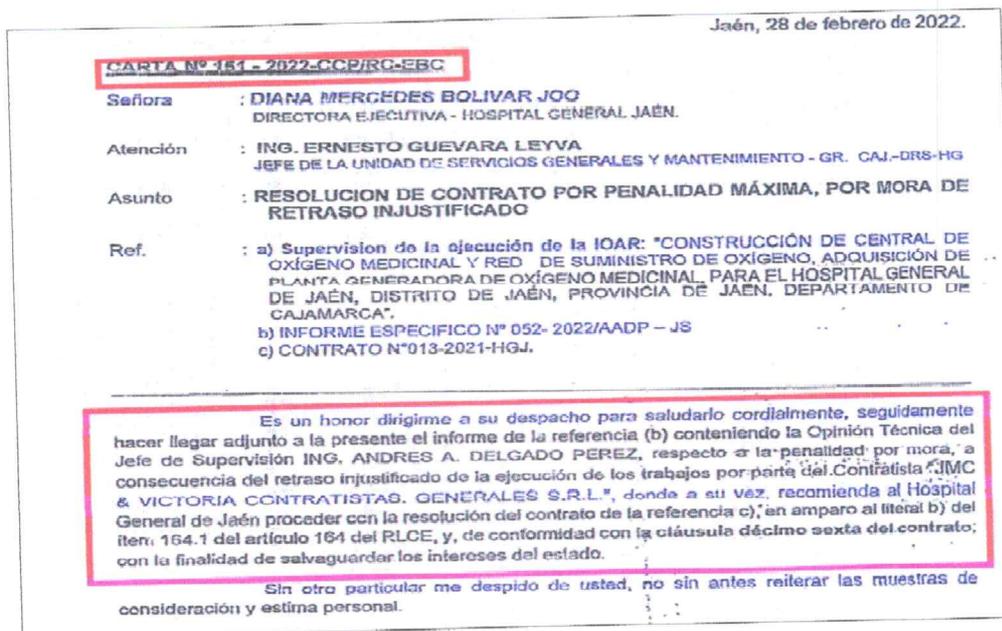
- Inicio del plazo contractual: 23/07/2022
- Plazo de ejecución contractual: 150 días calendario
- Suspensión de Plazo de Ejecución N° 1: 30 días calendario
- Suspensión de Plazo de Ejecución N° 2: 17 días calendario
- Término del Plazo de Ejecución: 04/02/2022

78. Entonces, según indica la Entidad, al 27 de febrero de 2022 y con referencia a la fecha de culminación del plazo contractual (4 de febrero de 2022), JMC alcanzó el monto máximo de penalidad acumulada aplicable de S/ 608,317.84 como consecuencia del retraso injustificado y, por consiguiente, recomendó proceder con la resolución del Contrato.

79. Al respecto, este Tribunal ha podido identificar, a través del Buscador de Contratos del OSCE, el Contrato N° 012-2021-HGJ suscrito entre a Entidad y el Supervisor "Consortio Consultoría Paraíso", a través del cual se ha podido confirmar las facultades que poseía el referido Consorcio supervisor.

80. En atención a los argumentos referidos por la Entidad, a través de la Carta N° 151-2022-CCP/RC-EBC se ha podido determinar que el Supervisor, en cumplimiento de sus facultades, recomienda al Demandante resolver el Contrato por los retrasos injustificados en los que incurrió JMC.





81. Así, al amparo de lo informado por el Supervisor a través de la Carta N° 151-2022-CCP/RC-EBC, la Entidad cursó a JMC la Carta N° 137-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE informándole los motivos por los que resuelve el Contrato.
82. A razón de ello, este Colegiado ha podido identificar que, a consecuencia de la suspensión de plazo suscrito entre las Partes, **el nuevo plazo en el que JMC debía culminar la ejecución de la obra fue hasta el 4 de febrero de 2022**. Sin embargo, es a través de la Carta N° 036-2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL de fecha 28 de febrero de 2022 (cursada por JMC) que el Tribunal Arbitral ha podido identificar que hasta dicha fecha el Contratista aún no culminaba los trabajos, pues es en dicho día que remite la mencionada Carta pretendiendo la resolución del Contrato.
83. De manera que, producto del retraso que JMC venía ejerciendo, el 28 de febrero de 2022, la Entidad resolvió el Contrato por haberse



superado el monto máximo de otras penalidades. Veamos los fundamentos:

