
LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Presidente: Daniel Linares Prado

Árbitro: José Luis Castro Díaz

Árbitro: Mario Silva López

DEMANDANTE:

CONSORCIO VANIA (indistintamente: Consorcio Vania, VANIA, el Contratista, el Consorcio o el Demandante)

DEMANDADO:

GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO (indistintamente: la Entidad, Región Callao, la Región o la Demandada)

CONTRATO:

Contrato N° 012-2006-Gobierno Regional del Callao- Ejecución de Obra: "Construcción de la Institución Educativa Nivel Primaria y Secundaria N° 5123- Francisco Bolognesi en el AA.HH Las Lomas- Ventanilla- Callao".

Secretaria Arbitral

Mónica Lizarzaburu Klepatzky

Sede Arbitral:

Av. Juan de Aliaga N° 265- Magdalena del Mar

Resolución N° 18

Lima, 5 de febrero de 2013.

I. ANTECEDENTES DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES:

- Con fecha 8 de junio de 2006, se otorgó la Buena Pro a la Convocatoria efectuada por el Gobierno Regional del Callao a favor del Consorcio Vania¹, Licitación Pública Nacional N° 003-2006-Región Callao para la "Construcción de la Institución Educativa Primaria y Secundaria N° 5123- Francisco Bolognesi en el AA.HH Las Lomas- Ventanilla- Callao", el cual tenía un valor referencial de S/. 1'979,775.77 (Un millón novecientos setenta y nueve mil setecientos setenta y cinco con 77/100 nuevos soles), adjudicándose por un monto de S/. 1'879,497.48 (Un millón ochocientos setenta y nueve mil cuatrocientos noventa y siete con 48/100 nuevos soles).

- Acto seguido, habiéndose declarado consentida la buena pro, con fecha 10 de julio de 2006 se suscribió el Contrato de Obra N° 012-2006-Gobierno Regional del Callao- Ejecución de Obra, entre el Consorcio Vania y Región Callao, contando con las siguientes características principales:

Objeto: De acuerdo a lo dispuesto en la cuarta cláusula del Contrato, llevar a cabo la ejecución de la Obra Pública al sistema "sumaalzada" de la "Construcción de la Institución Educativa Nivel Primaria y Secundaria N° 5123- Francisco Bolognesi en el AA.HH Las Lomas- Ventanilla- Callao".

Plazo: De acuerdo a lo dispuesto en la sexta cláusula del Contrato (Plazo de Ejecución), el plazo de ejecución era de ciento veinte (120) días naturales, cuyo inicio se computará previstas las condiciones del artículo 240° del Reglamento de la Ley Contrataciones y Adquisiciones del Estado y podrá ser prorrogado conforme a la Ley y su Reglamento.

Costo: De acuerdo a lo dispuesto en la quinta cláusula del Contrato (Monto del contrato) el precio de la obra ascendería a S/. 1' 879,497.48 (Un millón ochocientos setenta y nueve mil cuatrocientos noventa y siete con 48/100 nuevos soles).

- Con fecha 20 de julio de 2006 se constituyeron las partes al lugar del terreno donde se ejecutará la Obra contratada, una vez recorrido todo el terreno las partes asistentes no tuvieron observación alguna que hacer, suscribiendo el Acta de Entrega de Terreno, expresando su conformidad.

¹ Consorcio Vania: Conformado por Walter Barrenechea Soto y BOBINZANA Inversiones SRL conforme al contrato de consorcio celebrado el 6 de julio de 2006, ante el Notario- Dr. Fidel D'jalma Torres Cevallos.

- Conforme se aprecia del primer asiento del Cuaderno de Obra de fecha 27 de julio de 2006, la Supervisión- efectuada por el Consorcio Ventanilla- señala que habiendo cumplido con todos los requisitos contenidos en el artículo 240° del Reglamento se da por inicio el plazo contractual, el cual se extiende hasta el 23 de noviembre de 2006. Asimismo, el Contratista se encuentra sujeto a entregar el calendario valorizado y de materiales adecuados a la fecha de inicio y fin del plazo contractual.

- Ante los sucesos dados a lo largo de la ejecución de la obra, con fecha 21 de noviembre de 2006, el Contratista solicitó a la Entidad una ampliación de plazo por cuarenta y cinco (45) días, expresando en su comunicación N° 025-2006/CV-OF, renunciar a los mayores gastos generales que esta ampliación contenga.

II. PREVIO AL PROCESO ARBITRAL:

Finalmente, ante dicha situación el Contratista mediante Carta N° C-102-2007-CV-OF de fecha 12 de marzo de 2007, remitió al Gobierno Regional del Callao, su solicitud de Arbitraje ante la discrepancia respecto de los resuelto en la Resolución de contrato efectuada por Carta Notarial N° 208-2007-GRC-GGR, derivada de la comunicación Carta Notarial N° 002-2007-GRC-GGR de fecha 31 de enero de 2007, efectuada por la Entidad.

2.1. DE LA CLAUSULA ARBITRAL:

Conforme lo mencionado anteriormente, el Contrato de Ejecución de Obra N° 012-2006-Gobierno Regional del Callao, vincula a las partes, siendo en la *Cláusula Vigésimo Quinta* del mismo, donde se instaura la *Cláusula Arbitral*, la cual quedo redactada de la siguiente forma:

"CLÁUSULA VIGÉSIMO QUINTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

25.01. Aplicación de la conciliación.-

Por la presente cláusula se establece que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación de este Contrato podrá solucionarse por Conciliación.

En ese sentido, cualquier de las partes tiene el derecho a someter la controversia a un centro de conciliación dentro del plazo de quince (15) días hábiles.

Si la conciliación soluciona la controversia en forma total el Acta que contiene el acuerdo es título de ejecución para todos los efectos. Si concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo las partes deben someter obligatoriamente a un arbitraje para que se pronuncie definitivamente sobre las diferencias no resueltas dentro del plazo de los quince (15) días siguientes de la suscripción del acta respectiva.

Ka

25.02. Aplicación del Arbitraje.-

En caso que no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley y el Reglamento.

El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral conformado por tres (03) árbitros. A falta de acuerdo en la designación de los mismos o del Presidente del Tribunal, o ante la rebeldía de una de las partes en cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado conforme a las disposiciones administrativas del Reglamento o conforme al Reglamento del Centro de Arbitraje al que se hubiese sometido las partes.

El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo el laudo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa.

El procedimiento de conciliación y arbitraje se ceñirá a lo prescrito en los artículos 272° al 292° del Reglamento.”

III. DEL PROCESO ARBITRAL:

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE, en virtud de la solicitud de Instalación ingresada por el demandante el ... de de 2011, cumplió con citar al Tribunal Arbitral y a las partes, para la Audiencia de Instalación, señalando como fecha de celebración el 18 de agosto de 2011, asistiendo solo la parte Demandada a dicha diligencia, expidiéndose el Acta N° I 303-2011-OSCE.

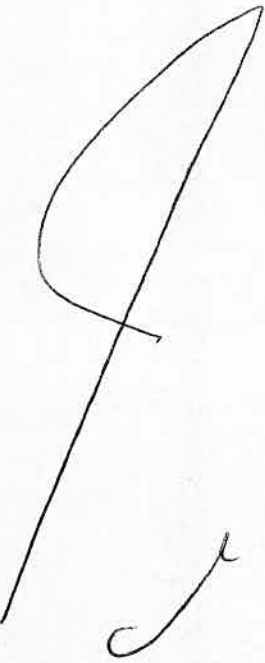
IV. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL:

De acuerdo al numeral 4° del Acta de Instalación, se estableció que la normativa aplicable al presente arbitraje serán las detalladas en la misma, en su defecto, lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento), incluyendo sus modificaciones, así como el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje. Señalando además, que en caso de deficiencia o vacía en las normas pactadas, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para regular dichas situaciones.

V. DE LA DEMANDA Y OTROS.-

- a. En la Audiencia de Instalación, a la que como ya se mencionó asistieron ambas partes, se estableció² otorgar al Contratista un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de la demanda.
- b. Con fecha 2 de septiembre de 2011, dentro del plazo otorgado, el Contratista ingresó el escrito de demanda, siendo admitida mediante Resolución N° 2 de fecha 14 de octubre de 2011, a fin de que el Gobierno Regional del Callao, en idéntico plazo³, cumpla con presentar la contestación de la demanda y reconvención de considerarlo pertinente.
- c. en tal sentido, conforme se aprecia de los cargos que constan en el expediente principal, la Región Callao fue notificada con la citada Resolución el 21 de octubre de 2011, cumpliendo con absolver dentro del plazo mediante escrito de fecha 8 de noviembre de 2012.

5.1. Pretensiones formuladas y argumentos que las sustentan en el escrito de demanda ingresado por Consorcio Vanía:



Mediante comunicación alcanzada al Demandante con fecha 22 de agosto de 2011, la Secretaría del proceso alcanzó un original del Acta de Instalación expedida en la Audiencia a la cual no asistió ningún representante de la Demandante, empezando a regir el plazo para la presentación de la demanda desde entonces.

Por ello, con escrito de fecha 2 de septiembre de 2011, el Demandante cumple con ingresar su escrito de demanda, estableciendo las siguientes pretensiones:

- a) La aprobación por silencio positivo de nuestra ampliación de plazo N° 01, por 45 días calendario, al amparo del artículo 259°, del D.S. N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y consecuentemente el reconocimiento y pago de los mayores gastos generales, ascendentes a la suma de S/. 150,000.00 (Ciento cincuenta mil con 00/100 nuevos soles) al amparo del artículo 260°, del D.S N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses generados hasta la fecha pago.

² 15. El Tribunal Arbitral, en este acto, declara abierto el proceso arbitral y otorga al CONTRATISTA un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas. La parte deberá acompañar igualmente el archivo electrónico (CD) del escrito de demanda.

