

Proceso Arbitral:

*HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE*

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Tribunal Arbitral

Dr. MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ (Presidente)

Dr. MANUEL AUGUSTO MURO ROJO (Árbitro)

Dr. VÍCTOR MANUEL HUAYAMA CASTILLO (Árbitro)

DEMANDANTE: HORIZONS SOUTH AMERICA S.A.C. (EN ADELANTE EL CONTRATISTA O EL DEMANDANTE)

DEMANDADO: MINISTERIO DEL AMBIENTE (EN ADELANTE LA ENTIDAD O EL DEMANDADO)

CONTRATO: Contrato N° 012-2011-MINAN-OGA para el "Servicio de Provisión de Información Multiespectral de Alta Resolución y Cartografía Básica Actualizada de Diversos Ámbitos del Territorio Nacional".

Secretaria Arbitral

Dra. Carmen Santa Cruz Álvarez

*Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe*

RESOLUCIÓN Nº 53

En Lima, a los 24 días del mes de octubre del año dos mil catorce, el Tribunal Arbitral luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas para el presente arbitraje, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas durante el mismo, escuchado los argumentos de las partes y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de la demanda, dicta el siguiente **LAUDO** para poner fin a la controversia planteada por las partes:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

Con fecha 16 de febrero de 2011, **HORIZONS SOUTH AMERICA S.A.C.** y el **MINISTERIO DEL AMBIENTE** suscribieron el Contrato Nº 012-2011-MINAN-OGA para el "Servicio de Provisión de Información Multiespectral de Alta Resolución y Cartografía Básica Actualizada de Diversos Ámbitos del Territorio Nacional" (en adelante, EL CONTRATO).

Al surgir controversias entre las partes que suscribieron EL CONTRATO antes mencionado, EL CONTRATISTA hizo uso de la cláusula arbitral contenida en la Cláusula Vigésimo Primera de EL CONTRATO denominada CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE, la que establece lo siguiente:

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

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

Asimismo, EL CONTRATISTA remitió a LA ENTIDAD la solicitud de arbitraje y en ella designó como árbitro al Dr. Víctor Manuel Huayama Castillo. Por su parte, LA ENTIDAD, en su respectiva carta de respuesta, designó como árbitro al Dr. Manuel Augusto Muro Rojo. Posteriormente, los árbitros designados por las partes de común acuerdo nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Mario Manuel Silva López.

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

II. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Con fecha 27 de agosto de 2012, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se instaló el Tribunal Arbitral, conformado por el Dr. Mario Manuel Silva López como Presidente, el Dr. Víctor Manuel Huayama Castillo como Árbitro y el Dr. Manuel Augusto Muro Rojo como Árbitro, los representantes de las partes y la Directora de Arbitraje Administrativo del OSCE.

En esta diligencia se fijaron las reglas del presente proceso, estableciendo que este arbitraje es Ad hoc, Nacional y de Derecho; declarando los árbitros que han sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación del encargo de árbitros y señalando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

Así también, en esta audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a la Dra. Carmen Andrea Santa Cruz Álvarez, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Av. Arequipa N° 1295, Of. 601, Santa Beatriz, distrito de Lima, provincia y departamento de Lima.

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES

A) LA DEMANDA

Con fecha 19 de setiembre de 2012, HORIZONS SOUTH AMERICA S.A.C. presentó su demanda contra el MINISTERIO DEL AMBIENTE, formulando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUE SE ORDENE AL MINISTERIO DEL AMBIENTE DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO N° 012-2011-MINAM-OGA, EFECTUADA MEDIANTE RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 072-2012-MINAM-SG/OGA DE FECHA 30 DE MARZO DE 2012, BAJO UNA SUPUESTA Y NEGADA CAUSAL DE SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO QUE NO PUEDA SER REVERTIDA, DADO QUE LA MISMA CARECE DE TODO FUNDAMENTO TÉCNICO Y/O JURÍDICO.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUE, SIN PERJUICIO DE LO SEÑALADO ANTERIORMENTE, SE DEJE SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR EL

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

MINISTERIO DE AMBIENTE, POR CUANTO NO SE HA CUMPLIDO PARA ELLO CON LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 169° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, DADO QUE NO SE HA ACUMULADO EL MONTO MÁXIMO DE PENALIDAD POR MORA O POR OTRAS PENALIDADES NI SE HA CONFIGURADO UNA SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO QUE NO PUEDA SER REVERTIDA, LAS MISMAS QUE PUEDAN MOTIVAR UNA RESOLUCIÓN DE CONTRATO SIN EFECTUAR EL REQUERIMIENTO PREVIO PARA ELLO.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUE, COMO CONSECUENCIA DE LAS PRETENSIONES ANTERIORES, SE ORDENE AL MINISTERIO DE AMBIENTE QUE CUMPLA CON SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DEL CONTRATO N° 012-2011-MINAM-OGA, ASÍ COMO LAS DERIVADAS DE TODAS LAS ADENDAS SUSCRITAS EN RELACIÓN A DICHO CONTRATO, POR CUANTO CORRESPONDE A NUESTRO DERECHO Y NO SE NOS GENERE UN GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO A NUESTRA EMPRESA.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUE, EN CASO NO SE DEJE SIN EFECTO LA ARBITRARIA E INJUSTIFICADA RESOLUCIÓN DE CONTRATO EFECTUADA POR EL MINISTERIO DEL AMBIENTE, SOLICITAMOS SE NOS OTORQUE LA SUMA DE S/. 4'441,597.00 NUEVOS SOLES POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, CORRESPONDIENTE AL LUCRO CESANTE DEJADO DE PERCIBIR POR NUESTRA PARTE, EN ARAS DE EVITAR QUE NOS GENERE UN GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO A NUESTRA EMPRESA, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 170° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y LOS ARTÍCULOS 1155° Y 1432° DEL CÓDIGO CIVIL, ÉSTA ÚLTIMA NORMA DE APLICACIÓN SUPLETORIA AL PRESENTE CASO.

QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUE, SIN PERJUICIO DE LO SEÑALADO ANTERIORMENTE, Y DE QUEDAR RESUELTO EL PRESENTE CONTRATO, SOLICITAMOS SE NOS RECONOZCA LOS MAYORES GASTOS INCURRIDOS POR NUESTRA PARTE, DERIVADOS DE LA SUSCRIPCIÓN DE LAS ADENDAS 01 AL 10 (QUE ASCIENDEN A LA SUMA DE S/. 5'912,618.40 NUEVOS SOLES, SEGÚN SE PRECISA EN LA MISMA DEMANDA), LAS CUALES DEMANDARON REALIZAR UNA SERIE DE ACCIONES OPERATIVAS QUE IMPLICARON UN COSTO PARA NUESTRA EMPRESA, DADO QUE, DE NO SER ASÍ, SE NOS

— . —
Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe



ESTARÍA CAUSANDO UN GRAVE PERJUICIO ECONÓMICO, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 175° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

QUE SE EFECTÚE EXPRESA CONDENA DE COSTOS Y COSTAS PROCESALES A LA PARTE DE DEMANDADA.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO:

Con respecto a la primera pretensión principal:

- 
- EL DEMANDANTE señala que vino ejecutando de manera diligente el Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, habiendo alcanzado un avance mayor de 75% del contrato original, lo cual se vio retrasado en determinados momentos debido a las condiciones meteorológicas desfavorables que se han venido dando, conforme se corrobora de los Informes suscritos por la Dirección de la Oficina de Servicio al Cliente del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (SENHAMI), lo que motivó que se suscribieran diversas adendas entre LA ENTIDAD y EL DEMANDANTE, en aras de que se amplíe el plazo de ejecución contractual, dado que la causal que motivó las mismas se encontraba debidamente justificada y tipificada en el numeral 4 del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - Agrega EL DEMANDANTE que, justamente, la causal que motivó la suscripción de dichas adendas se debió a una fuerza mayor, consistente en la persistencia de condiciones meteorológicas desfavorables en el área donde se debía prestar el servicio materia del contrato, lo cual imposibilitaba que su empresa cumpliera con su labor y pudiera adquirir los datos aerotransportados con normalidad, los cuales solo pueden ser obtenidos en condiciones meteorológicas favorables o de cielo despejado.
 - Es por ello que LA ENTIDAD, consciente de dicha situación de fuerza mayor que imposibilitaba el cumplimiento del 100% de las obligaciones de EL DEMANDANTE, procedió a la suscripción de diez (10) adendas cuyo objeto era la ampliación del plazo de ejecución contractual, por cuanto era de su conocimiento certero que las condiciones meteorológicas que se venían dando en la zona de prestación del servicio no eran las más favorables para la toma de aerofotografías.
 - Sin embargo, mediante la Resolución N° 072-2012-MINAM-SG/OGA de fecha 30 de marzo de 2012, de manera arbitraria e injustificada, según
- 

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

sostiene EL DEMANDANTE, LA ENTIDAD procedió a resolver el contrato aduciendo para ello una serie de supuestos los cuales carecen todo fundamento técnico y/o jurídico y que son los siguientes:



Supuesto 1: El MINAM redefine sus prioridades de acción en Madre de Dios.

Supuesto 2: Las condiciones climáticas desfavorables se convierten en cotidianas y por tanto permanentes.

Supuesto 3: El Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA está condicionado a la derogatoria del D.U. N° 012-2010.

Supuesto 4: Cancelación del contrato por situación de incumplimiento.

Con respecto a la segunda pretensión principal:

- 
- EL DEMANDANTE afirma que LA ENTIDAD, bajo la supuesta y negada causal de incumplimiento que no puede ser revertido, procedió a resolver el contrato sin haberle efectuado el requerimiento previo de cumplimiento de sus obligaciones contractuales.
 - Refiere que el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula que no es necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. Y agrega que no habiéndose configurado ninguno de los supuestos que permita a LA ENTIDAD resolver el contrato sin haberle hecho el requerimiento previo de cumplimiento de las obligaciones contractuales, por consiguiente corresponde dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por LA ENTIDAD, por cuanto la misma no ha cumplido con las formalidades establecidas en la normativa de contratación pública; es decir, siguiendo el procedimiento de resolución de contrato establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - Afirma que tampoco se ha configurado causal alguna que amerite la resolución del contrato por parte de LA ENTIDAD.
 - Asimismo, dice EL DEMANDANTE, que en el mes de mayo de 2012 se inició la temporada con condiciones favorables para la toma de datos aerotransportados, el cual se extiende hasta el mes de agosto, periodo en el cual perfectamente pudo completar el 39% restante del proyecto, siendo el
- 

— · —
Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

2012 un año con condiciones normales, por lo que la situación era totalmente revertible, debido a que el tema climático es cíclico.

Con respecto a la tercera pretensión principal:

- EL DEMANDANTE señala que habiéndose demostrado de manera clara y contundente que la resolución del contrato efectuada por LA ENTIDAD, mediante la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA, carece de todo fundamento técnico y/o jurídico, corresponde a LA ENTIDAD seguir cumpliendo con sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA así como de las adendas suscritas en relación a este último, por cuanto de lo contrario se le estaría generando un grave perjuicio económico a dicha parte.

Con respecto a la cuarta pretensión principal:

- Sobre esta pretensión, EL DEMANDANTE sostiene que de las causales que alega LA ENTIDAD para proceder a resolver el contrato, ninguna es imputable a EL DEMANDANTE, ni mucho menos se encuentran debidamente justificadas o generarían la resolución de contrato.
- EL DEMANDANTE indica que no estando justificado o no siendo imputable a dicha parte la resolución del contrato efectuada por LA ENTIDAD, ello le estaría generando un grave perjuicio económico en el sentido de que le impediría poder recibir el 100% del monto previsto en el contrato, generándole con ello un grave perjuicio económico, debido a las diversas acciones, gestiones y operaciones realizadas por parte de EL DEMANDANTE para el debido cumplimiento del contrato.

Con respecto a la quinta pretensión principal:

- En este punto EL DEMANDANTE solicita que se le reconozcan los mayores gastos incurridos por dicha parte, ascendentes a la suma de S/. 5'912,618.40 nuevos soles, derivados de la suscripción de las Adendas 01 al 10, que motivaron la realización de una serie de trabajos computados desde el 4 de abril de 2011 hasta el 30 de marzo de 2012; es decir de 362 días calendario con un valor por día ascendente a la suma S/. 16,333.20 nuevos soles, dado que de no ser así EL DEMANDANTE indica que se le estaría causando un grave perjuicio económico.

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Con respecto a la sexta pretensión principal:

- EL DEMANDANTE solicita que se efectúe expresa condena de costos y costas procesales a la parte demandada por todo lo antes expuesto, debido a que se evidencia que LA ENTIDAD ha incurrido en una arbitraria e injustificada resolución de contrato, por cuanto la misma carece de todo fundamento técnico y/o jurídico, así como ha incumplido con las formalidades establecidas para resolver un contrato, conforme lo establecido en la propia normativa de contratación pública.

B) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 19 de octubre de 2012, y dentro del plazo otorgado en el numeral 24 de las reglas del proceso del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, LA ENTIDAD, contestó la demanda interpuesta, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en base a los siguientes supuestos:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO QUE CONTRADICEN LA DEMANDA


- Con relación a la primera pretensión principal de la demanda arbitral, en el que EL DEMANDANTE solicita se ordene al MINAM dejar sin efecto la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, efectuada mediante Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA, porque según afirma carece de todo fundamento técnico y/o jurídico, sostiene LA ENTIDAD que lo afirmado por EL DEMANDANTE es falso por lo siguiente:

Respecto al primer supuesto relativo a la redefinición de prioridades de acción por parte del Ministerio del Ambiente en Madre de Dios: no resulta de carácter obligatorio ejecutar dichos servicios de forma inmediata de conformidad con el presupuesto del sector.


Respecto al segundo supuesto de la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, referido a que las condiciones climáticas desfavorables se convierten en cotidianas y por tanto permanentes: se tiene que efectivamente las solicitudes de ampliaciones de plazo otorgadas fueron a razón de las condiciones climáticas desfavorables, que se configuraron como una situación de caso fortuito y fuerza mayor. De conformidad con los informes emitidos por el SENAEMI que fueron presentados por EL DEMANDANTE para sustentar la ampliación de los plazos contractuales, se verificó la imposibilidad del cumplimiento de la prestación a cargo del contratista al persistir formaciones nubosas y precipitaciones.

Respecto al tercer supuesto de la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, referido a que dicha resolución se encuentre condicionada a la derogatoria del Decreto de Urgencia N° 012-2010: el contrato no se deja sin efecto como causa de la derogatoria del Decreto de Urgencia N° 012-2010, sino que existe un caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de forma definitiva (al no poder controlar los cambios climatológicos) el efectivo cumplimiento del servicio, tal como lo señala dicha Resolución Directoral.

Respecto al cuarto supuesto de la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, referido a la cancelación del contrato por incumplimiento: se tiene que dicha afirmación es parcialmente cierta. Cabe precisar que NO se dejó sin efecto el Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA por un incumplimiento imputable a la empresa demandante, sino a razón de caso fortuito o fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la continuación del contrato, en el presente caso, debido a las condiciones desfavorables climatológicas. La acción de no realizar un requerimiento previo a la empresa demandante para la resolución del contrato se encuentra plasmada en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Por los fundamentos expuestos se tiene que la resolución del contrato no contraviene lo dispuesto en el artículo 10 numeral 1 de la Ley N° 27444, al contener fundamentos jurídicos y técnicos.

- 
- Con relación a la **segunda pretensión principal** de la demanda arbitral, referido a que se deje sin efecto la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA por cuanto, según la parte demandante, no se ha cumplido con las formalidades establecidas en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, LA ENTIDAD manifiesta que la situación de incumplimiento en el presente caso no puede ser revertida, por lo que comunicó a la parte demandante mediante Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA la decisión de resolver el contrato, en estricto cumplimiento del procedimiento establecido en el citado artículo 169°.


LA ENTIDAD precisa que no resulta amparable la pretensión de dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por la misma, debido a que sí se ha configurado una situación de incumplimiento que no puede ser revertida; además, se ha cumplido cabalmente con las formalidades establecidas en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para resolver el referido contrato.

- 
- Con relación a la **tercera pretensión principal** de la demanda arbitral, LA ENTIDAD manifiesta que la Dirección General de Ordenamiento Territorial, en su calidad de área usuaria, emite una opinión técnica recomendando la resolución del contrato, teniendo en cuenta no solo el tiempo transcurrido sin


cumplimiento de la presentación del servicio encomendado, sino también teniendo en cuenta las prioridades del sector, entre las que se consideró la política contra la minería ilegal.

LA ENTIDAD señala que de ninguna manera puede aceptar la posición simplista de la parte demandante, que equipara el hecho de contar con facilidades con la obligación de LA ENTIDAD de aprobar sus pedidos de ampliación de plazos contractuales indefinidamente. Eso significaría un sometimiento a las condiciones unilaterales de los contratistas, obligando a LA ENTIDAD a asumir costos y responsabilidades que no les corresponde.

Agrega LA ENTIDAD que, de acuerdo con el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto; por lo que señala que no es correcta la posición de EL DEMANDANTE en el sentido de que LA ENTIDAD deba cumplir con las obligaciones derivadas del contrato.

- 
- Con relación a la **cuarta pretensión principal** de la demanda, referida al pago de S/. 4'441,597.00 nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, correspondiente al lucro cesante, LA ENTIDAD argumenta que el Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA se dejó sin efecto por una situación de caso fortuito o fuerza mayor, que impide la ejecución del contrato, al haber subsistido permanentemente en el tiempo condiciones desfavorables climatológicas, por lo que no resulta de responsabilidad de la empresa demandante o de LA ENTIDAD la no ejecución del servicio, por lo que no cabe el pago de indemnización por daños y perjuicios.

LA ENTIDAD indica que no podrá ser responsable por el pago de una indemnización ascendente a S/. 4'441,597.00, monto que corresponde al saldo pendiente de pago por la ejecución del servicio; servicio que no cumplió de forma efectiva la empresa demandante.

- 
- Con relación a la **quinta pretensión principal** de la demanda arbitral, en la cual la parte demandante solicita que se le reconozca el monto por los mayores gastos incurridos por las adendas suscritas, LA ENTIDAD sostiene que dichos gastos no son de responsabilidad de la institución, al haber señalado al inicio del otorgamiento de la buena pro la determinación de los gastos que se irroguen. Asimismo, cabe acotar que las solicitudes de mayor plazo presentados por la empresa demandante en cada oportunidad no contienen solicitud de reconocimiento de pago por gastos efectuados en exceso.

En suma, LA ENTIDAD precisa que las adendas suscritas establecen expresamente que la ampliación contractual no obliga al pago adicional, a razón de que las mismas fueron otorgadas a fin de obtener mayor plazo para el servicio predeterminado y no se establecieron trabajos adicionales, por ende no cabe el otorgamiento de pago adicional.

- Con relación a la **sexta y última pretensión principal** de la demanda, LA ENTIDAD manifiesta que no cabe el pago de condena de pago de costos y costas procesales por parte de la misma, al no haber sido ésta la que inició la presente contienda, en tanto tal como se describe en la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA se dejó sin efecto el Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA por razones debidamente fundamentadas en forma técnica y jurídica.

C) AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

Con escritos del 2 de agosto y 25 de setiembre de 2013 EL DEMANDANTE solicitó la ampliación de su demanda arbitral, a efectos de que la cuarta pretensión de dicha demanda quede consignada de la siguiente manera:

*"Que, en caso no se deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, solicitamos se nos otorgue la suma de S/. 4'441,597.00 nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, correspondiente al **daño emergente** y lucro cesante dejado de percibir por nuestra parte, en aras de evitar que se nos genere un grave perjuicio económico a nuestra empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1155° y 1432° del Código Civil, esta última norma de aplicación supletoria al presente caso".*

Luego de correrse el traslado respectivo, mediante la Resolución N° 31, del 15 de octubre del 2013, el Tribunal Arbitral consideró atendible acceder al pedido del contratista de variar la demanda, en el sentido antes señalado; siendo que mediante la Resolución N° 33, dictada el 11 de noviembre del 2013, se admitió a trámite la ampliación de la demanda en los términos expuestos por el contratista y se corrió traslado a LA ENTIDAD para que dentro del plazo de quince días cumpla con contestarla.

LA ENTIDAD, mediante su escrito del 9 de diciembre del 2013, contestó el traslado de la solicitud de ampliación de la demanda formulada por el contratista, siendo que mediante la Resolución N° 36, dictada el 11 de diciembre de 2013, se tuvo por contestada la ampliación de la demanda en los términos expresados por LA ENTIDAD. Posteriormente, mediante la Resolución N° 38, del 2 de enero de 2014, se

— · —
Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

adecuó el cuarto punto controvertido fijado en la audiencia llevada a cabo el 5 de noviembre del 2012, el cual quedó establecido en la siguiente forma:

"Cuarto punto controvertido: *En caso que no se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, determinar si corresponde o no otorgar al demandante la suma de S/. 4'441,597.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios por el daño emergente y el lucro cesante alegado por el demandante".*

Los argumentos expuestos por las partes con ocasión de la ampliación de la demanda efectuada por el contratista, son los siguientes:

FUNDAMENTOS DEL DEMANDANTE RESPECTO DE LA PRECISIÓN DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL (ESCRITOS DEL 2/08/2013 Y 25/09/2013)

- EL DEMANDANTE indica que, si bien en la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral exigía que se le reconozca una indemnización por daños y perjuicios referido al lucro cesante, no obstante ello, durante el desarrollo del presente arbitraje EL DEMANDANTE procedió a ampliar su demanda arbitral requiriendo también que se le reconozca el daño emergente, el mismo que ha sido debidamente sustentado y acreditado mediante escrito de fecha 12 de junio de 2013, el cual fue puesto en conocimiento del MINAM mediante Resolución N° 21 de fecha 27 de junio de 2013.
- En tal sentido, el contratista refiere que dicha cuarta pretensión se encuentra referida *"tanto al lucro cesante como al daño emergente, producto de la indemnización por daños y perjuicios que nuestra empresa se encuentra solicitando en dicha pretensión, lo cual a su vez se desprende de manera clara y evidente de cada uno de nuestros escritos y argumentos presentados (...)".* Señala, además, que *"cabe precisar que justamente los mayores daños y perjuicios de los cuales ha sido objeto nuestra empresa, debido a la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, provienen del daño emergente que se nos ha ocasionado producto de las prestaciones o gastos ya efectuados por nuestra parte en aras de la debida ejecución del presente contrato, los cuales corresponden ser reconocidos por la Entidad".*



CONTESTACIÓN A LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

- Con fecha 9 de diciembre de 2013, y dentro del plazo otorgado en la Resolución N° 33, LA ENTIDAD contestó la ampliación de la demanda, solicitando que la misma sea declarada infundada o improcedente, en base a los argumentos que se resumen a continuación.