Que, mediante Carta N° 151-2022-CCP/RC-EBC de fecha 28 de febrero de 2022 el CONSORCIO CONSULTORÍA PARAISO –supervisor de ejecución de la IOAR-, remite el Informe Específico N° 052-2022/AADP-JS de fecha 28 de febrero de 2022; mediante el cual se indica que la empresa contratista JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES SRL ha llegado a acumular el máximo de penalidad por mora debido al retraso injustificado de la ejecución de los trabajos, teniendo en cuenta que el plazo de ejecución contractual del Contrato N° 013-2021-HGJ concluía el 04/02/2022 se determina:

3.03. Los días calendario de retraso injustificado de ejecución de la obra, por parte del contratista JMC & VICTORIA CONTRATISTAS, GENERALES SRL, se determina a continuación:

a) Fecha de término del plazo de ejecución :	04/02/2022.
b) Fecha de cálculo de penalidad :	27/02/2022.
c) Días de retraso injustificado (a-b) :	23 días calendario

Así también, en el Informe Específico en mención el Jefe de Supervisión determina que el Contratista JMC & VICTORIA CONTRATISTAS, GENERALES SRL ha superado el monto de penalidad máxima por mora, a consecuencia del retraso injustificado de la ejecución de la obra, en base al cálculo de las penalidades realizado al 27 de febrero de 2022 que representa los 23 días calendario posteriores a la culminación del plazo de ejecución contractual del Contrato N° 013-2021-HGJ según el siguiente detalle:

PENALIDADES		Por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato	
Penalidad Dieria =	0.10 x monto	0.10 X	S/ 6,176,360.01
	F x plazo en días	0.15 X	150 d.c.
			= S/ 27,450.49
TOTAL PENALIDAD POR DIA		Número de días retraso	PENALIDAD POR MORA =
S/ 27,450.49		23	S/ 631,301.25
.. Penalidad por mora			S/ 631,301.25
.. Penalidad Maxima acumulada aplicable del 10%			S/ 608,317.84

84. En la Cláusula Quinta se fijó como plazo de duración del Contrato el total de 150 días calendario. Siendo la fecha de inicio de ejecución el 23 de julio de 2021 y la fecha de finalización el 19 de diciembre de 2021.

**CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN**

El plazo de ejecución de la obra, el equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio, materia de la presente convocatoria, es de **150 días calendario** en vías de regularización, el mismo que se computa desde 23 de julio al 19 de diciembre del 2021.

85. Sin embargo, el Tribunal Arbitral ha podido obtener a través del Buscador de Contratos del OSCE, la Resolución Directoral N° 390-2021-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE del 25 de noviembre de 2021 y la Resolución Directoral N° 010-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE del 25 de enero de 2022, a través de las cuales se aprobaron la suspensiones



del plazo de ejecución comprendidas entre los días 1 de setiembre al 30 de setiembre de 2021 (30 días calendario) y entre los días 17 de diciembre de 2021 al 2 de enero de 2022 (14 días calendario), respectivamente, como se puede observar seguidamente:

**[RESOLUCIÓN DIRECTORAL 390-2021-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE]**

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** APROBAR, la suspensión del plazo de ejecución de la obra "CONSTRUCCIÓN DE CENTRAL DE OXIGENO MEDICINAL Y RED DE SUMINISTRO DE OXIGENO, ADQUISICIÓN DE PLANTA GENERADORA DE OXIGENO MEDICINAL, PARA EL HOSPITAL GENERAL DE JAÉN", por el plazo de 30 días calendarios, desde el 01 al 30 de setiembre del 2021.

