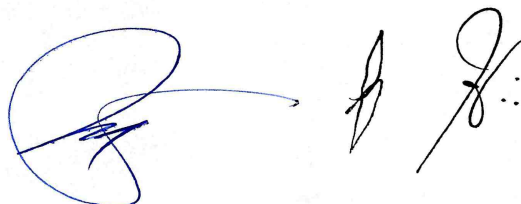


atendía el pedido realizado con suma antelación el 19 de diciembre de 2017.

- d) Habiéndose expedido la Resolución Directoral Sectorial N° 071-2018-GR.CAJ/DRTC, que aprobó el cambio de cantera, se hacía necesaria la suscripción de una adenda contractual por la modificación de los trabajos. En atención a ello, EL CONSORCIO, remitió la Carta N° 014-2018/CEM de fecha 05 de marzo de 2018 (en la que solicitaba el cambio del expediente técnico) y la Carta N° 016-2018/CEM de fecha 14 de marzo de 2018 (por la cual se pide la firma de la adenda). En esta última misiva, se hace referencia al Informe N° 01-2018-GR.CAJ-DRTC-DICA/WQLT, del 24 de enero de 2018, donde se indica:

“... en la inspección de campo realizada conjuntamente con el inspector José Nelson Romero Cerdán, se pudo determinar que efectivamente hay tramos de carretera que no deben ser intervenidos ya que por cuestiones constructivas y topográficas, la intervención en algunos tramos traería más problemas que beneficios a la capa de rodadura actual. Que la cantera propuesta por la empresa, cantera Mutish se encuentra en una distancia de 10.5 Km del inicio del tramo DV. Pencamayo – San Gregorio, lo cual varía totalmente el presupuesto del afirmado, sin embargo, la cantera Mutish, según los análisis presentados si cumpliría para material de afirmado, por lo que su utilización tendría que modificar los tramos a intervenir los cuales serían los siguientes: el tramo Km 00+000 al Km 07+000, se tendría un afirmado de 015m de espesor y del Km 07+000 al Km 16+000, se tendría un afirmado de espesor de 0.20 m, con estas modificaciones a la partida del afirmado, más lo ejecutado hasta la fecha, se estaría obteniendo el mismo presupuesto para la partida afirmado con la nueva cantera, por lo que para poder a proceder a las modificaciones respectivas del Expediente del mantenimiento periódico, se requiere la autorización de la Dirección de Caminos, por lo que de aceptarse dichas modificaciones, las mismas tendrían que ser aceptadas por el contratista mediante una adenda al contrato (...).”

- e) Mediante Carta N° 019-2018/CEM , de fecha 27 de marzo de 2018, EL CONSORCIO solicita la **Ampliación de Plazo Parcial N° 01**, por un periodo de 90 días calendario, considerando justamente todos los retrasos por causas no atribuibles justamente al contratista, conforme así aparece de modo expreso e inequívoco en los Asientos del Cuaderno de Obra N° 1, 3, 4, 6, 8, 20, 28, 31, 33 y 42.



- f) Por Oficio N° 114-2018-GR-CAJ/DRTC-D.ADM-ABAS-OEC, de fecha **20 de julio de 2018**, LA DIRECCIÓN invita a EL CONSORCIO para suscribir la Adenda al Contrato N° 056-2017-GR-CAJ/DRTC; acto administrativo que no hace sino colegir que efectivamente, en virtud a la congruencia procedimental, en el entendido del cambio de cantera, que suponía modificaciones sustanciales al contrato, se hacía evidentemente necesaria la suscripción de la adenda respectiva.

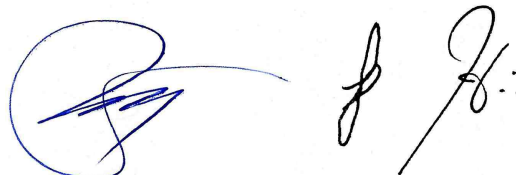
Dentro de este contexto, tenemos que cuando se expide la Resolución Directoral Sectorial N° 146-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 02 de abril de 2018, notificada por Carta Notarial 07-2018.GR.CAJ/DRTC, de fecha 09 de abril de 2018, que resuelve en forma total EL CONTRATO por acumulación de máxima penalidad, solamente se había dictado la Resolución Directoral Sectorial N° 030-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 15 de enero de 2018, mediante la cual, LA DIRECCIÓN había aplicado una penalidad contra el Consorcio El Mirador por **S/. 76,950.00** (Setenta y Seis Mil Novecientos Cincuenta y 00/100 Soles).

Debemos tener presente que el monto máximo de penalidad es equivalente al 10% (diez por ciento) del monto total de EL CONTRATO. En nuestro caso, el monto máximo de penalidad debió ascender al importe de **S/. 133,989.47** (Ciento Treinta y Tres Mil Novecientos Ochenta y Nueve y 47/100 Soles). Por tanto, al momento en que se resolvió EL CONTRATO, era evidente que EL CONSORCIO no había acumulado el monto máximo de penalidad.

LA DIRECCIÓN, habiendo reparado en su error, expide la Resolución Directoral Sectorial N° 167-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha **11 de abril de 2018**, a través de la cual, aplica una "penalidad" por la suma ascendente a **S/. 57,039.47** (Cincuenta y Siete Mil Treinta y Nueve y 47/100 Soles); sin haber tenido en cuenta que nos encontrábamos ante un contrato ya resuelto, por decisión justamente de la Entidad.

Aquí es necesario hacer referencia a la OPINIÓN N° 086-2018/DTN⁵, de fecha 19 de junio de 2018, expedida por la Dirección Técnico Normativa

⁵ Conviene precisar que las consultas que absuelve el Organismo Técnico Especializado, son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del Artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, y la Tercera Disposición Complementaria Final de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.



del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, OSCE cuando indica claramente que el contrato quedará resuelto de pleno derecho, una vez que se efectúe la recepción de la referida comunicación. Se sostiene:

"OPINIÓN Nº 086-2018/DTN

2.2.1

(...)

*Como puede evidenciarse, la resolución contractual se materializa una vez que la parte requerida recibe la comunicación donde su contraparte (la parte afectada) **le informa la decisión de resolver el mismo; por tanto, desde aquel momento, el contrato dejará de surtir efectos y ambas partes -Entidad y contratista- quedarán desvinculadas***".

(énfasis y subrayado agregados)

Sobre este punto, es preciso citar a De La Puente y Lavalle⁶, quien menciona lo siguiente: "(...) la resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial, la convierte en ineficaz, de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones." (El subrayado es agregado).

Por su parte, García de Enterría⁷ señala que la resolución "(...) es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte". (El subrayado es agregado).

En el mismo orden de ideas, tenemos que mediante Carta Nº 019-2018/CEM, de fecha 27 de marzo de 2018, EL CONSORCIO solicita la **Ampliación de Plazo Parcial Nº 01**, por un periodo de 90 días calendario, considerando justamente todos los retrasos por causas no atribuibles justamente al contratista, conforme así aparece de modo expreso e

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I*, Lima: Palestra Editores S.R.L., 2001, pág. 455.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo I*, reimpresión 2001, Madrid: Civitas, 2001, Pág. 750.



inequívoco en los Asientos del Cuaderno de Obra N° 1, 3, 4, 6, 8, 20, 28, 31, 33 y 42.