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

- LA ENTIDAD señala que la cuarta pretensión principal consignada en la demanda originalmente presentada por el contratista, consideró únicamente una indemnización por lucro cesante; siendo esto así, el contratista, sobre la base de lo establecido en el numeral 3 del artículo 39° de la Ley de Arbitraje, únicamente podría ampliar la esfera del daño que acusa se le reconozca como indemnización por lucro cesante, así como el quantum de su valorización, más no podría pretender que se incluya una nueva indemnización por daño emergente, toda vez que eso sería incorporar o acumular una nueva pretensión, que desde su perspectiva no encuentra amparo en el texto legal antes referido.
- Por lo antes expuesto, concluye que la ampliación de la demanda no puede constituir una incorporación o acumulación de pretensiones, como pretende el contratista en la controversia que nos ocupa, sino, en todo caso, únicamente ampliar el alcance de la pretensión original.

Respecto a la validez y plena eficacia jurídica de la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA contenida en la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA de fecha 30 de marzo de 2012, sin responsabilidad indemnizatoria para el MINAM:

- 
- 
- LA ENTIDAD manifiesta que la persistencia de condiciones climatológicas desfavorables además de justificar las nueve (9) ampliaciones de plazo materia del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA, bajo la causal de **“fuerza mayor o caso fortuito”**, evidenció una **situación de incumplimiento no imputable a las partes que no pudo ser revertida por el contratista**, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que **impidió el cumplimiento normal y oportuno** de sus prestaciones, lo que justificó la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA, quedando liberado el MINAM y el contratista de cualquier responsabilidad indemnizatoria derivada de dicha resolución, conforme a lo establecido en el primer párrafo del artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar que: **“Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”**.
 - De esta manera, agrega LA ENTIDAD, el artículo 44° de la Ley prevé la posibilidad de resolver el contrato cuando, debido a una causa de **“caso fortuito o fuerza mayor”**, resulte imposible continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, de manera definitiva. El referido artículo también precisa que **la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor” exime de responsabilidad a las partes, si bien específicamente,**

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones, también a la parte que decide resolver el contrato por configurarse un hecho que imposibilite contar oportunamente con el objeto materia de la contratación.

- Asimismo, alega LA ENTIDAD, que es la parte que solicita la resolución del contrato por esta causa la que debe probar la ocurrencia del **"caso fortuito o fuerza mayor"**. Para tal efecto, debe tenerse en consideración el artículo 1315° del Código Civil, de aplicación supletoria a los contratos que se ejecutan bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, según el artículo 142° del Reglamento sobre la materia.
- Ratificando lo anteriormente señalado, en el ámbito de las normas sobre contrataciones del Estado el "caso fortuito y la fuerza mayor", como hechos que pueden afectar el normal desenvolvimiento de las prestaciones en la ejecución contractual, pueden constituir causa suficiente para solicitar la resolución del contrato, en caso que su producción impida continuar con la ejecución de la prestación debida, como ha sucedido en la resolución contractual que nos ocupa.
- Por tanto, si una vez celebrado un contrato LA ENTIDAD contratante determina que ha desaparecido la necesidad de las prestaciones objeto de éste, podrá resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor, siempre que pueda sustentar que la desaparición de su necesidad obedece a un hecho o evento *"extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso"*.
- En ese sentido, prosigue LA ENTIDAD, se puede afirmar que la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA formulada por el MINAM sí tiene fundamento técnico y jurídico, toda vez que la persistencia de condiciones climatológicas desfavorables, además de justificar las nueve (9) ampliaciones de plazo materia del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA bajo la causal de "caso fortuito o fuerza mayor", **evidenció una situación de incumplimiento no imputable a las partes que no pudo ser revertida por el contratista**, que por su producción le impidió el **cumplimiento normal y oportuno** de sus prestaciones.
- Por lo antes expuesto, se puede concluir según LA ENTIDAD, que la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA contenida en la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA de fecha 30 de marzo de 2012, tiene plena validez y eficacia jurídica, quedando liberado el MINAM y el contratista de cualquier responsabilidad indemnizatoria derivada de

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

dicha resolución, de conformidad con lo establecido en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Respecto a la pretensión indemnizatoria de EL DEMANDANTE por concepto de daño emergente, en el extremo de que se le reconozcan los siguientes pagos y/o gastos: a) hectáreas ejecutadas y no pagadas por el MINAM; b) gastos de movilización y desmovilización para el inicio y culminación del proyecto (contrato); c) trabajos realizados en el terreno; y d) cálculos de gabinete; contenidos en el escrito de fecha 12 de junio de 2013, el cual fue puesto en conocimiento del MINAM mediante Resolución N° 21 de fecha 27 de junio de 2013:

- LA ENTIDAD señala que la pretensión indemnizatoria del contratista por concepto de daño emergente, en el extremo de que se le reconozcan los pagos antes detallados, no es susceptible de ser reconocida, toda vez que el hecho (nexo) causal que alega el contratista para justificar su pretensión indemnizatoria, como es la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA formulada por el MINAM, tiene plena validez y eficacia jurídica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44° de la Ley de Contrataciones del Estado, al señalar que: "Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, **sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato**".
- Agrega que, por otra parte, se debe considerar que la indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia (contractual o extracontractual), tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización de un acto ilícito.
- En ese sentido, no puede haber lugar a resarcimiento reclamado por el contratista, por no existir nexo causal entre el daño que alega y la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA, por cuanto dicha resolución no se debió a hechos imputables al MINAM, sino a circunstancias ajenas a su voluntad, como fueron las condiciones climatológicas desfavorables que impidieron al contratista el cumplimiento normal y oportuno de sus obligaciones contractuales, condiciones climatológicas que fueron calificadas por el mismo contratista como causal de "fuerza mayor y caso fortuito" cuando presentó sus respectivas solicitudes de ampliación de plazo, lo que evidenció una situación de incumplimiento no imputable a las partes **que no pudo ser revertida** por el contratista durante el plazo de vigencia contractual, determinando un cumplimiento parcial y tardío de la prestación que afectó al MINAM.

- No obstante lo antes señalado, persiste LA ENTIDAD, resulta necesario advertir que el reconocimiento de los pagos o gastos por los conceptos antes descritos no representan, conforme al entendimiento uniforme de la doctrina respecto a la definición de daño emergente, una pérdida de utilidad que el contratista supuestamente ya tenía incorporada en su esfera patrimonial antes de que el MINAM decida resolver el Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, sino más bien gastos supuestamente incurridos por el contratista para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que de ninguna manera podrían configurar una pretensión indemnizatoria por daño emergente.
- En cuanto a la responsabilidad, la Entidad refiere que no se ha desarrollado ni se ha acreditado la concurrencia de los elementos que constituyen la responsabilidad civil. La empresa demandante no ha acreditado que el Ministerio del Ambiente le haya ocasionado un desmedro patrimonial; además, en el presente proceso no concurren los elementos constitutivos para la configuración de la responsabilidad civil.

Respecto a las afirmaciones de la empresa demandante referidas a que "(...) debido a que claramente en la cláusula tercera de cada una de las Adendas suscritas con el Ministerio del Ambiente, ambas partes acordamos renunciar a dichos gastos ADICIONALES referidos al artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme se puede apreciar de dicha cláusula a continuación: Cláusula tercera (...) La modificación del contrato no irrogará gastos adicionales a EL MINAM" (subrayado nuestro); y a que "(...) debemos dejar claro que nuestra quinta pretensión principal se encuentra referida a que el MINAM proceda a reconocernos los gastos incurridos por nuestra empresa durante la ejecución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, los cuales son irrenunciables, y que se sustentan en el artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y no a reconocernos los gastos adicionales establecidos en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, los cuales hemos procedido a renunciar y que por ello es materia de controversia en el presente arbitraje":

- LA ENTIDAD afirma que, conforme a lo manifestado por la propia empresa demandante, las Adendas 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09 y 10 al Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, fueron acordadas voluntariamente con el MINAM, lo que prueba que no hubo condicionamiento de ambas partes que pueda invalidar los acuerdos consignados en las mismas, toda vez que, de acuerdo con lo afirmado por la propia empresa "ambas partes acordamos renunciar a dichos gastos ADICIONALES referidos al artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado", por lo que la empresa demandante no puede alegar que su voluntad estuvo viciada.

- En consecuencia, prosigue LA ENTIDAD, el derecho al reconocimiento de mayores gastos es un derecho económico perfectamente renunciable en la medida en que los únicos derechos que no son materia de renuncia son los derechos fundamentales, los derechos de naturaleza laboral y alimentaria, por dar algunos ejemplos.
- Finalmente, LA ENTIDAD manifiesta que la referencia a lo señalado por el Órgano de Control Interno del Gobierno Regional de Tumbes, en el Oficio N° 499-2011/GOBIERNO REGIONAL TUMBES - OCI, respecto a que el reconocimiento de mayores gastos generales tendrían carácter irrenunciable, no tiene carácter vinculante para los operadores de la normativa de contrataciones del Estado, toda vez que solamente las resoluciones y pronunciamientos del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado - OSCE, en las materias de su competencia, tienen validez y constituyen precedente administrativo, siendo de obligatorio cumplimiento, de conformidad con lo establecido expresamente en la tercera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (cláusula vigente hasta antes de que sea modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 17 de agosto de 2012, de aplicación por temporabilidad del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA y a sus respectivas Adendas).
- Concluye LA ENTIDAD que, en el supuesto negado que le correspondiere a la empresa demandante el reconocimiento de mayores gastos generales, derivados de la aprobación de las ampliaciones de plazo contenidas en las Adendas 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09 y 10 al Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, se debe considerar que solo corresponderá reconocer y pagar los gastos generales DEBIDAMENTE ACREDITADOS, de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 175° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y en los numerales 27, 28 y 29 del Anexo de Definiciones del referido Reglamento.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

El 5 de noviembre de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y de Determinación de Puntos Controvertidos. En dicha diligencia las partes señalaron que por el momento no es posible arribar a ningún acuerdo conciliatorio; no obstante se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del arbitraje, continuándose con la audiencia. Los puntos controvertidos fueron luego adecuados mediante Resolución N° 38 del 2 de enero del 2014, encontrándose debidamente descritos en el numeral 12.2 del acápite XII de este laudo.

— . —
Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

V. MEDIOS PROBATORIOS ADMITIDOS

Durante el presente arbitraje ambas partes han ofrecido medios probatorios y, a su vez, han presentado las pruebas de oficio ordenadas en la Resolución N° 17. Dichos medios probatorios han sido admitidos y fueron presentados con:

- El escrito sumillado: "Presentación de demanda arbitral" con los documentos y el CD que acompaña presentado por Horizons South America S.A.C. con fecha 19 de setiembre de 2012.
- El escrito sumillado: "Contesto demanda" presentado por el MINAM el 19 de octubre de 2012.
- El escrito sumillado: "Téngase presente" presentado por Horizons South America S.A.C. el 20 de diciembre de 2012, con el CD y la documentación que acompaña.
- El escrito sumillado: "Cumpló mandato" con los documentos que acompaña presentado por el MINAM el 21 de mayo de 2013.
- El escrito sumillado: "Cumpló mandato", con los documentos que acompaña presentado por el MINAM el 19 de junio de 2013.
- El escrito sumillado: "Téngase presente" con los documentos que acompaña presentado por Horizons South America S.A.C. el 4 de julio de 2013.
- El escrito sumillado: "Hace presente. Cumple mandato" con los documentos que acompaña presentado por el MINAM el 24 de julio de 2013.
- El escrito sumillado: "Téngase presente" presentado por Horizons South America S.A.C. el 16 de agosto de 2013.
- El escrito sumillado: "Subsanación ampliación de demanda", con los documentos y el CD que acompaña, presentado por Horizons South America S.A.C. el 30 de octubre de 2013.
- El escrito sumillado: "Presentación de pericia", con el documento que acompaña presentado por Horizons South America S.A.C. el 25 de noviembre de 2013.
- El escrito sumillado: "Cumpló mandato y téngase presente", con el Dictamen Pericial N° 001-2014 que acompaña, presentado por el MINAM el 13 de febrero de 2014.

- El escrito sumillado: "Presentación de absolución de observaciones y observamos pericia de parte", con el documento que acompaña, presentado por Horizons South America S.A.C. el 14 de marzo de 2014.
- El escrito sumillado: "Medios de prueba extemporáneos", con los documentos que acompaña, presentado por el MINAM el 23 de abril de 2014.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Con fecha 12 de mayo de 2014 se realizó la Audiencia de Pruebas con la asistencia de ambas partes y de los peritos designados por EL DEMANDANTE y LA ENTIDAD, a fin de que los peritos de parte realicen la exposición de los dictámenes periciales presentados por cada una de las partes el 25 de noviembre de 2013 y el 13 de febrero de 2014, y absolvieran las preguntas que las partes y el Tribunal Arbitral tuvieran a bien formular.

VII. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Con la Resolución N° 49, el Tribunal Arbitral dio por concluida la etapa de actuación de medios probatorios y, de conformidad con el numeral 37 de las reglas del proceso del Acta de Instalación, otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y citó a las mismas para la Audiencia de Informes Orales para el día 12 de junio de 2014, a horas 3 p.m.

Mediante los escritos de fecha 10 de junio de 2014, ambas partes presentaron sus alegatos.

VIII. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 12 de junio de 2014 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes.

IX. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con el numeral 38 de las reglas del proceso del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral y mediante la Resolución N° 51, se fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar.

Mediante la Resolución N° 52, el Tribunal Arbitral resolvió ampliar el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, estableciendo que dicha ampliación comenzaría a computarse una vez que venciera el plazo anterior.

X. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

La controversia cuya solución las partes han encargado al Colegiado Arbitral han surgido con motivo de la ejecución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, celebrado entre LA ENTIDAD y EL DEMANDANTE el 8 de julio de 2011, y que a su vez se deriva del Concurso Público N° 009-2010-MINAM/OGA en virtud del cual el 1 de febrero del 2011 se le otorgó la buena pro al contratista.

En consecuencia, las normas que regulan EL CONTRATO y que serán aplicadas por el Colegiado en la solución de la controversia, son las contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante La Ley) y en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante El Reglamento), vigente a partir del 1 de febrero del 2009, vigencia prevista en el Decreto de Urgencia N° 014-2009.

El Colegiado también aplicará, de modo supletorio, las normas de Derecho Público, así como las normas contenidas en el Código Civil en cuanto resulten pertinentes.

XI. CUESTIONES PRELIMINARES

✓
a
f
1
Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación y de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y la Ley de Arbitraje aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1071.
- ii) EL CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa.
- iii) LA ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y su ampliación, habiendo ejercido plenamente su derecho de defensa.
- iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

— . —
Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

- v) Con excepción de la Resolución N° 14 que requirió a LA ENTIDAD a pagar el reajuste de honorarios arbitrales, todas las resoluciones previas a la emisión de este laudo han sido consentidas por las partes, pues no han interpuesto en contra de ellas el recurso de reconsideración previsto en el Acta de Instalación.
- vi) Este laudo se emite dentro del plazo establecido.

XII. PUNTOS CONTROVERTIDOS A SER ANALIZADOS Y PRETENSIONES A SER RESUELTAS

- 12.1. Conforme se ha expuesto en los acápites precedentes, luego de que el 19 de septiembre de 2012 EL CONTRATISTA presentara su demanda y de que LA ENTIDAD el 19 de octubre de 2012 presentara su contestación, el Colegiado en la audiencia llevada a cabo el 5 de noviembre del 2012 fijó los puntos controvertidos del proceso.

Asimismo, como consecuencia de la ampliación de la cuarta pretensión de la demanda efectuada por EL CONTRATISTA en sus escritos del 2 de agosto y 25 de septiembre de 2013, y en virtud de la contestación a la ampliación de la demanda presentada por LA ENTIDAD el 9 de diciembre del 2013, mediante la Resolución N° 38 del 2 de enero del 2014 el Tribunal adecuó el cuarto punto controvertido fijado en la audiencia llevada a cabo el 5 de noviembre del 2012.

- 12.2. En consecuencia, los puntos controvertidos que serán analizados por el Colegiado son los siguientes:

- i) **Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no, ordenar que el Ministerio del Ambiente deje sin efecto la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA efectuada mediante Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA de fecha 30 de marzo de 2012, bajo la causal de incumplimiento que no pueda ser revertida.
- ii) **Segundo punto controvertido:** Determinar si corresponde o no, dejar sin efecto la resolución del contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, por cuanto no se ha cumplido con las formalidades establecidas en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- iii) **Tercer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no, que como consecuencia de las pretensiones N° 1 y N° 2, se ordene al Ministerio del Ambiente que cumpla con sus obligaciones contractuales

derivadas del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, así como las derivadas de todas las adendas suscritas en relación a dicho contrato.

- iv) **Cuarto punto controvertido:** En caso que no se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, determinar si corresponde o no otorgar a EL DEMANDANTE la suma de S/. 4'441,597.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios por el daño emergente y el lucro cesante alegado por EL DEMANDANTE (punto controvertido adecuado por la Resolución N° 38 dictada el 2 de enero de 2014).
- v) **Quinto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no, que en caso se declare resuelto el contrato, el Tribunal Arbitral reconozca los mayores gastos incurridos, derivados de la suscripción de las adendas 01 al 10, que ascienden a la suma de S/. 5'912,618.40 nuevos soles.
- vi) **Sexto punto controvertido:** Determinar si corresponde o no, que el Tribunal ordene que la cancelación de las costas y costos del proceso arbitral estén a cargo del demandado.

XIII. ¿CORRESPONDE DEJAR SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EFECTUADA POR LA ENTIDAD? (PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA)

✓ 13.1. Mediante la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA del 30 de marzo del 2012 LA ENTIDAD resolvió EL CONTRATO celebrado el 16 de febrero del 2011. Es respecto de dicha decisión que EL CONTRATISTA en las tres primeras pretensiones de su demanda ha solicitado lo siguiente:

- A / ✓
- i) Primera pretensión principal: "Que se ordene al Ministerio del Ambiente dejar sin efecto la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-SG/OGA, efectuada mediante la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA de fecha 30 de marzo del 2012, bajo una supuesta y negada causal de situación de incumplimiento que no pueda ser revertida, dado que la misma carece de todo fundamento técnico y/o jurídico".
 - ii) Segunda pretensión principal: "Que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, por cuanto no se ha cumplido para ello con las formalidades establecidas en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, dado que no se ha acumulado el

monto máximo de la penalidad por mora o por otras penalidades ni se ha configurado una situación de incumplimiento que no pueda ser revertida, las mismas que puedan motivar una resolución de contrato sin efectuar el requerimiento previo para ello”.

- iii) Tercera pretensión principal: “Que, como consecuencia de las pretensiones anteriores, se ordene al Ministerio del Ambiente cumpla con sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, así como las derivadas de todas las Adendas suscritas en relación a dicho contrato, por cuanto corresponde a nuestro derecho y no se nos genere un grave perjuicio económico a nuestra empresa”.

13.2. De las pretensiones antes citadas se observa la relación directa que existe entre ellas, pues las dos primeras tienen como propósito que se deje sin efecto la decisión de LA ENTIDAD de resolver EL CONTRATO, mientras que la tercera pretensión busca que, al haberse dejado sin efecto la resolución de EL CONTRATO, se ordene que LA ENTIDAD cumpla con las obligaciones provenientes del mismo, cuya vigencia y exigibilidad habría sido restituida por el Colegiado. Por ende, atendiendo a la especial relación que existe entre ellas, el Colegiado decide analizar conjuntamente las tres primeras pretensiones de la demanda.

13.3. **Los argumentos de EL CONTRATISTA.**- Los argumentos invocados por EL CONTRATISTA han sido citados en el acápite III de este laudo, los cuales pueden resumirse en los siguientes:

- i) El 16 de febrero de 2011 se suscribió EL CONTRATO cuyo objeto fue prestar el “Servicio de Provisión de Información Multiespectral de Alta Resolución y Cartografía Básica Actualizada de Diversos Ámbitos del Territorio Nacional”, por un monto inicial contratado de S/. 8'166,600.00; siendo que –dada la necesidad estratégica de información– EL CONTRATO fue ampliado en un 25%, por la suma de S/. 2'041,650.00, por lo que el monto total contratado ascendió a S/. 10'208,250.00.
- ii) El plazo de ejecución fue pactado en 45 días desde el día siguiente de la suscripción de EL CONTRATO, esto es, desde el 17 de febrero de 2011 hasta el 3 de abril de 2011.
- iii) Empero, refiere EL CONTRATISTA que ante la presencia de condiciones meteorológicas desfavorables que impedían la ejecución de las operaciones aéreas, se suscribieron con LA ENTIDAD hasta diez adendas, en virtud de las cuales se amplió el plazo de ejecución hasta en 407 días calendario, señalando que no obstante lo desfavorable de

- vii) Señala que LA ENTIDAD ha alegado también como sustento para resolver EL CONTRATO la derogatoria del D.U. N° 012-2010, sin embargo refiere que dicha norma no forma parte de la base legal del concurso público que generó EL CONTRATO *"por lo tanto su derogatoria no es vinculante y no puede ser tomado como causal de resolución del Contrato"*.
- viii) Refiere también que LA ENTIDAD ha utilizado como causal de resolución el artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que señala que procede la resolución sin requerimiento previo *"cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida"*, lo cual no se ajusta al caso, pues no existe ningún documento *"que señale que durante la ejecución del proyecto se ha dado una situación de incumplimiento de contrato por parte nuestra"*, manifestando además que ha realizado el mayor esfuerzo posible para el cumplimiento del contrato lo cual ha implicado la movilización de aeronaves, personal, pilotos, mecánicos, equipos de geodesia, etc., sin haber considerado durante todo ese período costos de stand by.
- ix) En tal sentido, EL CONTRATISTA señala que *"no se ha configurado causal alguna que amerite la resolución del presente contrato por parte de la Entidad, ni mucho menos hemos incurrido en causal alguna que genere la resolución inmediata del contrato sin realizarse el requerimiento previo para ello"*.