³ 16. Una vez admitida a trámite la demanda, el Tribunal Arbitral correrá traslado de la misma a LA ENTIDAD por el plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvención. Tanto en la contestación de la demanda como en la reconvención deberán ofrecerse los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas.



b) La nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 208-2007-Gobierno Regional Del Callao-GGR del 28.02.07, la misma que en forma arbitraria, e ilegal decide resolver el contrato de obra, por un supuesto incumplimiento de mi representada.

c) La nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General Regional N° 308-2007-Gobierno Regional Del Callao-GGR, del 16.05.07, la misma que en su artículo primero resuelve en forma arbitraria aprobar un presupuesto deductivo N° 01 y en su artículo segundo: deciden aprobar la liquidación de contrato de obra.

d) La nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral De Gerencia General Regional N° 324-2007-Gobierno Regional Del Callao-GGR, del 24.05.07, la misma que en el artículo primero resuelve en forma arbitraria formalizar la resolución del contrato de obra.

e) Que se ordene a la Entidad contratante el reconocimiento y pago de los trabajos ejecutados para cumplir con las metas del proyecto ascendente a la suma de s/. 31,852.00 incluido el I.G.V., más los intereses generados hasta la fecha de su cancelación. A merito del artículo 1954°, del Código Civil.

f) La obligación por parte de la Entidad contratante, de dar suma de dinero (pago), de los costos (honorarios de abogado.) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, mas los intereses hasta la fecha de su cancelación.

g) Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de renovación de nuestras pólizas de caución, de fiel cumplimiento de contrato, adelanto directo y adelanto de materiales, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la entidad contratante; en la demora innecesaria a la solución de la presente controversia, así como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi representada en diversos procesos de selección.

Sobre dichas pretensiones el Demandante expresó que se evidencia la actuación injusta e ilegal efectuada por la Entidad, al emitir la Resolución de Gerencia Regional N° 308-2007-GRC-GGR de fecha 16 de mayo de 2007, por la cual decide aprobar un presupuesto deductivo y en su artículo segundo, aprobar la liquidación del Contrato, así como la Resolución de Gerencia

Regional N° 324-2007-GRC-GGR de fecha 24 de mayo de 2007, aun cuando se comunicó en varias oportunidades que existían problemas ocasionados por la no entrega de los planos y la no pronunciación sobre el adicional como consecuencia de la modificación del proyecto del pabellón de primaria, al existir diferencia de niveles siendo necesaria la construcción de un muro de contención que proteja las bases de cimentación del cerco existente en ese entonces, habiéndose dejado constancia en los asientos N° 17 de fecha 19 de agosto de 2006, N° 26 de fecha 28 de agosto de 2006, N° 88 de fecha 31 de octubre de 2006.

Asimismo, manifiesta sobre la Resolución que formaliza la resolución del contrato, emitida por la Entidad carece de todo fundamento real toda vez que lo descrito en la misma es generada por las irregularidades y desidia por parte de la Entidad, al no atender y dar solución a la problemática planteada. Sobre la ampliación de plazo considera debe ser aprobada al haber sido solicitada de forma oportuna sobre Carta N° C-0025-2006/CV-OF, máxime aun el Supervisor de Obra en su Carta N° 025-2006-CV-SUP-LOMAS de fecha 22 de noviembre de 2006, concluye que dicha causal no es imputable al Contratista, por lo que corresponde dicha ampliación al existir adicionales de obra generadas por la modificación del proyecto.

Sobre la conciliación manifiestan que han actuado correctamente habiéndolos invitado de forma oportuna. Respecto de la indemnización señalan que el inicio del proceso ha generado un perjuicio para el Contratista ante las empresas financieras, ya que al haber tomado conocimiento del litigio, éstas han elevado la calificación del nivel de riesgo, exigiendo gravar nuevos inmuebles para la cobertura de las garantías ya emitidas. Asimismo, manifiestan que la Entidad no ha cumplido con las disposiciones contenidas en los artículos 273° y 276° del Reglamento, aun cuando han tenido la intención de solucionar los problemas acontecidos la Entidad se ha negado a llegar a algún acuerdo.

Establece conceptos de indemnización que recoge la Doctrina, la cual establece que un hecho dañoso puede constituir una conducta activa u omisiva del agente del daño, es decir la Entidad, tratarse de un supuesto doloso o culposo, o caso contrario que su hecho puede resultar dañoso, a través de un factor objetivo de atribución.

Referente a la culpa inexcusable señala no se trata de un negligencia cualquier, a penas un descuido, un olvido circunstancial, sino de una torpeza mayor inaceptable en un persona con intelecto medio, a quien no se le puede aceptar ninguna clase de disculpa ni justificación.

En cuanto al daño emergente, expresa, consiste en la disminución del patrimonio ya existente del acreedor, es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el acreedor con ocasión del incumplimiento de la obligación por

parte del deudor. Así tenemos que la Entidad actuó inobservando la normatividad vigente negándose en todo momento a solucionar nuestras controversias siendo intransigente al momento de actuar al rechazar la solicitud de conciliar, ocasionando un mayor perjuicio económico para el contratista.

5.2. De lo expuesto por el Gobierno Regional del Callao en su escrito de contestación de demanda:

El Demandado hace referencia al principio de integridad e intangibilidad que contractual regulado en la Constitución (artículo 62°), pues los contratos son resultado de la negociación, acuerdo y suscripción de tales documentos, debiendo ejecutarse en sus propios términos y ninguna autoridad o Ley puede modificar los términos contractuales.

De la lectura del contrato suscrito con el Demandante, se desprende que este contiene todos los pactos negociados y celebrados por las partes, previstos literal y expresamente los mecanismos de solución de controversia a utilizarse, en estricta aplicación del artículo 1361° del Código Civil, debiendo resalta que conforme al principio del "onus probandi" es la parte actora quien debe probar las prerrogativas de su pretensión.

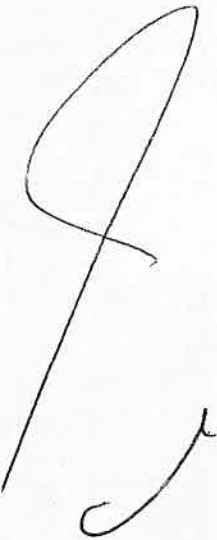
Señalan que lo pretendido por el contratista es modificar el plazo contractual de 120 días naturales, contenido en la cláusula 20.2, que en concordancia con la cláusula 6.01 el contratista debía adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con el objeto de la obra. Indicando además que el Demandante se supone es una empresa dedicada a la contratación pública sabiendo que se encuentra obligado a revisar el expediente de la convocatoria pudiendo ser los contratos conmutativos y aleatorios, siendo en este caso conmutativo, pues desde el momento de su suscripción se sabían cuales eran las ventajas y desventajas del contrato, lo que no puede alegar ahora el desconocimiento de dicha característica (es decir el plazo).

Indica además que conforme lo señala el artículo 42° de la Ley de Contrataciones las adicionales de obra pueden ordenarse y pagarse hasta por el 10% de su monto con la sola condición de que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato y para las obras adicionales en el supuesto de errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato; conforme señala en la Carta N° 025-2006-CV-OF ingresada por el Demandante solicito el adicional de obra que consistía en la construcción de un muro de contención que proteja la base de cimentación del cerco existente (pared medianera), empero no cumplió con el requisito de Ley: i) nunca llego a solicitar menos sustentar el referido adicional, ii) la referida construcción de un muro no impedía la realización de trabajos.

Que, conforme lo dice el artículo 265° del Reglamento, para la autorización de un presupuesto adicional de obra en un contrato a suma alzada requiere contar con los precios del presupuesto referencial afectados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables del presupuesto entre otras cosas, por lo que no se podía solicitar dicha adicional al no haberse generado los requisitos que exige la norma, consecuentemente no se podía solicitar la ampliación de plazo respectiva, máxime si este hecho es atribuible exclusivamente al Demandante.

VI. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Mediante la Resolución N° 4 de fecha 16 de diciembre de 2011, se citó a las partes para llevar a cabo la Audiencia de Conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, programando para el día lunes 26 de diciembre de 2011, a las 11 horas en la sede del Tribunal; de acuerdo con lo establecido en el numeral 21° del Acta de Instalación. En este acto esencialmente se determinó lo siguiente:




6.1. Saneamiento.- El Tribunal Arbitral verificó la capacidad y legitimidad de las partes, para el desarrollo del proceso, declarando saneado el proceso. Respecto de la excepción y la defensa previa planteada por la Entidad mediante su escrito de fecha 8 de noviembre de 2011, se admitió los medios probatorios ofrecidos, reservándose el derecho de pronunciarse en el fondo de la controversia.

6.2. Conciliación.- El Tribunal Arbitral de conformidad con las facultades contenidas en el numeral 31 del Acta de Instalación, propició el diálogo entre las partes a fin de que lleguen a un acuerdo conciliatorio, sin embargo, los representantes señalaron que no resulta posible hacerlo, dejándose abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del proceso.

6.3. Fijación de puntos controvertidos.- En el marco de lo establecido en el numeral 21 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral estableció cuales serían los puntos controvertidos de acuerdo a las pretensiones planteadas en el proceso, manifestando ambas partes estar de acuerdo con ello, siendo las siguientes:

6.3.1. Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no declarar aprobada la ampliación de plazo N° 1 por 45 días calendarios en aplicación del silencio positivo, consecuentemente el reconocimiento y pago de una suma de S/. 150,000.00 (Ciento cincuenta mil con 00/100 nuevos soles), mas los intereses que se generen hasta la fecha de pago.



- 6.3.2. **Segundo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 208-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 28 de febrero de 2007.
- 6.3.3. **Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no ordenar declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General Regional N° 308-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 16 de mayo de 2007.
- 6.3.4. **Cuarto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución Directoral de Gerencia General Regional N° 324-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 24 de mayo de 2007.
- 6.3.5. **Quinto Punto Controvertido:** Declarar si procede o no ordenar que la Entidad reconozca y pague por trabajos ejecutados para cumplir con las metas del proyecto por una suma de S/. 31,852.00 (Treinta y un mil ochocientos cincuenta y dos con 00/100 nuevos soles), incluido el impuesto general a las ventas- IGV, más los intereses que se generen hasta la fecha efectiva de pago.
- 6.3.6. **Sexto Punto controvertido:** Declarar si corresponde ordenar a la Entidad el reconocimiento y pagos por los daños y perjuicios generados al Contratista.
- 6.3.7. **Séptimo punto controvertido:** Declarar y ordenar a la Entidad asumir el pago de los costos y costas que deriven del presente proceso.