Al respecto, conviene tener en cuenta que mediante **OPINIÓN N° 151-2017/DTN**, de fecha 07 de julio de 2017, numeral 2.1.2, tercer párrafo, se indica expresamente que estando en trámite una petición de ampliación de plazo, no es posible aplicar penalidades y ulteriormente resolver EL CONTRATO, lo que también determina responsabilidad en la Entidad. Se sostiene:

“OPINIÓN N° 151-2017/DTN

2.1.2

(...)

De esta manera, puede colegirse que la aplicación de dicha penalidad se realiza automáticamente – se refiere a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación - , siempre y cuando la Entidad haya verificado que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndolo solicitado esta no fuera aprobada. Asimismo, cabe precisar que la Entidad debe resolver tal solicitud y notificar su decisión al contratista conforme a lo establecido en el artículo 140 del Reglamento, antes de determinar la aplicación de la “penalidad por mora en la prestación”.

(énfasis y subrayado agregados)

Mención aparte, para determinar el amparo de esta primera pretensión, es la solicitud reiterada de cambio de cantera que hiciera EL CONSORCIO y los diversos requerimientos efectuados en el decurso de la ejecución contractual. Así, tenemos que por Resolución Directoral Sectorial N° 071-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 02 de febrero de 2018, LA DIRECCIÓN, **APROBÓ EL CAMBIO** de las canteras “La Montaña” y el “Pajonal” consideradas en el Expediente Técnico, por la cantera denominada “MUTISH”, para el suministro del material de afirmado en la ejecución del servicio contratado. En razón de ello, EL CONSORCIO solicitó el CAMBIO DEL EXPEDIENTE TÉCNICO y la expedición de la Resolución Directoral de aprobación del mismo, así como se requirió la suscripción de una adenda contractual.



Por ello, mediante Carta N° 016-2018/CEM, de fecha 14 de marzo de 2018, el Consorcio solicita la suscripción de la **ADENDA** al contrato, considerando para ello, la expedición por parte de LA DIRECCIÓN de la Resolución Directoral Sectorial N° 071-2018-GR.CAJ/DRTC; por la cual, se solicitaba dar cumplimiento al contenido del Informe N° 01-2018-GR.CAJ-DRTC-DICA/WQLT, de fecha 24 de enero de 2018.

No obstante estas actuaciones factuales de la Entidad, de modo totalmente incongruente, resuelven el contrato por acumulación de máxima penalidad; y, en el colmo de la incoherencia procedimental, una vez resuelto EL CONTRATO, habiendo EL CONSORCIO iniciado el trámite arbitral que ahora nos ocupa, la Entidad remite a la demandante el **Oficio N° 114-2018-GR-CAJ/DRTC-D.ADM-ABAS-OEC**, de fecha **20 de julio de 2018**, por el cual, LA DIRECCIÓN invita a EL CONSORCIO para suscribir la Adenda al Contrato N° 056-2017-GR-CAJ/DRTC; esto es, no solo asentía en el hecho cierto del cambio de cantera y la ampliación de los plazos respectivos, sino que además no reparó nuevamente que el contrato ya estaba resuelto por propia decisión e iniciativa de la Entidad.

Por consiguiente, es evidente que LA DIRECCIÓN con posterioridad a la decisión de resolver en forma total EL CONTRATO, asumió un **comportamiento incoherente y contradictorio**, que vuelve inoponible la resolución contractual frente a EL CONSORCIO; ello en aplicación de la denominada **DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS** que desarrollaremos a continuación.

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Venire contra factum proprium

La doctrina de los actos propios se basa en el deber de actuar coherentemente; es decir, sin un comportamiento contradictorio. En nuestro caso, con la expedición de la Resolución Directoral Sectorial N° 071-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 02 de febrero de 2018, LA DIRECCIÓN, **APROBÓ EL CAMBIO** de las canteras "La Montaña" y el "Pajonal" consideradas en el Expediente Técnico, por la cantera denominada "MUTISH"; y, por tanto, se hacía necesaria la modificación del expediente técnico, lo que suponía la suscripción de la adenda.



Situación que, de modo incoherente, se presentó con posterioridad a la resolución contractual practicada por la propia Entidad.

Los actos propios son entendidos como la imposibilidad de realizar dos actos contradictorios vinculados; es decir, por un lado, se genera una seguridad o expectativa en un individuo y por otro se le perjudica; además, estos actos se sostienen en el principio de la **buena fe** y de **lealtad negocial**. De esta forma, el ordenamiento busca seguridad jurídica para las partes involucradas en un contrato.

Manuel de la Puente y Lavallo justificó la incorporación de la doctrina de los actos propios al amparo del Artículo 1362⁸ del Código Civil y en particular *“en el caso de ejecución contractual se trata de una buena fe objetiva, que obliga a actuar con lealtad”*⁹ indicando posteriormente que dentro *“de la concepción subjetiva de la buena fe cabe perfectamente la doctrina de los actos propios, pues quien ha tenido una conducta anterior jurídicamente relevante y eficaz debe, por un lado, adecuar su conducta posterior a la observada anteriormente y, por otro lado, crea en la contraparte la confianza de que continuará conduciéndose de la misma manera, salvo que las circunstancias cambien”*¹⁰.

Por su parte, el jurista peruano Juan Espinoza Espinoza, indica que el principio de los actos propios es conocido también con el aforismo **venire contra factum proprium non valet**, esto es *“que a nadie ha de estar permitido ir en contra sus propios actos”*. Añade que *“el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia”*¹¹.

En consecuencia, con la notificación de la Resolución de EL CONTRATO, realizada por conducto notarial el 09 de abril de 2018, formalmente ya no había vinculación contractual; y, por tanto, ya no existía una relación jurídica patrimonial entre las partes. Lo que determina claramente la

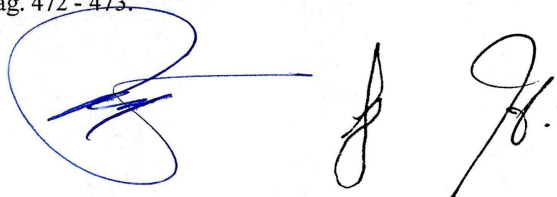
⁸ Artículo 1362°.- BUENA FE

Los contratos deben **negociarse, celebrarse y ejecutarse** según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *La Doctrina de los Actos Propios*. Disertación para su incorporación a la Academia Peruana de Derecho. En Anuario de la Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1996. Pág. 163.

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. Cit. Pág. 166.

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003. Pág. 472 - 473.



nulidad de la resolución contractual, por vulnerar e inobservar el Artículo 135.2º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en razón de que a la fecha de la resolución contractual no se había acumulado el monto máximo de penalidad), además de no haberse cumplido con el procedimiento de resolución contractual previsto en el Artículo 136º, cuarto párrafo, del citado cuerpo normativo; y, por vulnerarse evidentemente el principio de *buena fe* y de *lealtad negocial*, al encontrarnos claramente ante una actitud incoherente de la Entidad, que no obstante haber aprobado el cambio de cantera, nunca asintió para la firma de la adenda, sino con posterioridad a la comunicación de la resolución contractual.