13.4. **Los argumentos de LA ENTIDAD.-** Los argumentos invocados por LA ENTIDAD han sido citados en el acápite III de este laudo, los cuales pueden resumirse en los siguientes:

- i) EL CONTRATO estableció que el servicio sería ejecutado en 45 días calendario, contados a partir del 17 de febrero hasta el 3 de abril de 2011, plazo en el que EL CONTRATISTA debía entregar el 100% de las prestaciones a su cargo.
- ii) Antes del vencimiento del plazo estipulado, EL CONTRATISTA solicitó la ampliación del plazo *"informando de la existencia de fenómenos climatológicos que imposibilitaban el cumplimiento de la prestación derivada del contrato; es decir, la realización de las operaciones aéreas para recabar datos aerotransportados y satelitales"*.
- iii) Refiere que LA ENTIDAD aprobó un total de diez Adendas a EL CONTRATO *"motivadas por la imposibilidad del contratista de cumplir"*

con la prestación por factores climatológicos que impedían realizar operaciones aéreas, habiéndose extendido el plazo contractual hasta por 407 días (...). Menciona también que en la cláusula cuarta de las adendas suscritas se estableció expresamente que las ampliaciones de plazo no irrogarán gastos adicionales a LA ENTIDAD.

- iv) Refiere que EL CONTRATO fue resuelto de conformidad con la cláusula decimoctava "que establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, de conformidad con los artículos 40° inciso c) y 44° de la Ley, y los artículos 167° y 168° de su Reglamento. De darse el caso, el MINAM procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado". Refiere por ello que es falso que EL CONTRATO "se haya resuelto en forma arbitraria e injustificada, toda vez que el artículo 44° de la Ley de Contrataciones establece que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato". Señala que "las políticas de la institución que justificaban la necesidad y utilidad del servicio requerido al contratista han variado, sin poder rendir los frutos de su utilidad para la adopción de políticas públicas entre las que destacamos la lucha contra la minería ilegal, toda vez que se trata de información parcial y discontinua, que hace inaceptable la recepción del producto que los demandantes pretenden obligarnos a adquirir".
- v) Menciona también que es falso lo alegado por EL CONTRATISTA respecto al supuesto incumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 169° del Reglamento "considerando que la situación de incumplimiento no puede ser revertida por ninguna razón toda vez que las condiciones que han impedido la continuación y cumplimiento del contrato no dependen de la voluntad de las partes".

- 13.5. Del análisis de las pruebas presentadas por las partes, se tiene que mediante la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM/SG-OGA, dictada el 30 de marzo de 2012, LA ENTIDAD resolvió EL CONTRATO. Dicha decisión se emitió a propósito de la solicitud de ampliación de plazo N° 11 presentada por EL CONTRATISTA mediante carta N° HSA-GP-102/12 del 20 de marzo de 2012. **Los fundamentos fácticos** invocados por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO se encuentran expuestos en forma sucinta en el considerando 22 de la indicada Resolución Directoral que citamos a continuación:

"Que, debido a la reiterada persistencia de las condiciones meteorológicas desfavorables en la zona de servicio, debidamente acreditada con los informes elaborados por la Oficina de Servicio al

Cliente del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología (SENAMHI), en consideración a la opinión técnica de la Dirección General de Ordenamiento Territorial, corresponde efectuar la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA (...) y tomando en consideración que el objeto del Contrato N° 012-2011-MINAM/OGA, en referencia al tiempo transcurrido en la prestación del servicio (cuatrocientos siete (407) días calendario), la superficie levantada a la fecha en relación a la superficie total proyectada para el servicio (60.07% equivalente a 5'46,771 [sic] Has), así como las prioridades del MINAM y su grado de intervención respecto a la minería ilegal en el marco de sus competencias ha sido redefinidas en cuanto a las prioridades de acción".

Se observa de este modo que LA ENTIDAD resolvió EL CONTRATO invocando dos fundamentos fácticos, el primero relacionado con las condiciones climatológicas, y el segundo relacionado con la redefinición por parte de LA ENTIDAD de las prioridades de acción y su grado de intervención respecto de la minería ilegal.

En lo referente a la redefinición de las prioridades de LA ENTIDAD, en el considerando 23 de la citada Resolución Directoral se expresa que "con fecha 16 de noviembre de 2011, las partes suscribieron la Adenda N° 006-2011-MINAM/OGA, por la cual se aprobó las prestaciones adicionales por el monto de S/2'041,650.00 (...) incluido IGV equivalente al 25% del monto del contrato original, con un plazo de ejecución de 45 días calendarios, es decir hasta el 31 de diciembre de 2011, cuyo ámbito para la toma de imágenes estaba incorporada la zona delimitada en Madre de Dios por el Decreto de Urgencia N° 012-2010-MINAM (...), sin embargo mediante la expedición del Decreto Legislativo N° 1100 -Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal de toda la República y establece medidas complementarias- dispone entre otros aspectos la derogatoria del Decreto de Urgencia N° 012-2010; aspecto que evidentemente afecta del mismo modo el desarrollo del SERVICIO DE PROVISIÓN DE INFORMACIÓN MULTIESPECTRAL DE ALTA RESOLUCIÓN Y CARTOGRAFÍA BÁSICA ACTUALIZADA DE DIVERSOS ÁMBITOS DEL TERRITORIO NACIONAL detallado en el presente informe (sic)".


Las normas jurídicas que LA ENTIDAD invocó para resolver EL CONTRATO fueron el artículo 44° de La Ley y el artículo 167° de El Reglamento, en el extremo que disponen que cualquiera de las partes puede resolver el contrato en caso fortuito o fuerza mayor "que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato", así como el artículo 169° de El Reglamento en el extremo que establece que para resolver un contrato no será necesario el

requerimiento previo "cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida".

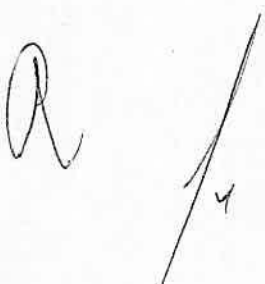
Precisamente, EL CONTRATISTA para fundamentar su primera, segunda y tercera pretensiones de la demanda ha cuestionado las consideraciones antes citadas que LA ENTIDAD ha invocado para resolver EL CONTRATO. Por ende, a continuación se analizarán los argumentos invocados por EL CONTRATISTA así como los respectivos argumentos expuestos por LA ENTIDAD.

- 13.6. El Tribunal tiene en cuenta que entre las partes no existe discrepancia respecto del hecho que las condiciones meteorológicas constituyen un caso fortuito y, en consecuencia, no imputable a ninguna de las partes.

Efectivamente, es porque las partes han considerado que tales condiciones climatológicas constituyen un caso fortuito que afectó la normal ejecución de las prestaciones, que ambas partes suscribieron hasta nueve adendas, con el único objeto de ampliar el plazo de ejecución de la obra. Y ello se acredita con las copias de las adendas N° 001-2011, 002-2011, 003-2011, 004-2011, 005-2011, 007-2011, 008-2011, 009-2011 y 010-2011-MINAM/OGA, que obran en el expediente. Siendo de remarcar, a modo de ejemplo, lo expresado en la cláusula primera de la Adenda 010-2011-MINAM/OGA suscrita el 21 de febrero del 2012:



"1.11. EL CONTRATISTA mediante carta HSA-GP-045/11 del 07 de febrero del 2012, ampliada a través de la Carta HSA-GP-060/11 del 17 de febrero del 2012 solicita ampliación de plazo contractual por el término de 45 días calendario adicionales, toda vez que las mismas condiciones meteorológicas desfavorables que motivaron la ampliación del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, a través de la Adenda N° 009-2012-MIMAN/OGA, precisando que dicha situación motivó al CONTRATISTA a suspender las Actividades de Toma de Datos.



1.12. Mediante informe N° 053-2012-MINAM-OGA/LOGISTICA, de 21 de febrero del 2012, el Especialista Encargado del Sistema de Logística, en atención a la opinión favorable de la Dirección General de Ordenamiento Territorial, recomendando la aprobación de la solicitud de ampliación de plazo presentada por EL CONTRATISTA.

1.13. La procedencia de la ampliación de plazo contractual solicitada se sustenta en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y el numeral 4 del artículo 175° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo

N° 184-2008-EF, que dispone que procede la ampliación de plazo bajo determinados supuestos, **debiéndose entender para el caso en concreto, el referido a caso fortuito o fuerza mayor**".¹

- 13.7. En tal sentido, la discrepancia se centra en si tales condiciones climatológicas son o no permanentes, y si en tal virtud imposibilitaban o no la ejecución del servicio contratado. De este modo, la cuestión estriba en determinar si tal caso fortuito "ha imposibilitado de manera definitiva la continuación del contrato"², tal como lo sostiene LA ENTIDAD.

Al respecto, el Colegiado tiene en cuenta el Informe de Condiciones de Nubosidad para la Zona del VRAE y Madre de Dios, emitido en mayo de 2012 por el SENAMHI y presentado como prueba de la demanda. En dicho informe se establece lo siguiente:

"El clima en la selva peruana, se caracteriza por presentar dos períodos antagónicos (período húmedo y seco), estas son coincidentes en las estaciones de verano e invierno respectivamente.

En general, encontramos dos estaciones astronómicas muy marcadas: la estación seca que va de mayo - agosto cuando la ocurrencia de precipitaciones son en forma escasa y de ligera intensidad, asimismo es usual que se presente descensos bruscos de temperatura (friaje) y formaciones nubosas de poco desarrollo vertical. La estación lluviosa comprende de setiembre - abril, en la cual presenta precipitaciones muy frecuentes hasta la fuerte intensidad acompañada de descargas eléctricas.

La región sur de la selva peruana (Madre de Dios), presenta una marcada influencia de presencia nubosa en gran parte del día. Es típico que la presencia de nubosidad baja (neblinas y banco de nieblas) domine las primeras horas de la mañana y el paso a la presencia de nubosidad baja y media que domina gran parte del día".

Dicho informe remarca una característica propia de las condiciones meteorológicas como es su periodicidad y estacionalidad, no siendo en consecuencia una característica permanente, definitiva e irreversible en el tiempo, tal como LA ENTIDAD lo ha postulado. El propio informe del SENAMHI remarca tal situación de estacionalidad al señalar que en las áreas en las que el servicio se prestaba existen dos estaciones muy marcadas: *la estación seca*

¹ Cláusula primera de la Adenda N° 010-2012-MINAN/OGA presentada como parte de las pruebas de la demanda. El resaltado es agregado.

² Cfr. página 9 del escrito de contestación de demanda presentado por LA ENTIDAD el 19/10/2012.

Proceso Arbitral:

HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE

que va de mayo - agosto cuando la ocurrencia de precipitaciones son en forma escasa y de ligera intensidad (...). La estación lluviosa comprende de setiembre - abril, en la cual presenta precipitaciones muy frecuentes hasta la fuerte intensidad acompañada de descargas eléctricas. En tal sentido, la presencia de las condiciones meteorológicas consistentes en nubosidad y niebla permanente durante la estación seca deben considerarse como situaciones climáticas extraordinarias y como tal no permanentes en el tiempo.

El Colegiado considera que tal característica ha sido compartida por las partes, quienes consideraron que se trataban de fenómenos pasajeros, siendo que en tal virtud han ampliado el plazo de ejecución de los 45 días previsto en EL CONTRATO hasta 407 días calendario en mérito de las nueve adendas que han suscrito para tal efecto.

El Colegiado, en tal sentido, tiene presente la actuación de las partes durante la ejecución de EL CONTRATO, siendo el caso que dicha conducta demuestra que tanto LA ENTIDAD como EL CONTRATISTA consideraron siempre que tales condiciones climatológicas no eran permanentes, sino pasajeras, y fue en virtud de ello que no solo decidieron ampliar el plazo de ejecución, sino que además ampliaron en un 25% el servicio, extendiendo el área geográfica en la que el servicio sería prestado.

Efectivamente, el Colegiado tiene en cuenta que el 17 de noviembre de 2011 las partes suscribieron la Adenda N° 006-2011-MINAM/OGA, en virtud de la cual se amplió el servicio por S/. 2'041,650.00, equivalente al 25% del monto de EL CONTRATO original para permitir que el servicio de provisión de información multispectral de alta resolución y cartografía básica incluyera también un área de 1'817,799 hectáreas "a efectos de obtener una cobertura de 100% tanto del área de exclusión minera como del área de actividad minera en Madre de Dios"³.

Dicha adenda fue celebrada el 17 de diciembre de 2011, cuando LA ENTIDAD ya había concedido a EL CONTRATISTA cinco ampliaciones de plazo por un total de 196 días calendario, siendo el caso que las cinco ampliaciones de plazo se sustentan en la misma causal, esto es, las condiciones climatológicas antes citadas. El Colegiado considera que si en dicho contexto LA ENTIDAD amplió el servicio en un 25% del monto de EL CONTRATO original, fue porque consideraba que las condiciones climatológicas eran pasajeras, pues si hubiera considerado que dichas condiciones eran permanentes y definitivas, no habría forma de explicar cómo aprobó la ejecución de un adicional que no podría ser ejecutado.

³ Cfr. numeral 1.7 de la cláusula primera de la Adenda N° 006-2011-MINAM/OGA presentada como prueba de la demanda.

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 - Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 - 998040296 - 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Proceso Arbitral:

HORIZONS SOUTH AMERICA SAC

MINISTERIO DEL AMBIENTE

En buena cuenta, la determinación del carácter permanente y definitivo de las condiciones climatológicas es un aspecto cuya carga probatoria correspondía a LA ENTIDAD, pues es ella la que ha invocado tal situación para resolver EL CONTRATO. No se han presentado pruebas que demuestren tal situación de permanencia e irreversibilidad de las condiciones climatológicas, siendo el caso más bien que, de las pruebas comentadas en este numeral, ha quedado acreditado que tales condiciones meteorológicas eran temporales y pasajeras.

- 13.8. Habiéndose determinado sobre la base de las pruebas valoradas que las condiciones meteorológicas han sido temporales, corresponde determinar si las mismas imposibilitaron la ejecución del servicio, tal y conforme lo ha expresado LA ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda.

Al respecto, se encuentra acreditado que durante el período en el que EL CONTRATO estuvo vigente EL CONTRATISTA ejecutó una parte importante de sus prestaciones, lo cual es resaltado en el considerando 21 de la propia Resolución Directoral con la que LA ENTIDAD resolvió EL CONTRATO:

"Que, como consecuencia de la ejecución del servicio, el avance obtenido por EL CONTRATISTA, indica durante el plazo de ejecución del servicio la siguiente evolución en la prestación:

1) Paquitzapango

Superficie proyectada para el servicio 876,283 has

Avance logrado por el servicio 40%

2) Inambari

Superficie proyectada para el servicio 362,000 has

Avance logrado por el servicio 25%

3) Ampliación (Según Adenda N° 06)

Superficie proyectada para el servicio 1'817,799 has

Avance logrado por el servicio 6%

4) Madre de Dios

Superficie proyectada para el servicio 6'038,000 has

Avance logrado por el servicio 80%

En función a las entregas efectuadas por parte de EL CONTRATISTA se ha producido un avance de 60.07% equivalente a 5'46,771 hás (sic), lo que dentro del plazo de ampliación decretado no ha conllevado a la culminación total del servicio".

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima


Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810


Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Por ende, si no obstante las condiciones meteorológicas, EL CONTRATISTA logró un grado de ejecución del servicio en un 60.07%, porcentaje que incluye el adicional aprobado por LA ENTIDAD, ello demuestra que tal evento de fuerza mayor no imposibilitó la ejecución del servicio, sino que retrasó su ejecución; de lo contrario EL CONTRATISTA no habría obtenido el grado de avance que es reconocido en la propia Resolución Directoral con la que LA ENTIDAD resolvió EL CONTRATO. Precisamente, es el retraso provocado por dicho evento lo que determinó que LA ENTIDAD accediera en nueve oportunidades a ampliar el plazo de ejecución del servicio.

Efectivamente, el Tribunal ha analizado los informes en mérito de los cuales LA ENTIDAD decidió conceder las ampliaciones de plazo solicitadas por EL CONTRATISTA, siendo el caso que en dichos informes se establece que tales condiciones meteorológicas retrasaron la ejecución del servicio, mas no lo imposibilitaron. Muestra de ello es, por ejemplo, el Informe Técnico N° 129-2011-DGOT-DVMDERN/MINAM del 24 de noviembre de 2011 y que dio lugar a la Adenda N° 008-2011, en el que se concluye lo siguiente:

3. Conclusión

- 
- Dadas las condiciones analizadas y a la luz de los documentos oficiales recibidos por el SENAMHI, **entidad que ha reportado las condiciones climatológicas adversas en el 80% de los días reportados**, que han sido revisados y analizados; se concluye que es procedente la ampliación del plazo contractual por 31 días calendario; debido a las razones técnicas sustentadas por la Empresa Contratista y que están tipificadas en el Artículo 175 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1071).
 - **Se verifica la existencia de 09 días con condiciones adecuadas para el desarrollo de operaciones de vuelo y toma de datos**, por lo que se considera que la empresa debió obtener una cobertura mayor del ámbito de servicio"⁴.



Una situación similar se estableció también en el Informe Técnico N° 151-2011-DGOT-DVMDERN/MINAM del 24 de noviembre del 2011 y que dio lugar a la Adenda N° 009-2011, en el que se indica que:

*"La revisión y constatación de los informes de nefoanálisis que es la interpretación de la cobertura de nubes según las imágenes satelitales NOAA y GOES; así como el METAR diario; **que es el estándar***

⁴ Este informe forma parte de los documentos presentados por LA ENTIDAD con su escrito del 21/05/2013. El resaltado es nuestro.

internacional de presentación de información meteorológica en el periodo de 30 días analizado, solo 04 presentaron mejores condiciones de visibilidad y nubosidad en general; no obstante la nubosidad según el METAR es variable presentando nubes escasas a fragmentadas o dispersas”.⁵

En consecuencia, las pruebas citadas precedentemente demuestran que las condiciones meteorológicas no imposibilitaron el cumplimiento del servicio, sino que únicamente lo retrasaron, siendo que por ello LA ENTIDAD concedió las ampliaciones de plazo solicitadas por EL CONTRATISTA.

- 13.9. El otro argumento invocado por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO y que ha sido cuestionado por EL CONTRATISTA, tiene que ver con la redefinición que LA ENTIDAD ha efectuado de sus prioridades y su grado de intervención respecto de la minería ilegal en el marco de sus competencias. LA ENTIDAD ha sostenido que el 16 de noviembre de 2011 las partes suscribieron la Adenda N° 006-2011-MINAM/OGA acordando prestaciones adicionales equivalentes al 25% del monto del contrato original *“cuyo ámbito para la toma de imágenes estaba incorporada en la zona delimitada de Madre de Dios por el Decreto de Urgencia N° 012-2010-MINAM”* norma que fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1100 *“aspecto que evidentemente afecta del mismo modo el desarrollo del SERVICIO”*.

Un primer aspecto a tener en cuenta es que el argumento de LA ENTIDAD está referido a la prestación adicional acordada con EL CONTRATISTA y que fue objeto de la Adenda N° 006-2011-MINAM/OGA. Es respecto de esta prestación adicional que LA ENTIDAD señala que su ámbito estaba delimitado en la zona de Madre de Dios por el Decreto de Urgencia N° 012-2010, el cual fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1100 publicado el 18 de febrero del 2012. Pero si ello es así, se tiene que la redefinición de las prioridades de LA ENTIDAD estaría referida únicamente a las prestaciones adicionales, mas no a las prestaciones provenientes de EL CONTRATO principal, sobre las cuales LA ENTIDAD no ha indicado que hayan sido también objeto de redefinición.

De otro lado, el Colegiado tiene en cuenta que si bien el Decreto de Urgencia N° 012-2010 fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1100, LA ENTIDAD no ha presentado prueba ni argumento significativo que explique cómo así dicho dispositivo causó que LA ENTIDAD redefiniera sus prioridades al punto de tener que resolver EL CONTRATO.

De la lectura de ambos dispositivos, se observa que la política asumida por el Estado con la publicación del Decreto Legislativo N° 1100, respecto de la

⁵ Ídem. El resaltado es nuestro.

minería aurífera en Madre de Dios, no significó en modo alguno un apartamiento de la política establecida en el Decreto de Urgencia N° 012-2010, ni mucho menos una renuncia del Estado a ordenar y regular la minería aurífera en Madre de Dios. Todo lo contrario, dicho Decreto Legislativo establece un mayor ámbito territorial en el que se llevaría a cabo el ordenamiento y formalización de la minería informal, incluyendo la aurífera, en todo el territorio nacional (y ya no solo en Madre de Dios como lo preveía el D.U. N° 012-2010) y estableciendo acciones de interdicción en contra de la minería ilegal en todo el territorio nacional. En buena cuenta, el Decreto Legislativo N° 1100 establece medidas más eficaces y severas para ordenar la minería, para garantizar la salud de la población, la seguridad de las personas, la conservación del patrimonio natural, la recaudación tributaria, autorizando acciones de interdicción relacionadas con la minería ilegal, permitiendo la intervención inclusive de las Fuerzas Armadas. Es por ello que si LA ENTIDAD postula que el Decreto de Urgencia N° 012-2010 determinó que celebrara la Adenda N° 006-2011-MINAM/OGA pactando una prestación adicional del 25% del monto de EL CONTRATO original, la publicación del Decreto Legislativo N° 1100 debió determinar un mayor interés para que dichas prestaciones fueran ejecutadas, pues como se ha visto, dicho Decreto Legislativo reforzó el compromiso del Estado para regular la actividad minera y para sancionar la minería ilegal, tanto en la Región Madre de Dios como en todo el territorio nacional.

Por ello, el Colegiado considera que no está acreditado que la publicación del Decreto Legislativo N° 1100 haya motivado que LA ENTIDAD redefiniera sus prioridades de acción en Madre de Dios, ni mucho menos que la publicación de dicho Decreto Legislativo justifique la decisión de LA ENTIDAD de resolver EL CONTRATO.

