

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que en la controversia surgida entre Consorcio Ejecutor Junín con Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL

Número de Expediente de Instalación: I 140 - 2014

Demandante: Consorcio Ejecutor Junín (en lo sucesivo, el Consorcio o el demandante)

Demandado: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - PROVIAS NACIONAL (en lo sucesivo, la Entidad o el demandado)

Contrato: Contrato de Ejecución de Obra N° 100-2006-MTC/20 para la construcción del tramo colapsado del Puente Raither.

Monto del Contrato: S/. 8'619,472.89.

Cuantía de la Controversia: S/. 838,128.98.

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública Nacional N° 0002-2005/MTC/20

Tribunal Arbitral: Katty Mendoza Murgado, Mario Manuel Silva López y Ludwig Bautista Rado.

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Dra. C. Antonella Quispe Valenzuela.

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 9,000.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 7,200.00

Fecha de emisión del laudo: 6 de mayo de 2016

Nº de Folios: 62

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- | | |
|--|--|
| <input type="checkbox"/> Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato. | <input type="checkbox"/> Mayores gastos generales. |
| <input type="checkbox"/> Resolución del contrato. | <input checked="" type="checkbox"/> Indemnización por daños y perjuicios. |
| <input type="checkbox"/> Ampliación del plazo contractual. | <input type="checkbox"/> Enriquecimiento sin causa. |
| <input type="checkbox"/> Defectos o vicios ocultos. | <input type="checkbox"/> Adicionales y reducciones. |
| <input type="checkbox"/> Formulación, aprobación o valorización de metrados. | <input type="checkbox"/> Adelantos. |
| <input type="checkbox"/> Recepción y conformidad. | <input type="checkbox"/> Penalidades. |
| <input type="checkbox"/> Liquidación y pago. | <input type="checkbox"/> Ejecución de garantías. |
| | <input type="checkbox"/> Devolución de garantías. |
| | <input checked="" type="checkbox"/> Otros: Abuso de derecho |

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL	4
III. COSTOS DEL PROCESO.....	10
IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO.....	10
V. DECLARACIONES PRELIMINARES.....	11
VI. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES.....	12
ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:	13
VII. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:	13
VIII. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA	24
IX. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA	52
X. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA	59
XI. LAUDO	61

Resolución N° 13

En Lima, a los 6 días del mes de mayo de 2016, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Demandante y del Demandado, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 08 de marzo de 2006, las partes celebraron el Contrato de Ejecución de Obra N° 100-2006-MTC/20 para la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: “Construcción del Tramo Colapsado del Puente Raither, en adelante, “el Contrato”.
- 1.2. La Cláusula Décimo Tercera del Contrato dispone – en su parte pertinente - que:

“[...] las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho, a fin se (sic) pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. La solicitud de arbitraje y la respuesta de ésta, se efectuará conforme a lo dispuesto por los artículos 276º y 277º del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850 [...]”.

- 1.3. El 05 de junio de 2015, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, el Tribunal Arbitral, el representante del demandante y el profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, Katherine Mirtha Quiroz Acosta, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en ese mismo acto el Colegiado ratificó su aceptación, señalando que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligándose a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

encomendada; y expresando la parte asistente su conformidad con la designación realizada, manifestando que al momento de la realización de dicha audiencia no tiene conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno Ad Hoc, Nacional y de Derecho.
- 1.5. Así también, en esta Audiencia el Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L., quien a su vez designó a la abogada Carmen Antonella Quispe Valenzuela, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. Mediante escrito N° 1 presentado con fecha 22 de junio de 2015, el Consorcio presentó su demanda arbitral ofreciendo para tal efecto los medios probatorios que detalló y anexó. Las pretensiones de la demanda fueron:

"(...)

1. **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que el Tribunal Arbitral declare que existió Abuso de Derecho en la proporción de la Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato (Póliza N° 6813772) de conformidad con lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.
2. **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca al Consorcio el monto correspondiente a la suma de S/. 838,128.98 por los daños ocasionados a

consecuencia del abuso de derecho ejercido por la Entidad, más los intereses legales que se generen desde la fecha de la ejecución de la Carta Fianza, sobre el exceso cobrado, hasta la fecha efectiva de su pago.