Nulidad del acto administrativo que encuentra sustento en lo preceptuado por los principios de *legalidad* y de *predictibilidad*, previstos en los Artículos IV del Título Preliminar, numerales 1.1) y 1.15) del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; pues, *la autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente*. Nulidad del acto administrativo que encuentra concordancia con lo previsto por el Artículo 10.1º del acotado texto normativo, al indicarse de modo expreso que son vicios del acto administrativo, que causan su *nulidad de pleno derecho*, la *contravención a la Constitución, a las leyes o las normas reglamentarias*.

18. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, que se declare la nulidad de la Resolución Directoral Sectorial N° 030-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 15 de enero de 2018, mediante la cual se aplica una penalidad contra EL CONSORCIO por la suma de S/. 76, 950.00

Esta pretensión es consecuencia directa de la primera. Pues, hemos visto que efectivamente el retraso en la ejecución de la obra se originó por causas no atribuibles al contratista; siendo que además, como así se encuentra acreditado e inclusive asentido por la Entidad, EL CONSORCIO desde un primer momento realizó varias peticiones a la Entidad, las mismas que obran en el Cuaderno de Obra; del mismo modo, solicitó el cambio de cantera, peticiones que tras varios avatares fue aceptada por

la Entidad, sin que ésta haya cumplido con su obligación contractual de suscribir la correspondiente adenda.

Debe tomarse en cuenta que, según el Artículo 132°, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, *“El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el **incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales**, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. (...)”* Asimismo, conforme fluye del tenor literal del Artículo 134°, del mismo precepto normativo, es posible establecer penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, siempre que sean **objetivas, razonables, congruentes y proporcionales** con el objeto de la contratación; siendo que, para estos efectos, *“se deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.”*

En este orden de ideas, si bien es cierto que en EL CONTRATO, se han establecido los supuestos de aplicación de las penalidades, la forma de cálculo de cada uno de ellas, y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, no es menos cierto que, para acreditar un **incumplimiento injustificado** de obligaciones contractuales por parte de EL CONSORCIO, como mínimo actuar diligente, se debería poner en conocimiento de éste los supuestos en los que ha incurrido y por los cuales se le está imponiendo determinadas penalidades, situación que no se advierte en el presente caso.

Asimismo, cabe mencionar, que ni siquiera obra en autos el medio probatorio consistente en el Informe N° 009-2018-GR.CAJ-DRTC/DICA/JNRC, de fecha 09 de enero de 2018, motivo por el cual tampoco es verificable fehacientemente las razones por las que fueron aplicadas, en un primer momento, las penalidades a que se hace mención en la Resolución Directoral Sectorial N° 030-2018-GR-CAJ/DRTC.

En consecuencia, la Resolución Directoral Sectorial N° 030-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 15 de enero de 2018, por la cual, LA DIRECCIÓN aplica una penalidad por la suma de S/. 76,950.00 (Setenta y Seis Mil Novecientos Cincuenta y 00/100 Soles) es efectivamente nula; por cuanto, el criterio de la Entidad, entra en clara y abierta colisión con lo anotado en el Cuaderno de Servicio y lo requerido por EL CONSORCIO y



posteriormente asentido por la propia Entidad, esto es, el cambio de cantera para la realización de los trabajos.

19. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

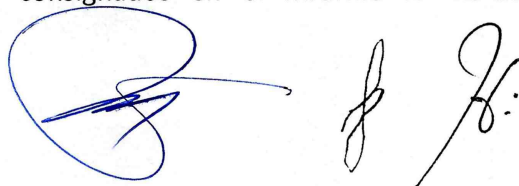
Determinar si es procedente o no, que se declare la nulidad de la Resolución Directoral Sectorial N° 167-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 11 de abril de 2018, mediante la cual se aplica una penalidad contra EL CONSORCIO por la suma de S/. 57, 039.47.

Esta nulidad es de pleno derecho y también resulta ser consecuencia de haber acogido la primera pretensión de la demanda; pues, a la fecha en que se expide la Resolución Directoral Sectorial N° 167-2018-GR.CAJ/DRTC, ya la Entidad había resuelto totalmente EL CONTRATO justamente por "acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades"; resolución contractual que fuera notificada por conducto notarial el 09 de abril de 2018.

Hemos visto previamente que LA DIRECCIÓN, reparó de modo extemporáneo en su error; pues, a la fecha en que resuelve EL CONTRATO el 02 de abril de 2018, notificado por conducto notarial el 09 de abril de 2018, no se había acumulado el monto máximo de penalidad. Es por ello que, posteriormente expide la Resolución Directoral Sectorial N° 167-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 11 de abril de 2018, a través de la cual, aplica una "penalidad" por la suma ascendente a S/. 57,039.47 (Cincuenta y Siete Mil Treinta y Nueve y 47/100 Soles); sin haber tenido en cuenta que nos encontrábamos ante un contrato ya resuelto, por decisión justamente de la Entidad.

Aquí es necesario hacer referencia a la OPINIÓN N° 086-2018/DTN, que hemos citado previamente al momento de avocarnos a la primera pretensión de la demanda, en el sentido de que, una vez notificada la resolución contractual, las partes quedan desvinculadas y no existe ya relación jurídica patrimonial

A mayor abundamiento para declarar fundada esta pretensión, del tenor literal de la Resolución Directoral Sectorial N° 167-2018-GR-CAJ/DRTC, se advierte que, si bien los supuestos en los que habría incurrido EL CONSORCIO, y por los cuales se le ha impuesto la penalidad por la suma de S/ 57,039.47, estarían consignados en el Informe N° 23-2018-



GR.CAJ/DRTC-DICA/JNRC; sin embargo, no es el mismo que se cita en la referida Resolución Directoral Sectorial, toda vez que allí se hace mención al Informe N° 105-2018-GR.CAJ-DRTC/DICA/JNRC. Ante ello, nuevamente se observa una inconsistencia en los datos consignados en dicha Resolución, y por ende, no se advierte un sustento debido en cuanto a la aplicación de penalidades.

20. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, que se declare la nulidad de la Resolución Directoral Sectorial N° 174-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 17 de abril de 2018, mediante la cual se declara IMPROCEDENTE la ampliación de plazo parcial N° 01 solicitada por EL CONSORCIO, y por consiguiente se ordene o no el pago de S/. 151,261.06 por mayores gastos generales.

En virtud al Artículo 140°, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referido a la solicitud de ampliación de plazo contractual, "(...) *La Entidad debe resolver dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad*". (énfasis y subrayado agregados)

Ahora bien, conforme se verifica de autos, mediante Carta N° 019-2018/CEM, dirigida a la Entidad, EL CONSORCIO presenta el informe que sustenta su Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 01, por un periodo de 90 días calendario, siendo que la fecha de presentación de dicha carta corresponde al 28 de marzo de 2018. Seguidamente, con fecha 17 de Abril del mismo año, la Entidad opta por declarar IMPROCEDENTE la Solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 01; no obstante, es innegable que dicho pronunciamiento fue emitido luego de que venció el plazo legal de 10 días hábiles indicados en el párrafo precedente, es decir, ya se tenía por aprobada la solicitud de EL CONSORCIO, razón por la cual carecía de objeto que emita pronunciamiento alguno.