**[RESOLUCIÓN DIRECTORAL 010-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE]**

1) SUSPENDER EL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA "CONSTRUCCIÓN DE CENTRAL DE OXÍGENO MEDICINAL Y RED DE SUMINISTRO DE OXÍGENO, ADQUISICIÓN DE PLANTA GENERADORA DE OXÍGENO MEDICINAL, PARA EL HOSPITAL GENERAL DE JAÉN, DISTRITO DE JAÉN, PROVINCIA DE JAÉN, DEPARTAMENTO DE CAJAMARCA", y por ende paralizar la ejecución de todas las actividades que forman parte de la obra, a partir del **jueves 17 de diciembre hasta el 02 de enero de 2022**, por un periodo de 14 días calendarios, por aislamiento social y 03 días para que el personal de salud realice evaluación clínica respectiva para dar por finalizada la cuarentena (según Resolución Ministerial N° 972-2020/MINSA), además se programa desinfección de las áreas de la obra; sin embargo la Entidad notificará formalmente al Contratista y a la Supervisión; el reinicio de los trabajos, que deberá ser con una anticipación mínima de 03 días calendarios; correspondiendo a la Entidad efectuar las gestiones correspondientes.

86. En atención a las suspensiones de plazo referidas, el nuevo plazo de ejecución de obra culminaba el 4 de febrero de 2022.

87. Partiendo de ello, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décima Quinta del Contrato, las Partes pactaron el cálculo de las penalidades diarias, cuya fórmula es la siguiente:



**Penalidad diaria = 0.10 x monto vigente / F x plazo  
vigente en días**

\*F = 0.15 para plazos mayores a sesenta (60) días.

88. Teniendo en cuenta que la resolución contractual efectuada por la Entidad fue hecha el 27 de febrero de 2022, el cálculo correspondiente de penalidad diaria es el siguiente:

$$0.10 \times S/ 6,176,360.01 / 0.15 \times 150 = \underline{S/ 27,450.49}$$

\* S/ 6,176,360.01 = Monto vigente

\* 150 = Plazo vigente en días

**MONTO POR PENALIDAD DIARIA**

$$S/ 27,450.49 \times 23 = \underline{S/ 631,361.25}$$

\* 23 = Número de días de retraso

**TOTALIDAD DE PENALIDAD POR DÍA**

$$0.10 \times / 6,083,178.41 = S/ 608,831.784$$

\* S/ 6,083,178.41 = Monto total del Contrato

**MONTO MÁXIMO DE PENALIDADES PERMITIDO**

89. Del cálculo realizado se ha podido corroborar que JMC sobrepasó el monto máximo permitido por otras penalidades, habiendo incurrido al 27 de febrero de 2022 en un total S/ 631,361.25 (Seiscientos treinta y un mil trescientos sesenta y uno con 25/100 soles) por concepto de penalidad por mora.

90. De acuerdo con el numeral 1 del artículo 36° de la LCE, se precisa lo siguiente:



**"Artículo 36. Resolución de los contratos**

36.1 **Cualquiera de las partes puede resolver el contrato**, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, **por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento**, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes" (Énfasis agregado)

91. Por su parte, el literal b) del artículo 164 del RLCE, regula lo siguiente:

"164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

(...)

**b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, o**

(...)" (El énfasis y subrayado son agregados).

92. De las normas citadas se puede apreciar que la Entidad se encuentra plenamente facultada a resolver el Contrato cuando el Contratista haya superado el monto máximo de otras penalidades permitida. En el presente caso, **se ha determinado que JMC ha superado el monto máximo de penalidad por mora, razón por la cual la Entidad decidió resolver el Contrato conforme lo estipulan las normas citadas.**

93. De la misma forma, el Tribunal Arbitral ha verificado que la Entidad ha seguido correctamente el procedimiento de resolución previsto en el artículo 165.2 del RLCE, cuyo tenor es el siguiente:



**“Artículo 165. Procedimiento de resolución de contrato**

(...)

165.2. En los siguientes casos, las partes comunican la resolución del contrato mediante carta notarial, sin requerir previamente la ejecución de la prestación materia de incumplimiento:

a) Cuando la Entidad decida resolver el contrato, debido a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades.

(...)” (El énfasis y subrayado son agregados).

94. En este sentido, se concluye que la resolución efectuada por la Entidad fue en uso de sus facultades, siguiendo el procedimiento previsto por ley y, por tanto, es válida. Por consiguiente, la segunda pretensión principal de la demanda formulada por la Entidad es Fundada.