3. **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**.- Que, la demandada asuma el pago íntegro de las costas y costos del proceso arbitral (...)"
- 2.2. Mediante Resolución Nº 1 de fecha 14 de julio de 2015, se dispuso, entre otros, admitir a trámite la demanda interpuesta por el Consorcio, teniendo por ofrecidos los medios probatorios que la acompañan y corriéndose traslado de la misma a la Entidad para que en el plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución, presente su contestación a la demanda y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.
- 2.3. Ante ello, el 12 de agosto de 2015 la Entidad presentó su escrito bajo la sumilla de "excepción de cosa juzgada, contestamos demanda y delegación," ofreciendo los medios probatorios que detalló y adjuntó, el mismo que fue proveído mediante Resolución Nº 2 de fecha 21 de agosto de 2015 a través de la cual, entre otros, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Entidad así como por ofrecidos los medios probatorios que respaldan su posición y se puso a conocimiento del Consorcio. Asimismo, se resolvió tener por deducida la excepción de cosa juzgada por Provías Nacional y se corrió traslado de ella al Consorcio Ejecutor Junín, para que en un plazo de quince (15) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución, absuelva el traslado y manifieste lo conveniente a su derecho.
- 2.4. Asimismo, dentro del plazo otorgado, el Consorcio ha cumplido con presentar su escrito de fecha 16 de septiembre del 2015, absolviendo el traslado conferido respecto a la excepción de cosa juzgada, conforme a los argumentos esbozados en dicho escrito y ofreciendo

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20”

medios probatorios, el mismo que fue proveído mediante Resolución Nº 3 de fecha 24 de setiembre de 2015, en la que atendiendo al estado del proceso, y conforme lo dispuesto en el Acta de Instalación, se citó a ambas partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, para el día martes 20 de octubre de 2015, a horas 15:00 p.m., en las instalaciones de la sede arbitral, otorgándoles un plazo de (3) días hábiles para que formulen sus propuestas de puntos controvertidos.

- 2.5. Con fecha 01 de octubre de 2015, el Consorcio presentó su propuesta de puntos controvertidos, lo mismo hizo la Entidad con fecha 01 de octubre de 2015. Escritos que fueron proveídos y se tuvieron presentes mediante Resolución Nº 4.
- 2.6. El 20 de octubre de 2015, con la participación del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral y las partes, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, la misma que se inició invitando a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, quienes expresaron que por el momento no era posible arribar a una conciliación, dejándose abierta la posibilidad de que las partes logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del proceso arbitral.

Posteriormente a ese acto, el Tribunal Arbitral, procedió a fijar los puntos controvertidos en función a las pretensiones presentadas por el Consorcio y luego de oír a ambas partes.

Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Ejecutor Junín en el acápite IV “MEDIOS PROBATORIOS” y adjuntados en el acápite V “ANEXOS” del escrito de demanda de fecha 26 de junio de 2015. Asimismo, se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de absolución de cosa juzgada de fecha 16 de

setiembre de 2015, los mismos que fueron ofrecidos en su escrito demanda.

De la parte demandada se admitieron todos los medios probatorios documentales ofrecidos por la Entidad en el acápite de "EXCEPCION DE COSA JUZGADA" del escrito de Contestación de demanda de fecha 12 de agosto de 2015, identificados en los numerales del 1 al 4. Asimismo, en el numeral 5) ofreció como medios probatorios la exhibición de determinados documentos que se ordenó al Consorcio cumpla con exhibir.

En ese mismo acto, el Tribunal Arbitral citó a las partes a una Audiencia de Ilustración de Posiciones para el día jueves 12 de noviembre a las 12:00 horas.