Sin perjuicio de ello, también se debe precisar que, si bien es cierto, uno de los fundamentos por los cuales la Entidad declaró la Improcedencia de la Ampliación de plazo parcial, fue que el Contrato de la Obra ya había



sido resuelto, mediante Resolución Directoral Sectorial N° 146-2018-GR-CAJ/DRTC, de fecha 02 de Abril de 2018, no deja de ser verdad que la Solicitud de Ampliación de Plazo fue presentada el 28 de marzo de 2018, es decir, con anterioridad a la resolución del contrato, lo cual no hace más que evidenciar una incongruencia en el actuar de la ENTIDAD, por cuanto lo correcto hubiera sido emitir un pronunciamiento (dentro del plazo legal de 10 días) respecto a la solicitud de ampliación de plazo, y seguidamente, de ser el caso, emitir la resolución con la cual resuelve el contrato.

En el mismo sentido, la normativa de contrataciones del Estado vigente, establece que la Entidad debe reconocer y pagar aquellos gastos generales variables en los que el contratista haya incurrido como consecuencia de la paralización, siempre que formen parte de la estructura de gastos generales variables de su oferta económica o del valor referencial, según el caso, cuando la ampliación de plazo se otorgue como consecuencia de una paralización de obra ajena a la voluntad del contratista.

En esa medida, la **APROBACIÓN DE UNA AMPLIACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL** generada por el atraso en la ejecución de una obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, en nuestro caso nos encontramos con una aprobación del plazo contractual de puro derecho (Artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones) **determina la obligación de la Entidad de reconocer a este los mayores gastos generales variables equivalentes al número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario.**

En consecuencia, la Resolución Directoral Sectorial N° 174-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 17 de abril de 2018, por la cual la Entidad declara IMPROCEDENTE la ampliación de plazo parcial N° 01; es un acto administrativo nulo, pues se vulnera e inobserva el Artículo 140º, tercer párrafo, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; por tanto, fundado el pago de mayores gastos generales por la suma ascendente a S/. 151,216.06 (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Dieciséis y 06/100 Soles), tomando como referencia la Valorización N° 01, debidamente aprobada por la Entidad, calculada por el periodo comprendido entre el 15 de noviembre al 31 de diciembre de 2017 en la suma de S/. 75,608.03 (Setenta y Cinco Mil Seiscientos Ocho y 03/100 Soles).



21. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, ordenar el pago de S/. 75, 608.03 por concepto de valorización N° 01, debidamente aprobada y no cancelada por la Entidad.

Al respecto, debemos indicar que con fecha 22 de enero de 2018, la Entidad emitió el Informe N° 025-2018-GR.CAJ/DRTC-DICA/JNRC, mediante el cual se efectúa la Devolución de la Valorización N° 01 (Única), concerniente a EL CONTRATO, disponiendo en dicho Informe que EL CONSORCIO, efectúe su Reformulación, subsanando las Observaciones que se indica, así como otras que resulten pertinentes.

Aunado a ello, se cuenta con que mediante Carta N° 12-2018, entregada a la Entidad con fecha 07 de febrero de 2018, EL CONSORCIO informa que hace llegar la Valorización N° 01, debidamente corregida, habiéndose levantado las observaciones realizadas en el informe emitido por el Inspector del Servicio contratado.

En base a ello, mediante Informe N° 058-2017-GR.CAJ/DRTC-DICA/JNRC, de fecha 08 de febrero de 2018, la Entidad concede la **CONFORMIDAD DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO VIAL**, disponiendo que se haga efectivo el pago de la Factura N° 001-000009 por S/. 75,608.03, caudal dinerario que no se canceló a EL CONSORCIO, conforme se aprecia con la Carta N° 020-2018/CEM, de fecha 05 de abril de 2018, por la cual, EL CONSORCIO solicita el pago de la Valorización N° 01, que ya contaba con la conformidad por parte del Inspector del Servicio. Por consiguiente, corresponde declarar fundada esta pretensión.

22. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, la devolución por parte de la Entidad del importe de S/. 247,745.40, por concepto de ejecución de carta fianza N° 3002017003930-2.

Esta pretensión de la demanda, deviene en amparable considerando lo dispuesto por el Artículo 131º, numerales 1) y 2) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; pues, la Carta Fianza estaba plenamente activa (con renovación vigente) y el proceso arbitral se había iniciado con petición arbitral ingresada el **04 de mayo de 2018**.



Debe advertirse además que la Carta Fianza se ejecuta cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por un laudo arbitral se declare procedente la decisión de resolver el contrato, situaciones que tampoco se han presentado al caso de autos; máxime, si como hemos visto al momento de amparar la primera, segunda y tercera pretensiones de la demanda, EL CONSORCIO, no había incumplido sus obligaciones contractuales y los retrasos en la ejecución de la obra se debieron a causas no atribuibles al contratista; situaciones de hecho por demás asentadas por la Entidad, cuando de modo totalmente extemporáneo invita a EL CONSORCIO para la suscripción de una adenda contractual (Oficio N° 114-2018-GR-CAJ/DRTC-D,ADM-ABAS-OEC del 20 de julio de 2018) sin haber reparado que ya había resuelto el contrato mediante comunicación notarial del 09 de abril de 2018 (Resolución Directoral Sectorial N° 146-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 02 de abril de 2018).

23. SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, que la demandada cancele a EL CONSORCIO una indemnización por concepto de lucro cesante en la suma de S/. 710,305.10 (Setecientos Diez Mil Trescientos Cinco y 10/100 Soles) y daño emergente en la suma de S/. 150,000.00 (Ciento Cincuenta Mil y 00/100 Soles).

De acuerdo a lo previsto por el Artículo 1329º concordado con el Artículo 1330º del Código Civil, se presume que la inejecución de una obligación obedece a culpa leve del deudor, recayendo en el afectado por la inejecución el probar la existencia de **dolo o culpa inexcusable**. Corresponde al acreedor, en nuestro caso EL CONSORCIO, demostrar la existencia de la obligación, al Tribunal Arbitral apreciar la inejecución de la misma o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; y, al afectado con el incumplimiento corresponde probar los daños y perjuicios sufridos.

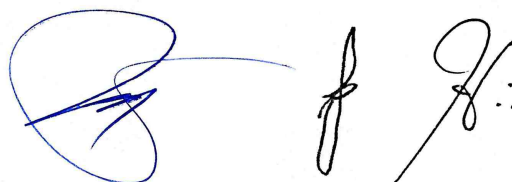
Estando a las previsiones contenidas en los Artículos 1331º y 1332º¹² del Código Civil, la carga de la prueba de los daños y perjuicios sufridos y de su cuantía corresponde a quien fue perjudicado con la inejecución;

¹² Artículo 1332º.- Valoración del resarcimiento

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el Juez con valoración equitativa.

Laudo arbitral de derecho

Página 42 de 56



determinándose que cuando no pudiera ser probada en su monto preciso, éste deberá fijarse con valoración equitativa.