- 13.10. Conforme lo hemos visto en el numeral 13.4 de este laudo, LA ENTIDAD postula que ha resuelto EL CONTRATO de conformidad con el artículo 44° de La Ley y el artículo 167° de El Reglamento en el extremo que disponen que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor "que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato", así como el artículo 169° de El Reglamento en el extremo que establece que para resolver un contrato no será necesario el requerimiento previo "cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. Son estos los fundamentos jurídicos que LA ENTIDAD ha invocado para resolver EL CONTRATO y son ellos los que han sido cuestionados por EL CONTRATISTA en su demanda arbitral.

Proceso Arbitral:

*HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE*

Al respecto, el artículo 44⁶ de La Ley y el artículo 167⁷ de El Reglamento permiten que cualquiera de las partes puede resolver el contrato en caso fortuito o fuerza mayor siempre y cuando tal evento *"imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato"*. Por ende, será válido resolver un contrato cuando un caso fortuito o fuerza mayor impida que las prestaciones se ejecuten de forma definitiva, **es decir, cuando tal evento sea de tal magnitud que no permita ejecutar las prestaciones y que dicha situación sea ya irreversible.**

Empero, de lo expresado en la contestación de la demanda, de las nueve Adendas suscritas por las partes ampliando el plazo de ejecución del servicio, de los informes que sustentaron dichas Adendas y de la Resolución Directoral con la que LA ENTIDAD resolvió EL CONTRATO, queda acreditado que el caso fortuito consistente en las condiciones climatológicas desfavorables no imposibilitaron el cumplimiento de la prestación, sino que simplemente retrasaron su ejecución. Y es por ello que en el propio documento con el que resuelve EL CONTRATO, LA ENTIDAD reconoce que, no obstante la fuerza mayor, *"en función a las entregas efectuadas por parte de EL CONTRATISTA se ha producido un avance de 60.07%"*. Por ello, si LA ENTIDAD admite que pese al caso fortuito EL CONTRATISTA ejecutó la prestación en un 60.07%, ello demuestra fehacientemente que el caso fortuito no imposibilitó el cumplimiento de la prestación a cargo de EL CONTRATISTA.

Debe tenerse en cuenta que la normativa sobre contratación pública –en lo que concierne a la ejecución contractual– hace mención al caso fortuito y fuerza mayor en dos supuestos claramente diferenciados, a saber: (i) para la ampliación del plazo de ejecución de la prestación, artículo 41º de La Ley, y

⁶ **"Artículo 44.- Resolución de los contratos**

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

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo".

⁷ **"Artículo 167.- Resolución de contrato**

Cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley. Por igual motivo, se puede resolver el contrato en forma parcial, dependiendo de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto".

*Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe*

artículos 175° y 200° de El Reglamento; y (ii) para la resolución contractual, artículo 44° de La Ley.

Y es que el caso fortuito o fuerza mayor pueden afectar de distinto modo una relación contractual. En algunos casos, imposibilitando ("de manera definitiva" dice La Ley) la ejecución de la prestaciones, en cuyo escenario resulta entendible y razonable que cualquiera de las partes ponga fin a la relación contractual. Pero en otros casos, que son los más, retrasan el cumplimiento de las prestaciones, escenario en el que la norma permite la ampliación del plazo de ejecución, pues, como bien lo expresa el maestro Jorge Eugenio Castañeda "*puede ocurrir que el caso fortuito o la fuerza mayor no impidan total o parcialmente el cumplimiento de la prestación, sino que solo retarden su ejecución*".⁸

Por ende, siendo que el caso fortuito retrasó la ejecución de la prestación, mas no imposibilitó de modo definitivo su cumplimiento, se tiene que la invocación efectuada por LA ENTIDAD al artículo 169°⁹ de El Reglamento (en lo que se refiere a que la situación de incumplimiento no pueda ser revertida) no es acertada, pues, conforme ha sido analizado en los numerales 13.7 al 13.9 precedentes, el caso fortuito solo retrasó el cumplimiento de la prestación y además era reversible, pues según lo informado por el SENAMHI, el período

⁸ Castañeda, Jorge Eugenio. El Derecho de las Obligaciones. 2ª edición corregida y aumentada. Editorial de la UNMSM. Lima, 1963, p. 126. El énfasis es nuestro.

⁹ **"Artículo 169.- Procedimiento de resolución de contrato**

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

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

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, **o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.** En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial sólo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento.

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento". (El resaltado es agregado).

en el que se contaría con mejores condiciones climatológicas empezaría "en la estación seca que va de mayo - agosto"¹⁰.

Por lo expuesto en este numeral y en los numerales precedentes, el Colegiado considera que las consideraciones legales invocadas por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO resultan, al igual que sus consideraciones fácticas, infundadas.

13.11. El análisis efectuado en los numerales precedentes coincide con los argumentos que EL CONTRATISTA ha invocado como sustento de las tres primeras pretensiones principales de su demanda, las cuales están relacionadas con que se deje sin efecto la decisión de LA ENTIDAD de resolver EL CONTRATO y que este sea restituido en su plena vigencia y efectividad. Empero, a juicio del Colegiado, ello no conlleva a que las tres primeras pretensiones tengan necesariamente que ser declaradas fundadas, pues existe otro aspecto que debe ser también analizado.

13.12. En tal sentido, el Colegiado tiene presente que de lo expresado en el proceso, resulta notorio que LA ENTIDAD no tiene interés en la ejecución de EL CONTRATO. Por ejemplo, así se observa en los siguientes documentos:

(i) "(...) debemos señalar que la resolución del contrato ha sido debidamente motivada y sustentada, siendo que el contratista no puede de ninguna manera condicionar a la entidad a ampliar los plazos de ejecución de un contrato en forma indefinida, ni mucho menos recibir un producto presentado en forma discontinua o desfasada, cuyo objetivo ha tenido que ser superado por otras medidas, para promover la ejecución de las políticas nacionales consensuadas".¹¹

(ii) "En ese sentido, se puede afirmar que la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA formulado por el MINAM, sí tiene fundamento técnico y jurídico (...), a lo que se sumó las nuevas prioridades del MINAM y su grado de intervención respecto de la minería ilegal en el marco de sus competencias, redefinidas en cuanto a sus prioridades de acción; constituyendo todo lo anterior causa suficiente para que el MINAM decida resolver el contrato".¹²

¹⁰ Informe de Condiciones de Nubosidad para la Zona del VRAE y Madre de Dios emitido en mayo de 2012 por el SENAMHI y presentado como prueba de la demanda.

¹¹ Véase la página 7 del escrito de contestación de demanda presentado el 19/10/2012. El énfasis es agregado.

¹² Escrito presentado por LA ENTIDAD el 9/12/2013 con el que contestó la ampliación de la cuarta pretensión de la demanda, página 7. El énfasis es agregado.

- (iii) “La dación del Decreto Legislativo N° 1100 –Decreto Legislativo que regula interdicción de la Minería Ilegal de toda la República y establece medidas complementarias– el cual deroga el Decreto de Urgencia N° 012-2012, contexto normativo del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, se compone como un factor externo el cual influye el no otorgamiento de plazos adicionales para el cumplimiento final del servicio a la empresa demandante en tanto que la información requerida como política pública por parte del área usuaria, se convirtió en una necesidad no inmediata de dicha institución por lo cual afectó el desarrollo del Servicio de Provisión de Información Multiespectral de Alta Resolución y Cartografía Básica actualizada de diversos ámbitos del territorio nacional (...)”.¹³

Dicha falta de interés en la ejecución de EL CONTRATO se manifiesta también en la Resolución Directoral que resolvió el mismo, en la que –invocándose la emisión del Decreto Legislativo N° 1100– se alega como justificante de dicha falta de interés “la redefinición de las prioridades de acción del Ministerio del Ambiente en el marco del grado de intervención en la minería ilegal”.

Conforme se ha visto en el numeral 13.9, la invocación del Decreto Legislativo N° 1100 para justificar la resolución de EL CONTRATO carece de fundamento, sin embargo, no por ello se debe desconocer que para LA ENTIDAD la ejecución de EL CONTRATO no reviste ya de necesidad, lo cual queda acreditado con los documentos que se citan en este numeral.

- 13.13. Atendiendo a lo expuesto en el numeral precedente, el Colegiado tiene presente que el Ministerio del Ambiente fue creado por el Decreto Legislativo N° 1013, publicado el 14 de mayo del 2008, teniendo como función general el diseñar, establecer, ejecutar y supervisar la política nacional y sectorial ambiental, asumiendo la rectoría con respecto a ella; y tiene como objeto “la conservación del ambiente, de modo tal que se propicie y asegure el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta, que permita contribuir al desarrollo integral social, económico y cultural de la persona humana, en permanente armonía con su entorno, y así asegurar a las presentes y futuras generaciones el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida”. En dicho marco, el Ministerio del Ambiente tiene como uno de sus objetivos específicos el “asegurar la prevención de la degradación del ambiente y de los recursos naturales y revertir los procesos negativos que los afectan”.

¹³ Escrito de alegatos presentado por LA ENTIDAD el 10/06/2014, página 3. El énfasis es agregado.

Proceso Arbitral:

*HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE*

Precisamente, dentro del marco de los objetivos y funciones que le corresponden, LA ENTIDAD (el Ministerio del Ambiente) convocó al proceso de selección del cual se derivó EL CONTRATO (el Concurso Público N° 009-2010-MINAM/OGA), siendo de notar que en las Condiciones Especiales del Proceso de Selección de las Bases Integradas se expresó que la finalidad del proceso era la siguiente:

"FINALIDAD:

Debido a la ocurrencia de fenómenos naturales en nuestro país, tales como inundaciones, deslizamientos, terremotos y erupciones volcánicas, a través de la Dirección General de Ordenamiento Territorial se viene elaborando el Mapa de Vulnerabilidad Física del Perú, basado en la Zonificación Ecológica Económica - ZEE, el cual hace necesaria la implementación de medidas que le permitan a la población estar preparada para enfrentarlos, o de lo contrario mantenerse alejada de los mismos, ya que la magnitud y frecuencia de estos desastres está determinada por la ubicación geográfica y características geológicas que presenta nuestro territorio, para tal fin se hace necesario el uso de modernas tecnologías de interpretación de imágenes de alta resolución y sistemas de información geográfica para que contribuya a la reducción de vulnerabilidad y el riesgo, y que además les permita planificar de manera más acertada la ubicación y construcción de asentamientos humanos y proyectos futuros de infraestructura".¹⁴

En las mismas Bases se establece que el Objetivo General del proceso de selección era:

"Contar con un servicio de provisión de imágenes multiespectrales ortorectificadas tomadas con sensor aerotransportado y cartográfica digital básica generada con sistema Lidar, para el desarrollo de los diversos proyectos de aplicación del MINAM en temas relativos a ordenamiento territorial, inventarios forestales, valoración económica del patrimonio natural, evaluación de stock de carbono, impactos y recuperación ambiental; entre otros".¹⁵

- 13.14. En el contexto de la finalidad y el objetivo buscados por LA ENTIDAD con la celebración de EL CONTRATO, a los que nos hemos referido en el numeral anterior, debe tenerse presente que el propósito final de la contratación pública es la satisfacción del interés público. A él se refiere el artículo 4° de La Ley al

¹⁴ Véanse las Bases Integradas del Concurso Público N° 009-2010-MINAM/OGA, adjuntada por LA ENTIDAD con su escrito del 11/06/2013.

¹⁵ Ídem.

*Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe*

establecer que: "En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado". Si bien a todos los ciudadanos nos atañe coadyuvar a la satisfacción del interés público, es el Estado, dentro de los límites previstos en la Constitución, el que ejerce su titularidad. En ese sentido, resulta de mucha valía tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 009-2004-AA/TC, en la que señala que:

"El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.

El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. (...)

*Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente."*¹⁶

Por ende, si LA ENTIDAD ha expresado que no es necesario proseguir con la ejecución de EL CONTRATO, pues ha redefinido sus prioridades de acción, no le es posible a este Colegiado restituirle vigencia a EL CONTRATO cuando LA ENTIDAD ha expresado que ejecutar EL CONTRATO no satisface ya el interés público. El Tribunal Arbitral considera que si dejase sin efecto la resolución contractual y restituyera plena vigencia y exigibilidad a EL CONTRATO, estaría asumiendo un rol que le corresponde a LA ENTIDAD, a la que atañe también asumir exclusivamente las responsabilidades políticas, sociales, administrativas y civiles que se generen de haber tomado una decisión, cuál es la de haber resuelto EL CONTRATO.

En buena cuenta, frente a la decisión de LA ENTIDAD de no continuar ejecutando EL CONTRATO bajo el argumento de que ha redefinido sus prioridades de acción, el Colegiado Arbitral considera que no debe asumir la responsabilidad de decidir cómo debe ser satisfecho el interés público, pues se trata de una responsabilidad que –en el contexto analizado– corresponde ser

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 009-2004-AA/TC, dictada el 05/07/2004, fundamento N° 11.

asumida enteramente por LA ENTIDAD, debiendo también asumir ella el riesgo de que dicho interés no sea debidamente satisfecho por las decisiones que ha adoptado.

- 13.15. En ese sentido, si bien el análisis efectuado ha permitido determinar que las consideraciones fácticas y jurídicas invocadas por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO son infundadas, el rol que tiene LA ENTIDAD como titular del interés público y que ha ejercido al convocar al proceso de selección, al celebrar EL CONTRATO e, inclusive, al resolverlo, no puede ser ejercido por el Tribunal Arbitral, debiendo LA ENTIDAD asumir los riesgos y responsabilidades que pudieran generarse de su decisión de resolver EL CONTRATO.

En tal sentido, el Colegiado decide aplicar para el caso de las tres primeras pretensiones principales de la demanda lo previsto en el artículo 44° de La Ley y el artículo 209° de El Reglamento, aplicación que se hace de modo analógico. Dichos artículos establecen que la resolución del contrato de obra *"determina la inmediata paralización de la misma"* y que culminada la constatación física e inventario *"la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad"* y que, *"de existir saldo de obra por ejecutar, la Entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra Entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma"*.

Las normas antes invocadas establecen que una vez resuelto el contrato de obra, la obra se paraliza inmediatamente, correspondiéndole a la entidad adoptar las acciones que conduzcan a su culminación, ya sea mediante administración directa, con convenio con otra entidad o ya sea invitando a los postores que participaron del proceso de selección que originó el contrato. De ello se coligue que la normativa de contratación pública no auspicia que la decisión de resolver un contrato de obra sea dejada sin efecto por un órgano jurisdiccional, y la razonabilidad de tales disposiciones reside en el hecho de que la satisfacción del interés público no puede estar condicionada ni a la espera de la decisión final que un órgano jurisdiccional adopte sobre si la decisión de una parte de resolver un contrato de obra fue válida o no. Así, por ejemplo, el interés público en la construcción de una posta médica exige que, luego de resuelto el contrato, la entidad asuma sus prerrogativas para lograr que dicha obra se concluya en el menor tiempo posible; el interés público se vería lesionado si, en lugar de actuar de ese modo, se estuviera a la espera de lo que se resuelva jurisdiccionalmente para recién después decidir si dicho centro médico se termina de construir o no.

El Colegiado decide, entonces, aplicar analógicamente las normas antes comentadas debido a que no existe norma expresa que regule una situación similar para el caso de la contratación de bienes y servicios públicos, debiendo señalarse, en tal sentido, que la aplicación que el Colegiado realiza de tales dispositivos no se opone a lo previsto en los artículos 169º y 170º de El Reglamento, sino que más bien concuerda con ellos.

Ciertamente, la desestimación de la primera, segunda y tercera pretensiones principales de la demanda no implica ni significa la desestimación de las pretensiones de carácter indemnizatorio interpuestas por EL CONTRATISTA, pues el propio artículo 170º de El Reglamento establece que: "*Si la parte perjudicada (con la resolución) es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad*". Empero, el análisis respectivo de esas pretensiones de carácter indemnizatorio se efectuará en el siguiente acápite XIV.

XIV. LA CUARTA Y QUINTA PRETENSIONES PRINCIPALES DEL CONTRATISTA

- 14.1. Conforme se ha expresado en el acápite III de este laudo, luego que EL CONTRATISTA presentara su demanda, con escritos del 2 de agosto y 25 de setiembre de 2013, el mismo amplió su demanda arbitral, solicitando que la cuarta pretensión de su demanda quede consignada de la siguiente manera:

*"Que, en caso no se deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, solicitamos se nos otorgue la suma de S/.4'441,597.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, correspondiente al **daño emergente** y lucro cesante dejado de percibir por nuestra parte, en aras de evitar que se nos genere un grave perjuicio económico a nuestra empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1155º y 1432º del Código Civil, esta última norma de aplicación supletoria al presente caso".*

Luego de correrse el traslado respectivo, mediante la Resolución N° 31, del 15 de octubre del 2013, el Tribunal Arbitral consideró atendible acceder al pedido de EL CONTRATISTA de variar la demanda en el sentido antes señalado; siendo que mediante la Resolución N° 33, dictada el 11 de noviembre del 2013, se admitió a trámite la ampliación de la demanda en los términos expuestos por EL CONTRATISTA y se corrió traslado a LA ENTIDAD para que dentro del plazo de quince días cumpla con contestarla. LA ENTIDAD

mediante su escrito del 9 de diciembre del 2013 contestó la ampliación de demanda, siendo que mediante la Resolución N° 36, dictada el 11 de diciembre de 2013, se tuvo por contestada la ampliación de demanda. Posteriormente, mediante la Resolución N° 38, del 2 de enero de 2014, se adecuó el cuarto punto controvertido fijado en la audiencia llevada a cabo el 5 de noviembre de 2012.

- 14.2. Es en función de la cuarta y quinta pretensiones de EL CONTRATISTA que el Tribunal fijó los siguientes puntos controvertidos:

Cuarto punto controvertido: En caso que no se deje sin efecto la resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, determinar si corresponde o no otorgar al demandante la suma de S/. 4'441,597.00 por concepto de indemnización por daños y perjuicios por el daño emergente y el lucro cesante alegado por el demandante (punto controvertido adecuado por la Resolución N° 38 dictada el 2 de enero de 2014).

Quinto punto controvertido: Determinar si corresponde o no, que en caso se declare resuelto el contrato, el Tribunal Arbitral reconozca los mayores gastos incurridos, derivados de la suscripción de las Adendas 01 al 10, que ascienden a la suma de S/. 5'912,618.40 nuevos soles.

- 14.3. Atendiendo a que tanto la cuarta como la quinta pretensiones demandadas por EL CONTRATISTA comparten una naturaleza indemnizatoria, el Tribunal decide analizarlas de forma conjunta.

- 14.4. **Los argumentos de EL CONTRATISTA.-** Los argumentos de EL CONTRATISTA se encuentran contenidos en su escrito de demanda presentada el 19 de septiembre de 2012, así como en los escritos presentados el 12 de junio, el 2 de agosto, el 6 y el 25 de septiembre de 2013, y en su escrito de alegatos presentado el 10 de junio de 2014, entre otros. Estos argumentos pueden resumirse en los siguientes:

- i) De las causales alegadas por LA ENTIDAD para resolver EL CONTRATO ninguna es imputable a EL CONTRATISTA, ni se encuentran justificadas o generaran la resolución de EL CONTRATO.

La resolución de EL CONTRATO ha generado "un grave perjuicio económico en el sentido que nos impediría poder recibir el cien por ciento (100%) del monto previsto para el presente contrato, generándonos con ello un grave perjuicio económico, debido a las

*diversas acciones, gestiones y operaciones realizadas por nuestra parte para el debido cumplimiento del mismo".*¹⁷

- ii) Refiere que el monto de EL CONTRATO original ascendió a S/. 8'166,600.00, que luego fue ampliado por un adicional de S/. 2'041,650.00, por lo que el monto total contratado ascendió a S/. 10'208,250.00, de los que LA ENTIDAD ha pagado S/. 5'766,653.00, por lo que se encuentra pendiente de pago la suma de S/. 4'441,597.00, que es el monto que exige en su cuarta pretensión principal, indicando que así lo establece el artículo 170° de El Reglamento y los artículos 1155° y 1432° del Código Civil.
- iii) Refiere que las condiciones climatológicas desfavorables le impedían realizar operaciones aéreas para la adquisición de datos aerotransportados, los cuales solo podían ser efectuados en condiciones meteorológicas favorables. Dichas condiciones climáticas desfavorables constituyen una fuerza mayor que motivó que LA ENTIDAD suscribiera diez adendas ampliando el plazo de ejecución contractual.
- iv) En tal sentido, y dentro de los conceptos integrantes de su cuarta pretensión principal, EL CONTRATISTA solicita por daño emergente S/. 1'688,498.56, por "hectáreas ejecutadas y no pagadas", por gastos de movilización, por trabajos en terreno, por cálculos de gabinete, así como las utilidades dejadas de percibir tanto de EL CONTRATO como de su adicional, lo cual es solicitado como lucro cesante.
- v) En su quinta pretensión principal EL CONTRATISTA ha solicitado que se le reconozcan los mayores gastos incurridos derivados de la suscripción de las adendas N°s 01 al 10, que ascienden a S/. 5'912,618.40, señalando que si bien el plazo de ejecución fue de 45 días, debido a las condiciones meteorológicas el plazo fue ampliado hasta en 407 días, lo que originó que incurriera en mayores gastos generales, teniendo en cuenta para ello que el valor por día ascendía a S/. 16,333.20.

Los argumentos específicos desarrollados por el CONTRATISTA para sustentar cada uno de sus conceptos indemnizatorios serán desarrollados en los acápites siguientes en caso el Tribunal considerara atendible realizar su análisis.

¹⁷ Escrito de demanda, página 17.