- 2.7. Con fecha 12 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la mencionada Audiencia de Ilustración de Posiciones, con la participación del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral, y los representantes de ambas partes, en la cual se les otorgó a ambas partes el uso de la palabra. Luego de ello el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinentes a las partes, respondiendo éstas a las mismas, dejando constancia que la presente audiencia se encuentra registrada en una grabación audio digital, cuya copia podrá ser solicitada por las partes si así lo estiman pertinentes, no habiendo otro asunto que tratar, se dio por concluida la audiencia. Mediante Resolución N° 5 dictada en la misma audiencia se corrió traslado al Consorcio por el plazo de cinco (05) días hábiles del escrito de sustentación de reconsideración de la Entidad y asimismo se corrió traslado a la Entidad por el plazo de quince (15) días hábiles de los documentos presentados por el Consorcio.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

- 2.8. Con Resolución N° 6 dictada el 17 de noviembre de 2015 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales en la parte que le corresponde a la Entidad.
- 2.9. Con escrito presentado el 03 de diciembre de 2016 la Entidad absuelve el traslado conferido mediante Resolución N° 5, referida a la exhibición de documentación por parte del Consorcio, indicando que hubo un error y lo que solicitaba era que se exhiba el laudo arbitral de fecha 21 de febrero de 2012.
- 2.10. Mediante Resolución N° 7 dictada con fecha 14 de diciembre de 2015 se declaró infundada la reconsideración planteada por la Entidad contra el extremo del Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos referido a la excepción de cosa juzgada y como consecuencia se dejó constancia que la excepción de cosa juzgada se resolvería al momento de laudar. Asimismo en dicha resolución se otorgó al Consorcio el plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que exhiba el laudo arbitral de fecha 21 de febrero de 2012.
- 2.11. Con escrito de fecha 28 de diciembre de 2015 el Consorcio presentó el laudo arbitral de fecha 21 de febrero de 2012. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 5 dictada el 31 de diciembre de 2015 se en la cual se tuvo por cumplido el requerimiento de exhibición por parte del Consorcio y se corrió traslado del referido laudo a la Entidad.
- 2.12. Mediante escrito de fecha 12 de enero de 2016 la Entidad manifestó lo conveniente a su derecho respecto a la exhibición del laudo. Dicho escrito fue proveído con Resolución N° 9. A través de dicha resolución se tuvo por admitidos 4 medios probatorios, se prescindió de la Audiencia de Pruebas, se declaró el cierre de la etapa probatoria y se

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

concedió el plazo de cinco (05) días hábiles a ambas partes a fin de que presenten sus alegatos escritos.

- 2.13. El Contratista y la Entidad mediante escritos de fecha 28 y 29 de enero de 2016 respectivamente presentaron sus alegatos escritos, asimismo la Entidad solicitó se programe la audiencia de Informes Orales. Dichos escritos fueron proveídos mediante Resolución N° 10 en la cual se tuvo por presentados los alegatos escritos de ambas partes y se citó la Audiencia de Informes Orales a llevarse a cabo el día 10 de febrero de 2016.
- 2.14. El día 10 de febrero de 2016, con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la cual se le otorgó el uso de la palabra a los abogados de tanto del Consorcio como de la Entidad a fin de que expongan sus argumentos de defensa. Finalmente el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinentes a las partes, las cuales fueron absueltas por las mismas. Asimismo en dicha audiencia se procedió a cerrar la instrucción y se fijo el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles, dejando constancia que dicho plazo podrá ser prorrogado a entera discreción del Tribunal Arbitral por treinta (30) días hábiles adicionales, contando la secretaría arbitral con siete (07) días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes.
- 2.15. Mediante escrito presentado el 11 de febrero de 2016 el Consorcio solicitó una copia del audio de la audiencia de Informes Orales llevada a cabo el día 10 de febrero de 2016. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 11 en la cual se informó que el CD que contenía la grabación de la audiencia fue remitido mediante Carta de 10 de febrero de 2016 al Consorcio.
- 2.16. Finalmente, mediante Resolución N° 12 dictada el 18 de marzo de 2016 se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20"

estableciendo que el plazo para laudar vencería el 06 de mayo de 2016.