VII. DE LOS MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Conforme a la audiencia realizada, el Tribunal Arbitral, de conformidad con el numeral 22 del Acta de Instalación, admitió como medios probatorios de ambas partes los siguientes documentos:

- Respecto de Consorcio Vania los presentados a través acápite 5) del escrito de demanda de fecha 2 de setiembre (5.1 al 5.25) de su escrito de demanda de fecha 2 septiembre de 2011, señalado en el acápite 5, del 5.1 al 5.25.
- Respecto del Gobierno Regional del Callao se admitieron como medios probatorios los ofrecidos en su escrito de fecha 8 de noviembre de 2011, señalados en el acápite VI.

VIII. FIN DE ETAPA PROBATORIA:

Luego de haber otorgado a ambas partes todas las facilidades para que expresen su posición en el presente arbitraje, así como los medios probatorios que la sustenten, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 6 de fecha 19 de marzo de 2012, otorgándole a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos, indicándoles que de considerarlo soliciten la realización de

una Audiencia de Informes Orales, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 27 del Acta de Instalación⁴.

En tal sentido, el Demandante ingreso su escrito con fecha 26 de marzo de 2012 y el Demandado con fecha 27 de marzo de 2012, ambos efectuado dentro del plazo otorgado conforme a los cargos que constan en el expediente principal, asimismo, ambas partes solicitaron se lleve a cabo la Audiencia correspondiente.

IX. DE LOS ALEGATOS Y LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES:

Atendiendo la solicitud de las partes para llevar a cabo una Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 7 de fecha 27 de marzo de 2012, citando a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 11 de abril de 2012 a las 17 horas.

En dicha diligencia el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 8 mediante la cual comunica a las partes la necesidad de obtener mayores pruebas que contribuyan en dilucidar las controversias planteadas, por lo que considero necesario: i) llevar a cabo una inspección en el lugar de la obra, la cual sería programada por resolución posterior, ii) requerir al Demandado la exhibición de los asientos del cuaderno de obra en copia legible, sin perjuicio de que el Demandante presentara aquellos que consten en su poder.

Con fecha 24 de abril de 2012, el Demandado ingresó un escrito absolviendo el requerimiento efectuado por el Tribunal. Asimismo, por Resolución N° 9 de fecha 24 de abril de 2012, procedió a citar a las partes a la inspección ocular en el lugar de la obra en el **CENTRO EDUCATIVO N° 5123- FRANCISCO BOLOGNESI, EN EL ASENTAMIENTO HUMANO LAS LOMAS, VENTANILLA, CALLAO**, para el día viernes 9 de mayo del 2012 a las 15:00 horas, contando con la asistencia de ambas partes.

X. DEL PLAZO PARA LAUDAR:

Mediante Resolución N° 16 de fecha 20 de noviembre de 2012, el Tribunal Arbitral comunicó que el expediente se encuentra expedito para Laudar, señalando un plazo de treinta (30) días hábiles, de conformidad con el numeral 42 del Acta de Instalación.

Por otro lado, mediante Resolución N° 17 de fecha 21 de diciembre de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió prorrogar el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles

⁴ 27. Concluida la etapa de actuación de medios probatorios, el Tribunal Arbitral concederá a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y las citará a una Audiencia de Informes Orales, en caso las partes así los solicitaran, o en su defecto, si el Tribunal Arbitral considere necesaria su realización.



adicionales, que tomarán vigencia desde el día siguiente del primer vencimiento, debiendo tenerse en consideración los feriados públicos

Y, CONSIDERANDO:

- Que, el presente arbitraje se constituyó de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula vigésimo cuarta del Contrato N° 012-2006-GRC, celebrado entre las partes, siendo, de acuerdo con el numeral 3 del Acta de Instalación, uno Nacional y de Derecho, a regirse por las reglas de procedimiento establecidas en la citada Acta de Instalación de fecha 25 de agosto de 2011.
- Que, la demanda se presentó dentro del plazo establecido.
- Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda mediante Resolución N° 2 de fecha 14 de octubre de 2011, la cual fue absuelta por el Gobierno Regional del Callao por escrito de fecha 8 de noviembre de 2011.
- Que, las partes han tenido plena oportunidad y libertad para ofrecer y actuar los medios probatorios admitidos, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y de informar los argumentos de su defensa oralmente; y,
- Que, se ha procedido a laudar dentro del plazo legalmente fijado, conforme a las Resoluciones N° 16 y 17 de acuerdo a las reglas procesales establecidas en el Acta de Instalación.

XI. CUESTIONES PRELIMINARES A TENERSE EN CONSIDERACION:

Antes de analizar cada uno de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral considera pertinente fijar su posición respecto de algunos aspectos que considera relevantes para el presente caso.

XI.1. DE LA INTERPRETACIÓN A EFECTUARSE EN UN CONTRATO ADMINISTRATIVO:

La Ley de Contrataciones del Estado aplicable al proceso, no ha recogido un concepto especial de contrato administrativo que distinga claramente los contratos administrativos y los contratos estatales de derecho privado; como ocurre en la legislación española⁵.

En tal sentido, se puede decir que no está definido de manera clara en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la naturaleza de los actos de la administración en el marco de los contratos regulados por esta Ley. Sin embargo, podría afirmarse que en la interrelación de las entidades con los particulares en este tipo de contratos existen actos con naturaleza administrativa y de connotación civil; para estos efectos, podemos mencionar la adjudicación de la Buena Pro, como un acto administrativo; y la suscripción del contrato, como un acto de naturaleza civil.

⁵ BUSTILLO BOLADO, Roberto. Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. Thomson Arazandi, Navarra, 2004, p. 194.

Es por ello que, es necesario considerar tomar en cuenta una de las concepciones de acto administrativo señalada por el profesor italiano Guido ZANOBINI en su «Curso de Derecho Administrativo» que lo define como: «cualquier declaración de voluntad, juicio, deseo o conocimiento, juicio, realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa (distinta de la potestad reglamentaria)»⁶.

En ese sentido, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos que no son exclusivos del ejercicio del *ius imperium* sino que también son manifestaciones que pueden emitirse en el marco de la relación con particulares producto de negocios jurídicos de carácter privado como ocurre en los contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado.

Por lo tanto, la categoría de acto administrativo no debe circunscribirse a competencia exclusiva del derecho administrativo sino a características mixtas (derecho público y privado) que por la naturaleza de sus características no dejan de ser actos contractuales y que deben ser aplicables para la solución de controversias principios del Derecho Administrativo y del Derecho Civil sin desvirtuar la naturaleza de cada uno de sus actos.

En esa línea de razonamiento, se puede decir que para resolver las controversias derivadas de contratos regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento son de aplicación los principios del Derecho Administrativo y del Derecho Civil, sin alterar su naturaleza jurídica y buscando una interrelación entre ambas ramas del derecho.

XI.2. SOBRE EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

Es importante destacar que todas las relaciones contractuales, deben sujetarse al principio de la buena fe, el cual supone que desde la negociación, gestión, hasta la finalización de la relación, cualesquiera que fuese el motivo, las partes deben comportarse de manera honesta correcta respecto y conforme a Ley con respecto de la otra. Constituyéndose como un pilar básico o un principio elemental de toda relación contractual, reconocido y amparado por el derecho positivo. En consecuencia no es admisible que dentro de un contrato, cualquiera que fuese el tipo o naturaleza de éste, se puedan dar actitudes de las partes contraria a dicho principio elemental.

Pues bien, como es de conocimiento nuestro ordenamiento recoge éste principio, el mismo que trasciende a cualquier tipo de Contrato:

⁶ ZANOBINI, Guido. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Arayú, 1950, t. I, p.56.

“Artículo 1362° del Código Civil:

Los Contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”

Conforme lo señala el Código Civil, la buena fe se constituye en una regla, es decir, es una guía que las partes deben seguir a efectos de negociar, celebrar y ejecutar un contrato, se aplica desde antes del surgimiento del contrato y concluye cuando las obligaciones establecidas en el mismo han sido prestadas por las partes, a decir Aida Kemelmajer de Carlucci⁷, esta regla contiene a su vez tres subdirectivas o subreglas: la verosimilitud, diligencia debida y previsibilidad, las que orientan al intérprete del contrato a efectos de determinar si la actuación de las partes ha atendido a dichas directivas, si la conclusión es contraria a su seguimiento estaremos frente a la defraudación de esta regla, en cuyo caso surgirían los remedios que la Ley establece a efectos de restituir el equilibrio quebrado.

XI.3. SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS POR EL GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO:

Con escrito de fecha 8 de noviembre de 2011 la demandada plantea las excepciones de (i) oscuridad y ambigüedad sobre las pretensiones planteadas, (ii) falta de agotamiento de la vía previa, es decir, conciliación previo al inicio de arbitraje, y (iii) de caducidad.

Previo a efectuar un análisis de cada punto controvertido el Tribunal Arbitral debe pronunciarse por las excepciones planteadas a fin de determinar si existe alguna causal que establezca el fin del proceso sin pronunciación del fondo.

Mediante Resolución N° 3 de fecha 21 de noviembre de 2011, se corrió traslado de las excepciones propuestas al Demandante por un plazo de diez días hábiles, siendo absuelto mediante escrito de fecha 7 de diciembre de 2011.

A fin de desarrollar cada una de las excepciones planteadas se establecerá un marco normativo y conceptual sobre cada excepción con la finalidad de establecer su viabilidad en virtud de los argumentos expuestos por el Demandado en su contestación de demanda.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida- Reflexiones sobre la Interpretación de los Contratos. Tratado de la Interpretación del contrato en Latinoamérica. Rubinzal- Culzoni Editores- Universidad Externado de Colombia- Grijley. Lima 2007. Pág. 239.