14.5. **Los argumentos de LA ENTIDAD.-** Los argumentos de LA ENTIDAD se encuentran contenidos en su escrito de contestación de demanda presentada el 19 de octubre del 2012, así como en los escritos presentados el 24 de julio, el 16 de agosto y el 9 de diciembre de 2013, y en su escrito de alegatos presentado el 10 de junio del 2014, entre otros. Los argumentos expresados por LA ENTIDAD pueden resumirse en los siguientes considerandos:

- i) La resolución de EL CONTRATO no resultó de responsabilidad ni de EL CONTRATISTA ni de LA ENTIDAD, por lo que no cabe la indemnización por daños y perjuicios, siendo falso que EL CONTRATO se haya resuelto de forma arbitraria e injustificada.
- ii) LA ENTIDAD no es responsable por la indemnización ascendente a S/. 4'441,597.00, monto que corresponde al saldo pendiente de pago por la ejecución del servicio, servicio que no ha sido cumplido de forma efectiva.
- iii) No cabe aplicar el artículo 170° de El Reglamento, ni los artículos 1155° y 1432° del Código Civil, en la medida en que no existe parte perjudicada en el presente caso y porque no se está frente a un caso de ejecución imposible por culpa de LA ENTIDAD, sino por un caso fortuito o fuerza mayor, no imputables a las partes.
- iv) Respecto de la cuarta pretensión principal señala que *"no se ha acreditado el daño, siendo de exclusiva obligación y responsabilidad de la parte demandante el acreditar de modo concreto, real y efectivo los daños que deban ser materia de indemnización, resultando de aplicación en sentido contrario (sic) el artículo 200° del Código Procesal Civil"*.¹⁸
- v) En cuanto a la quinta pretensión principal, refiere que los gastos generales no son de responsabilidad de LA ENTIDAD, señalando que EL CONTRATISTA, en sus solicitudes de ampliación de plazo, no solicitó el reconocimiento de pago por gastos efectuados en exceso.
- vi) Refiere que en la cláusula cuarta de las Adendas suscritas establecen expresamente que la ampliación contractual no obliga al pago adicional en razón de que las mismas fueron otorgadas a fin de obtener mayor plazo para el servicio predeterminado y no se estableció trabajos adicionales, por ende no cabe el pago adicional.

¹⁸ Escrito de LA ENTIDAD presentado el 24/07/2013, página 5.

- vii) Señala también que EL CONTRATISTA "debía contar con equipos mínimos para brindar el servicio, si consideró que debía utilizar otros equipos adicionales además de los solicitados es a su entera responsabilidad".
- viii) Señala que no le corresponde reconocer los costos indirectos, tales como costos de personal, costos por aeronaves y equipos, facturas de SENAMHI y comisiones por carta fianzas por las diversas ampliaciones de plazo.
- ix) No puede haber lugar para el resarcimiento reclamado "por no existir nexo causal entre el daño que alega y la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA, por cuanto dicha resolución no se debió a hechos imputables al MINAM, sino a circunstancias ajenas (...) que fueron calificadas por el mismo Contratista como causal de 'fuerza mayor y caso fortuito' cuando presentó sus respectivas solicitudes de ampliación de plazo, lo que evidenció una situación de incumplimiento no imputable a las partes que no pudo ser revertida (...)".¹⁹

A. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: EL CARÁCTER SUBORDINADO DE LAS PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS

14.6. Antes de ingresar a analizar el fondo de la cuarta y quinta pretensiones principales, se debe tener presente que si bien EL CONTRATISTA las ha denominado pretensiones principales, en realidad se trata de pretensiones subordinadas al resultado de las tres primeras pretensiones contenidas en su demanda, y es que han sido planteadas de tal modo que solo se emita pronunciamiento respecto de ellas en el caso que se declaren infundadas las tres primeras pretensiones de la demanda.

En efecto, EL CONTRATISTA ha planteado su cuarta pretensión en los siguientes términos:

"Que, en caso no se deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, solicitamos se nos otorgue la suma de S/. 4'441,597.00 por concepto de indemnización (...)". (El énfasis es agregado).

Y, la quinta pretensión ha sido planteada por EL CONTRATISTA en los siguientes términos:

¹⁹ Escrito de LA ENTIDAD presentado el 9/12/2013, página 13.

*"Que, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, **y de quedar resuelto el presente contrato**, solicitamos se nos reconozca los mayores gastos incurridos por nuestra parte, derivados de la suscripción de las Adendas 01 al 10 (...)"*. (El énfasis es agregado).

De lo expuesto, se observa entonces que EL CONTRATISTA ha solicitado que tales pretensiones sean analizadas solo si *"no se deje sin efecto"* la resolución de EL CONTRATO y *"de quedar resuelto EL CONTRATO"*, expresiones que significan y aluden a lo mismo, esto es que EL CONTRATO quede extinguido por la decisión de LA ENTIDAD de resolverlo unilateralmente.

- 14.7. En el acápite XIII precedente el Tribunal Arbitral ha analizado las tres primeras pretensiones de la demanda y ha concluido que corresponde mantener vigente la decisión de LA ENTIDAD de resolver EL CONTRATO, pues teniendo ella el deber de satisfacer el interés público, no le corresponde al Tribunal asumir la responsabilidad de ordenar que un contrato se ejecute cuando LA ENTIDAD ha expresado que dicho contrato no es necesario porque ha redefinido sus prioridades de acción (véase el numeral 13.12 de este laudo). Es por tales consideraciones que el Colegiado ha decidido declarar infundadas las tres primeras pretensiones de la demanda. En tal sentido, corresponde ingresar a analizar el fondo de la cuarta y de la quinta pretensiones, pues, como hemos visto, se ha configurado el escenario establecido tanto en la demanda como en la contestación y en la fijación de puntos controvertidos.

B. OTRA CUESTIÓN PRELIMINAR: SOBRE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA EN LO REFERENTE A LA CUARTA PRETENSIÓN

- 14.8. Conforme ha sido señalado, luego de presentada la demanda, con escritos del 2 de agosto y 25 de setiembre de 2013, EL CONTRATISTA amplió su demanda, modificando su cuarta pretensión. Luego de correrse el traslado respectivo, mediante la Resolución N° 33 se admitió a trámite la ampliación de la demanda y se corrió traslado a LA ENTIDAD para que dentro del plazo de quince días cumpla con contestarla. LA ENTIDAD mediante su escrito del 9 de diciembre de 2013 contestó la ampliación de demanda, siendo que mediante la Resolución N° 36, dictada el 11 de diciembre de 2013, se tuvo por contestada la ampliación de demanda. Posteriormente, mediante la Resolución N° 38, del 2 de enero de 2014, se adecuó el cuarto punto controvertido fijado en la audiencia llevada a cabo el 5 de noviembre del 2012.

- 14.9. Sobre el particular, con el escrito con el que LA ENTIDAD contestó la ampliación de la demanda presentado el 9 de diciembre de 2013 se ha expresado que *"la ampliación de la demanda no puede constituir una incorporación o acumulación de pretensiones, como pretende el Contratista en*

la controversia que nos ocupa, sino en todo caso, únicamente ampliar el alcance de la pretensión original", por lo que considera que "acumular una nueva pretensión, (...) desde nuestra perspectiva no encuentra amparo en el texto legal antes citado" (se refiere al artículo 39º de la Ley Arbitral).

- 14.10. Los aspectos expuestos por las partes respecto de la ampliación de la demanda de EL CONTRATISTA, en lo referente a su cuarta pretensión principal, han sido ya resueltos por el Colegiado en la Resolución N° 31, dictada el 15 de octubre de 2013, que resolvió que el pedido de ampliación de demanda de EL CONTRATISTA era atendible. En tal sentido, en este laudo no se analizarán los aspectos que sobre el particular han planteado las partes, pues sobre ellos ya se ha emitido pronunciamiento, el cual ha sido consentido por ambas partes, pues en contra de la Resolución N° 31 y en contra de la Resolución N° 33 (que admitió a trámite la ampliación de la demanda), no se ha interpuesto el recurso de reconsideración.

C. SOBRE LA RESPONSABILIDAD EXIGIDA POR EL CONTRATISTA Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

- 14.11. Las dos pretensiones que se analizan en este acápite XIV tienen una naturaleza indemnizatoria y han sido interpuestas en el marco de lo previsto en el artículo 170º de El Reglamento, que dispone que: *"Si la parte perjudicada (con la resolución del contrato) es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad"*. Dicha indemnización tiene una naturaleza contractual, pues es a consecuencia de la relación contractual sostenida entre las partes que se han suscitado los hechos, respecto del cual EL CONTRATISTA pretende ser indemnizado. El marco general normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre este tipo de responsabilidad es el que corresponde a la responsabilidad civil, pues es en el ámbito civil donde este tipo de responsabilidad se ha venido abordando desde el Derecho Romano y que hasta ahora inspira el sistema normativo nacional.

Es por ello que en el análisis de la cuarta y quinta pretensiones de EL CONTRATISTA el Colegiado aplicará los conceptos y nociones correspondientes a la responsabilidad civil contractual, teniendo en cuenta las normas especiales que sobre el particular se encuentran desarrolladas en La Ley y en El Reglamento.

- 14.12. Como lo indica Arturo Valencia Zea, *"La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro la ha recibido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio*

ocasionado".²⁰ En el ámbito contractual, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, establecen que el principal fundamento de la obligación de reparar es el dolo o culpa en el obrar del causante del daño, siendo que debido a su componente subjetivo este tipo de responsabilidad es llamada responsabilidad subjetiva.

- 14.13. Conforme lo comenta Valencia Zea, la responsabilidad subjetiva exige cuatro elementos, "a saber: 1) una conducta humana, expresión que empleamos para referirnos a la circunstancia de que un hecho ilícito es imputable a una persona, sin tener en cuenta la intervención de su voluntad en la causación del hecho; 2) que el autor del daño haya obrado con dolo o culpa (elemento subjetivo o de orden psicológico); 3) un daño o perjuicio; 4) un nexo causal entre el daño y la culpa".²¹ Estos elementos son también contemplados por el Código Civil conforme se observa en sus artículos 1150°, 1151°, 1317°, 1320°, entre otros.

Por ende, el Tribunal Arbitral analizará la concurrencia de los elementos antes citados para pronunciarse sobre la cuarta y la quinta pretensiones de EL CONTRATISTA. En lo que concierne al primer elemento, esto es que los hechos sean imputables a una persona, sin tener en cuenta la intervención de su voluntad en la causación del hecho, el Colegiado considera que este primer elemento concurre en el caso analizado, pues, en el contexto de lo expresado por EL CONTRATISTA, la extinción del contrato se ha originado en la decisión de LA ENTIDAD de resolverlo.

- 14.14. En lo que concierne al segundo elemento, es decir, que el autor del daño haya obrado con dolo o culpa, debe tenerse presente el análisis efectuado en el acápite XIII de este laudo, en el que se ha concluido que los argumentos fácticos como jurídicos invocados por LA ENTIDAD para resolver el contrato son infundados, pues se ha determinado: i) que las condiciones meteorológicas no eran permanentes, como lo aseguraba LA ENTIDAD, sino temporales, reversibles y pasajeras; ii) que las condiciones meteorológicas no imposibilitaron el cumplimiento del servicio, sino que únicamente lo retrasaron, siendo que por ello LA ENTIDAD concedió las ampliaciones de plazo solicitadas por EL CONTRATISTA; iii) que la derogación del Decreto de Urgencia N° 012-2010 por el Decreto Legislativo N° 1100 no justifica de modo alguno la redefinición de las prioridades de LA ENTIDAD ni su decisión de resolver EL CONTRATO, pues con la publicación del citado Decreto Legislativo el Estado reforzó y potenció las políticas establecidas en el Decreto de Urgencia N° 012-2010; y iv) las condiciones meteorológicas solo retrasaron la

²⁰ Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo III, De las Obligaciones. 5ª edición. Editorial Temis, Bogotá, 1978, pp. 188 y 189.

²¹ *Ibídem*, p. 204.

ejecución de la prestación pero no imposibilitó de manera definitiva su cumplimiento, por lo que no es acertada la invocación al artículo 169° de El Reglamento que efectuó LA ENTIDAD para justificar su decisión de resolver EL CONTRATO.

Todo ello revela que LA ENTIDAD decidió resolver EL CONTRATO sobre la base de consideraciones fácticas y jurídicas que no le permitían adoptar una decisión de ese carácter, de lo que se aprecia que la actuación de LA ENTIDAD en este extremo no fue diligente.

En tal sentido, es de importancia tener presente lo expresado por el Tribunal Constitucional sobre la razonabilidad como requisito de las decisiones de la Administración Pública:

"12. El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), 'una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica'.

Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como 'discrecionales', no pueden ser 'arbitrarias', por cuanto son sucesivamente 'jurídicas' y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la 'crítica racional'.

El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
- b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Al respecto, Tomás Ramón Fernández [*"De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario"*, Revista Española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 080, octubre-diciembre de 1993] expone lo siguiente:

'La administración puede elegir ciertamente el trazado de la nueva carretera que mejor le parezca: el más barato y el más sencillo técnicamente, el que cause un menor impacto ecológico, el que produzca un trastorno menor de la vida social, el más corto, el que más rentabilice la inversión por su mayor capacidad de absorber un tráfico más abundante, el que redima del aislamiento a mayor número de núcleos de población, etc. Optar por uno o por otro es su derecho, pero razonar el por qué de su elección es su deber, su inexcusable deber. El mero «porque sí» está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto'.

(...)

14. Es, pues, una conclusión absolutamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de derecho sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante para la invalidez de la decisión".²²

Precisamente, ante escenarios en los que las entidades puedan resolver los contratos prescindiendo del requisito de razonabilidad, es que el artículo 170º de El Reglamento establece que: "Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad".

²² STC Exp. N° 090-2004-AA/TC.

Atendiendo a ello y considerando, además, que el artículo 1329° del Código Civil dispone que se presume que la inejecución es por culpa leve del deudor, el Colegiado considera que concurre en este caso el elemento subjetivo de la responsabilidad contractual.

- 14.15. En lo que se refiere a los otros dos elementos de la responsabilidad subjetiva, a saber, el daño o perjuicio y el nexo causal entre el daño y la culpa, el artículo 1321° del Código Civil dispone que el resarcimiento comprende *"tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución"*. Conforme lo señala la doctrina, todo daño para ser objeto de indemnización requiere de dos condiciones: que sea real o cierto y que pueda determinarse en su cuantía²³.

En consideración a la intensa actividad probatoria que las partes han desplegado respecto del daño y de su cuantía, este elemento, así como su nexo causal con el actuar de LA ENTIDAD será analizado en los siguientes numerales.

D. SOBRE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR LAS PARTES RESPECTO DEL DAÑO INVOCADO POR EL CONTRATISTA

- 14.16. Las partes han desplegado una importante actividad probatoria en torno al daño y la cuantía fijada por EL CONTRATISTA, habiendo presentado abundante documentación técnica, al punto que de los doce (12) files de palanca de los que consta el expediente la mayoría corresponde a la documentación técnica que cada parte ha presentado. Las partes también han presentado sendos dictámenes periciales.

Efectivamente, EL CONTRATISTA solicitó la actuación de una pericia de parte, solicitando que fuera el Tribunal el que designara al perito. Al disponer el Colegiado que fuera EL CONTRATISTA quien designara a su perito, designó al Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental Lima. El Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú encargó la elaboración del dictamen al ingeniero aeronáutico señor Hernán Alfredo Gallegos Bustíos, como responsable de la pericia, y como supervisor al ingeniero mecánico electricista señor Julio Polar Hinojosa. El presidente de directorio del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú presentó a EL CONTRATISTA el dictamen pericial con fecha 20 de noviembre de 2013 y EL CONTRATISTA a su turno lo presentó al Colegiado el 25 de noviembre de 2013.

²³ Cfr. Valencia Zea, Arturo. Ob. cit., p. 223.


Luego de correrse traslado del dictamen pericial antes citado, mediante el escrito presentado el 31 de enero de 2014, LA ENTIDAD observó dicho dictamen pericial.

Asimismo, mediante el escrito presentado el 13 de febrero de 2014 LA ENTIDAD presentó su dictamen pericial elaborado por el Dr. Econ. Jesús Nemesio Collazos Cerrón. EL CONTRATISTA observó dicho dictamen mediante los escritos presentados el 6 y el 14 de marzo de 2014, adjuntando a este último escrito el pronunciamiento emitido por el Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú sobre el dictamen pericial de LA ENTIDAD.


Cabe señalar que ambas pericias fueron actuadas y sustentadas en la Audiencia de Pruebas llevada a cabo el 12 de mayo de 2014, audiencia en la que las partes también expusieron sus observaciones a las pericias.

Las observaciones antes citadas a los dictámenes periciales presentados por las partes serán analizadas en los dos numerales siguientes.


14.17. **Las observaciones de LA ENTIDAD al dictamen pericial presentado por EL CONTRATISTA.**



LA ENTIDAD señala que el dictamen pericial emitido por el Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú no indica al responsable de la emisión de la pericia, si ha sido elaborada por uno o por dos ingenieros y cuál es la participación del supervisor en la misma, pues solo existen firmas y sellos de ambos profesionales en las páginas del dictamen. El Colegiado considera que esta observación es infundada, pues el dictamen pericial establece claramente que su responsable es el Ing. Gallegos Bustíos y el supervisor el Ing. Polar Hinojosa, siendo que en la Audiencia de Pruebas se ha establecido que la participación de ambos peritos en la elaboración del dictamen se ha ceñido a los estatutos y reglamentos del Centro de Peritaje del Colegio de ingenieros del Perú.



LA ENTIDAD también señala que en el dictamen pericial *"no se describe la metodología, sino que simplemente es enunciativa como de evaluación y recálculo de las cantidades solicitadas"*. El Colegiado considera que esta observación es infundada, pues en la página 6 del dictamen se expone la metodología aplicada en la elaboración del dictamen.



Refiere que en el dictamen pericial *"no se ha tomado en cuenta la documentación que obra en el proceso arbitral sino fundamentalmente los documentos presentados por la empresa"*. El Colegiado tiene en cuenta que el objeto de pericia ha sido *"Determinar la pertinencia o no de las cantidades en nuevos soles solicitados por la compañía (...) como indemnización por daños y perjuicios (...) así como por mayores gastos generales (...)"* y *"Revisar el*

planteamiento y metodología aplicados por la compañía para el cálculo de estas cantidades solicitadas y determinar las cantidades que deben ajustarse a las normas (...). Teniendo en cuenta los objetivos del dictamen pericial, es entendible que el perito haya analizado los documentos presentados por EL CONTRATISTA, pues es con ellos con los que EL CONTRATISTA en su calidad de demandante ha buscado acreditar el daño cuya reparación pretende. Por ende, el análisis de esta documentación por parte del perito era necesaria e indispensable para cumplir con el objeto de la pericia. Por tales consideraciones, el Colegiado considera que la observación comentada es infundada.

Refiere también LA ENTIDAD que el dictamen pericial "parte del supuesto de que la resolución del contrato se ha efectuado de modo indebido, situación que corresponde resolver al Tribunal Arbitral". Al respecto, en el dictamen pericial no se expresa que la resolución de EL CONTRATO haya sido "indebida" sino "debido a causas ajenas a la compañía". Por otro lado, LA ENTIDAD señala que el dictamen concluye como "procedente el pago de mayores gastos lo cual debe ser determinado únicamente por el Tribunal Arbitral". No cabe duda de que la estimación final de las pretensiones demandadas le corresponde al Tribunal Arbitral, pero para ello las partes deben ofrecer y actuar las pruebas que permitan generar convicción sobre sus posiciones, por ello, que en el dictamen se haya concluido que es procedente el pago de mayores gastos no da lugar a observación pues se trata de una conclusión que guarda relación con el objeto de dicha pericia. En tal sentido, el Colegiado considera que estas observaciones son infundadas.

En lo referente a que el costo de estacionamiento diario de las aeronaves ha sido establecido sobre la base de cuatro aeronaves y no sobre una aeronave conforme lo estipulaba EL CONTRATO será tomando en cuenta en los siguientes numerales, cuando se ingrese a analizar la cuantía del daño invocado.

- 14.18. **Las observaciones del CONTRATISTA al dictamen pericial presentado por la ENTIDAD.**- EL CONTRATISTA señala que el dictamen pericial emitido por el Dr. Econ. Collazos Cerrón "lo que hace es realizar observaciones y análisis del Dictamen Pericial presentado por mi representada". El Colegiado considera que esta observación es infundada, pues en el marco del derecho a la probanza, las partes cuentan con libertad para ofrecer los medios probatorios para acreditar sus posiciones, pudiendo en consecuencia presentar pericias para observar o desvirtuar las pericias presentadas por su contraparte.

EL CONTRATISTA cuestiona la forma de selección de LA ENTIDAD para elegir a su perito, y cuestiona la experiencia y calificación del perito

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 - Santa Beatriz, distrito de Lima

Teléfonos: 2659043 - 998040296 - 992388810

Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

considerando que la controversia versa sobre servicios de aerofotografías de alta resolución. El Colegiado considera que estas observaciones de EL CONTRATISTA son infundadas pues el dictamen pericial presentado por LA ENTIDAD corresponde a un peritaje de parte y, en consecuencia, a ella le atañe elegirlo en función de la especialidad y experiencia que la propia parte proponente considere pertinente.

EL CONTRATISTA observa el dictamen pericial señalando que se valoriza "los daños causados por el incumplimiento del contrato por parte de mi representada, hecho que no forma parte de los puntos controvertidos que se desea esclarecer". Al respecto, se observa que uno de los objetos del dictamen pericial es "Estimar el valor económico de las infracciones y daños por incumplimiento de contrato por parte de la empresa HORIZONS SOUTH AMERICA SAC en contra del Estado", empero el Colegiado tiene en cuenta que dicho aspecto no solo no es punto controvertido del proceso, sino que además se trata de un supuesto que no ha sido siquiera alegado por LA ENTIDAD, pues tanto en la resolución de EL CONTRATO como en los escritos presentados en este proceso LA ENTIDAD ha expresado que el retraso en la ejecución de la prestación y la decisión de resolver EL CONTRATO han obedecido a las condiciones meteorológicas. Por ende, el Colegiado considera que en este extremo la observación al dictamen pericial formulada por EL CONTRATISTA es fundada.

14.19. **Consideraciones adicionales sobre la pericia presentada por la ENTIDAD.**- En cumplimiento de su deber de valorar la prueba, el Colegiado ha analizado tanto la pericia presentada por EL CONTRATISTA como la pericia presentada por LA ENTIDAD.