III. COSTOS DEL PROCESO

- 3.1. En lo referente a los costos arbitrales, estos fueron fijados en los numerales 53 y 54 del Acta de Instalación del Arbitraje en la suma neta de S/. 9,000.00 netos para cada uno de los Árbitro y en S/. 7,200.00 netos para la secretaría arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.
- 3.2. Mediante Resolución N° 1 dictada el 14 de julio de 2015, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía al Consorcio.
- 3.3. Mediante Resolución N° 2 dictada el 21 de agosto de 2015, se requirió una vez más a la Entidad para que en el plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con acreditar el pago de los honorarios arbitrales.
- 3.4. Mediante Resolución N° 4 dictada el 02 de octubre de 2015, se otorgó a la Entidad una ampliación de plazo de quince (15) días hábiles, para que cumpla con acreditar el pago de los honorarios arbitrales correspondientes a los miembros del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral.
- 3.5. Mediante Resolución N° 6 dictada el 17 de noviembre de 2015, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales en la parte que le correspondía a la Entidad.

IV. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO

4.1. Atendiendo a las pretensiones contenidas en la demanda y luego de oír a ambas partes se fijaron los puntos controvertidos en los siguientes términos:

1. Determinar si existió o no abuso de derecho en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato (Póliza Nº 6813772)
2. Determinar si corresponde o no que la Entidad reconozca al Consorcio la suma de S/.838,128.98 por los daños ocasionados a consecuencia del abuso de derecho ejercido por la Entidad, mas los intereses legales que se generen desde la fecha de la ejecución de la carta fianza sobre el exceso cobrado, hasta la fecha efectiva de su pago.
3. Determinar a quién y qué proporción corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales que incluyen los honorarios de los árbitros y secretaría arbitral.

V. **DECLARACIONES PRELIMINARES**

5.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) El Consorcio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
- (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, habiéndola contestado oportunamente.

- (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar oralmente en la Audiencia de Informes Orales.
- (v) Se han analizado todas las afirmaciones y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

VI. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES

- 6.1. El 08 de marzo de 2006, las partes celebraron el Contrato de Ejecución de Obra Nº 100-2006-MTC/20, el cual tenía por objeto la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: “Construcción del Tramo Colapsado del Puente Raither”
- 6.2. En dicho Contrato se estableció que la vigencia del mismo se extendería a partir de la suscripción del presente Contrato en este caso, a partir del día 08 de marzo de 2006, hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del Consorcio. El plazo de ejecución del Proyecto era de ciento veinte (120) días naturales, contados a partir del día siguiente de recibido el Adelanto directo.
- 6.3. Además de ello, la parte pertinente de la Cláusula Décimo Tercera del Contrato dispone que:

“[...] Las partes se someterán a un Arbitraje de Derecho, a fin (sic) se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. La solicitud de arbitraje y la respuesta de esta, se efectuara conforme a lo dispuesto por

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20”

los artículos 276º y 277º del Reglamento del Texto Único
Ordenado de la Ley Nº 26850 [...]. ”.

ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA:

VII. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA:

- 7.1. Previo a resolver la controversia materia del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral considera que corresponde resolver la excepción de cosa juzgada deducida por la Entidad contra la demanda, para tales efectos, este Colegiado atiende a la:

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 7.2. Que, por Resolución Directoral Nº 2994-2006-MTC/20 de fecha 20 de octubre del 2006 la Entidad resolvió de pleno derecho el Contrato, por causas imputables al Consorcio. Atendiendo a dicha decisión, el Consorcio sometió a arbitraje la resolución del Contrato decretada por la Entidad, por lo que con fecha 15 de febrero de 2007 inició un proceso arbitral, planteando en su demanda entre otras, las siguientes pretensiones:

“Primera Pretensión Principal.” Que el Tribunal Arbitral declare la invalidez e ineficacia tanto de la Resolución Directoral Nº 1190-2006-MTC/20 con la que se designó como Inspector Temporal de Obra al ingeniero Carlos Sanchez Lizarzaburu, así como del Oficio Nº 038-2006-MTC/20.5 por el cual la Entidad estableció que con la designación del Supervisor Temporal se cumplió con el requisito establecido en el numeral 1) del Artículo 240º del RLCAE, para el inicio del plazo de ejecución de obra.