A manera de referencia tenemos el artículo 446° del Código Procesal Civil⁸, el cual establece taxativamente las posibles excepciones o medios defensas que la parte interesada puede plantear, dentro de estas se encuentran las interpuestas con la finalidad de proponer una suspensión de la acción y otras buscan culminar con el proceso, es decir, la excepción es la oposición, que sin negar el fundamento de la demanda, trata de impedir la prosecución del proceso paralizándolo momentáneamente o extinguiéndolo definitivamente.

En el marco de lo señalado por el Demandado en el citado escrito la excepción por oscuridad o ambigüedad en la manera de proponer la demanda se sostiene porque no existe argumentos que sustentan la pretensión resarcitoria, no existiendo forma de calcular o poder determinar su procedencia. Además, manifiestan que el pedido ha sido expuesto de manera general requiriendo para este aspecto una precisión o puntualización, no demostrando además los hechos expuestos con las pretensiones postulatorias.

Pues bien, respecto de dicha excepción es importante destacar que la jurisprudencia procesal es bastante extensa, clasificada como una excepción dilatoria que pretende atacar requisitos de forma que no han sido observadas por el accionante. Dicho medio de defensa se interpone al evidenciar la discordancia entre las pretensiones definidas por el Demandante en confrontación con los argumentos de hecho y derecho desarrollados en el cuerpo de la demanda, lo que conlleva una indefensión o entiéndase, la falta de un efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del Demandado al no poder expresarse claramente sobre cada concepto pretendido por su contraparte.

En tal sentido, apreciando los argumentos expuestos por el Demandado al momento de interponer la excepción, la oscuridad o ambigüedad aducida es sobre la suma resarcitoria a la que se refiere el Demandante, resumiendo que no existe argumentación ni cuantificación suficiente que determine su

⁸ Artículo 446.- El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

1. Incompetencia;
2. Incapacidad del demandante o de su representante;
3. Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado;
4. Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda;
5. Falta de agotamiento de la vía administrativa;
6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado;
7. Litispendencia;
8. Cosa Juzgada;
9. Desistimiento de la pretensión;
10. Conclusión del proceso por conciliación o transacción;
11. Caducidad;
12. Prescripción extintiva; y,
13. Convenio arbitral.

viabilidad. Ante lo expuesto, es evidente que la excepción propuesta no pretende aclarar algún extremo planteado en la demanda, sino mas bien, busca pronunciarse sobre aspectos que serán materia de pronunciamiento en el fondo de la controversia, es decir, la suficiente acreditación para determinar la procedencia o la cuantificación de una posible indemnización a favor del Contratista, es materia de discusión del proceso y será debidamente analizada por el Tribunal. Asimismo, al momento de absolver la demanda, la Región Callao ha expresado claramente su posición sobre la pretensión indemnizatoria, lo que a todas luces contradice el espíritu de dicha su excepción. Ante lo expuesto el Tribunal Arbitral declara la presente excepción **INFUNDADA**.

Con relación a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el Demandado señala, que no habiendo sido emplazados con la invitación a conciliar conforme lo dispone la cláusula vigésimo quinta del Contrato, así como los artículos 272° al 292° del Reglamento, los actos de resolución del Contrato han quedado plenamente consentidos.

La excepción de falta de agotamiento de la vía previa, es clara y precisa, es un medio defensa que se interpone al verificar que el accionante no ha cumplido un requisito previo, de forma, produciendo efectos con el transcurso del tiempo.

En tal sentido, recurriendo a lo dispuesto en la cláusula vigésimo quinta del Contrato se tiene:

“CLAUSULA VIGÉSIMO QUINTA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

25.01 Aplicación de la Conciliación.-

Por la presente cláusula se establece que cualquier controversia sobre la ejecución o interpretación de este Contrato **podrá** solucionarse por Conciliación.

En ese sentido, cualquier de las partes tiene el derecho de someter la controversia a un centro de conciliación dentro del plazo de quince (15) días.

Si la conciliación soluciona la controversia en forma total el Acta que contiene el acuerdo es título de ejecución para todos los efectos. **Si concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deben someterse obligatoriamente a un arbitraje**, para que se pronuncie definitivamente sobre las diferencias no resueltas dentro del plazo de quince (15) días siguientes de la suscripción del acta respectiva.(...)”
(Énfasis agregado)

Del parafraseo anterior (primer párrafo) se destaca el término “podrá”⁹, termino definido por la Real Academia de la Lengua Española, como la

⁹ Poder¹.

facultad que tiene el individuo de hacer o no alguna cosa, de tomar o no alguna decisión, la capacidad de elegir alguna opción. De lo dicho se desprende claramente que al incluir el término "podrá" se esta otorgando a las partes la facultad de optar por cualquiera de los dos mecanismos que la Ley y Reglamento en Contrataciones del Estado, establece, es decir, el celebrar previamente al inicio del arbitraje una conciliación sobre las controversias surgidas, es meramente facultativa.

Por otro lado, del siguiente párrafo remarcado, se desprende que si existe una obligación de remitirse a un proceso arbitral, siempre y cuando **habiendo celebrado una conciliación no se llegara a un acuerdo o este hubiera sido parcial, encontrándose obligadas a elevar a arbitrajes** la discrepancia.

A fin de contribuir con la interpretación de dicha cláusula, el numeral 25.02 establece:

"25.02 Aplicación del Arbitraje.-

En caso no haya acuerdo para la Conciliación, las partes acuerdo que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley y su Reglamento. (...)" (Énfasis agregado)

De lo ya explicado anteriormente, se desprende entonces, que no solo se derivará en arbitraje en los supuestos de no llegar a un acuerdo conciliatorio o de que este acuerdo conciliatorio sea parcial, sino también en el caso no optar por una conciliación, constituyendo en una exigencia a la parte interesada de hacer uso de éste medio de solución de conflictos.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera que la excepción planteada por el Demandado carece de sustento jurídico por los argumentos expuesto, debiendo declararla **INFUNDADA**.

Por último respecto de la excepción de caducidad el Demandado la sustenta en tanto la Demandante no ha sometido a conciliación los actos de la resolución del contrato o posteriores, quedando consentido.

El Tribunal Arbitral ha expresado líneas arriba que conforme a lo dispuesto en la vigésima quinta cláusula del contrato, no constituye una exigencia

(Del lat. **potēre*, formado según *potes*, etc.).

1. tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo.
2. tr. Tener facilidad, tiempo o lugar de hacer algo. U. m. con neg.
3. tr. coloq. Tener más fuerza que alguien, vencerle luchando cuerpo a cuerpo. *Puedo A Roberto*.
4. intr. Ser más fuerte que alguien, ser capaz de vencerle. *En la discusión me puede*. U. t. en sent. fig. *Me pueden sus impertinencias*.
5. intr. Ser contingente o posible que suceda algo.

Koe

previa al arbitraje recaer en una conciliación, en tanto, el accionante se encontraba en posición de iniciar a voluntad propia tanto un proceso conciliatorio o arbitral. Sin embargo, de los puntos controversiales en el presente proceso el Colegiado deberá efectuar un análisis de la procedencia o no de dicha solicitud planteada por el Contratista, lo cual se efectuará en el análisis de cada punto controvertido, por lo que la presente excepción debe declararse **INFUNDADA**.

XII. ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:

- Sobre la Normativa Aplicable y estimación de los Puntos Controvertidos:

El fondo de la controversia sometida a conocimiento del Tribunal Arbitral será resuelta teniendo en cuenta lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM; y de manera supletoria el Código Civil, de conformidad con lo Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato N° 012-2006-GRC- Ejecución de Obra, suscrito por las partes el 10 de julio de 2006.

Por otro lado, cabe señalar que el pronunciamiento de los Árbitros versará sobre los puntos controvertidos establecidos en el proceso, sin perjuicio de ello, éstos constituyen una referencia para su pronunciamiento, no limitando el análisis y el orden que se empleará en el presente Laudo.

XII.1. Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar aprobada la ampliación de plazo N° 1 por 45 días calendarios en aplicación del silencio positivo, consecuentemente el reconocimiento y pago de una suma de S/. 150,000.00 (Ciento cincuenta mil con 00/100 nuevos soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Previo al análisis de fondo del presente punto controvertido es importante destacar lo siguiente: Conforme se aprecia del primer asiento del Cuaderno de Obra de fecha 27 de julio de 2006, la Supervisión- efectuada por el Consorcio Ventanilla- señala que habiendo cumplido con todos los requisitos contenidos en el artículo 240° del Reglamento se da por iniciado el plazo contractual, el cual se extiende **hasta el 23 de noviembre de 2006**. Asimismo, el Contratista se encuentra sujeto a entregar el calendario valorizado y de materiales adecuados a la fecha de inicio y fin del plazo contractual.

Entrando a realizar el análisis del presente punto controvertido cabe recordar que el Demandante alega la existencia de diversos requerimientos a la Entidad para que se solucione el problema encontrado en el proyecto alcanzado, al requerir de un muro de contención en el Pabellón de Primaria, debido que en la realización de excavaciones para zapatas en el eje R, entre los ejes 2 y 18, se encontró una diferencia de niveles entre la cimentación del cerco existencial lateral del eje R y las zapatas a construirse en el mencionado eje, afectando la ubicación de todo el pabellón de primaria y las graderías de ingreso, lo cual generó la obligación de construir un muro de contención que proteja a la base de cimentación del cerco existente.

De lo dicho por el Contratista, el Tribunal procedió contrastarlo con lo consignado en el Cuaderno de Obra, que le fuera alcanzado por la Entidad en copia certificada mediante escrito de fecha 24 de abril de 2012, prueba que no fue materia de ninguna cuestión probatoria.

Previo a ello, es importante mencionar sobre el cuaderno de obra, conforme lo dispone los artículos 253° y 254° del Reglamento, éste se debe aperturar en la misma fecha de entrega del terreno, sobre el cual se anotarán los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de la obra, estableciendo que las solicitudes que se consignan en cualquier asiento del Cuaderno se harán deberán comunicarse directamente a la Entidad por parte del contratista o su representante por medio de comunicación escrita.