De la ponderación efectuada se observa que la pericia de LA ENTIDAD:

- i) Parte de la premisa de que EL CONTRATO ha sido resuelto por el incumplimiento de EL CONTRATISTA; en función de esa premisa ha cuantificado el daño que se le habría provocado a LA ENTIDAD, habiendo concluido lo siguiente:

"Pero, si se toma en cuenta, el cálculo desde la fecha de incumplimiento de contrato hasta la fecha en que se formula el Dictamen Pericial del Ingeniero Gallegos Bustíos, entonces el resultado de la infracción que debe abonar la empresa en cuestión al MINAM es: S/. 2'771,364.32 (...).

Como puede apreciarse, hasta aquí solo se ha considerado el valor de las infracciones por incumplimiento de contrato, aún

*falta considerar el monto de los daños y perjuicios que la empresa HORIZONS SOUTH AMERICA SAC ha causado al país con sus incumplimientos. Eso lo veremos más adelante”.*²⁴

Empero, se debe remarcar que la premisa de la que parte dicho perito es evidentemente equivocada, pues en ninguno de los escritos que LA ENTIDAD ha presentado a este proceso ha alegado que EL CONTRATO se ha resuelto por causas atribuibles a EL CONTRATISTA, ni LA ENTIDAD ha mencionado tampoco que la actuación de EL CONTRATISTA le haya generado perjuicio. Siendo de remarcar que en la misma Resolución Directoral con la que LA ENTIDAD ha resuelto EL CONTRATO se establece que son las condiciones meteorológicas (es decir un caso fortuito), la derogación del Decreto de Urgencia N° 012-2010 y la redefinición de las prioridades de acción de LA ENTIDAD lo que justifica su decisión de resolver EL CONTRATO.

ii) Pero además de partir de una premisa equivocada, dicho dictamen resulta impertinente, por lo menos en lo que concierne a los daños que EL CONTRATISTA habría causado, pues dicho aspecto no forma parte de los puntos controvertidos del proceso, al punto que ni siquiera ha sido sugerido por LA ENTIDAD.

iii) El dictamen de LA ENTIDAD cuestiona el dictamen de EL CONTRATISTA porque *“no se han tomado en cuenta una serie de aspectos que no pueden eludirse para efectos de Arbitraje, como por ejemplo: a) exposición de la situación real del patrimonio de la empresa, b) gestión de la empresa llevada a cabo por sus directivos, c) políticas de beneficios o dividendos, d) capacidad de deuda de la empresa, e) reestructuración de su capital o sus cuentas afectadas, f) adquisiciones o ventas de sus activos, g) capitalización de la empresa, h) valoración de sus activos intangibles, i) obtención de líneas de financiación, j) procedimiento de valoración patrimonial, i) valoraciones tributarias o fiscales, y otros aspectos financieros”.*²⁵

Analizar los aspectos sugeridos por el dictamen presentado por LA ENTIDAD implicaría contar con información societaria, contable, tributaria y financiera de EL CONTRATISTA que no forma parte de las pruebas presentadas a este proceso y que no ha sido ofrecida por LA ENTIDAD, por lo que mal haría el Tribunal –y los propios peritos– en considerar

²⁴ Dictamen pericial del Dr. Econ. Collazos Cerrón, presentado por LA ENTIDAD el 13/02/2014, páginas 13 y 14. El resaltado NO es nuestro.

²⁵ Ibídem, página 15. El resaltado NO es nuestro.

documentos e información que ni siquiera ha sido ofrecida como medio de prueba.

De otro lado, la información a la que se refiere el dictamen pericial de LA ENTIDAD tiene como propósito "la valoración económica de las empresas" o la "valoración de negocios", conforme lo señala el propio perito Collazos Cerrón. Empero, es bueno tener presente que dicho aspecto no es objeto de probanza en este proceso, ni ha sido solicitado por LA ENTIDAD e, inclusive, no es objeto del propio dictamen elaborado por el perito Collazos Cerrón.²⁶

- iv) En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 12 de mayo del 2014, en la que se sustentaron ambos dictámenes periciales, el perito Collazos señaló que los daños y perjuicios invocados por EL CONTRATISTA no estaban acreditados; cuando el demandante le preguntó si había revisado los documentos que EL CONTRATISTA presentó con su escrito del 12 de junio del 2013 (cuatro tomos) con los que acreditaba el daño invocado, el perito admitió no haberlos revisado, hecho que es corroborado por el Tribunal pues dicha documentación no se encuentra dentro de los documentos que el perito declara haber revisado en la página 7 de su dictamen.

Por ello, el Colegiado considera que el dictamen pericial ofrecido por LA ENTIDAD **no le causa convicción** pues, conforme lo hemos visto en este numeral, dicho dictamen pericial: i) parte de una premisa errada; ii) es impertinente, pues se pronuncia sobre aspectos que no son controvertidos en el proceso; iii) propone la evaluación de documentos que no obran en el expediente y que no han sido siquiera ofrecidos como medios de prueba por LA ENTIDAD, y iv) no ha analizado la información presentada por las partes.

14.20. En consecuencia, en el análisis que el Colegiado realice sobre la cuarta y quinta pretensiones de EL CONTRATISTA, tendrá presente los documentos y la pericia ofrecidos por EL CONTRATISTA, así como lo expresado por LA ENTIDAD y los documentos que ha ofrecido como medios probatorios.

²⁶ Efectivamente, conforme se observa de la página 10 del dictamen elaborado por el perito Collazos Cerrón, dicho dictamen tiene como objetivo general el "Estimar el valor económico de infracciones y daños por incumplimiento de contrato por parte de la empresa HORIZONS SOUTH AMÉRICA S.A.C. en contra del Estado", y como objetivos específicos: "Estimar el valor económico de las infracciones y daños por incumplimiento de contrato por parte de la empresa HORIZONS SOUT AMERICA S.A.C. en contra del Estado" y "Analizar los alcances del Dictamen Pericial denominado 'Determinación del Requerimiento Económico por Indemnización por Daños y Perjuicios y Mayores Gastos al Ministerio del Ambiente MINAM' realizado por el Perito Ingeniero Hernán Alfredo Gallegos Bustíos".

E. SOBRE EL DAÑO INVOCADO POR EL CONTRATISTA EN SU CUARTA PRETENSIÓN

- 14.21. Conforme se ha visto en el numeral 14.1, en su cuarta pretensión EL CONTRATISTA pretende "Que, en caso no se deje sin efecto la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada por el Ministerio del Ambiente, solicitamos se nos otorgue la suma de S/. 4'441,597.00 Nuevos Soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios, correspondiente al **daño emergente** y lucro cesante dejado de percibir por nuestra parte, en aras de evitar que se nos genere un grave perjuicio económico a nuestra empresa, de conformidad con lo establecido en el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1155° y 1432° del Código Civil, esta última norma de aplicación supletoria al presente caso".

EL CONTRATISTA refiere que en mérito del artículo 170° de El Reglamento y de los artículos 1155° y 1432° del Código Civil "correspondería que se nos pague el íntegro del saldo por pagar" cuyo monto asciende a S/. 4'441,597.00. Sin perjuicio de ello, EL CONTRATISTA ha detallado "de manera expresa el monto exacto del efecto indemnizatorio por concepto de daño emergente y de lucro cesante, en aras de evitar que se genere un grave perjuicio económico a nuestra empresa"²⁷. En tal sentido, y dentro de los conceptos integrantes de su cuarta pretensión, EL CONTRATISTA solicita por daño emergente S/. 1'688,498.56, por "hectáreas ejecutadas y no pagadas", por gastos de movilización, por trabajos en terreno, por cálculos de gabinete, así como las utilidades dejadas de percibir tanto de EL CONTRATO como de su adicional, lo cual es solicitado como lucro cesante.

- 14.22. Al respecto, el Tribunal observa que el monto de EL CONTRATO original ascendió a S/. 8'166,600.00, que luego fue ampliado por un adicional de S/. 2'041,650.00, por lo que el monto total contratado ascendió a S/. 10'208,250.00, de los que LA ENTIDAD ha pagado S/. 5'766,653.00, por lo que el saldo pendiente de pago asciende a la suma de S/. 4'441,597.00, que es el monto que se pretende en la cuarta pretensión de EL CONTRATISTA. Si bien los artículos 1155° y 1432° del Código Civil establecen que si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor "El contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación", el Colegiado considera que no por ello se debe disponer que se pague el saldo de la contraprestación a EL CONTRATISTA ya que, aun cuando se ha determinado que EL CONTRATO fue resuelto indebidamente por LA ENTIDAD, no se debe desconocer el hecho de que la no ejecución del servicio significó para EL CONTRATISTA la liberación de recursos y activos

²⁷ Cfr. página 4 del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12/06/2013.

que inicialmente estaban destinados a la prestación del servicio, eximiéndose de este modo de la asunción de costos a los que inicialmente se encontraba obligado en mérito de EL CONTRATO. Por ello, el Colegiado considera que el daño debe ser reparado en tanto que se demuestre que es real y que su cuantía haya sido determinada.

- 14.23. Dentro de los conceptos integrantes de su cuarta pretensión, EL CONTRATISTA solicita por daño emergente S/. 1'688,498.56, por "hectáreas ejecutadas y no pagadas", por gastos de movilización, por trabajos en terreno, por cálculos de gabinete, así como las utilidades dejadas de percibir tanto de EL CONTRATO como de su adicional, lo cual es solicitado como lucro cesante. En los siguientes numerales se analizarán cada uno de esos conceptos.

E.1. Sobre las "Hectáreas ejecutadas y no pagadas por LA ENTIDAD"

- 14.24. EL CONTRATISTA refiere que corresponden a los trabajos efectuados *"en cantidad de hectáreas voladas y expresamente reconocidas por la entidad y no pagadas, tal como se desprende de la resolución del contrato, donde indica expresamente que el avance en hectáreas es del 60.07% entre el Contrato y la adenda respectiva, y que implica un total de 5'460,771.00 hectáreas. Toda vez que sólo han cancelado el 55.41% de hectáreas que representa un total de 5,036.011 hectáreas"*. Según lo refiere EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD no ha efectuado el pago de S/. 425,838.85 equivalente a 4.67% de hectáreas.

Al respecto, en el dictamen elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú, presentado como prueba por EL CONTRATISTA, se ha establecido lo siguiente:

*"El trabajo contratado de servicio de Provisión de Información Multiespectral de Alta Resolución y Cartografía Básica Actualizada de Diversos Ámbitos del Territorio Nacional, desde su inicio y por las características y desarrollo del trabajo se hace en entregas parciales, aceptadas a satisfacción por la entidad como lo demuestran más de veinte (20) entregas parciales, sin embargo la última entrega de fecha 29 de febrero de 2012, por un monto de S/.425,838.25 (cuatrocientos veinticinco mil ochocientos treinta y ocho y 85/100 nuevos soles), en plena vigencia del Contrato, fue recibida y aceptada el 6 de marzo del 2012 con Carta HSA-GP-078/12 Código MINAM-TRA-04203-2012 y aún no ha sido pagada, por lo que la empresa la incluye en el rubro de Daños y Perjuicios. (...)"*²⁸

²⁸ Cfr. página 8 del dictamen pericial elaborado por el Ing. Gallegos Bustíos del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú.

- 14.25. Sobre el particular, el Colegiado tiene presente lo pactado en la cuarta cláusula de EL CONTRATO en la que se establece que *"En caso EL CONTRATISTA presente entregas parciales antes del plazo estipulado, se efectuará el pago de manera proporcional, de acuerdo a la estructura de costos presentada por EL CONTRATISTA y conforme a lo establecido en las Bases del proceso de selección, la cual establece un costo por hectárea de S/. 1.1232 (Un sol con 1232/100 [sic] Nuevos Soles) incluido el Impuesto General a las Ventas. Para efectos del presente pago, se entenderán como entregas parciales, aquellas con un mínimo de 500,000 hectáreas de imágenes procesadas"*.

El Colegiado también tiene en cuenta que respecto de este concepto no ha habido objeción por parte de LA ENTIDAD y que es a ella a la que le correspondía acreditar el pago.

- 14.26. Por tales consideraciones, el Colegiado considera que este extremo de la cuarta pretensión de EL CONTRATISTA es fundada.

Para efectos de la determinación del monto total de la indemnización, el Colegiado tendrá presente lo expresado en el peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, en el sentido de que este concepto tiene como costo neto la suma de S/. 340,671.08 y como utilidad la suma de S/. 85,167.77, siendo que la sumatoria de ambos da como resultado S/. 425,838.85, que es el monto que EL CONTRATISTA pretende como indemnización por este concepto.

E.2. Sobre los gastos de movilización, trabajos en terreno, y cálculos en gabinete

- 14.27. En total, por estos conceptos que integran su cuarta pretensión, EL CONTRATISTA solicita la suma de 1'262,650.71, incluyendo utilidad y el IGV.

- 14.28. Refiere EL CONTRATISTA que los gastos de movilización, que incluye movilización operaciones aéreas, incluye *"el gasto por el traslado del personal y equipos para el inicio del proyecto y su desmovilización para la conclusión del mismo, por lo que al haberse resuelto el contrato tuvo que efectuarse el gasto de desmovilización tanto del personal, equipos y todos los implementos necesarios para la ejecución del proyecto"*.²⁹

- 14.29. Señala también EL CONTRATISTA que los trabajos en terreno *"son todas aquellas actividades orientadas a obtener las coordenadas finales de las Bases GPS que sirven de soporte a los vuelos aerofotográficos y láser. Esta actividad se desarrolló durante la primera fase de ejecución del Proyecto (también denominada georreferenciación de las Bases GPS). En términos técnicos*

²⁹ Cfr. página 5 del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12/06/2013.

significa darle valores coordenadas a los puntos Bases (Coordenadas geográficas, UTM y Cartesianas) que deben, necesariamente, estar enlazadas con la Red Nacional del Perú (Sistema WGS84). Esta actividad es considerada la más importante dentro de todo proyecto cartográfico, toda vez que es el tronco geodésico, sobre la cual se realizará el proceso de ajustes de las misiones de vuelos aerofotográficos y láser, necesarios para obtener las coordenadas finales. Cabe resaltar que siendo esta una actividad independiente de la realización o no de los referidos vuelos, la información generada (coordenadas finales) puede ser utilizada indistintamente por aquel que realice las misiones aéreas (**ANEXO E** que incluye CD con información referida a los trabajos en terreno)"³⁰.

14.30. En lo que concierne a los cálculos en gabinete corresponde al ajuste geodésico de las bases GPS empleando la data de las estaciones del Instituto Geográfico Nacional, lo que da como resultado las coordenadas finales que se emplearán para hacer el proceso de ajuste de todos los vuelos aerofotográficos y láser. Asimismo, debemos señalar que esta actividad se realiza independiente de la realización o no de los referidos vuelos aerofotográficos, pudiendo ser empleados indistintamente por aquel que realice las misiones aéreas (**ANEXO E**)"³¹.

14.31. El detalle de la cuantía de cada uno de estos conceptos se encuentra descrito en la página 6 del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12 de junio del 2013 y que a continuación transcribimos:

% EJECUTADO Ha. (Resol)	EJECUTADO Ha. (Resol)				
60.08	73.61				
Principal	6.00				
Adicional					
CONTRATO PRINCIPAL (Actividades ejec al 100%)	Valor Unit (Estructura)	% SALDO A FAVOR	SALDO A FAVOR S/.	UTILIDAD (25%)	SUB-TOTAL
Movilización	S/. 244,998.00	26.39	S/. 64,667.18	S/. 16,166.79	S/. 80,833.97
Trabajos en terreno	S/. 734,994.00	26.39	S/. 194,001.54	S/. 48,500.38	S/. 242,501.92
Cálculo de Gabinete	S/. 244,998.00	26.39	S/. 64,667.18	S/. 16,166.79	S/. 80,833.97
Movilización Operaciones Aéreas	S/. 816,660.00	26.39	S/. 215,557.26	S/. 53,889.32	S/. 269,446.58
				Sub-Total	S/. 673,616.45
				Neto (-19%)	S/. 556,064.24
				IGV (18%)	S/. 667,955.81
CONTRATO ADICIONAL (Actividades ejec al 100%)	Valor Unit (Estructura)	% SALDO A FAVOR	SALDO A FAVOR S/.	UTILIDAD (25%)	SUB-TOTAL
Movilización	S/. 61,249.50	94.00	S/. 57,574.53	S/. 14,393.63	S/. 71,968.16
Trabajos en terreno	S/. 183,748.50	94.00	S/. 172,723.59	S/. 43,180.90	S/. 215,904.49
Cálculo de Gabinete	S/. 61,249.50	94.00	S/. 57,574.53	S/. 14,393.63	S/. 71,968.16
Movilización Operaciones Aéreas	S/. 204,165.00	94.00	S/. 191,915.10	S/. 47,978.78	S/. 239,893.88
				Sub-Total	S/. 599,734.69
				Neto (-19%)	S/. 503,978.73
				IGV (18%)	S/. 594,694.90

³⁰ Cfr. página 5 del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12/06/2013.

³¹ Cfr. páginas 5 y 6 del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12/06/2013.

14.32. En el dictamen pericial del Colegio de Ingenieros del Perú sobre los conceptos comentados se ha expresado lo siguiente:

"Daño emergente, es el referido a los gastos reales efectuados por la empresa debido a la cancelación anticipada del Contrato y que no pudieron ser cubiertos justamente por la NO ejecución completa del mismo, tales como des configuración total del sistema en tierra y aire, desinstalación de los puntos de control de coordenadas (GPS) para todo el territorio asignado (9'088,639 Has.), desinstalación de los puntos de operación, análisis y cálculo, así como las bases aéreas operativas que implica lógicamente gran movimiento de personal técnico y equipos de tierra y aéreos.

*La empresa en este caso con un criterio conservador ha considerado como gasto emergente únicamente los gastos reales generados en la proporción no pagada de las actividades consideradas en la estructura de costos, y que sin embargo tuvieron que ejecutarse en su totalidad. Mantengamos este criterio por beneficio de ambas partes."*³²

14.33. Al respecto, el Colegiado considera que los conceptos analizados precedentemente forman parte de la estructura de costos de EL CONTRATISTA, observándose que en ellos ha incurrido EL CONTRATISTA pues a los mismos se hace referencia en la "Metodología de Trabajo" que forma parte de la propuesta técnica presentada por EL CONTRATISTA en el proceso de selección del cual se deriva EL CONTRATO³³, y en los anexos E y F del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12 de junio del 2013.

Por tales consideraciones, el Colegiado considera que corresponde ordenar que LA ENTIDAD indemnice a EL CONTRATISTA por el daño emergente por movilización, trabajos en terreno y cálculo en gabinete, por la suma de S/. 1'262,650.71. Dado que, conforme lo ha remarcado el perito, este monto incluye la utilidad por la suma de S/. 254,670.22³⁴, el Colegiado tendrá presente este monto en el momento de analizar lo referente al lucro cesante.

³² Cfr. página 15 del dictamen pericial elaborado por el Ing. Gallegos Bustíos del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú.

³³ La propuesta técnica de EL CONTRATISTA ha sido presentada por ambas partes: LA ENTIDAD mediante su escrito del 24/07/2013 y EL CONTRATISTA mediante su escrito del 04/07/2013.

³⁴ Esta utilidad se obtiene de las utilidades parciales descritas en el gráfico que se cita en el numeral 14.31 de este laudo.

E.3. Sobre el lucro cesante

- 14.34. EL CONTRATISTA refiere que en la estructura de costos para EL CONTRATO principal "nuestra utilidad estaba prevista en la suma de S/. 1'633,320.00 Nuevos Soles, lo cual equivale al 25% del monto total del Contrato Original (S/. 8'166,600.00 Nuevos Soles), sin embargo de dicha utilidad prevista por nuestra empresa, a la fecha solo hemos cobrado la suma de S/. 1'336,928.76 Nuevos Soles, quedando un saldo de utilidad por cobrar ascendente a la suma de **S/. 296,391.24** Nuevos Soles, los cuales se han visto imposibilitados de hacerse efectivos debido a la injustificada resolución de contrato por parte de la Entidad". Asimismo, en lo referente a EL CONTRATO adicional, EL CONTRATISTA señala que "nuestra utilidad respecto a la Ampliación del Contrato Original estaba prevista en la suma de S/. 408,330.00 Nuevos Soles, equivalente al 20% del monto de la Ampliación del Contrato Original (S/. 2'041,650.00 Nuevos Soles), sin embargo únicamente hemos podido cobrar la suma de S/. 144,446.74 Nuevos Soles, quedando un saldo de utilidad ascendente a la suma de **S/. 263,883.26** Nuevos Soles, los cuales también se han visto imposibilitados de hacerse efectivo su cobro, debido a la injustificada resolución de contrato por parte la Entidad (sic)".³⁵

Sobre la base de esos argumentos, EL CONTRATISTA señala que "a la fecha se ha dejado de percibir por nuestra empresa (lucro cesante) ascendente a la suma total de **S/. 560,274.50** Nuevos Soles, producto de una injustificada resolución de contrato efectuada por la Entidad, lo cual evidentemente nos viene generando un grave perjuicio económico a nuestra empresa".³⁶

- 14.35. Al respecto, en el dictamen pericial presentado por el Colegio de Ingenieros del Perú se expresa lo siguiente:

"La empresa en su propio presupuesto presenta S/. 1'633,320.00 como utilidades en el contrato principal monto que la Entidad da por aceptado, como se refiere en el punto b.3 del presente:

De esta cantidad	:	S/. 1'633,320.00
Se da por cobrado (73.61%)	:	S/. 1'202,286.80
Quedando como Lucro Cesante	:	S/. 431,033.20
Adelanto recibido 30%	:	S/. 129,309.96

**Lucro cesante neto del
Contrato Principal : S/. 301,723.24**

³⁵ Cfr. páginas 7, 8 y 9 del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12/06/2013. El resaltado no es nuestro.

³⁶ Ibídem, página 9. El resaltado no es nuestro.

Obsérvese que en este punto no se incluye como Lucro Cesante, el pendiente de pago del trabajo ejecutado y aceptado que se sumará más adelante (Punto b.1).

Por otro lado, por el contrato adicional, la empresa presenta en su presupuesto S/. 408,330.00 (Cuatrocientos ocho mil trescientos treinta y 00/100 nuevos soles) como utilidades, monto que la Entidad da por aceptado.