Segunda Pretensión Principal. Que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la resolución administrativa del contrato dispuesta por la Entidad mediante Resolución Directoral Nº 2994-2006-MTC/20 de

fecha 20 de octubre de 2006, por basarse según su parecer, en supuestos e inexistentes atrasos que la Entidad ha sustentado a partir de la ilegal designación del Supervisor Temporal.

Segunda Pretensión Subordinada – Primera Petición Alternativa de la Segunda Pretensión Principal.- Que en el supuesto que el Tribunal Arbitral declare que no es posible continuar con la ejecución del contrato como se solicita en la primera pretensión subordinada que antecede, declare alternativamente la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la Entidad y en tal virtud, ordene que en vía de indemnización de los daños y perjuicios generados, la Entidad nos reconozca y pague una indemnización de S/. 861,947.29 equivalente al monto de la garantía bancaria que presentáramos a la suscripción del contrato por el fiel cumplimiento del contrato y correlativamente ordene la devolución de la mencionada carta fianza".

- 7.3. Al respecto, mediante Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 (Resolución N° 16), el Tribunal Arbitral Ad-Hoc con los votos en mayoría de los árbitros Shoschana Zusman Tinman y Javier de Belaunde López de Romaña, declararon infundadas las pretensiones del Consorcio demandante en todos sus extremos, siendo en consecuencia válida la designación del Inspector Temporal de Obra así como la fecha de inicio del plazo contractual determinado por la Entidad; asimismo, declararon válida la resolución administrativa del Contrato aprobada por Resolución Directoral N° 2994-2006-MTC/20 de fecha 20 de octubre de 2006 por causas atribuibles al Consorcio y que no procedía el pago de una indemnización al Consorcio ni la devolución de las cartas fianza.
- 7.4. En efecto, en la página 16 del referido laudo arbitral, el Colegiado concluyó que: "No existe incumplimiento de Provías Nacional en el nombramiento del supervisor, dado que designó a un Inspector

Temporal como alternativa al supervisor y que dicha designación fue reconocida y aceptada por el Consorcio al suscribir la Adenda. Por las mismas razones, no procede el pago de una indemnización al Consorcio ni la devolución de las cartas fianza".

- 7.5. Que, el Consorcio en desacuerdo con lo resuelto por el Tribunal Arbitral, con fecha 14 de febrero de 2008 interpuso recurso de anulación contra el Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007, por lo que la Primera Sala Civil Sub Especialidad Comercial de Lima, mediante Resolución N° 07 de fecha 13 de agosto de 2009, declaró infundado el mismo y válido el laudo arbitral; resolución judicial que fue notificada a la Entidad el 03 de setiembre de 2009.
- 7.6. En ese sentido, la Entidad señala que, de acuerdo a lo resuelto en el Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 y la sentencia de fecha 13 de agosto de 2009, que resolvió definitivamente que la Resolución Directoral N° 2994-2006-MTC/20, que aprobó la resolución del Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20 por causas atribuibles al Consorcio es plenamente válida y que no procede el pago de una indemnización ni la devolución de la carta fianza, quedó en consecuencia consentida la resolución del Contrato y los efectos que conlleva la resolución del contrato por causas imputables al Consorcio.
- 7.7. Ante ello, sostiene la Entidad que en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 221º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM , de aplicación al Contrato, procedió a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, conforme lo establece la propia Resolución Directoral N° 2994-2006-MTC/20 en su Artículo Cuarto, que a la letra dice lo siguiente:

"Artículo Cuarto.- Una vez consentida la presente Resolución del Contrato, la Gerencia de Administración deberá ejecutar las

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20”

garantías que el Consorcio hubiere otorgado en el presente Contrato de Ejecución de Obra”.