**X.3. DECISIÓN SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECLARE QUE SE EJECUTE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO QUE EL CONTRATISTA HUBIERA OTORGADO A FAVOR DE LA ENTIDAD.**

95. Atendiendo a que el presente punto controvertido versa sobre la Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, el Demandante pretende que se ejecute la garantía de fiel cumplimiento que el Contratista hubiera otorgado en favor de la Entidad. Al respecto, el artículo 166° del RLCE, regula lo siguiente:

**“Artículo 166. Efectos de la resolución**

166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la



indemnización por los mayores daños irrogados" (El subrayado es agregado).

96. En vista que se ha determinado que la resolución contractual efectuada por la Entidad es válida y esta se debió a la acumulación máxima de penalidad en la que incurrió JMC, corresponde aplicar lo señalado en el numeral 1 del artículo 166° del RLCE.

97. Siendo el Estado la parte perjudicada producto de la resolución del Contrato, corresponde que la Entidad ejecute la garantía de fiel cumplimiento que JMC haya entregado a su favor.

98. Por tanto, corresponde señalar que la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal es Fundada.

**X.4. DECISIÓN SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:  
DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL  
DISPONGA QUE EL CONTRATISTA CUMPLA CON INDEMNIZAR A  
LA ENTIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS, DE  
CONFORMIDAD CON EL NUMERAL 36.2 DEL ARTICULO 36 DE LA  
LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO; Y POR LOS MAYORES  
DAÑOS IRROGADOS, DE CONFORMIDAD CON EL NUMERAL 166.1  
DEL ARTÍCULO 166 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE  
CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

99. La Entidad solicita que, en virtud a lo establecido en el numeral 2 del artículo 36 de la LCE, JMC le pague una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en su contra a causa de la resolución del Contrato.



100. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte que el Demandante no ha precisado ni señalado el monto que correspondería al quantum indemnizatorio que pretendería.
101. Sin perjuicio de ello, la discusión relacionada a la pretensión objeto de análisis, gira en torno a determinar si es que concurren los requisitos o presupuestos necesarios para imponer a JMC la obligación legal de indemnizar a la Entidad por concepto de, en los propios términos del Demandante, "daños y perjuicios" que le habría ocasionado a título de responsabilidad contractual.
102. Para tal efecto, el Tribunal Arbitral tiene a bien desarrollar un marco teórico sobre los temas que ayudarán a dilucidar este extremo de la controversia, el cual será aplicado posteriormente al caso concreto.
- A. Marco Teórico:**
103. Una obligación se extingue, naturalmente, mediante el pago (entendido, por supuesto, no sólo como la satisfacción de una obligación dineraria, sino también con el cumplimiento de la prestación), es decir, cuando la obligación se cumple de acuerdo con los términos y condiciones pactados. Es dicho cumplimiento el escenario normal y esperado por las partes de un contrato. Sin embargo, las obligaciones también pueden incumplirse.
104. De esta manera, el incumplimiento representa la omisión en la ejecución de la prestación o la incompleta, tardía y defectuosa ejecución de esta. Con ello, se enarbola la insatisfacción del derecho de crédito del acreedor.





105. Ahora bien, cuando se omite ejecutar la prestación o cuando ésta es ejecutada de forma defectuosa, por causas imputables al deudor, se genera la obligación a cargo de éste de resarcir los daños irrogados al acreedor<sup>5</sup>.
106. La razón de ello responde a una cuestión simple: el acreedor no verá satisfecho su derecho de crédito por culpa del sujeto que se iba a encargar de concretar dicho derecho, es por eso que éste último deberá cargar con las consecuencias negativas de su falta, o en palabras de De Cupis, el "*nocimiento o perjuicio; es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable*"<sup>6</sup>.
107. Como consecuencia de esta lesión al derecho de crédito por culpa o intención (dolo) del deudor, se origina lo que se conoce como la responsabilidad contractual, o también llamada responsabilidad por inexecución de prestaciones.
108. En esa línea, compartimos la definición según la cual esta responsabilidad es una situación asumida por el deudor ante el incumplimiento -a él imputable- de una obligación, es decir, ante la inexecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida.
109. La habilitación para que la parte perjudicada por el incumplimiento contractual puede pretender una indemnización a título de

<sup>5</sup> Barchi Velaochaga, Luciano. "La importancia de hacer cumplir los contratos. Los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito". En: Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán. Volumen I. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima, 2000, pág. 456.