El Tribunal Arbitral estima necesario analizar si válidamente se han constituido los elementos esenciales de responsabilidad civil indemnizatoria, por inejecución de obligación contractual. Por ello, es necesario referir que la responsabilidad por daños se basa en los siguientes elementos que han de considerarse para declarar fundada una pretensión de esta naturaleza:

(i) ***Antijuricidad o ilicitud del acto que da lugar a la indemnización***

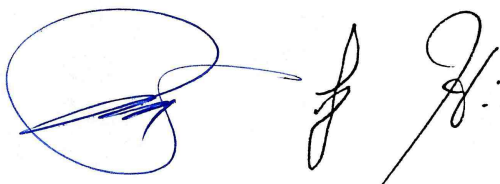
En cuanto a la conducta antijurídica, como sostiene **Lizardo Taboada Córdova**, “Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, consiste en que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico”¹³. Refiriéndose al ámbito contractual el mismo autor sostiene: “(...) **en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de la obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre conductas tipificadas legalmente**”¹⁴.

Se ha determinado que la Entidad incumplió su obligación contractual, referida en suma, a:

- a) Resolver EL CONTRATO mediante comunicación de fecha 09 de abril de 2018, aduciendo la acumulación de una máxima penalidad; sin considerar que el retraso se presentó por causa imputable a ella misma, al no haberse suscrito la adenda contractual y no haber considerado que frente a su omisión se había aprobado la ampliación de plazo; máxime si tomamos en consideración que a la fecha de la resolución contractual no se había acumulado el monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades. Con ello se vulnera e

¹³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editorial Grijley, Tercera Edición, 2013. Pág. 36.

¹⁴ Op. Cit. Pág. 37.



inobserva el Artículo 135.2º y Artículo 136º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- b) Del mismo modo, existe una conducta antijurídica, al no haberse expedido pronunciamiento sobre el pedido de ampliación de plazo contractual; al contrario, se emite una resolución declarando la improcedencia del pedido ampliatorio, cuando ya habían transcurrido los diez (10) días hábiles, computados desde el día siguiente de su presentación. Vulnerándose el Artículo 140º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues, se debió tener por aprobada la solicitud de ampliación del contratista, y no resolver el contrato, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
- c) Se inobservó la Resolución Directoral Sectorial Nº 071-2018-GR.CAJ/DRTC, de fecha 02 de febrero de 2018, por la cual, la Entidad APROBÓ EL CAMBIO de las canteras "La Montaña" y el "Pajonal" consideradas en el Expediente Técnico del servicio objeto de EL CONTRATO, por la cantera ubicada en el Km 10+500 de la carretera Dv. Pencayo – Arteza – Niepo, denominada CANTERA "MUTISH", para el suministro del material de afirmado en la ejecución del servicio contratado. La Entidad vulnera e inobserva el principio de buena fe y lealtad negocial, pues no obstante que había aprobado el cambio de cantera, no realizó las acciones para la suscripción de la adenda contractual. Debiéndose indicar que, con posterioridad a la resolución contractual, notificó la suscripción de la adenda, hechos que son totalmente contradictorios, ver Oficio Nº 114-2018-GR-CAJ/DRTC-D.ADM-ABAS-OEC, de fecha 20 de julio de 2018.

(ii) ***Daños causados como consecuencia de dicho acto***

En este extremo, el Tribunal Arbitral considera que nos encontramos efectivamente ante un daño a EL CONSORCIO, por el incumplimiento contractual de la Entidad y su conducta antijurídica.

En el caso de autos, se ha precisado detalladamente la serie de actos irregulares que ha llevado a cabo la demandada con la finalidad de incumplir con los términos de EL CONTRATO, lo que finalmente se ha concretado de manera irrefutable con la comunicación que la



demandada cursó a EL CONSORCIO resolviendo en forma total EL CONTRATO.

Conductas antijurídicas con las cuales se ha ocasionado evidentemente un daño, tanto en la modalidad de **daño emergente y lucro cesante**

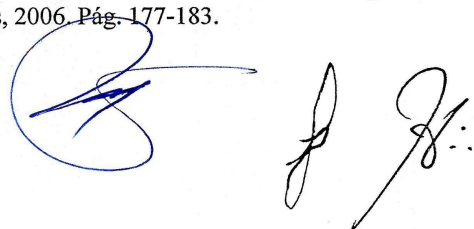
Dadas así las cosas, frente al incumplimiento contractual por parte la Entidad, está en la obligación de resarcir por los daños y perjuicios ocasionados a la demandante, tal como así lo establece el **Artículo 137º**, segundo párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones, cuando se indica expresamente que si la parte perjudicada con la resolución contractual es el contratista, la Entidad debe **reconocer la respectiva indemnización por los daños irrogados**, bajo responsabilidad. Del mismo modo, como prevé el Artículo 1321º del Código Civil: *“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 incumplimiento parcial tardío o defectuoso, comprende tanto el **daño emergente** como el **lucro cesante**, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”*.

Para cuyo efecto, además de aplicar la norma prevista en el Artículo 137º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, se debe concordar con lo dispuesto por el Artículo 1332º del Código Civil, que indica claramente que corresponderá al Juez (en nuestro caso al Tribunal Arbitral) determinar el importe del daño cuando, en criterio del Tribunal, no ha podido ser probado en su monto preciso.

El autor Mario Castillo Freyre sostiene sobre el particular *“No puedo decir lo contrario; tengo que afirmar que la aplicación práctica del Artículo 1332º pasa necesaria e ineludiblemente por una **consideración de carácter subjetivo**; ello, por cuanto es requisito de la aplicación de esta norma, como la propia norma establece, que **«El resarcimiento del daño no hubiera podido ser probado en su monto preciso»**”*¹⁵.

Si ese resarcimiento no pudo ser probado en su monto preciso, que hubiese sido el ideal en materia objetiva, no cabe otra respuesta que ingresar a un terreno subjetivo, el mismo que en esta materia es el último recurso que el Derecho tiene y otorga a los Jueces y Árbitros para aplicar justicia en materia indemnizatoria. Pero ese criterio subjetivo de

¹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario. *Valoración del Daño: Alcances del Artículo 1332 del Código Civil*, en Responsabilidad Civil, Tomo II, Lima. Editorial Rodhas, 2006. Pág. 177-183.



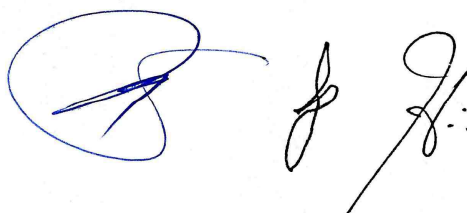
valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiéndose por tal a aquella que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del Árbitro, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del Tribunal Arbitral ordenar resarcir.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que son los incumplimientos de obligaciones sustanciales de la Entidad, cuando resuelve en forma total el contrato sin haberse presentado la acumulación máxima de la penalidad; aceptar la modificación de la cantera sin haber reparado en que se debía también firmar una adenda (para posteriormente aceptarla y disponer tardíamente su suscripción sin tomar en cuenta que había ya resuelto el contrato); no pronunciarse oportunamente por la ampliación del plazo de obra; no cancelar la valorización 01, la que inclusive estuvo aprobada por la Entidad; no absolver las observaciones suscritas en el Cuaderno de Obra; y, ejecutar una fianza estando el proceso arbitral en giro; actuaciones objetivas que vulneran el deber de colaboración y buena fe.