De esta cantidad	:	S/. 408,330.00
Por trabajo ejecutado 6%		
Considerado más adelante	:	<u>S/. 24,499.80</u>
Quedando	:	S/. 383,830.20
Del contrato adicional, la empresa recibió el 30% de adelanto	:	S/. 115,149.06

**Lucro cesante neto
del Contrato Adicional** : **S/. 268,681.14**

Obsérvese que ya no se incluye como Lucro Cesante el del trabajo ejecutado, entregado y aceptado (punto b. 1) por considerarse más adelante.

TOTA LUCRO CESANTE

Por trabajo ejecutado	:	S/. 85, 167.77 (18%)
Por contrato principal	:	S/. 301,723.24 (19%)
Por contrato adicional	:	S/. 268,681.14 (19%)

Monto ajustado al 18% de IGV **S/. 650,778.83³⁷**

14.36. En primer lugar, se observa que el perito ha excluido del lucro cesante el porcentaje proporcional equivalente al 30% recibido por EL CONTRATISTA en calidad de adelanto directo³⁸ y ha incluido el porcentaje de la utilidad correspondiente a los trabajos ejecutados y no pagados analizados en los numerales 14.24 al 14.26, de los que considera que el monto por lucro cesante que le corresponde a EL CONTRATISTA asciende a S/. 650,778.83, monto que se encuentra ajustado al IGV del 18%.

³⁷ Cfr. páginas 16 y 17 del dictamen pericial elaborado por el Ing. Gallegos Bustíos del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú.

³⁸ Este adelanto directo del 30% está previsto en la cláusula décimo segunda de EL CONTRATO.

Al respecto, el Colegiado considera que no corresponde en esta etapa deducir el monto correspondiente al adelanto directo pues ello corresponderá ser efectuado en el momento en que las partes liquiden las prestaciones ejecutadas por EL CONTRATISTA, así como los conceptos que se establecen en este laudo, y sea descontado del adelanto otorgado por LA ENTIDAD. Por ende, si al monto establecido por el perito ascendente a S/. 650,778.83 se le incrementan los montos descontados por concepto de adelanto directo, se obtiene como resultado la suma de S/. 900,031.17, que sería el monto que correspondería por la utilidad conformante del lucro cesante demandado.

Sin embargo, el Colegiado observa que tanto el monto establecido por el perito (S/. 650,778.83), como el señalado en el párrafo precedente (S/. 900,031.17), son superiores al monto que EL CONTRATISTA ha indicado al que asciende la utilidad dejada de percibir por la resolución de EL CONTRATO, concepto que forma parte de su lucro cesante. Y es que, efectivamente, en su escrito del 12 de junio EL CONTRATISTA ha expresado que por este concepto le corresponde la suma de S/. 560,274.50. Ante esta situación, el Tribunal considera que no puede ordenar el pago de un monto mayor al solicitado por el titular de la pretensión, por lo que por concepto de utilidades dejadas de percibir a EL CONTRATISTA le corresponde la suma de S/. 560,274.50. De este modo debe descontarse la suma de S/. 85,167.77, conforme se ha expresado en el numeral 14.26, y la suma de S/. 254,670.22, en virtud de lo expresado en el numeral 14.33. En consecuencia, corresponde que por este monto se indemnice a EL CONTRATISTA con la suma de S/. 220,436.51.

Los demás extremos del lucro cesante solicitado por EL CONTRATISTA como parte de su cuarta pretensión no han sido acreditados por lo que deben ser desestimados.

- 14.37. Por las consideraciones expuestas, el Colegiado considera que la cuarta pretensión de EL CONTRATISTA debe ser declarada **fundada en parte**, ordenando el pago de la suma de S/. 1'908,926.07 netos, por los siguientes conceptos:

CONCEPTO	MONTO S/.
Por hectáreas ejecutadas y no pagadas	S/. 425,838.85
Por gastos de movilización, trabajos en terrenos y cálculos en gabinete	S/. 1'262,650.71
Lucro cesante: utilidades	S/. 220,436.51
TOTAL	S/. 1'908,926.07 netos

F. SOBRE LOS GASTOS GENERALES INVOCADOS POR EL CONTRATISTA EN SU QUINTA PRETENSIÓN

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

14.38. La quinta pretensión de EL CONTRATISTA consiste en que "se nos reconozca los mayores gastos incurridos por nuestra parte, derivados de la suscripción de las Adendas 01 al 10, las cuales demandaron realizar una serie de acciones operativas que implicaron un costo para nuestra empresa, dado que, de no ser así, se nos estaría causando un grave perjuicio económico, de conformidad con el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".³⁹

14.39. EL CONTRATISTA señala que:

"Si bien el plazo de ejecución contractual era inicialmente de 45 días calendarios, los cuales se computaban desde el 17 de febrero de 2011 hasta el 03 de abril de 2011, debido a dichas condiciones meteorológicas desfavorables, el plazo contractual se fue ampliando mediante la suscripción de cada una de las Adendas, las cuales originaron que nuestra empresa incurriera en mayores gastos por cada día de ampliación de plazo, teniendo en cuenta para ello que el valor por día ascendía a la suma de S/. 16,333.20 Nuevos Soles.

Con lo cual, siendo ello así, debemos señalar que nuestra empresa ha incurrido en mayores gastos generales, computados desde el 04 de abril de 2011 hasta el 30 de marzo de 2012, fecha esta última en la cual la Entidad procedió a notificarnos la arbitraria e injustificada resolución de contrato efectuada mediante Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA.

Cabe precisar, que nuestra empresa tenía previsto cubrir dichos mayores gastos, derivados de las Adendas suscritas entre ambas partes, justamente con el pago del monto total del presente contrato; sin embargo, al haber sido resuelto de manera injustificada este último, se nos estaría ocasionando un grave perjuicio económico; motivo por el cual deviene en nuestro derecho solicitar el pago de tales mayores gastos, más aún si la Entidad pretende de manera injustificada no reconocernos el monto total del contrato, generando con ello un lucro cesante dejado de percibir, de manera injustificada, por parte de nuestra empresa".⁴⁰

Al respecto, LA ENTIDAD en su contestación de demanda ha expresado que los gastos generales:

"no son de responsabilidad de nuestra institución al haber señalado al inicio del otorgamiento de la buena pro la determinación de los gastos que se irroguen. Asimismo, cabe acotar que las solicitudes de mayor

³⁹ Escrito de demanda, página 3.

⁴⁰ Escrito de demanda, páginas 18 y 19.

plazo presentados por la empresa demandante en cada oportunidad no poseen solicitud de reconocimiento de pago por gastos efectuados en exceso.

En suma, las adendas suscritas establecen expresamente que la ampliación contractual no obliga al pago adicional, a razón que las mismas fueron otorgadas a fin de obtener mayor plazo para el servicio predeterminado, y no se estableció trabajos adicionales, por ende, no cabe el otorgamiento de pago adicional".

Asimismo, refiere que en la cláusula cuarta de las adendas suscritas establecen expresamente que la ampliación contractual no obliga al pago adicional a razón que las mismas fueron otorgadas a fin de obtener mayor plazo para el servicio predeterminado y no se estableció trabajos adicionales, por ende no cabe el pago adicional. Señala también que EL CONTRATISTA "debía contar con equipos mínimos para brindar el servicio, si consideró que debía utilizar otros equipos adicionales además de los solicitados es a su entera responsabilidad".

- 14.40. Al respecto, el artículo 175° de El Reglamento establece que "Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados". Y, sobre el tema, mediante el escrito presentado el 13 de febrero del 2014, LA ENTIDAD ha señalado:

"De acuerdo a la Opinión N° 012-2014/DTN emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, en la que por **primera vez** el OSCE establece expresamente en sus conclusiones el siguiente criterio interpretativo: 'Si bien la Entidad está obligada a pagar oportunamente al contratista los mayores gastos generales una vez aprobada una ampliación de plazo de un contrato de obra, el contratista puede renunciar a este derecho libre y voluntariamente con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, en tanto constituye un derecho patrimonial de libre disposición'". (El énfasis no es nuestro).

Efectivamente, en la Opinión N° 012-2014/DTN emitida el 22 de enero de 2014 la Dirección Técnico Normativa del OSCE, al pronunciarse sobre si los gastos generales eran o no renunciables, estableció lo siguiente:

"Al respecto, debe señalarse que el pago de los mayores gastos generales tiene por objeto reconocer los mayores costos indirectos que asume el contratista como consecuencia del incremento del plazo de

ejecución de la obra por causas ajenas a su voluntad, evitándose, de esta manera, la afectación del equilibrio económico de las prestaciones asumidas por las partes, en aplicación de lo dispuesto por el Principio de Equidad, el mismo que establece que 'Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad (...)'. (El subrayado es agregado).

Sin perjuicio de ello, toda vez que el derecho a cobrar los mayores gastos generales originado por la aprobación de una ampliación de plazo es un derecho de crédito del contratista y, en consecuencia, de su libre disposición, este podría renunciar al mismo, una vez aprobada la ampliación del plazo; máxime si la normativa de contrataciones del Estado no ha prohibido tal renuncia, ni se vulnera alguna norma imperativa o de orden público.

En esa medida, el contratista, libre y voluntariamente, sin que exista coerción o algún vicio al manifestar su voluntad, puede renunciar al pago de los mayores gastos generales variables.

De conformidad con lo expuesto, aun cuando la Entidad está obligada a pagar oportunamente al contratista los mayores gastos generales una vez aprobada una ampliación del plazo de un contrato de obra, el contratista puede renunciar a este derecho libre y voluntariamente con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, en tanto constituye un derecho patrimonial de libre disposición". (El énfasis no es nuestro. Se ha prescindido de los pies de página del texto citado).

Se tiene entonces que en dicha opinión se indica que, en un contrato regulado por La Ley y su Reglamento, la entidad está obligada a pagar oportunamente los mayores gastos generales una vez aprobada la ampliación de plazo, salvo que el contratista, libre y voluntariamente, con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, renuncie a ese derecho. Aplicando ese criterio al caso analizado, se tiene que los gastos generales solicitados por EL CONTRATISTA tendrían que ser pagados, pues en dicha opinión el OSCE ha establecido que la renuncia al pago de los gastos generales debe hacerse con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, siendo que LA ENTIDAD no ha presentado ningún documento que acredite la existencia de tal renuncia en tales condiciones.

Por lo demás, si bien en la cláusula tercera de las adendas suscritas entre CONTRATISTA y ENTIDAD, en mérito de las cuales ésta concedió las ampliaciones de plazo, se establece que "Las modificaciones del Contrato no irrogará gastos adicionales al MINAM", a juicio del Colegiado de dicha

expresión no se puede inferir que con ello EL CONTRATISTA haya renunciado al pago de los gastos generales a los que se refiere el artículo 175° de El Reglamento, pues toda renuncia de derechos subjetivos debe ser clara y expresa, situación que no se observa en el caso analizado, tanto más, si conforme lo ha indicado la propia ENTIDAD en el escrito comentado, dicha renuncia debió efectuarse con posterioridad a la aprobación de la ampliación de plazo, situación que, conforme hemos visto, no ocurre en el presente caso. A ello debe añadirse que se han tenido a la vista las cartas con las que EL CONTRATISTA solicitó las ampliaciones de plazo que generaron luego la celebración de las adendas, no encontrándose en ellas ninguna mención a la intención de EL CONTRATISTA de renunciar a ningún gasto proveniente de tales ampliaciones de plazo.⁴¹

Conforme lo señala la Opinión N° 012-2014/DTN "el contratista puede solicitar el pago de la valorización de mayores gastos generales originados por la aprobación de una ampliación del plazo, en cualquier momento posterior a dicha aprobación, pudiendo incluso solicitarlos directamente hasta en la etapa de liquidación final de obra" (el subrayado no es nuestro). El Colegiado coincide con lo opinado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE y por ello considera que resulta procedente que EL CONTRATISTA, luego que LA ENTIDAD resolviera EL CONTRATO, haya solicitado el pago de dichos gastos generales como parte de su demanda.

- 14.41. En lo que se refiere a lo señalado por LA ENTIDAD, en el sentido de que el CONTRATISTA "debía contar con equipos mínimos para brindar el servicio, si consideró que debía utilizar otros equipos adicionales además de los solicitados es a su entera responsabilidad", el Colegiado tiene en cuenta que los Términos de Referencia que originó EL CONTRATO exigía que el postor debía cumplir como perfil mínimo con lo siguiente, (i) "contar con al menos una aeronave propia o alquilada, encargada de la prestación del servicio a dedicación exclusiva, durante todo el contrato con capacidad de toma de datos Multiespectrales y Lidar en forma simultánea", dichas aeronaves debían contar con los respectivos certificados vigentes expedidos por la Dirección General de Aviación Civil - DGAC; (ii) "contar con por lo menos 8 estaciones de procesamiento de datos para la generación de Ortofotos y procesos de clasificación de datos Lidar con software debidamente licenciado"; y (iii) "deberá contar con un mínimo de diez (10) equipos GPS de Doble frecuencia para apoyo a la toma de datos Multiespectrales y Lidar a tiempo completo durante el desarrollo del proyecto", entre otros requisitos.

⁴¹ Estas cartas forman parte de los Anexos A al J del escrito presentado por EL CONTRATISTA el 12/06/2013.

Proceso Arbitral:

HORIZONS SOUTH AMERICA SAC

MINISTERIO DEL AMBIENTE

Empero, dichos requisitos constituían el equipamiento y bienes mínimos que los proveedores debían cumplir para participar en el proceso de selección del cual se derivó EL CONTRATO; no impedían de modo alguno que los eventuales proveedores ofrecieran una mayor cantidad de bienes y equipos si, a su juicio y experiencia, con ellos se aseguraba el cumplimiento del objeto del proceso de selección. En tal sentido, del Anexo N° 06 de la propuesta técnica presentada por EL CONTRATISTA se observa que este acreditó contar con cuatro aeronaves, con una cámara multiespectral ADS40 y un láser ALS-50, con diez estaciones de procesamiento de datos para la generación de ortofotos y procesos de clasificación de datos Lidar, y acreditó contar con doce equipos GPS, de doble frecuencia para apoyo a la toma de datos Multiespectrales y Lidar a tiempo completo durante el desarrollo del proyecto.

Por ende, el gasto general debe ser calculado en función de los reales gastos generales variables que generó en EL CONTRATISTA la ampliación del plazo de ejecución de EL CONTRATO y no en función del equipamiento mínimo previsto en las bases, pues, en su propuesta técnica EL CONTRATISTA se comprometió a prestar el servicio con un equipamiento mayor, cuyo uso en EL CONTRATO no ha sido cuestionado por LA ENTIDAD. Por lo demás, es de notar que el grado de avance que hubo en la ejecución del servicio no hubiera sido tal si se hubiera prestado con el equipamiento mínimo contemplado en las bases, más aún si se tiene en cuenta que las prestaciones fueron ampliadas en un 25% en mérito de la adenda N° 06-2011.

Por ende, el acatamiento de EL CONTRATISTA de sus obligaciones contractuales de ejecutar el servicio con los equipos ofertados no puede dar lugar a que se le reconozcan únicamente por gastos generales el monto proveniente del equipamiento mínimo previsto en las bases pues ello implicaría sancionar a la parte que ha cumplido con sus obligaciones, en beneficio de aquella que vulneró EL CONTRATO al resolverlo sin existir causal justificada.

14.42. Ahora bien, el artículo 174° de El Reglamento establece que las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios dan lugar al pago de los gastos generales "debidamente acreditados", por ende, corresponde determinar si EL CONTRATISTA ha cumplido con la carga de acreditar los gastos generales cuyo pago demanda. En tal sentido, en el escrito presentado el 12 de junio del 2013 EL CONTRATISTA ha señalado que:

"puso a disposición del presente proyecto los siguientes bienes y personal de trabajo como procedemos a detallar a continuación:

**LISTA DE BIENES Y PERSONAL PUESTO A DISPOSICIÓN DEL
PROYECTO VINCULADOS A COSTO INDIRECTO**

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima

Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810

Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Cantidad	Detalle/Descripción	Registro
9	GPS	Trimble
4	GPS (cada uno incorporado a 1 aeronave)	*
1	Cámara Aerofotogramétrica Digital Leica ADS40	OB1971
1	Equipo Láser ALS50-II Lidar System	OB1971
1	Equipo aerofotogramétrico ADS80 Leica	OB1933
1	Equipo aerofotogramétrico ALS60 Leica	OB1857
1	Equipo Láser ALS50-II Lidar System	OB1932
1	Aeronave Cessna Conquest II + 1 GPS	OB1971
1	Aeronave Cessna T310R + 1 GPS	OB1933
1	Aeronave Cessna T310P + 1GPS	OB1857
1	Aeronave Piper PA-31-350 + 1 GPS	OB1932
	Personal de Trabajo	Puesto
1	Alejandro Talavera Frías	Gerencia General
1	Carlos Herrera Guerrero	Gerencia Operaciones
1	Rolando Robles Moscoso	Gerencia Proyectos

*Estos 4 GPS se encuentran incorporados, cada uno de ellos, en cada una de las cuatro (4) aeronaves puestas a disposición por nuestra empresa para la ejecución del presente proyecto.

Asimismo, de dicho cuadro señalado en el punto anterior, debemos precisar, respecto de la utilización de tales equipos y aeronaves, lo siguiente:

LOS EQUIPOS:

- **Respecto a los GPS:** Que, además de los 9 GPS que se indican en el cuadro, también debe tenerse en cuenta que 1 GPS venía incluido en cada aeronave, con lo cual nuestra empresa puso a disposición del presente proyecto un total de **13 EQUIPOS GPS**, superando lo mínimo requerido en las Bases.

Por otra parte, la utilización de tales GPS se hizo de manera simultánea; es decir, se utilizaron 9 GPS en tierra y 1GPS o máximo 2 GPS en aire, dado que cada aeronave incluía un GPS.

- **Respecto a la Cámara Aerofotogrametría Digital Leica ADS40, los dos Láser ALS50-II Lidar System, el equipo aerofotogramétrico ADS80 Leica y el equipo aerofotogramétrico ALS60 Leica:** debemos

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

señalar que estos equipos se utilizaron durante el vuelo que realizaba alguna de nuestras cuatro (4) aeronaves puestas a disposición del presente proyecto.

LAS AERONAVES:

- **Cessna Conquest II:** aeronave utilizada de la siguiente manera:

Aeronave Cessna Conquest II 441 OB1971	Días
Días volados dentro del área de cobertura	43
Días volados fuera del área de cobertura	2
Días de mantenimiento	246
Días no volados por malas CCMM	29

- **Cessna T310R:** dicha aeronave fue utilizada de la siguiente manera:

Aeronave Cessna T310R OB1933	Días
Días volados dentro del área de cobertura	36
Días volados fuera del área de cobertura	20
Días de mantenimiento	170
Días no volados por malas CCMM	121

- **Cessna T310P:** dicha aeronave fue utilizada de la siguiente manera:

Aeronave Cessna T310P OB1857	Días
Días volados dentro del área de cobertura	22
Días volados fuera del área de cobertura	18
Días de mantenimiento	33
Días no volados por malas CCMM	127

- **Piper PA-31-350:** dicha aeronave fue utilizada de la siguiente manera:

Aeronave Piper PA-31-350 OB1932	Días
Días volados dentro del área de cobertura	11
Días volados fuera del área de cobertura	10
Días de mantenimiento	21
Días no volados por malas CCMM	29

La información señalada en cada uno de tales cuadros, se ve reflejada a su vez, en el **cronograma o bitácora de vuelo** que adjuntamos al presente escrito. (Anexo C-2)⁴².

Asimismo, EL CONTRATISTA refiere que:

"los rubros de depreciación de equipos, costo de personal y costo de aeronaves y equipos, vienen a ser nuestros costos indirectos que estamos incluyendo dentro de nuestros mayores gastos generales, debido a que tales conceptos no se encuentran incluidos en nuestra estructura de costos, referido a brindar el presente servicio".
(...)

Adicionalmente a ello, cabe señalar que tales rubros de **depreciación de equipos, costo de personal y costo por aeronaves y equipos**, vienen a ser nuestros costos indirectos que estamos incluyendo dentro de nuestros mayores gastos generales, debido a lo siguiente:

- a) **Depreciación de Equipos:** La depreciación es el desgaste o agotamiento que sufren los bienes del activo fijo que los contribuyentes utilizan en sus negocios, industria, profesión u otras actividades productoras de rentas gravadas de tercera categoría. Con lo cual, la depreciación de los equipos utilizados por nuestra empresa, devienen en un costo indirecto, por cuanto es un costo que se deriva de realizar nuestra propia actividad empresarial y no directamente de la ejecución de la prestación a nuestro cargo derivada del presente contrato.

Es decir, en el presente caso, la depreciación de nuestros equipos deviene en un costo indirecto, debido a que no es un costo que este incluido en el servicio mismo que se le ha brindado al Ministerio del Ambiente, sino que es un costo de nuestra propia actividad empresarial, el cual hemos venido asumiendo en cada una de las ampliaciones de plazo celebradas con la Entidad y que corresponde se nos reconozca.

- b) **Costo de Personal:** En este caso, la utilización de tal personal de trabajo deviene en un costo indirecto, por cuanto el mismo es parte o es la base para poder desarrollar nuestras actividades empresariales en sí mismas, independientemente del servicio que estamos brindando para la ejecución del presente proyecto.

⁴²

Páginas 11 y 12 del escrito presentado por el CONTRATISTA el 12/06/2014.

Es decir, la contratación del señor Alejandro Talavera Frías (para desarrollar actividades de Gerencia General); del señor Carlos Herrera Guerrero (para desarrollar actividades de Gerencia de operaciones) y del señor Rolando Robles Moscoso (para desarrollar actividades de Gerencia de Proyectos) se encuentran justificadas en el desarrollo de nuestra propia actividad empresarial, no obstante que las labores que desempeñan dichos profesionales en nuestra empresa, también se han visto vinculadas con la ejecución del presente contrato con el Ministerio del Ambiente.

Con lo cual, siendo ello así, es que nuestra empresa no ha procedido a incluir las labores que desempeñan dichos profesionales dentro de la estructura de costos presentada a la Entidad, los cuales han devenido en costos indirectos que nuestra parte ha venido asumiendo con cada una de las ampliaciones de plazo que se fueron celebrando con el Ministerio del Ambiente.