<sup>6</sup> De Cupis, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducción de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Editorial Bosch, 1975, pág. 81.



responsabilidad civil contractual en el marco de una contratación pública se encuentra contemplada en el artículo 166 del RLCE:

***“Artículo 166.- Efectos de la resolución***

***Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.***

(...)”. (El énfasis y subrayado son agregados).

110. Ahora bien, en nuestro sistema jurídico, la responsabilidad por inexecución de prestaciones se encuentra regulada en el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI (referido a las Obligaciones) del Código Civil, con la denominación “*Inejecución de Obligaciones*” (artículo 1314° y siguientes del Código Civil).

111. El fundamento central de este régimen de responsabilidad civil lo encontramos en el artículo 1321° del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

*“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.*

*El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.*

*Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.”*

112. Al respecto, según lo manifiesta Felipe Osterling: “(...) para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño



*causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia. por lo que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante*<sup>7</sup>. (El subrayado es agregado).

113. Tanto la doctrina<sup>8</sup>, como la jurisprudencia son unánimes al considerar que para que exista un supuesto de responsabilidad civil deben concurrir de forma conjuntiva los siguientes presupuestos: (i) la antijuricidad del hecho, (ii) el daño, (iii) el nexo de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño, y (iv) el factor de atribución. Veamos brevemente cada uno de estos requisitos:

#### **A) La antijuridicidad del hecho dañoso.**

114. El primer requisito de la responsabilidad civil es la antijuridicidad, entendido como "(...) *la esencia del concepto jurídico del daño resarcible*"<sup>9</sup>. Este se encuentra referido al comportamiento dañoso; esto es, a la acción u omisión que produjo el daño.
115. Así, habrá antijuridicidad si es que existe un incumplimiento -entendido como una lesión al derecho de crédito que, consecuentemente, genera la

<sup>7</sup> Osterling Parodi, Felipe. "La indemnización de daños y perjuicios." Editorial Grijley, Lima, 2013, pág. 121.

<sup>8</sup> De Trazegnies, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis. Santa Fe. Pág. 17.

<sup>9</sup> Velásquez Posada, Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 277.



insatisfacción del interés del acreedor- o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación<sup>10</sup>.

**B) El daño.**

116. El daño es la lesión de un interés jurídicamente protegido o el detrimento que sufre el acreedor por la inexecución de una obligación<sup>11</sup>. En materia de responsabilidad civil contractual, los daños patrimoniales que pueden reclamarse son el daño emergente, el lucro cesante, y el daño moral

**C) El nexo de causalidad.**

117. El tercer presupuesto de la responsabilidad civil es la causalidad. En materia contractual, el daño sólo es resarcible si es consecuencia directa e inmediata del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
118. En relación con el nexo de causalidad, Lizardo Taboada señala lo siguiente: "(...) se entiende en el sentido que debe existir una relación causa efecto, es decir, de antecedente - consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existiría responsabilidad civil y no nacerá la obligación legal de indemnizar<sup>12</sup>".



<sup>10</sup> Taboada Córdoba, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima, 2003, págs. 49-50.

<sup>11</sup> Alpa, Guido. *Nuevo Tratado de Responsabilidad Civil*. Traducción de Leysser León Hilario. Jurista Editores, Lima, 2006, pág. 620.

<sup>12</sup> Taboada Córdoba, Lizardo. *Óp. Cit.*, pág. 83.

119. Pues bien, la causalidad es aquella vinculación que deberá existir entre el hecho antijurídico o ilícito y los daños (demostrados) que ha tenido que soportar la parte que sí se ha mostrado siempre atenta a honrar sus obligaciones.

**d. El factor de atribución.**

120. El último requisito para la responsabilidad civil es el factor de atribución, asociado con la conducta del agente que causa el daño, el cual puede haber incurrido en culpa leve, culpa inexcusable o dolo.
121. Este último elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable? o en palabras de Taboada es, verdaderamente, *"el fundamento del deber de indemnizar."*
122. Entonces, tenemos que los requisitos y/o presupuestos antes señalados deberán concurrir de manera copulativa, a efectos de determinar la procedencia de una indemnización a título de responsabilidad contractual.