En efecto, en relación al LUCRO CESANTE, entendido este como las ganancias netas dejadas de percibir de no haberse producido el daño, se acredita indiciariamente que la empresa Consorcio de Servicios Mineros de Cajamarca, en sus siglas CONSERMINC, integrante del Consorcio El Mirador, mediante el contrato de Alquiler de Maquinaria Pesada del 05 de julio de 2018, no percibió el importe de S/. 648,000.00; por cuanto, era una obligación contractual el otorgamiento de una fianza equivalente al 20% del monto total contratado, situación que no se presentó, teniendo en cuenta que a la empresa CONSERMINC, le habían ejecutado la fianza por el importe de S/. 247,745.40, justamente por la garantía otorgada a favor de Entidad, para la ejecución de la obra cuya controversia está siendo objeto del trámite arbitral.

Del mismo modo, al momento de resolverse el contrato, se ha privado al Consorcio El Mirador de percibir la utilidad prevista, en un contrato cuyo monto total de ejecución ascendía a la suma de S/. 1'339,894.67, la cual, ha sido calculada en la demanda en el importe de S/. 62,305.10 (Sesenta y Dos Mil Trescientos Cinco y 10/100 Soles).

Por último, es evidente que la conducta contractual de la Entidad ha generado un **DAÑO EMERGENTE**, entendido este como el daño que



surge a raíz o como consecuencia del incumplimiento de una obligación, el cual, por propia aseveración de la demandante, lo ha calculado en el importe de S/. 150,000.00.

En virtud de lo anotado, el Tribunal considera equitativo y justo el declarar fundado en parte este extremo de la demanda relativo a la pretensión indemnizatoria, para cuyo efecto, en virtud a la facultad prevista en el Artículo 1332º del Código Civil, se debe fijar por concepto indemnizatorio la suma ascendente a **S/. 150,000.00** (Ciento Cincuenta Mil y 00/100 Soles) que deberá cancelar el GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO, por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

(iii) Relación o nexos de causalidad

El cual encuentra asidero en las bases y EL CONTRATO, que establecen las obligaciones contractuales entre las partes.

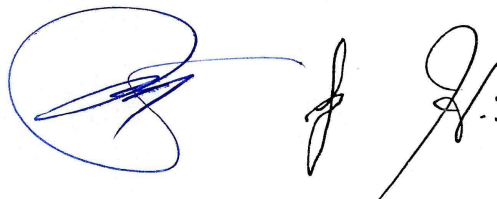
(iv) La imputabilidad o el factor de atribución

Que responsabiliza a quien los ha causado y le obliga a indemnizarlos, factor que se define por medio del *dolo o la culpa* con el que actúa el causante. Debiéndose precisar además que el Artículo 1329º del Código Civil, dispone que se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor. Disponiéndose seguidamente en el Artículo 1330º del acotado texto normativo que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación. En el caso de autos, se ha acreditado, conforme así lo hemos referido, que el evento dañoso se ha presentado por la conducta antijurídica dolosa de la Entidad.

24. OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, que se reconozca a favor de EL CONSORCIO los mayores gastos incurridos por mantener vigentes las cartas fianza por garantía de fiel cumplimiento y por adelanto directo.

El Tribunal Arbitral, en clara congruencia con la resolución a las pretensiones anteriores, considera que este punto controvertido debe ser amparado.



Esto es así, pues si bien las garantías constituidas para la ejecución de EL CONTRATO, referidas a la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y por Adelanto Directo, se constituyen en obligaciones contractuales para su normal ejecución, tal como así lo disponen los Artículos 125º y 126º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el hecho de encontrarnos ante una Resolución de Contrato arbitraria y la ejecución de las garantía por parte de EL GORE CAJAMARCA, han determinado que EL CONSORCIO siga cancelando la renovación de la Garantía de Fiel Cumplimiento, con la carga económica que ello ha involucrado durante estos meses de tramitación arbitral, teniendo en cuenta, claro está, el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento y por Adelanto Directo.

Es por ello que, para salvaguardar el equilibrio contractual, el Tribunal Arbitral considera equitativo que el GORE CAJAMARCA proceda a desembolsar los mayores gastos incurridos por mantener vigentes las Cartas Fianza por garantía de Fiel Cumplimiento y por Adelanto Directo, durante el periodo comprendido entre la petición arbitral y el la expedición del presente Laudo Arbitral, montos que serán calculados en la etapa de ejecución judicial de Laudo.

25. NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si es procedente o no, que se reconozcan los intereses legales devengados, debiéndose para el efecto considerar la fecha de ingreso de la petición arbitral presentada el 04 de mayo de 2018.

Sobre el particular, cabe recordar que como se ha venido señalando en los considerandos previos, al estar amparándose las pretensiones sobre pago de gastos generales por ampliación de plazo, pago de Valorización Nº 01, pago de indemnización de daños, con condena de costos procesales, tenemos que en suma, el Laudo Arbitral está reconociendo la existencia de una obligación de dar (suma de dinero) en donde EL CONSORCIO tiene la condición de acreedor y el GORE CAJAMARCA tiene la condición de deudor.

En este contexto cabe traer a colación las normas de carácter obligacional relativas a la intimación en mora y al pago de intereses. En efecto, desde el punto de vista normativo el Artículo 1242º del Código Civil señala que



el interés moratorio tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, mientras que el Artículo 1333º del mismo cuerpo de leyes indica que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

Pues bien, como hemos indicado, al haberse declarado fundada la Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima y Octava Pretensiones Principales de la demanda, debe emitirse pronunciamiento sobre los *intereses legales devengados y por devengarse*, se dispone que la entidad demandada, GORE CAJAMARCA deba reconocer a favor de EL CONSORCIO los intereses legales que se devenguen desde la fecha de recepción de la petición de arbitraje¹⁶, conforme lo dispone la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 1071 que norma el arbitraje; esto es, desde el 04 de mayo de 2018 hasta el cumplimiento definitivo del presente laudo, debiendo precisarse que la aplicación de intereses legales, para efectos del presente arbitraje, deberá efectuarse con exclusión de cualquier mecanismo que importe su capitalización, es decir, deberá realizarse en términos de los intereses legales nominales.

26. DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO

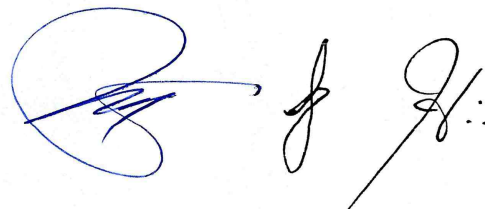
Determinar si es procedente o no, que se declare que la Entidad demandada asuma la integridad de los costos del proceso arbitral.

El Artículo 69º del Decreto Legislativo Nº 1071, norma que regula el arbitraje, dispone que las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el Tribunal Arbitral, dispondrá lo conveniente.

¹⁶ DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

OCTAVA. Mora y resolución de contrato.

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.