Del asiento N° 7 de fecha 3 de agosto de 2006, efectuado por el Residente de Obra se resalta lo siguiente:

"(...) se solicita a la supervisión aprobar el trazo y el replanteo del pabellón secundaria para proceder con la excavación de zapatas a medida que se va excavando se satura, se llena de agua debido a la inestabilidad del terreno."

Del asiento N° 9 de fecha 7 de agosto de 2006, efectuado por el Residente de obra, se resalta lo siguiente:

"(...) Se hace la consulta a la supervisión para que este a la vez consulte con la entidad y el proyectista ya que no coincide con el plano de arquitectura y el análisis de encofrado en el presupuesto de estructuras en los acabados de columnas y vigas de los pabellones."

De lo señalado en los dos asientos citados, se aprecia que el Contratista efectuó las consultas del caso, requiriendo en el primer la aprobación del supervisor, ya que de acuerdo a las magnitudes bastaba con la afirmación de éste para proceder con la obra, criterio que establece la norma cuando aquella variación no altera las condiciones técnicas y/o la obra en sí.

Por otro lado, por asiento N° 17 de fecha 19 de agosto de 2006, el Supervisor cumple con derivar la consulta al proyectista a fin de no comprometer la cimentación del cerco perimétrico. Por asiento N° 18 de fecha 19 de agosto de 2006 el Residente de Obra solicita al Supervisor consultar al Proyectista a fin de que de una solución final para empezar a excavar al lado de primaria en vista del desnivel encontrado, lo mismo que fue reiterado por asiento N° 20 de fecha 21 de agosto de 2006.

Dichos pedidos fueron **absueltos por carta del Proyectista N° 020-FyA-2006 siendo entregada al Contratista con fecha 28 de agosto de 2006**, de acuerdo a lo señalado en el asiento N° 26, de lo cual el Supervisor concluye:

"(...) La adecuación del pabellón primaria generará adicionales y deductivos vinculantes:

Adicionales: El Proyectista opina que puede considerarse un emboquillado de piedra u otra alternativa que de mejores resultados en la estabilización del talud.

Deductivo: Debido a la nueva ubicación del Pabellón Primaria se retira por el oeste 3.20 mt. Y por el lado este 2.20 mt. Disminuyendo de esta manera el área del patio primaria".

En dicho contexto el Contratista expresa en el asiento N° 27 de fecha 28 de agosto de 2006, lo siguiente:

"La supervisión nos hace entrega del informe del proyectista donde menciona el emboquillado de piedra debido a que el terreno es inestable con este informe y con la aprobación de la supervisión se comienza con el replanteo y también se comienza con abrir las zanjas para las zapatas".

Ante lo dicho precedentemente es importante destacar lo dispuesto por el artículo 251° del Reglamento sobre las consultas ocurridas durante la obra, destacando: i) que, cuando las consultas por su naturaleza y cuando el inspector opine que no requiere opinión del Proyectista, será absuelta dentro del plazo de cinco días, ii) que, cuando la consulta a opinión del Supervisor requiere de la opinión del Proyectista será eleva a la Entidad en un plazo de dos días, correspondiendo a esta realizar las coordinaciones con el Proyectista para que la consulta sea absuelta en diez días posteriores. Es decir, en este último caso, se cuenta con doce días para absolver la consulta. Asimismo, en el mismo articulado se menciona que en el supuesto de no absolver las consultas dentro de los plazos previstos en los dos supuestos el Contratista se encuentra facultado para solicitar la ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora, la cual computará solo a partir de la fecha en la que la no ejecución de los trabajos materia de la consulta empiece a afectar el calendario de avance de obra.

Pues bien, no cabe mayor interpretación del articulado antes citado, pues es concreto al determinar que derivada de las consultas no atendidas oportunamente cabe una ampliación de plazo siempre y cuando la no ejecución de ese trabajo afecte el calendario de avance de obra.

Lo descrito anteriormente sirve para determinar la demora que pudo perjudicar el avance de obra en vista de las observaciones efectuadas por el Contratista, pues bien, en resumen se tiene: i) 7 de agosto de 2006- consulta al Supervisor; ii) 10 de agosto de 2006- el Supervisor comunica que eleva a Proyectista; iii) 19 de agosto de 2006- 2da consulta efectuada por el Contratista; iv) 21 de agosto de 2006- Contratista reitera pedidos; v) 28 de agosto de 2006- Se comunica la opinión del Proyectista, se consigna en el asiento del cuaderno de obra N° 26. Sin embargo, en dicha oportunidad no se contaba con las condiciones técnicas exactas para poder determinar el mayor o menor costo que se incurriría para la adicional.

Cabe indicar que el plazo computado en el párrafo anterior atiende al contenido del artículo 206° del Reglamento, el cual señala que durante la vigencia del contrato de computan como días naturales, salvo disposición en contrario.

Sobre la consulta efectuada por el Contratista el 19 de agosto, y que fuera atendida por el Proyectista oportunamente, se tiene que el Supervisor concluye en la necesidad de efectuar un adicional y un deductivo, ante las variaciones del proyecto, lo cual requiere entonces se realice una adicional de acuerdo a lo fijado en el artículo 42° de la Ley, cuya procedencia requiere de la necesidad imperiosa para obtener la finalidad del Contrato.

Es decir, contando con la posición del Proyectista y la recomendación del Supervisor, dicha solicitud de adicional contaba con el presupuesto para ser atendida y con el objeto que se obtenga la obra, culminada y sin vicios.

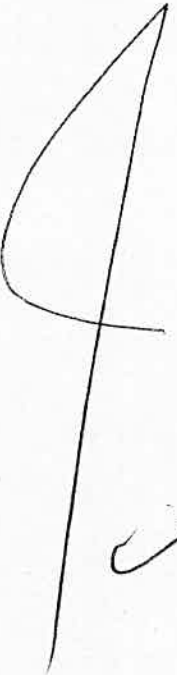
Conforme fue avanzando el tiempo y ante lo sucedido el Contratista por Carta N° 025-2006-CV-OF de fecha 21 de noviembre solicitó ante el Supervisor una ampliación de plazo por cuarenta y cinco (45) días calendario (para la etapa de modificación de replanteo y elaboración del proyecto adicional por quince días y la ejecución de muro de contención por 30 días), renunciando a los mayores gastos generales. Lo mismo que fue consignado en el asiento N° 107 con la misma fecha.

Con fecha 22 de noviembre de 2006 el Supervisor envió a la Entidad la Carta N° 025-2006-CV-SUP-LOMAS por la cual opina que la solicitud de ampliación ejercida por el Contratista es procedente en tanto se encuentra pendiente la aprobación del presupuesto exacto, ante las modificaciones del proyecto


que vinieron mostrándose a lo largo de la ejecución de la obra y que evidentemente afectaban el calendario de avance de obra, resumiendo que las demoras no son imputables al Contratista, sin embargo, ante los incumplimientos que venían generándose en otros sectores de la obra, no se podía determinar el plazo exacto afectado.

En contra la Entidad expresa, en la Resolución que contiene la resolución del Contrato, que la ampliación de plazo se basa en la construcción de un muro de contención que proteja la base de cimentación del cerco existente (pared medianera), empero no cumplió con los requisitos de Ley, esto es: i) nunca llegó a solicitar menos sustentar el referido adicional, ii) la referida construcción de un muro no impedía la realización de trabajos, es decir, no afectaba el calendario de obra.

Por otro lado, mediante asiento del cuaderno de obra N° 120 de fecha 2 de diciembre de 2006, el Supervisor comunica que la solicitud de ampliación de plazo efectuada mediante asiento 107 no fue admitida a trámite.




Sobre las ampliaciones de plazo en materia de obra encontramos sus causales en el artículo 258° del Reglamento, acogándose el Contratista a la primera, sobre aquellos atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles a este. Del siguiente articulado se aprecia que el procedimiento que debe aplicarse para toda solicitud de ampliación de plazo es: i) la ocurrencia que sustenta el retraso debe generarse durante la vigencia del Contrato; ii) la causal deberá alterar el calendario de avance de obra; iii) sobre los plazos el Residente anota en el cuaderno de obra una vez concluida la ocurrencia- en 15 días máximo el representante del Contratista deberá: solicitar + cuantificar + sustentar el pedido ante el Supervisor, dentro de los siete días siguiente este deberá comunicarlo a la Entidad con su respectiva opinión, contando esta última con un plazo de diez días para emitir pronunciamiento.



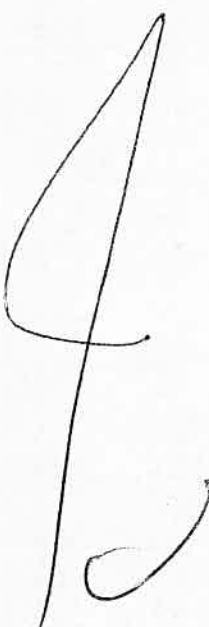
Sostiene además, que en caso de inobservancia por parte de la Entidad de pronunciamiento al respecto dentro del plazo se considera aprobada la ampliación solicitada. Teniendo en consideración lo dicho anteriormente, y que dentro de este contrato la Administración se encuentra sujeta a los actos que la norma señala de estricto cumplimiento, más aún cuando en materia de acto administrativo cabe postular que la regla son las formalidades del acto, en el sentido de que ellas están concebidas como garantía del ciudadano y como tales deben ser aplicadas e interpretadas. No se trata, pues de meras cuestiones de forma, **sino de formalidades que deben ser cumplidas en resguardo de la legalidad.**

Planteado el esquema se tiene claro que el Contratista ha cumplido cabalmente con generar un procedimiento Inter-contractual solicitando la ampliación de plazo, recayendo sobre la Entidad el deber de pronunciarse



sobre su procedencia o no, lo que conforme a los actuados se evidencia que no existió pronunciamiento en contra sino hasta la emisión de las Resoluciones de Gerencia donde expresan la disconformidad de dicha ampliación al no haberse aprobado ninguna adicional. Sirva tener en claro que si bien un adicional debe ser debidamente aprobada por la Entidad previamente a la realización de alguna modificación de la obra, debiendo contarse con el presupuesto respectivo para su nacimiento, cabe decir que una ampliación de plazo no se encuentra necesariamente sujeta a una adicional pues existe causas distintas para ser atendidas que no necesariamente se encuentran dentro del margen de un adicional de obra.