- 7.8. Asimismo, la Entidad indica que, en el segundo proceso arbitral, referido a la liquidación del Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20, en el Laudo Arbitral de fecha 21 de febrero de 2012 emitido por los árbitros Jesús Iván Galindo Tipacti, Luis Felipe Pardo Narvaez y Humberto Abanto Verástegui, se determinó que existía un saldo a favor del Consorcio ascendente a la suma de S/. 181,124.10 más IGV y se pronunció al resolver los recursos contra el laudo con relación a la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 7.9. En efecto, el Consorcio, solicitó la Integración del Laudo Arbitral, señalando que éste no se pronunció respecto a si las garantías debían ser devueltas o no, por lo que solicitó se proceda a la devolución de la misma.
- 7.10. Ante ello, el Tribunal Arbitral mediante Resolución Nº 19 de fecha 07 de mayo de 2012 se pronunció resolviendo la solicitud de integración del laudo planteada por el Consorcio, señalando en la página 07 de la citada resolución arbitral, lo siguiente:

“... el Tribunal ha arribado a la convicción debe declararse improcedente por cuanto:

- i) Las pretensiones del Consorcio no incluyen en modo alguno la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, por lo que, el Colegiado carece de competencia para pronunciarse sobre un extremo que no fue objeto de arbitraje.
- ii) PROVIAS NACIONAL está legitimada para la ejecución total de la Garantía de Fiel Cumplimiento en vista que la resolución del contrato por incumplimiento del Consorcio, en su integridad, quedo

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

establecida con el Laudo Arbitral del 27 de diciembre de 2007, fallo que constituye cosa juzgada intangible”

- 7.11. En ese sentido, la Entidad sostiene que, conforme lo establece el artículo 58º del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, la rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo.
- 7.12. Por todas estas razones, la Entidad argumenta que existe un laudo definitivo con la autoridad de cosa juzgada que determinó que estaba legitimada para ejecutar la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
- 7.13. Así las cosas, la Entidad sostiene que el Consorcio solicitó a diferentes Tribunales Arbitrales se ordene la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y el pago de una indemnización, pero éstos al emitir los laudos respectivos declararon que no procedía la devolución de la carta fianza e indemnización y que ese tema era cosa juzgada, respectivamente, además que se estableció que la Entidad estaba legitimada para ejecutar en su totalidad la garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- 7.14. Al respecto, la Entidad indicó que en el Laudo Arbitral de fecha 17 de junio de 2014, el Tribunal Arbitral al resolver la tercera pretensión del Consorcio referida a que se ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan en la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato, así como las utilidades dejadas de percibir, declaró INFUNDADA dicha pretensión.
- 7.15. Conforme a lo expuesto, la Entidad plantea como mecanismo de defensa, en el presente proceso arbitral, la excepción de cosa juzgada, pues a su entender, al existir un laudo arbitral definitivo que ratificó la validez de la resolución del Contrato por causas imputables

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20”

al Consorcio, no procede el pago de una indemnización ni la devolución de la carta fianza, por lo que el Consorcio, en opinión de la Entidad, no puede pretender nuevamente una revisión de la resolución del Contrato, ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento del contrato e indemnización por daños y perjuicios bajo el disfraz ahora que existió un abuso del derecho de parte de la Entidad en la proporción de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato y pago de daños por el abuso de derecho en la ejecución de la carta fianza, correspondiendo archivarse este proceso arbitral.

- 7.16. Por consiguiente, la Entidad concluye que lo reclamado por el Consorcio es contrario a la calidad de cosa juzgada que ha adquirido el laudo arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 y la Resolución Nº 19 de fecha 07 de mayo de 2012, atentando de este modo contra la seguridad jurídica y la propia Constitución Política del Perú.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 7.17. Por su parte, el Consorcio ha manifestado que, a su entender, la cosa juzgada es el efecto que producen las sentencias definitivas o interlocutorias firmes, en virtud del cual no puede volver a discutirse entre las partes la cuestión que ha sido objeto de juicio; es decir, es un derecho de hacer valer los atributos de inimpugnabilidad e inmodificabilidad de la sentencia e impedir así que pueda volver a discutirse algo que ya fue objeto de una sentencia ejecutoriada.