Por su parte, el Artículo 70º del mismo cuerpo normativo, dispone que el Tribunal Arbitral fijará en el laudo, los **COSTOS DEL ARBITRAJE**. Estos costos incluyen:

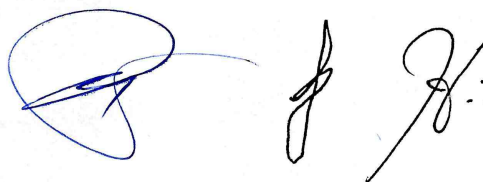
- a) Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral.
- b) Los honorarios y gastos del secretario.
- c) Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral.
- e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Carolina de Trazegnies Thorne, indica que *“Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje ‘propriadamente dichos’. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral”*¹⁷.

En el mismo sentido, el Artículo 73º numeral 1) del mismo texto legal, dispone 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.

En el convenio arbitral las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia; debiéndose para el efecto,

¹⁷ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 788.



tener presente las circunstancias del caso y la conducta procesal de las partes.

El Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de los costos del proceso arbitral, tener en cuenta el resultado o sentido del laudo, el mismo que como hemos visto, declara fundadas las pretensiones de la demanda; así como la actitud y comportamiento procesal de las partes, debiéndose tener presente la pertinencia y cuantía de las pretensiones. Debiéndose para el efecto, validar que solamente EL CONSORCIO, en su condición de demandante, ha cumplido con el pago oportuno y de modo íntegro de la totalidad de los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos administrativos de EL CENTRO, así como los honorarios del Secretario Arbitral; es decir, el GORE CAJAMARCA, no ha cumplido con el pago del 50% (cincuenta por ciento) de los costos arbitrales que le correspondían, máxime si tomamos en consideración que inclusive EL CONSORCIO, asumió por cuenta propia, los gastos de transporte y demás conexos para el traslado del árbitro designado por el propio GORE CAJAMARCA.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima amparar la condena de costos procesales. Para cuyo efecto, el GORE CAJAMARCA deberá cancelar a EL CONSORCIO los honorarios del Tribunal Arbitral, gastos administrativos de EL CENTRO y honorarios del Secretario Arbitral, que fueran cancelados de manera íntegra por la demandante, tanto de la liquidación ordinaria, como los contenidos en la liquidación adicional de honorarios, en la suma de S/. 43,112.73 (Cuarenta y Tres Mil Ciento Doce y 73/100 Soles), S/. 20,091.26 (Veinte Mil Noventa y Uno y 26/100 Soles) y S/. 3,592.24 (Tres Mil Quinientos Noventa y Dos y 24/100 Soles), respectivamente, lo que hace un total de **S/. 66,796.23** (Sesenta y Seis Mil Setecientos Noventa y Seis y 23/100 Soles).

Del mismo modo, el GORE CAJAMARCA deberá cubrir los gastos razonables incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en el arbitraje, esto es, el honorario que corresponde al abogado patrocinante de la parte vencedora, estableciéndose en **8% (ocho por ciento)** del monto ordenado pagar en el Laudo, que asciende a la suma de S/. 692,460.72 (Seiscientos Noventa y Dos Mil Cuatrocientos Sesenta y 72/100 Soles); en cuyo caso el 8% (ocho por ciento) por concepto de costo a favor del abogado patrocinante de la parte vencedora es **S/. 55,396.85** (Cincuenta y Cinco Mil Trescientos Noventa y Seis y 85/100 Soles).



En igual forma, EL GORE CAJAMARCA, deberá reconocer los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales, como son los gastos de transporte, viáticos y demás conexos con relación al traslado del árbitro Jorge Ismael Díaz Díaz en la suma de **S/. 1,050.00** (Mil Cincuenta y 00/100 Soles).

X. LA PUBLICIDAD DEL PRESENTE LAUDO

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 51º del Decreto Legislativo N° 1071, en todos los arbitrajes regidos por este cuerpo normativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

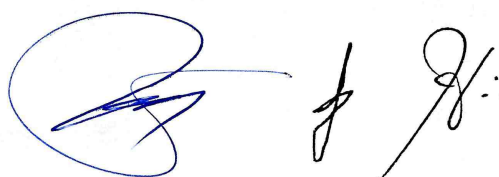
Es por ello que, se dispone la remisión al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

XI. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO Y VALOR DE CONDENA DEL LAUDO

El Artículo 66º del Decreto Legislativo N° 1071, de la norma que regula el arbitraje, bajo el epígrafe **GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO**, regula lo relacionado a la denominada garantía de cumplimiento del Laudo Arbitral. En atención a lo indicado, preceptúa el numeral 1) del artículo glosado, que la interposición del Recurso de Anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

El numeral 2) del citado artículo, prescribe que si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a 06 (seis) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Por su parte, de acuerdo al numeral 6) del artículo objeto de glosa, si el Recurso de Anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del



recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

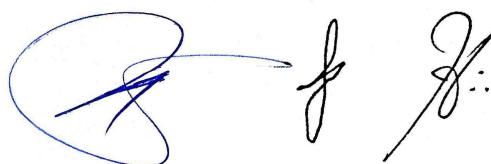
Es importante señalar que es razonable y justificado que la norma que regula el arbitraje establezca las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la ejecución del Laudo Arbitral, toda vez que es ésta la finalidad del arbitraje. Es más, cuando estamos inmersos en el ámbito del arbitraje en contratación pública, tenemos que la realidad nos muestra que se ha ido *burocratizando* la ejecución del Laudo Arbitral, tomando el Recurso de Anulación previsto en la Ley, como una etapa necesaria e inevitable del proceder administrativo.

El Artículo 66º de la Ley de Arbitraje, como hemos visto, incorpora un cambio sustancial respecto de los efectos del recurso de Anulación del Laudo. A diferencia de la Ley Arbitral de 1996, el Recurso de Anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo. **Sólo se produce la suspensión cuando se cumple con el requisito de la garantía acordado por las partes o, a falta de éste, cuando se constituye fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de condena del laudo.**

Cuando no hay *valor de condena*, los árbitros fijan el monto de la fianza bancaria sujeto a graduación por la Corte Superior que conoce del recurso, de la misma manera, si los árbitros no fijan el monto de la fianza bancaria, la Corte Superior podrá determinarlo a pedido de parte. De esta manera, el requisito de garantía se aplica para laudos cuyo valor esté determinado, sea determinable, o incluso cuando carezca de valor monetario que puede ser cuantificado.

Si no se exigieran este tipo de garantías, la satisfacción del Laudo, tendría recién que pasar por la espera de agotar el control jurisdiccional ante el Poder Judicial, para luego, recién con el pronunciamiento de la Sala Civil (Artículo 64º, numeral 1º de la Ley de Arbitraje) y eventualmente con el que realice la Corte Suprema, (mediante el Recurso de Casación, Artículo 64º, numeral 5º) proceder a iniciar su ejecución, con la consecuente postergación de la satisfacción del derecho en conflicto.

Es por ello que la fianza u otra garantía bancaria que se otorga para admitir el eventual pedido de suspensión del Laudo en el Recurso de Anulación, tiene un particular objetivo: garantizar a la parte vencedora que el efecto suspensivo del recurso de anulación no perjudique los intereses de ésta, en cuanto a su real satisfacción y contrarresto los



efectos frente a un *recurso dilatorio*, provocado por la parte vencida para dicho fin.¹⁸ (énfasis agregado)

La idea central de esta innovación es favorecer el cumplimiento de los Laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los Recursos de Anulación¹⁹.