Ante lo expuesto, el Tribunal Arbitral ha verificado a lo largo de lo consignado en el cuaderno de obra que el Contratista venía actuando de manera irregular al no ejecutar la obra regido por el calendario de avance de obra al que se sujeto al suscribir el contrato, siendo ello una obligación que en caso de incumplimiento recae en causal de resolución del mismo.



Sin embargo, teniendo en consideración los hechos reales y expresados tanto por el Residente de Obra como por el Supervisor, fueron reales y palpables las modificaciones que tuvieron que efectuarse sobre el proyecto de obra que le fuera alcanzado al Contratista para la ejecución de la obra, lo que no permitieron completar ciertos sectores de la obra principal, por lo que el mismo Supervisor en su carta de fecha 22 de noviembre de 2006, expresa a la Entidad que efectivamente ha habido situaciones que retazaron la obra pero que no se aventura a determinar un plazo debido a las fallas en algunas partidas y la inejecución de otras. Por ello, se encontraba en competencia de la Entidad emitir su pronunciamiento sobre la ampliación solicitada, lo que en concreto no se efectuó, sino tan solo se comunicó al supervisor quien anoto el asiento 120 del Cuaderno de Obra, hecho que en el marco de un contrato bajo la norma de Contrataciones del Estado no es válido, **por lo que dicha ampliación es procedente habiendo cumplido con todos los requisitos para su aprobación automática.**

Por otro lado, respecto de la segunda parte del presente punto controvertido, sobre el reconocimiento de los mayores gastos generales es preciso indicar que ha sido el mismo contratista quien ha decidido, en pleno ejercicio de su voluntad, renunciar a estos, por lo que evidencia una contradicción absoluta entre lo manifestado anteriormente y lo pretendido dentro del proceso.

Siendo además que los mayores gastos generales que pudiesen haberse generado ante la aprobación de la ampliación solicitada requiere una acreditación, exigencia expresa de la norma (artículo 206° del Reglamento), situación que no se puede verificar en este extremo entendiendo porque el



Contratista no tenía el interés de recibir cuando planteo su ampliación de plazo aquellos mayores gastos que se pudiesen haber generado.

Por lo desarrollado el Tribunal Arbitral ampara en parte el primer punto controvertido considerando aprobada por silencio positivo la ampliación de plazo solicitada mediante comunicación N° 025-2006-CV-OF de fecha 21 de noviembre de 2006, por cuarenta y cinco (45) días naturales, sin el reconocimiento de los mayores gastos generales, declarándola **FUNDADA EN PARTE**.

XII.2. Segundo punto controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Carta Notarial N° 208-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 28 de febrero de 2007.

La Carta Notarial N° 208-2007-GRC-GGR de fecha 28 de febrero de 2007, comunica al Contratista la decisión de la Entidad de resolver el Contrato al haber acumulado el máximo de penalidad ante los incumplimientos que venían dándose en la obra atribuidos al Contratista, siendo notificada en la misma oportunidad al Consorcio.

Respecto a esta pretensión el Demandante no ha expresado mayores argumentos que sustente su posición, sin embargo, el Demandado señala que dicha resolución de contrato reposa sobre el principio de legalidad al haberse expedido vigilando los requisitos de la norma y bajo el procedimiento que así lo exige.

Haciendo un análisis del contenido de dicho documento se aprecia que efectivamente la Entidad procede a resolver el contrato al haber concluido el plazo de quince días que le fuera otorgado al Contratista a fin de que revierta la situación dada y concluya con la obra.

Por otro lado es de notar que existe la comunicación cursada por la Entidad- Carta Notarial N° 02.2007-GRC-GGR de fecha 31 de enero de 2007- mediante la cual se le comunica al Contratista que ha llegado a acumular el máximo de penalidad por mora en la ejecución de la obra a su cargo, al haber incumplido injustificadamente la prestación, inclusive haberse encontrado paralizada, otorgándole un plazo de quince días para revertir dicha situación y concluir con la obra.

Debe tenerse presente que el Contrato de obra contaba con un plazo de vigencia de ciento veinte (120) días para su ejecución, fijándose como fecha de culminación el 23 de noviembre de 2006; teniéndose en consideración que el Tribunal considera procedente la ampliación de plazo por cuarenta y cinco

(45) días, el plazo de vigencia del contrato se extendió hasta el 7 de enero de 2007. Sin embargo, la comunicación notarial cursada por la Entidad fue notificada al Contratista el 2 de febrero de 2007, es decir, casi un mes después del vencimiento del plazo de vigencia contractual, exhortando al contratista cumpla con culminar la obra para la que fue contratado.

De ello se entiende que la Entidad actuó bajo la discrecionalidad administrativa que sostiene, al querer continuar con el Contrato hasta la notificación de la Carta Notarial por la cual comunica al Contratista que existen las causales suficientes, previstas en el artículo 225° del Reglamento, para proceder a una resolución contractual.

Al requerimiento de la Entidad para que el Demandante cumpla con sus obligaciones, ingresó como respuesta la comunicación notarial - Carta N° 001-2007-CV de fecha 21 de febrero de 2007, notificada el mismo día, expresando que no aceptan la comunicación cursada por la Entidad el 2 de febrero del mismo año al no ajustarse a lo dispuesto por la cláusula 16.2 del Contrato, al haber sido suscrita por el Gerente General del Gobierno Regional del Callao y no por el Gerente Administrativo.

Trayendo a colación el numeral pertinente del Contrato, citamos:

"Cláusula décimo sexta: De la resolución del contrato

(...) 16.2. El **GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO** podrá resolver el contrato en forma parcial o total, de conformidad con el inciso c) del artículo 41° de la LEY en caso de incumplimiento por parte del Contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que manifieste esta decisión y motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por el Gerente de Administración del GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO. Asimismo, el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO podrá resolver el contrato en caso el Contratista reduzca injustificadamente el monto máximo de la penalidad por mora o paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (...)" (Subrayado es nuestro)

La observación que realiza el Contratista sobre la carta Notarial N° 208-2007-GRC-GGR carece de sustento pues la disposición contractual es bastante clara, exigiendo la aprobación de la Administración para proceder con la resolución de contrato, situación distinta a la desarrollada en la comunicación materia de debate en el presente punto controvertido, pues el espíritu de esta es que requerir al Demandante cumpla con realizar las labores para las que fue contratada en un plazo de quince días ya que se evidencian incumplimientos que podrían configurar una causal de resolución de contrato.

Máxime cuando se sabe en la práctica que los documentos formales deben ser suscritos por un cargo de mayor jerarquía, siendo el mismo Gerente General quien suscribe el Contrato materia de controversia, y quien ha demostrado su cargo mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 072-2007-GRC-PR, las facultades delegadas.

Por otro lado, proyectando el análisis al fondo del presente punto controvertido, de acuerdo al Reglamento de Contrataciones la resolución de contrato es el acto por el cual las partes pueden poner fin a la relación ante un hecho sobreviviente a la suscripción del mismo, siempre y cuando dichas causales se encuentren previstas en las Bases, en el contrato o en el Reglamento¹⁰.

El Reglamento en su artículo 225°, en concordancia con el artículo 41° de la Ley de Contrataciones, tipifica las causales por las cuales podría incurrir el Contratista que deriven en la resolución de Contrato, siendo aplicable al presente caso (de acuerdo a lo desarrollado en la carta materia de pronunciamiento) la acumulación máxima de penalidad por mora en la ejecución de la obra, esto quiere decir, que ante los incumplimientos imputables al Contratista, como el retraso en el calendario de avance de obra, la paralización injustificada, el desabastecimiento de materiales y/o el pago de los haberes mensuales de sus trabajadores, situaciones exigibles tanto por la norma como por el Contrato mismo, es que se habría configurado una causal prevista en el articulado antes citado.

Todo lo mencionado en el párrafo anterior se desprende de las incidencias plasmadas en diversos asientos del cuaderno de obra, expresiones que no fueron desvirtuadas por el Contratista, ni en la ejecución del Contrato ni en la etapa del proceso arbitral como se menciona anteriormente. Asimismo, dentro del expediente se cuenta con comunicaciones cursadas al Contratista a través de las cuales la Entidad requería justificación ante el atraso producido en la obra, ya que aun contando con un calendario de avance acelerado de obra, este se venía ejecutando por debajo del treinta por ciento (30%) del calendario programado.

La Entidad emitió la Carta N° 02-2007-GRC-GGR de fecha 31 de enero de 2007 bajo las facultades que tiene la Administración para requerir el cumplimiento

¹⁰ Artículo 224°.- Resolución de contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviviente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, en el contrato o en el Reglamento. (...)

de sus obligaciones al Contratista, es que otorgó el plazo de quince días, el cual se computa en días naturales.

Dicho requerimiento **se notificó al Demandante el 2 de febrero de 2007**, es decir, la Demandante **tenía hasta el 17 de febrero de 2007**, para pronunciarse sobre dichas observaciones o absolverlas por completo.

Sin embargo, de las instrumentales alcanzadas y debidamente admitidas por el Tribunal Arbitral, se tiene constancia que **recién el 21 de febrero de 2007 el Demandante ingresó la Carta Notarial N° 001-2007-CV**, por la cual, tal como hemos mencionado anteriormente, se observa que la aprobación de la carta precedente debió hacerla el Gerente de Administración y no por el Gerente General.

Ahora, respecto del procedimiento que debió ser observado por la Entidad para revestir de validez y eficacia su resolución de contrato se requería conforme lo dispone el artículo 226° del Reglamento, cursar carta notarial requiriendo para que en un plazo de quince (15) días para que la parte renuente satisfaga sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato, debiendo además indicar claramente la parte que se encontraría afectada en caso de persistir dicho incumplimiento.