- c) **Costo por aeronaves y equipos:** El hecho de que nuestros equipos que ponemos a disposición de un proyecto se encuentren paralizados por determinados periodos de tiempo, debido a malas condiciones climatológicas, ello deviene en un costo indirecto, por cuanto tal disposición de bienes de nuestra empresa viene a ser parte de los costos en los que incurrimos para realizar de forma debida nuestra actividad empresarial, tal como ha ocurrido en el presente caso, donde de las cuatro (4) aeronaves puestas a disposición de la ejecución del presente proyecto, únicamente volaban en el mejor de los casos, de manera simultánea, dos aeronaves, quedando las otras dos o en ciertas ocasiones las otras tres aeronaves paralizadas en tierra, siempre a disposición de la debida ejecución del proyecto.

Es decir, la simple puesta a disposición de nuestros equipos y aeronaves deviene en un costo indirecto que nuestra empresa debe asumir al momento de que brinda sus servicios, los cuales en el presente caso se han ido incrementando con cada una de las ampliaciones de plazo celebradas con la Entidad.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los gastos generales derivados de la suscripción de las diez (10) adendas con la Entidad, las cuales generaron la ampliación del plazo de

*ejecución contractual, vienen a ser los costos indirectos que nuestra empresa tuvo que asumir durante el cumplimiento de su prestación, es que mediante el presente escrito procedemos a sustentar cada uno de dichos gastos generales de la siguiente manera:
(...) ⁴³.*

En virtud de los fundamentos desarrollados en su escrito del 12 de junio del 2013, EL CONTRATISTA considera que por depreciación de equipos le corresponde S/. 24,731.00; por costo de personal, la suma de S/. 116,559.00; por costo por aeronaves y equipos GPS, la suma de 5'491,575.00; por facturas SENAMHI, la suma de S/. 90,192.12; y comisiones por cartas fianzas, la suma de S/. 183,424.00.

14.43. Al respecto, en el dictamen pericial emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú se indica lo siguiente:

"Conforme lo expresamos en el punto b.4) y de acuerdo al Artículo 175 del Reglamento de Ley mencionada, en este concepto únicamente se consideran los gastos generales variables que tuvo que hacer la empresa HSA, por mantener todas sus instalaciones, equipos, aeronaves y servicios debidamente operativos que imprescindiblemente lo tuvo que hacer para la realización del proyecto contratado por mayor tiempo del previsto debido a las ampliaciones de plazo, aceptados éstos implícitamente por la entidad al firmar las adendas respectivas de extensión.

Téngase en cuenta también que para el cálculo de mayores gastos generales, se consideran aquellos que debieron ser previsibles por la entidad al aceptar y firmar una ampliación de plazo, es decir aquellos gastos indirectos propios para mantener todo el sistema operativo requerido para el cumplimiento del trabajo contratado y de conocimiento implícito de la Entidad durante todos los días de extensión de plazo, que el propio contrato y el perfil del postor lo estipulan como:

Contar con una aeronave propia o alquilada debidamente equipada para este servicio a dedicación exclusiva durante todo el Contrato, con capacidad de toma de datos multiespectral y tecnología Lidar en forma simultánea.

⁴³

Páginas 14, 15 y 16 del escrito presentado por el CONTRATISTA el 12/06/2014.

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima

Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810

Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Idénticamente con los equipos GPS, el Contrato pide 10 a dedicación exclusiva y toma permanente de información, la empresa puso 14.

De igual forma con la cámara digital multiespectral con sistema LIDAR a dedicación exclusiva y además mantener ocho estaciones en base de procesamiento de datos.

Tomando en consideración el escrito de HSA que sustentan tales cantidades pretendidas y los respectivos anexos probatorios podemos indicar con precisión lo siguiente:

- 1) **Depreciación de Equipos GPS.-** No procede reclamar este rubro, ya que la normatividad y Entidad no lo prevé como gastos generales en extensiones de plazo, por tanto se debe eliminar este rubro.
- 2) El consumo de combustible no aplica debido que para las aeronaves se considera el tiempo que estuvo estacionada en el aeropuerto esperando condiciones meteorológicas buenas.
 - a) No aplica considerar, Sistema de Navegación Aérea, aterrizaje y despegue, por la misma razón anterior.
 - b) Sí procede aplicar el costo de estacionamiento diario.
 - c) No procede aplicar utilidades del 30%, porque se habla de gastos generales y no de utilidades o lucro y que justamente este es el perjuicio o riesgo de la empresa por tener equipos paralizados por causas no atribuibles ni a la Entidad ni al contratista y aceptar extensiones de plazo. (ver anexos B1, B2, B3, B4)
- 3) No aplica considerar para este tipo de aeronaves el costo de 2.5 hrs. Ni 1.5 hrs. Por cada día de paralización en tierra y listo para el despegue. El estándar aceptado para aviones de categoría **aviación general** como los de la empresa es, el costo en tierra de un día calendario estacionado equivale al costo de 1 hora de vuelo (sin combustible), no interesando si tiene mayor promedio volado; este cálculo está en función del consumo calendario del avión, sus sistemas y equipos por cada día y que lo establecen sus programas de mantenimiento y requerimientos de aeronavegabilidad, que es diferente a la depreciación por calendario que en este caso no aplica, pero si a la reposición y

Proceso Arbitral:

HORIZONS SOUTH AMERICA SAC

MINISTERIO DEL AMBIENTE

mantenimiento obligatorios, por vencimiento y actualización calendario obligado para mantener su aeronavegabilidad (**requerimiento exigido en el contrato**) y por los equipos especiales mantener su vigencia y actualización.

Por lo que el nuevo costo horario de cada aeronave se reduce a los valores mostrados en los Anexos B1, B2, B3, B4.

COSTO POR HORA REAJUSTADO EN S/.		
AVIÓN	VALOR HSA	NUEVO VALOR REAL
OB 1971	22505.86	16397.26
OB1933	11385.71	8515.76
OB1857	10946.21	8167.41
OB 1932	17273.47	12985.61

- 4) Se ha observado que los cargos como, seguro, mantenimiento de línea, estacionamiento, pilotos, administración, gastos diarios de estadía de personal lo hacen con este criterio considerando 300 hrs. al año, que si bien no es exactamente una hora igual a un día calendario es como lo considera la industria. Ver anexo C, C1 y Bluebook 2013. Corresponde hacer el reajuste por índice de precios al consumidor 2011-2013 pero se hizo en su reemplazo el reajuste en el tipo de cambio @2.75.

Con estos criterios se hace el recálculo de estos rubros, quedando el nuevo cuadro resumen como:

COSTO POR AERONAVES Y EQUIPOS									
item	cantidad	Descripción	Registro	Observación	Costo por Hr/vio	Promedio Hr/vio	Costo por día	Días no volados por CCMM	Subtotal costo por N° días
1	9	GPS	Trimble		195	1	195	1747	340,665.00
2	1	Aeronave Cessna Conquest	OB1971	Láser y cámara	16397.26	1	16397.26	29	475,520.54
3	1	Aeronave Cessna T 310 R	OB1983	Con cámara	8515.76	1	8515.76	121	1,030,406.96
4	1	Aeronave Cessna T 310 P	OB1857	Con láser	8167.41	1	8167.41	127	1,037,261.07

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima

Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810

Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Proceso Arbitral:

*HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE*

5	1	Aeronave Piper PA-31-350	OB1932	Laser Cámara	y	12985.61	1	12985.61	29	376,582.69
TOTAL COSTO AERONAVES Y EQUIPOS S/.3,260,436.26										

- 5) Los cálculos por los gastos de personal se encuentran razonables y se reconoce el monto calculado de S/.116,559.00. Visto en el punto b.4
- 6) En el reporte de SENAMHI se debe descontar la primera cuota del cuadro ya que se refiere al período en el que el contrato original aún estaba vigente del 15 de febrero 2011 al 15 de marzo 2011, por lo que se deben deducir S/.5,487.00 (cinco mil cuatrocientos ochenta y siete y 00/100 nuevos soles), quedando por reclamar por este rubro S/.84,70.12. visto en el punto b.4; por lo que la cantidad total de Mayores Gastos Generales se reduce a:

RUBROS	S/.
AERONAVE Y EQUIPOS	3,260,436.26
PERSONAL	116,559.00
SENAMHI	84,705.12
COMISIÓN CARTA FIANZA	183,423.50
TOTAL MAYORES GASTOS GENERALES	3,645,123.88

- 7) Comisión Carta Fianza, compete reclamar este pago por comprender al extensión de plazo de la vigencia de la Carta Fianza, que en total hace un valor de S/.183,423.50"⁴⁴.

14.44. El Colegiado considera que por las razones expresadas en el peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú no corresponde considerar como integrante de los gastos generales los rubros: i) depreciación de equipos GPS; ii) consumo de combustible; iii) Sistema de Navegación Aérea; iv) utilidades del 30%.

14.45. El Colegiado concuerda con el dictamen pericial del Colegio de Ingenieros del Perú en el sentido de que el gasto general debe estar comprendido por los siguientes rubros: i) costo de estacionamiento diario de las aeronaves durante el tiempo que por las condiciones meteorológicas no pudieron operar; ii) el

⁴⁴ Cfr. Páginas 17 al 21 del dictamen pericial del dictamen elaborado por el Ing. Gallegos Bustíos del Centro de Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú.

costo de las aeronaves y de los equipos GPS por cada día que permanecieron en tierra sin poder operar debido a las condiciones meteorológicas; iii) los gastos de personal; iv) los reportes del SENAMHI, y v) las comisiones por renovación de las cartas fianzas durante el tiempo que el plazo de ejecución contractual fue ampliado por las condiciones meteorológicas.

En tal sentido, el Colegiado ha analizado los documentos que forman parte del escrito presentado el 12 de junio del 2013 por EL CONTRATISTA, en especial el anexo B (Costo de personal, costo laboral gerencia general, de operaciones, de proyectos, días a considerar - días no volados por malas condiciones meteorológicas); el anexo C - costo por aeronaves y equipos (costo por hora vuelo, costo por día, días no volados por condiciones meteorológicas, informes técnicos de vuelo de las cuatro aeronaves, seguro por hora, mantenimiento/reposición de motores/repuestos, estacionamiento SNAR-APROX-ATER-DESP, mecánico por hora, piloto por hora, boleta de pago de administrativos; soporte por hora, instalación, reposición por hora y repuestos generales de los equipos láser y cámaras aerofotográficas); y anexo D (facturas del SENAMHI, liquidaciones de comisiones de cartas fianzas).

Del análisis efectuado a estos documentos, el Colegiado considera que acreditan que efectivamente EL CONTRATISTA ha incurrido en los gastos consistentes en: i) costo de estacionamiento diario de las aeronaves durante el tiempo que por las condiciones meteorológicas no pudieron operar; ii) el costo de las aeronaves y de los equipos GPS por cada día que permanecieron en tierra sin poder operar debido a las condiciones meteorológicas; iii) los gastos de personal; iv) los reportes del SENAMHI, y v) las comisiones por renovación de las cartas fianzas durante el tiempo que el plazo de ejecución contractual fue ampliado por las condiciones meteorológicas.

- 14.46. En cuanto a la cuantificación de los rubros descritos en el numeral precedente, el Colegiado comparte el criterio aplicado por el perito en el sentido de no aplicar ni 2.5 horas, ni 1.5 horas por cada día de paralización en tierra, sino considerar por este concepto el valor de una hora de vuelo –sin incluir combustible– por cada día estacionado. En mérito de los documentos adjuntados por el demandante y atendiendo la valuación efectuada por el perito, el Colegiado considera que el rubro de aeronaves y equipos asciende a S/. 3'260,436.26.

El Colegiado también considera adecuado los cálculos por los gastos de personal efectuados por EL CONTRATISTA y que –conforme lo ha verificado el perito– ascienden a S/. 116,559.00. También coincidimos con el monto establecido por el perito por los reportes del SENAMHI, que ascienden a S/.

Proceso Arbitral:

HORIZONS SOUTH AMERICA SAC

MINISTERIO DEL AMBIENTE

84,705.12. Y lo mismo con las comisiones por renovación de cartas fianzas, por la suma de S/. 183,423.50.

El Colegiado también ha valorado la prueba presentada por LA ENTIDAD el 23 de abril del 2014 consistente en el informe emitido por CORPAC sobre los vuelos realizados por las aeronaves OB-1971, OB-1933, OB-1857 y OB-1932, y en función de los cuales LA ENTIDAD ha sostenido que *"existe una diferencia sustancial en los días volados que sostienen la empresa Horizons y los que considera el MINAM"*, dado que EL CONTRATISTA considera haber volado 112 días, cuando el MINAM considera que los días volados solo ascienden a 69 días, existiendo una diferencia de 43 días⁴⁵. Empero, se debe tener presente que los gastos generales que son objeto de reclamo no corresponden a los días volados por las aeronaves, sino a los días en que estuvieron estacionadas al no poder volar por las condiciones meteorológicas y porque –según el contrato– debían estar destinadas exclusivamente al proyecto. En tal sentido, si se considerara una menor cantidad de días volados –como se propone en el escrito del 23 de abril del 2014– ello implicaría admitir una mayor cantidad de días en que las aeronaves no habrían podido volar, incrementando de ese modo el monto de los gastos generales⁴⁶. En todo caso, el informe de CORPAC constituye un elemento a favor del pago de los gastos generales en la cuantía prevista en el dictamen pericial, pues el informe de CORPAC considera –*contrarium sensum*– una mayor cantidad de días no volados por las aeronaves que los considerados por EL CONTRATISTA.

14.47. En tal virtud, luego de analizar con detenimiento las pruebas presentadas por las partes, coincidiendo con el dictamen pericial elaborado por el Colegio de Ingenieros del Perú, el Tribunal considera que la quinta pretensión de EL CONTRATISTA debe ser declarada **fundada en parte** y, en consecuencia, corresponde reconocer a EL CONTRATISTA la suma de S/. 3'645,123.88 netos por concepto de gastos generales variables, conformados por los siguientes rubros:

RUBROS	S/.
--------	-----

⁴⁵ Cfr. escrito presentado por la ENTIDAD el 23/04/2014.

⁴⁶ Sobre ello se ha referido el CONTRATISTA en su escrito presentado el 02/05/2014 al señalar *"Sin embargo, si tomamos como cierto lo señalado en el informe del MINAM se estaría diciendo que los días que no hemos volado por malas condiciones meteorológicas no son 306 días sino 349 días, es decir, 43 días de diferencia, teniendo como consecuencia que el pago de mayores gastos generales que hemos solicitado y que es materia de controversia, sea un monto mayor, puesto que el cálculo para determinar el monto de los mayores gastos generales se obtiene de:*

COSTO POR DÍA X DÍAS NO VOLADOS".

Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima

Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810

Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe

Aeronaves y equipos	3,260,436.26
Personal	116,559.00
SENAMHI	84,705.12
Comisiones por cartas fianzas	183,423.50
TOTAL MAYORES GASTOS GENERALES	3'645,123.88 netos

14.48. El Colegiado considera que los conceptos integrantes de la cuarta pretensión de EL CONTRATISTA que son declarados fundados en este laudo guardan relación directa entre el daño generado y la decisión de LA ENTIDAD de resolver EL CONTRATO. En adición a ello, en lo referente a los conceptos integrantes de la quinta pretensión, los gastos generales se han generado por las ampliaciones de plazo otorgadas por LA ENTIDAD ante las condiciones meteorológicas consideradas por ambas partes como caso fortuito y que, conforme lo dispone el artículo 175º de El Reglamento dan lugar al pago de los gastos generales.

XV. LOS COSTOS ARBITRALES. LA SEXTA PRETENSIÓN DEL CONTRATISTA

15.1. Finalmente, corresponde analizar el último punto controvertido, determinando a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos arbitrales resultantes del arbitraje. Sobre el particular, el artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje 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"*.

15.2. Los honorarios definitivos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría se encuentran dispuestos en la Resolución N° 13 (con la que se dispuso el reajuste de honorarios) y son los siguientes:

- Total de honorarios del Tribunal Arbitral producto del reajuste de honorarios, incluido el anticipo de honorarios: S/. 93,000.00 netos⁴⁷.

⁴⁷ En la Resolución N° 13 se dispuso reajustar los honorarios arbitrales en la suma de S/. 31,000.00 Nuevos Soles netos para cada árbitro.

- Total de honorarios de la Secretaría Arbitral producto del reajuste de honorarios, incluido el anticipo de honorarios: S/. 18,600.00 netos⁴⁸.

- Total de honorarios arbitrales y Secretaria Arbitral: S/. 111,600.00 netos.

- 15.3. Ante la ausencia de acuerdo expreso entre las partes sobre quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos arbitrales de este arbitraje, corresponde distribuir los costos arbitrales entre las partes conforme se indica a continuación.

El Colegiado ha apreciado que ambas partes han actuado basados en la existencia de razones para litigar que a su criterio resultaban atendibles, y por ello han litigado convencidos de sus posiciones ante la controversia. Por ello, consideramos que no corresponde ordenar a ninguna de ellas el pago de los costos arbitrales.

En consecuencia, se dispone que cada parte asuma sus propios costos y los costos comunes, entendiendo por tales los honorarios de la Secretaria y del Tribunal, deben ser asumidos en partes iguales.

- 15.4. Por ende, la sexta pretensión de EL CONTRATISTA consistente en que LA ENTIDAD sea condenada al pago de los costos arbitrales debe ser desestimada.

- 15.5. No obstante, el Tribunal debe tener en cuenta que EL Contratista ha asumido en su totalidad los costos del presente arbitraje habiendo cancelado el pago total de los honorarios arbitrales y Secretaria Arbitral, en la suma de S/. 111,600.00 Nuevos Soles Netos, en consecuencia, este Tribunal estima que LA ENTIDAD reintegre a EL CONTRATISTA el 50% que le corresponde cuyo monto asciende a la suma de **S/. 55,800.00 Nuevos Soles netos** más los intereses legales que correspondan hasta la fecha de pago, de conformidad con el numeral 48 del Acta de Instalación.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, el Colegiado Arbitral resolviendo en Derecho **LAUDA:**

⁴⁸ En la Resolución N°13 se dispuso reajustar los honorarios de la Secretaría en la suma de S/.18,600.00 Nuevos Soles netos.

Proceso Arbitral:

*HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE*

PRIMERO: Declarar infundada la primera pretensión principal demandada por Horizons South America SAC consistente en que se ordene al Ministerio de Ambiente dejar sin efecto la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA efectuada mediante la Resolución Directoral N° 072-2012-MINAM-SG/OGA.

SEGUNDO: Declarar infundada la segunda pretensión principal demandada por Horizons South America SAC consistente en que se deje sin efecto la resolución del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA.

TERCERO: Declarar infundada la tercera pretensión principal demandada por Horizons South America SAC consistente en que se ordene al Ministerio del Ambiente que cumpla con las obligaciones derivadas del Contrato N° 012-2011-MINAM-OGA.

CUARTO: Declarar fundada en parte la cuarta pretensión demandada y ampliada por Horizons South America SAC y, en consecuencia, se dispone que el Ministerio del Ambiente abone una indemnización por daños y perjuicios correspondiente al lucro cesante y al daño emergente, ascendente a S/. 1'908,926.07 (Un millón novecientos ocho mil novecientos veintiséis con 07/100 nuevos soles) netos.

QUINTO: Declarar fundada en parte la quinta pretensión demandada por Horizons South America SAC y, en consecuencia, reconózcasele la suma de S/. 3'645,123.88 (Tres millones seiscientos cuarenta y cinco mil con ciento veintitrés con 88/100 nuevos soles) netos por mayores gastos generales derivados de la suscripción de las Adendas 01 a la 10.

SEXTO: Disponer que cada una de las partes asuma los costos arbitrales en los que hubiera incurrido y en partes iguales los costos arbitrales relativos a los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaria Arbitral, y que el Ministerio del Ambiente debe reintegrar a Horizons South America SAC el 50% que le corresponde por concepto de costos y costas del proceso arbitral, cuyo monto asciende a la suma de S/. 55,800.00 Nuevos Soles netos (Cincuenta y cinco mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles netos) más los intereses legales que correspondan hasta la fecha de pago, conforme a lo indicado en el considerando 15.5 del presente laudo.

SÉPTIMO: A la sexta pretensión principal demandada relacionada con la condena de costos arbitrales: Estese a lo resuelto en el punto resolutivo precedente.

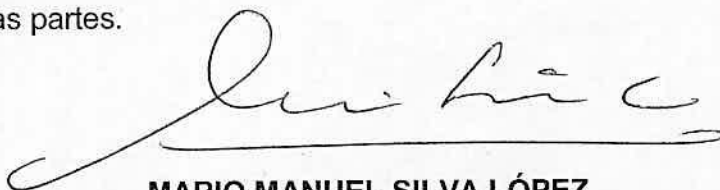
*Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe*

Proceso Arbitral:

*HORIZONS SOUTH AMERICA SAC
MINISTERIO DEL AMBIENTE*

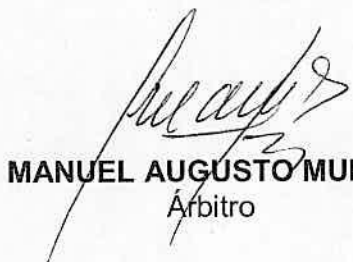
OCTAVO: REMITASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.



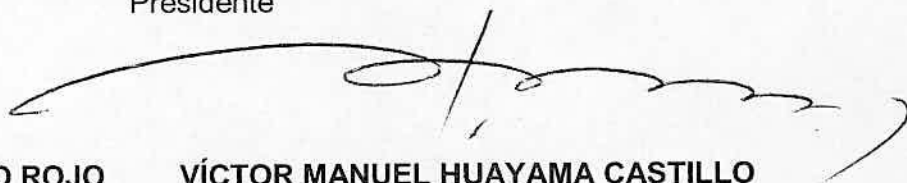
MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ

Presidente



MANUEL AUGUSTO MURO ROJO

Árbitro



VÍCTOR MANUEL HUAYAMA CASTILLO

Árbitro



CARMEN SANTA CRUZ ALVAREZ

Secretaria Arbitral

*Sede Arbitral: Av. Arequipa 1295 Oficina 601 – Santa Beatriz, distrito de Lima
Teléfonos: 2659043 – 998040296 – 992388810
Correo electrónico: carmen.santacruz@pucp.pe*