- 7.18. Que, para que se pueda hablar de cosa juzgada, se debe tener en cuenta, los siguientes requisitos de procedencia, los cuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 177º del Código Procesal Civil, son aplicables de manera supletoria a la presente controversia, los cuales son:

- a) Que sean las mismas partes;

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

- b) Que sea por la misma acción u objeto; y,
- c) Que exista sentencia o laudo firme.

7.19. Al respecto, el Consorcio sostiene que la Entidad sustenta su excepción de cosa juzgada deducida en que en un proceso arbitral anterior al presente, conformado por los doctores Shoschona Zusman Tinman, Javier Belaúnde López Romaña y Luis Ubillas Ramírez, el Consorcio solicitó como segunda pretensión subordinada, lo siguiente:

"que, en el supuesto que el Tribunal Arbitral declare que no es posible continuar con la ejecución del contrato como se solicita en la primer pretensión subordinada que antecede, declare alternativamente la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la Entidad y en tal virtud, ordene que en vía de indemnización de los daños y perjuicios generados, la Entidad nos reconozca y pague una indemnización de S/. 861,947.29 equivalente al monto de la garantía bancaria que presentaremos a la suscripción del contrato por el fiel cumplimiento del contrato y correlativamente ordene la devolución de la mencionada carta fianza"

7.20. Que, por otro lado, en el siguiente proceso arbitral, cuyo Tribunal Arbitral estuvo conformado por los doctores Luis Felipe Pardo Narváez, Mario Silva López y Miguel Avilés García, se solicitó como pretensión principal, lo siguiente:

"Se ordene a la Entidad Contratante la devolución inmediata del importe correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento N° 6813772 por el monto ascendente a la suma de S/. 861,948.00 por cuanto la Liquidación Final de la Obra ha quedado consentida, al amparo del artículo N° 215 concordante con el artículo 269 del D.S. N° 084-2004-PC, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"

- 7.21. Siendo ello así, el Consorcio señala que dentro del presente proceso, solicitó como pretensiones que deberán ser resueltas por el Tribunal Arbitral, las siguientes:

"PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral declare que existió Abuso de Derecho en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato (Póliza N° 6813772) de conformidad con lo establecido en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad reconozca al Consorcio el monto correspondiente a la suma de S/. 838,128.98 por los daños ocasionados a consecuencia del abuso de derecho ejercido por la Entidad, más los intereses legales que se generen desde la fecha de la ejecución de la carta fianza, sobre el exceso cobrado, hasta la fecha efectiva de su pago".

- 7.22. En ese sentido, en opinión del Consorcio, para el presente caso no se cumplen con todos los presupuestos para que se pueda hablar de cosa juzgada, puesto que, si bien se configura el presupuesto de identidad de partes, no se configuran los otros supuestos, por cuanto las pretensiones materia de controversia que corresponde resolver a este Tribunal están referidas a determinar la existencia o no de abuso de derecho en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento; mas no se está solicitando la devolución de la misma por cuanto al haberse declarado en su oportunidad la resolución del Contrato, por causas imputables al Consorcio, la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aplicable al Contrato suscrito entre ambas partes, le confiere esta facultad a la Entidad.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20"

- 7.23. Finalmente, el Consorcio afirma que lo que se busca con el presente arbitraje es que se determine en el caso concreto que dicha norma resultó abusiva en perjuicio de su parte, por cuanto el titular de un derecho subjetivo, en el caso concreto, la Entidad, actuó de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que le concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del derecho; por lo que la ilegitimidad del abuso del derecho tiene carácter general y es de observancia en cualquiera de las disciplinas jurídicas.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 7.24. Así las cosas, previo a resolver la excepción de cosa juzgada planteada por la Entidad, este Colegiado considera que corresponde remitirse a la institución de la cosa juzgada. Así en su artículo 59º, la Ley de Arbitraje D.L. N° 1071, confiere la calidad de cosa juzgada a los laudos arbitrales expedidos por los árbitros, bajo los siguientes términos:

"Art. 59º: Efectos del laudo:

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada".