La comunicación que decide resolver el contrato ante el incumplimiento no subsanado requiere ser por acto formal, es decir, mediante carta notarial que contenga la decisión y el motivo que la justifica, debiendo ser aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico que suscribió el contrato.

En el caso de obras el efecto que causa dicha decisión es la paralización inmediata de la obra, salvo no se pueda cumplir por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción que imposibiliten dicha medida. En la misma comunicación que resuelve el contrato se deberá fijar la fecha para llevar a cabo la constatación física del estado real de la obra.

De lo dicho se desprende que la Carta Notarial N° 208-2007-GRC-GGR de fecha 28 de febrero de 2007, se emitió bajo las condiciones suficientes para determinar su validez y eficacia, por tanto, la resolución de contrato efectuada por el Demandado se ampara en las disposiciones contenidas en el artículo 41° de la Ley, concordantes con los artículos 226° y 269° del Reglamento, al haber transcurrido el plazo de quince días persistiendo los incumplimientos, a pesar de haber sido exhortados para su cumplimiento.

Cabe indicar, que el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral sobre la presente pretensión del Demandante se ejercita en el marco de los dichos plasmados en las cartas cursadas entre las partes y que forman parte del expediente, sin contar con mayor fundamento por el interesado, por ello y

por todo lo desarrollado en el presente numeral el punto controvertido debe ser declarado **INFUNDADO**.

XII.3. Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General Regional N° 308-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 16 de mayo de 2007.

La Resolución de Gerencia General Regional N° 308-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 16 de mayo de 2007, es el acto administrativo por el cual la Entidad formaliza la resolución del contrato y procede a aprobar la liquidación del Contrato, así como aprobar el Deductivo N° 1.

Dicho acto se expidió en consecuencia a la válida resolución de contrato que efectuará la Entidad mediante Carta Notarial N° 208-2007-GRC-GGR. Sin embargo, de los argumentos de hecho y derecho expuesto por el Contratista en los escritos que versan en el expediente, el Tribunal Arbitral no aprecia la finalidad que pretende al declarar una posible nulidad de este acto.

En tanto, al no contar con los elementos de juicio suficientes para determinar alguna decisión fundada en derecho, este Tribunal Arbitral carece de instrumentos suficientes para poder amparar el pedido por lo que el presente punto controvertido debe ser declarado **INFUNDADO**.

XII.4. Cuarto punto controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General Regional N° 324-2007-Gobierno Regional del Callao-GGR de fecha 24 de mayo de 2007.

La Resolución de Gerencia General Regional N° 324-2007-GRC-GGR de fecha 24 de mayo de 2007, resuelve formalizar la resolución del Contrato N° 002-2006-GRC en vista de los hechos y los documentos cursados, expresando en la parte considerativa un simple resumen de lo sucedido.

Bajo el mismo esquema detallado en el numeral precedente, teniéndose por válida y eficaz la Resolución de contrato y no contando argumentos de hecho y derecho del Contratista, en los escritos que forman parte del expediente que generen mayores elementos de juicio para determinar alguna decisión fundada en derecho, este Tribunal Arbitral carece de instrumentos suficientes para poder amparar el pedido por lo que el presente punto controvertido debe ser declarado **INFUNDADO**.

XII.5. Quinto Punto Controvertido:

Declarar si procede o no ordenar que la Entidad reconozca y pague por trabajos ejecutados para cumplir con las metas del proyecto por una suma de S/. 31,852.00 (Treinta y un mil ochocientos cincuenta y dos con 00/100 nuevos soles), incluido el impuesto general a las ventas- IGV, más los intereses que se generen hasta la fecha efectiva de pago.

Respecto del presente punto controvertido, el Tribunal entiende sobre dichos trabajos realizados el Contratista que solicita el pago que tiene pendiente la Entidad ante el avance de la obra efectuado por este y no reconocido. Se fija como punto controvertido que dichos trabajos efectuados se realizaron en aras de dar cabal cumplimiento a la obra, es decir, cumplir con la finalidad para lo que el Contratista asumió el compromiso.

Las expresiones efectuadas por las partes a lo largo del proceso, han servido para verificar que existen situaciones divergentes sobre el real avance de la obra, conforme se encuentra plasmado en diversos asientos del cuaderno de obra, por lo que concretamente el único documento que plasma numéricamente, entiéndase porcentualmente, y en consecuencia, claramente el factor de avance real obtenido en la obra, es la Resolución de Gerencia General Regional N° 308-2007-Gobierno Regional del Callao/GGR de fecha 16 de mayo de 2007, a través de la cual la Entidad aprueba la resolución de contrato efectuada de pleno derecho y aprueba la liquidación del mismo.

Si bien, conforme dispone las Bases del Concurso, así como las condiciones plasmadas en el Contrato de Obra, es un derecho del Contratista le sea retribuido el trabajo realizado, es decir, le sea pagado conforme al avance de obra obtenido en observancia al calendario de obra, constando en el presente caso que existía un calendario de avance de obra acelerado ante los atrasos que vinieron efectuándose, sin embargo, de los argumentos que respaldan la posición del Contratista, así como de las pruebas alcanzadas por las partes, **no existe factores que contribuyan para que el Colegiado pueda determinar que exista un saldo a favor del Demandante** sobre trabajos realmente realizados, máxime si culminando la relación contractual se aprecia que hubo constantes incumplimientos de sus obligaciones, lo cual no ha sido desvirtuado por el Demandante ni en la etapa de ejecución de obra ni durante el proceso arbitral, sino mas bien, se aprecia de diversos asientos en el cuaderno de obra que el Residente de obra expresaba las condiciones sobre las cuales se venían realizando las labores y que requería constantemente a los ejecutivos de la empresa los materiales de la obra y

cumplir con el pago de los trabajadores, así como cumplir con la documentación necesaria para la procedencia de las valorizaciones".

No existiendo elementos suficientes para poder determinar que exista derecho de cobro por parte del Contratista, sino todo lo contrario, solo existe una liquidación efectuada por la Entidad, tampoco ha cumplido el Demandante con acreditar los gastos en lo que supuestamente ha incurrido por aquellos trabajos realizados que pretende le sean retribuidos.

Por lo que el Tribunal no puede amparar dicha solicitud, debiendo declararla **INFUNDADA**.

XII.6. Sexto Punto controvertido:

Declarar si corresponde ordenar a la Entidad el reconocimiento y pagos por los daños y perjuicios generados al Contratista.

El fundamento jurídico de la indemnización integral se ubica en el quebrantamiento de lo convenido dando lugar a una situación de injusticia que no debe existir en ningún contrato.

Como correctamente señala la tratadista argentino Gabriel A. Stiglitz:

"...el contrato, como fuente de obligaciones, genera la sujeción del deudor al deber de cumplir la prestación comprometida..." y es frente al

¹¹ De manera referencial se encuentra:

Asiento N° 22 de fecha 24 de agosto de 2006 del Supervisor: Dejamos constancia que a la fecha la obra se encuentra desabastecida de los siguientes materiales: cemento, acero, agregados, asimismo tenemos conocimiento de la deuda que tienen con los trabajadores y los proveedores todo esto perjudica la obra teniendo un atraso injustificado, por lo tanto se comunicará a la Entidad lo que viene sucediendo para que tome las medidas del caso.

Asiento N° 23 de fecha 24 de agosto de 2006 del Residente: Se ha solicitado a la empresa para que nos envíe los materiales que se necesita, también se ha coordinado el pago del personal con el comité se ha programado defina para el pago del personal.

Asiento N° 29 de fecha 31 de agosto de 2006 del Supervisor: (...) Ponemos conocimiento que la solicitud de adelanto de materiales N° 2 será devuelta o en caso contrario no será atendida hasta que no justifique el adelanto de materiales N° 1 otorgado el 31 de julio de 06 por un monto de S/. 378,361.21.

Asiento N° 30 de fecha 31 de agosto de 2006 del Residente: Se coordina con la empresa para que no envíen los materiales quienes se comprometen a enviarnos cemento, fierro y agregados (piedra chancada, arena gruesa, hormigón) y todo lo demás lo más pronto posible.

incumplimiento de ese deber que surge la responsabilidad civil como la obligación impuesta, como reacción del ordenamiento, a quien infringe un deber jurídico, dañado a otro".¹²

El mismo autor define a la responsabilidad contractual como ":

*"(...) la obligación de reparar los daños causados al acreedor, que el ordenamiento jurídico impone al deudor en virtud del incumplimiento, de las obligaciones contraídas"*¹³

La responsabilidad civil, en general, exige la existencia de determinados presupuestos materiales, cuya presencia conjunta conduce a la determinación de la obligación de indemnizar.

Según Trigo Represas:

*" (...) son cuatro los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil: hecho antijurídico, daño, relación de causalidad entre aquel y este último, y un factor atributivo de responsabilidad; en principio la acreditación de la concurrencia de esos cuatro presupuestos habrá de corresponderle a quien pretenda el resarcimiento de daños y perjuicios".*¹⁴

Todos los presupuestos materiales arriba citados son comunes a la esfera contractual, para lo cual podemos empezar por la infracción a un deber jurídico o ilicitud, que es precisamente el incumplimiento contractual. Además del incumplimiento, la responsabilidad requiere la confluencia del daño, la relación de causalidad y el factor de atribución de responsabilidad.

La Antijuricidad: en el lado contractual se acepta que la antijuricidad es siempre exclusivamente típica y no atípica, pues ella resulta del incumplimiento total de una obligación, del cumplimiento parcial, del cumplimiento defectuoso, o del cumplimiento tardío o moroso. Esto significa en consecuencia, que en la responsabilidad contractual las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar, son siempre conductas tipificadas legalmente.

La antijuricidad típica contractual se encuentra expresamente prevista en el artículo 1321º del Código Civil, en el ámbito contractual, al estar tipificada y

¹² STIGLITZ, Gabriel A. Responsabilidad Civil por Incumplimiento Contractual. En: Contratos. Teoría General (Director: Rubén Stiglitz), Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1994. Tomo 1. p.653.