Comentando el inciso 2) de la norma bajo análisis, Martín Mejorada Chauca, indica que "(...) si no se convino previamente las características de la garantía, el impugnante deberá acompañar a su pedido de suspensión una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 6 meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el laudo. Si el laudo no señala monto de condena, el tribunal arbitral podría indicar la suma de la garantía que habrá de constituirse. Si el tribunal no lo hace, el recurrente tendría que pedirle que señale el monto a la Corte Superior que conoce el recurso de anulación (...)"²⁰ (énfasis agregado).

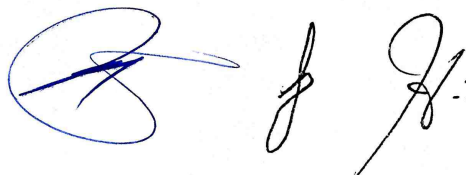
En tal sentido el Tribunal Arbitral, en su condición de director del proceso, con las facultades que le son inherentes, previstas en el Artículo 40º de la Ley de Arbitraje, teniendo en cuenta se están declarando fundadas las pretensiones de la demanda, establece el **VALOR DE CONDENA DEL LAUDO** en la suma ascendente a S/. 692,460.72 (Seiscientos Noventa y Dos Mil Cuatrocientos Sesenta y 72/100 Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de *suspensión de laudo*, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política del Perú, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, como por lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento

¹⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición, septiembre de 2010. Pág. 206.

¹⁹ Exposición de motivos, Decreto Legislativo N° 1071. Pág. 27-28.

²⁰ MEJORADA CHAUCA, Martín. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Primera Edición, enero de 2011. Pág. 740.



Administrativo General, Código Civil y la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral, en **DERECHO**,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda, nula la Resolución Directoral Sectorial N° 146-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 02 de abril de 2018, que resuelve en forma total EL CONTRATO.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda, nula la Resolución Directoral Sectorial N° 030-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 15 de enero de 2018, mediante la cual se aplica una penalidad contra EL CONSORCIO por la suma de S/. 76, 950.00.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la Tercera Pretensión de la demanda, nula la Resolución Directoral Sectorial N° 167-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 11 de abril de 2018, mediante la cual se aplica una penalidad contra EL CONSORCIO por la suma de S/. 57, 039.47.

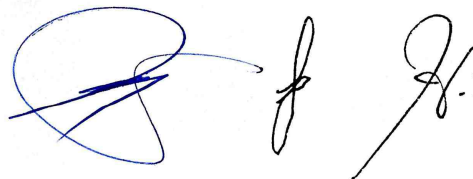
CUARTO: Declarar **FUNDADA** la Cuarta Pretensión de la demanda, nula la Resolución Directoral Sectorial N° 174-2018-GR.CAJ/DRTC de fecha 17 de abril de 2018; y por consiguiente, se **ORDENA** que el GORE CAJAMARCA cancele a favor de EL CONSORCIO la suma de **S/. 151,261.06** (Ciento Cincuenta y Un Mil Doscientos Sesenta y Uno 06/100 Soles) por mayores gastos generales.

QUINTO: Declarar **FUNDADA** la Quinta Pretensión de la demanda, se ordena que el GORE CAJAMARCA cancele a EL CONSORCIO la suma de **S/. 75,608.03** (Setenta y Cinco Mil Seiscientos Ocho y 03/100 Soles) por concepto de valorización N° 01, debidamente aprobada por la Entidad.

SEXTO: Declarar **FUNDADA** la Sexta Pretensión de la demanda, se ordena la devolución por parte del GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO del importe ascendente a **S/. 247,745.40** (Doscientos Cuarenta y Siete Mil Setecientos Cuarenta y Cinco y 40/100 Soles), por concepto de ejecución de Carta Fianza N° 3002017003930-2.

SEPTIMO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la Séptima Pretensión de la demanda, se fija por concepto indemnizatorio la suma de **S/. 150,000.00** (Ciento Cincuenta Mil y 00/100 Nuevos Soles) que deberá cancelar el GORE CAJAMARCA a favor de EL CONSORCIO, por los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la Octava Pretensión de la demanda, se ordena se reconozcan a favor de EL CONSORCIO los mayores gastos incurridos por mantener



vigentes las Cartas Fianza por Garantía de Fiel Cumplimiento y por Adelanto Directo, por el plazo comprendido entre la petición arbitral y la expedición del presente Laudo. Monto que será establecido en ejecución de Laudo.

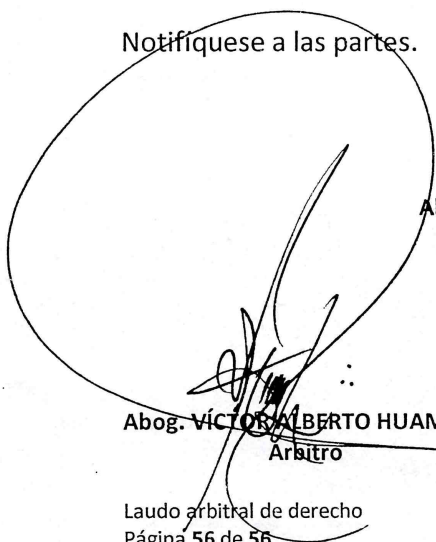
NOVENO: Declarar **FUNDADA** la Novena Pretensión de la demanda, en el extremo referido al pago de los intereses legales devengados, que se generen desde la fecha de recepción de la petición de arbitraje, esto es 04 de mayo de 2018, hasta el cumplimiento definitivo del presente Laudo.

DÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la Décima Pretensión de la demanda, se dispone que EL GORE CAJAMARCA deberá cancelar a EL CONSORCIO los costos del proceso arbitral, referidos a: (i) honorarios del Tribunal Arbitral, gastos administrativos y honorarios del Secretario en la suma de **S/. 66,796.23** (Sesenta y Seis Mil Setecientos Noventa y Seis y 23/100 Soles); (ii) gastos razonables incurridos por EL CONSORCIO para su defensa en el arbitraje en la suma de **S/. 55,396.85** (Cincuenta y Cinco Mil Trescientos Noventa y Seis y 85/100 Soles); y, (iii) gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales, como son los gastos de transporte, viáticos del árbitro designado por la Entidad, en la suma de **S/. 1,050.00** (Mil Cincuenta y 00/100 Soles).

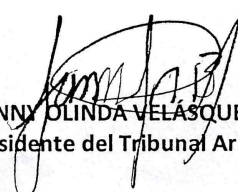
DÉCIMO PRIMERO: ESTABLECER como el valor de condena del Laudo la suma ascendente a **S/. 692,460.72** (Seiscientos Noventa y Dos Mil Cuatrocientos Sesenta y 72/100 Soles), que deberá acompañar la parte que decida interponer Recurso de Anulación de Laudo, en el eventual pedido de **suspensión de Laudo**, mediante una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 06 (seis) meses renovables durante todo el proceso y por una cantidad equivalente al valor de condena contenida en el Laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: DISPONER que se remita al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



Abog. VÍCTOR ALBERTO HUAMÁN ROJAS
Árbitro



Abog. FANNY OLINDA VELÁSQUEZ BRIONES
Presidente del Tribunal Arbitral



Abog. JORGE ISMAEL DÍAZ DÍAZ
Árbitro