**B. Aplicación al caso concreto:**

123. Teniendo en cuenta el marco teórico antes desarrollado, el Tribunal Arbitral procederá a resolver la tercera pretensión principal formulada por el Demandante, para lo cual deberá determinar si es que concurren los presupuestos necesarios para imponer a JMC la obligación de indemnizarle por los daños y perjuicios que le habría ocasionado a la Entidad a título de responsabilidad contractual.



124. En particular, la Entidad ha planteado como contenido de su pedido indemnizatorio, lo siguiente:

**4. Tercera pretensión principal**

Que el Tribunal Arbitral disponga que el contratista cumpla con indemnizar a la entidad por los daños y perjuicios ocasionados, de conformidad con el numeral 36.2 del artículo 36 de la Ley de Contrataciones.

Asimismo disponga una indemnización por mayores daños irrogados de conformidad con el numeral 166.1 del artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, sobre la base del mismo dispositivo reglamentario, debemos precisar, que existe un daño, que rebasa el monto de la garantía de fiel cumplimiento, dada por la resolución de contrato, por lo tanto que nada impide a las Entidades del Estado hacer valer su derecho a resarcir esos daños, para lo cual debemos hacer mención al artículo 1321 del Código Civil, estable "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la

125. Evaluar el daño derivado del hecho ilícito (presunto incumplimiento) significa, en primer lugar, identificarlo (es la primera investigación cognoscitiva sobre la existencia del daño: *an debeat*) y, en segundo lugar, convertirlo en valor monetario equivalente (es la segunda investigación, que implica la cuantificación del daño: *quantum debeat*).
126. Conforme a ello, la carga de la prueba de la Entidad, en su calidad de Demandante, debió apuntar hacia la consecución de dos (2) tareas fundamentales, a saber: (i) de una parte, la acreditación de la existencia de los "daños y perjuicios"; y, (ii) la demostración de su cuantía, explicando y probando la forma como se arriba al *quantum* que exige como resarcimiento.



127. Sin embargo, de la revisión de la demanda, se verifica que la única fundamentación de la Entidad gira en torno a que la normativa de Contrataciones con el Estado prevé la posibilidad de solicitar indemnización por daños y perjuicios.

128. A continuación, veremos si la fundamentación del Contratista cumple con acreditar el primer y más importante de los elementos del daño. La antijuricidad.

**a. Sobre la antijuricidad:**

129. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte que, ante la falta de fundamentación del Demandante en cuanto al hecho antijurídico que le habría generado los “daños y perjuicios” ahora reclamados, no existe certeza sobre cuál sería el sustento en este extremo por parte de la Entidad.

**b. Certeza y cuantía del daño:**

130. El Tribunal Arbitral advierte que la Entidad no ha precisado cuál sería el daño que habría sufrido, ni mucho menos, lo prueba con medios probatorios destinados a acreditar su cuantificación o existencia.

131. A mayor abundamiento, la doctrina reconoce que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por las partes, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas, y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado constituye el supuesto de hecho (daño) a la cual se le



aplicará la consecuencia jurídica correspondiente (indemnización).  
Como acertadamente señala Fernando de Trazegnies<sup>13</sup>:

*"(...) es importante destacar una característica en general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a la indemnización, tiene que materializarse en daño.*

*Una condición que aparentemente se deriva de la anterior -pero que puede presentar algunas particularidades- es que el daño se encuentre probado. (...) salvo intervenga una presunción (...), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En ese sentido, los tribunales han negado indemnización cuando el daño no se ha acreditado."*

132. En vista de lo anterior, con relación a los daños alegados por la Entidad, éstos deben ser debidamente probados, deben ser tangibles, pues como se ha visto no existe presunción que determine su existencia. En efecto, la acreditación o comprobación de un daño no resulta de la afirmación de una parte, sino que ésta tiene la obligación ineludible de ejercer la probanza real y demostrar los efectos de ese daño. Así, el perjuicio alegado debe producir un daño real, cierto, sin ello tal acción no puede ser pasible de sanción alguna.



<sup>13</sup> De Trazegnies Granda, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Fondo Editorial PUCP. Lima. Pág. 17.

133. Por tales consideraciones, corresponde declarar infundada la tercera pretensión principal de la demanda planteada por la Entidad.