¹³ Ob. Cit. Página 564.

¹⁴ TRIGO REPRESAS, FÉLIX. La prueba del daño emergente y del lucro cesante. En: Revista de Derecho de Daños. Vol. 4, La Prueba del daño - 1. Rubinza - Culzoni, Editores. Buenos Aires, 1999. P.39-40.

predeterminadas las conductas ilícitas o antijurídicas, resulta evidente que la obligación de indemnizar nacerá siempre que se cause un daño al acreedor como consecuencia de haber incumplido absoluta o parcialmente una obligación.

El daño causado: El segundo aspecto fundamental de la responsabilidad civil en términos genéricos es el daño causado, siendo este el aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil.

Ahora bien, respecto del daño existe unanimidad en la doctrina en que el mismo puede ser de dos categorías: *patrimonial* y *extrapatrimonial*. Respecto del daño patrimonial se sabe que es de dos clases: *el daño emergente*, es decir, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida, y *el lucro cesante*, entendido como la ganancia dejada de percibir.¹⁵

Respecto del tema, Seminario Stulpa indica que "(...) el daño comprende todo menoscabo o detrimento que sufre el sujeto en su esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial, el cual se traduce en la lesión a un derecho subjetivo o un interés simple no contrario al derecho."¹⁶

La relación de causalidad: En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

Factores de atribución: En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la *culpa*. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo.

La causa imputable subjetiva se asocia a la noción de culpa, la cual debe de ser apreciada en abstracto. Esta noción se construye sobre lo que se considera un comportamiento estándar, es decir, lo que se puede esperar del hombre medio o razonable. El factor de atribución puede ser: Dolo (artículo 1318° del Código Civil), es definido como la voluntad de inejecutar la obligación, no significa que haya la intención de causar daño, al margen de que se generen o no daños. Esta aceptación es distinta a la apreciación del dolo en materia de responsabilidad extracontractual.

¹⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley. Lima, 2003, 21 Edición. P. 32-35.

¹⁶ SEMINARIO STULPA, Eduardo. Ob. Cit. p759

Kia.

Culpa Grave (artículo 1319 o del Código Civil), el mismo que de acuerdo a la doctrina nacional colinda con el dolo, se le llama dolo próximo. Están incluidas aquí la imprudencia y la negligencia inexcusable. En este tipo de comportamientos se genera la duda sobre si hubo intención, o si se incurrió en una torpeza inexcusable; por esto sus efectos se identifican con el dolo. Culpa leve (artículo 1320° del Código Civil), es un comportamiento que transgrede la diligencia ordinaria esperada bajo determinadas circunstancias, considerando situaciones personales de lugar y tiempo.

Ahora bien, se presume que la inejecución de obligaciones proviene de la culpa leve, ya que el dolo y la culpa grave requieren de prueba. En materia contractual es importante la graduación de la culpa, ya que en caso de culpa leve solo se responderá por los daños previsibles; sin embargo si hay dolo o culpa grave se responderá por todos los daños que se prueben.¹⁷

En tal sentido, el daño patrimonial está compuesto por el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, mientras que el lucro cesante consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir sea la víctima de un delito o un acreedor de una obligación por el incumplimiento de lo acordado.

Aplicando lo señalado anteriormente al caso materia del presente proceso arbitral, tenemos que el daño patrimonial, para ser resarcible, debe cumplir con una serie de requisitos que vamos a nombrar y explicar brevemente, a saber: En primer término podemos decir que el daño a resarcir tiene que ser cierto, ya sea actual o futuro. Ciertamente es opuesto a eventual o hipotético. La existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización. Puede ser un daño futuro, es decir, no realizado aún al momento del hecho o aún al momento de la sentencia o laudo.

El daño tiene que ser *subsistente*. Es decir, que no debe haber desaparecido en el momento en que debe ser resarcido.

El daño debe ser propio de quien lo reclama es decir, *personal*, nadie puede pretender ser indemnizado por un daño sufrido por un tercero. El daño personal puede ser directo o indirecto. Directo es el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto atacó los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta damnificado.

¹⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley. Lima, 2003, 29 Edición. P. 35-37.

La responsabilidad puede enervarse probando una indemnidad o causal de exoneración, cuando no se demuestren los daños, cuando se demuestre una fractura causal (en materia contractual se consideran causas no imputables, aunque lo sean), o finalmente, si el deudor acredita que actuó con la diligencia debida.

Ka.

Por último, debe haber un *interés legítimo*.

Como se menciono anteriormente para que proceda la indemnización se debe dar el cumplimiento de cada uno de los elementos, para que el Juzgador, en éste caso el Tribunal, pueda declararla.

Conforme a lo expuesto anteriormente, el Demandante respalda la pretensión en el supuesto daño ocasionado ante las entidades financieras que al enterarse del proceso arbitral iniciado con la Entidad ha elevado el factor de riesgo de la empresa, exigiendo gravar nuevos inmuebles para la cobertura de garantías ya emitidas.

De lo dicho se debe mencionar que las Cartas Fianzas son el instrumento que la Entidad requiere a los Contratistas para garantizar el cumplimiento de la obligación para la que fue contratado, lo cual se encuentra amparado en el artículo 40° de la Ley concordante con los artículos 213° y siguientes del Reglamento. Respecto del requerimiento efectuado por entes financieros para resguardar su crédito, cabe decir, son situaciones ajenas a la voluntad de las partes intervinientes en el proceso, hechos externos que no guardan relación directa con los acontecimientos que son materia de discusión. No obstante, el Demandante aduce un daño ocasionado en consecuencia del inicio de un proceso arbitral, hecho que tampoco ha cumplido con acreditar conforme se puede apreciar en las pruebas que constan en el expediente, ante ellos, inicialmente el Colegiado no encuentra el primer elemento necesario para la configuración de un daño, es decir, la antijuricidad, teniendo en consideración además que el Contrato se encuentra resuelto por la Entidad ante los incumplimientos en que venían incurriendo el contratista.

Asimismo, en atención a lo expuesto tramemos a colación el artículo 1331° del Código Civil, el cual señala que la carga de la prueba en materia de indemnización por daños y perjuicios corresponde al que alega tal hecho.

En el presente caso, la calificación del comportamiento antijurídica y dolosa, corresponde al Contratista, demostrar el daño ocasionado, determinar el tipo y cuantificarlo, siendo este un requisito procesal para que el Colegiado se encuentre en posición de estimarlo. No obstante, existe un instrumento legal que otorga la facultad al Juzgador para determinar el valor del resarcimiento en caso no pudiera ser probado el monto preciso de la indemnización¹⁸.

Sin embargo, de las pruebas actuadas que conforman el expediente, el Contratista no acredita tampoco un monto aproximado por el daño causado, tampoco genera pautas para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ellas,

¹⁸ Artículo 1332.- Valoración del resarcimiento

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

ni expresa encontrarse ante la imposibilidad de obtener pruebas para ello, por lo que no le sería aplicable dicha disposición. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral no cuenta con suficientes elementos de juicio para considerar procedente una indemnización, por lo que el presente punto controvertido debe declararse **INFUNDADO**.

XII.7. Séptimo punto controvertido:

Declarar y ordenar a la Entidad asumir el pago de los costos y costas que deriven del presente proceso.

Con relación a la asunción de los costos y costas derivados del proceso incluyen, pero no limitan, a las retribuciones de los Árbitros, de los abogados de las partes, técnicos especialistas en la materia y del secretario.

De lo dispuesto en el numeral 48 del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral se encuentra obligado a emitir un pronunciamiento que fija de manera definitiva los honorarios de los Árbitros y Secretaría Arbitral, mediante la suma de los anticipos determinados a lo largo del proceso.

En tal sentido, a efectos de proceder a determinar la condena de costos del presente proceso, debe atenderse a las pretensiones y al pronunciamiento de los Árbitros, por lo que de lo expuesto, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar en defensa de sus posiciones. Por tanto, siguiendo el criterio de determinación conforme a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 73° de la Ley de Arbitraje, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071, corresponde disponer que ambas partes asuman directamente en porcentajes iguales, sus respectivos costos y costas.

Asimismo, con relación al honorario definitivo de los miembros del Tribunal y de la Secretaría Arbitral, corresponde señalar los actos que contienen los anticipos efectuados a lo largo del proceso, los mismos que se encuentran dispuestos en el numeral 45 del Acta de Instalación y la Resolución N° 11 de fecha 16 de mayo de 2012.

XIII. LAUDO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADO EN PARTE** el primer punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollados en el numeral XII.1. de la presente Resolución.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADO** el segundo punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollados en el numeral XII.2. de la presente Resolución.

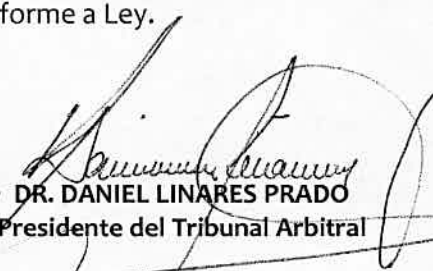
TERCERO: Declarar **INFUNDADO** el tercer punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollado en el numeral XII.3. de la presente Resolución.

CUARTO: Declarar **INFUNDADO** el cuarto punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollado en el numeral XII.4. de la presente Resolución.

QUINTO: Declarar **INFUNDADO** el quinto punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollado en el numeral XII.5. de la presente Resolución.

SEXTO: Declarar **INFUNDADO** el sexto punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollado en el numeral XII.6. de la presente Resolución.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADO** el séptimo punto controvertido, conforme a los argumentos desarrollado en el numeral XII.7. de la presente Resolución.
Notifíquese a las partes conforme a Ley.



DR. DANIEL LINARES PRADO
Presidente del Tribunal Arbitral



DR. JOSE LUIS CASTRO DIAZ
Árbitro



DR. MARIO SILVA LÓPEZ
Árbitro



MONICA M. LIZARZABURU KLEPATZKY
Secretaria Arbitral