#### XI. DETERMINACION DE GASTOS ARBITRALES:

134. Respecto de las costas y costos, el numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.
135. Por su parte, el referido artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071 establece que 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.
136. En el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de la distribución o pago de los costos del arbitraje. En atención a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
137. En ese sentido, este Colegiado considera que, de conformidad con lo dispuesto en numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, los costos del arbitraje deberán ser asumidos por la parte vencida, es decir, por el Demandado.



138. En consecuencia, le corresponde a JMC efectuar el pago de los costos arbitrales irrogados, los mismos que ascendieron a la suma de S/ 51,090.06 mas impuestos por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral y a S/ 10,602.39 más IGV por concepto de gastos administrativos del Centro. De esta manera, en la medida de que la Entidad asumió el pago de los gastos arbitrales, tanto los propios, como los que correspondían a JMC, en subrogación, este último deberá devolver al Demandante los referidos gastos, más los impuestos respectivos.
139. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde disponer que cada parte asuma directamente sus propios gastos de defensa en los que hubiera incurrido como consecuencia del inicio del proceso arbitral.

## XII. DECISIÓN:

Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral, en Derecho y por Unanimidad, y dentro del plazo correspondiente,

### LAUDA:

**Primero:** Declarar **FUNDADA** la primera pretensión principal del GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA. En consecuencia, corresponde declarar la invalidez de la Carta N° 036-2022/JMC & VICTORIA CG SRL/WCJ-RL de fecha 28 de febrero de 2022, por la cual JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. resolvió el Contrato N° 013-2021-HGJ.



**Segundo:** Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión principal del GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA. En consecuencia, corresponde declarar la validez de la Carta N° 137-2022-GR.CAJ-DRS-HGJ/DE de fecha 28 de febrero de 2022, por la cual el Hospital General de Jaén, representado por el Gobierno Regional de Cajamarca, resolvió el Contrato celebrado con JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. por incumplimiento contractual al haber llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora.

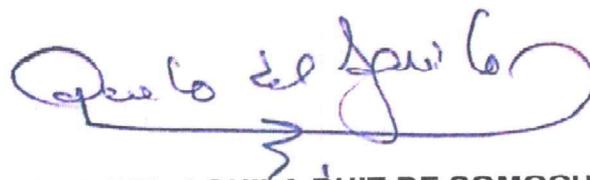
**Tercero:** Declarar **FUNDADA** la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA. En consecuencia, procede la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento otorgada por JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. a favor de la Entidad.

**Cuarto:** Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal del Demandante. En consecuencia, no procede ordenar a JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. indemnizar al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA por daños y perjuicios.

**Quinto:** **DISPÓNGASE** que los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje, por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos del Centro deben ser asumidos íntegramente por el Demandado. En consecuencia, JMC & VICTORIA CONTRATISTAS GENERALES S.R.L. deberá devolver al GOBIERNO REGIONAL DE CAJAMARCA los siguientes conceptos: i) S/ 51,090.06 (Cincuenta y un mil noventa con 06/100 soles), más impuestos, por concepto de honorarios del Tribunal Arbitral; y ii) S/ 10,602.39 (Diez mil seiscientos dos con 39/100 soles), más IGV, por concepto de gastos administrativos del Centro. Fuera de esos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente sus



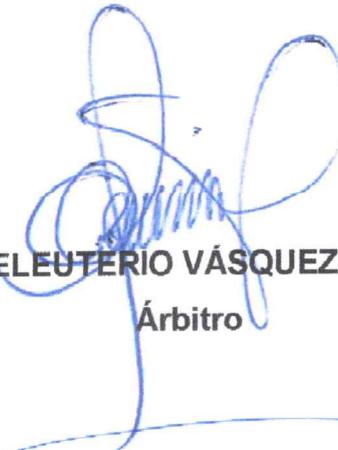
propios gastos de defensa en los que hubiera incurrido como consecuencia del inicio del proceso arbitral.



**PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO**  
Presidente del Tribunal Arbitral



**JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA**  
Árbitro



**MICHAEL ELEUTERIO VÁSQUEZ ESCALANTE**  
Árbitro



 **ARBITRARE**  
Centro de arbitraje  
Kattia Paola Valverde Girón  
Secretaría Arbitral