- 7.25. A mayor abundamiento, debemos indicar cuáles son las características de la cosa juzgada, para lo que es preciso señalar que la cosa juzgada, en su efecto procesal, resuelve la vinculación con otro proceso, específicamente, el contenido de lo decidido en la sentencia, siendo que esta vinculación actúa de dos formas: **i)** negativa o excluyente, y **ii)** positiva o prejudicial.

- 7.26. En cuanto a la vinculación negativa o excluyente, supone la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y con el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión; es el tradicional

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20"

principio "nos bis in ídem". Claro está que la cosa juzgada no puede impedir la iniciación de un nuevo proceso, pues la fuerza de la misma no puede determinarse a priori, pero sí se opone a que se dicte un nuevo fallo sobre el fondo.

- 7.27. Ahora bien, respecto a la vinculación positiva o prejudicial, esta es consecuencia de la anterior e implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando hay que decidir sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. La cosa juzgada no opera aquí como excluyente de la resolución de fondo posterior, sino que condiciona esta segunda decisión y, por eso se habla también de función prejudicial.
- 7.28. Bajo ese escenario, es obvio que la vinculación que resuelve la cosa juzgada, formada en un proceso con relación a otro proceso posterior, ha de requerir una serie de identidades. De ahí que, la cosa juzgada solo podrá oponerse en el segundo proceso cuando la pretensión ejercitada en ésta sea la misma que se resolvió en el primero. Con ello establecemos que, compartiendo la opinión de Montero Aroca¹, los límites de la cosa juzgada han de referirse a la pretensión y a sus elementos identificadores.
- 7.29. De ello que, el impedimento procesal de la cosa juzgada se resume en la comparación de las demandas² y, en el caso de autos, de la verificación de las demandas recaídas en los anteriores procesos arbitrales y en el presente arbitraje.
- 7.30. En ese sentido, tenemos que se deben guardar tres requisitos por los cuales se pueda deducir la excepción de cosa juzgada:

¹ MONTERO AROCA, ETAL: *El Nuevo Proceso Civil* (1/2000), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, P. 544

² DE SANTO, Víctor: *Diccionario de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 142.

- **La identidad de partes:** está referida a la identificación de los sujetos que participaron en el primer proceso con los que hacen en el segundo, siendo irrelevante el cambio de posición o calidad de las partes como demandantes o demandados, pero, como se ha dicho, la identidad no se aprecia físicamente, sino jurídicamente, por lo que en esta identidad están comprendidos también los herederos e inclusive, los sujetos que actúan por intervención litisconsorcial o excluyente, los que intervienen por sucesión procesal y los que tienen relación con la contraparte en virtud de cesión o subrogación, debiéndose también considerar el caso de intervención con poder de representación.
- **La identidad de objeto:** se refiere al bien jurídico disputado en el proceso y no en el derecho que se reclama, tal como advierte Couture. La determinación del objeto depende del juicio de que se trate, pudiendo aquél ser material o inmaterial, especie, género o estado de hecho.
- **La identidad de causa:** está vinculada a la pretensión jurídica, esto es, al fundamento y razón de ser del proceso. Pero debe aclararse que para la determinación de esta identidad, no solo se deben considerar las afirmaciones de las partes o lo que objetivamente obre en el expediente, sino que se trata de la razón y fundamento expresa e implícitamente admitidos por las partes, establecido por el Juez al margen de lo expuesto por éstas.

7.31. Atendiendo a lo antes señalado y a lo establecido en nuestro Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente, tenemos que en el caso concreto sí hay identidad de partes, puesto que tenemos como parte demandante al Consorcio Ejecutor Junín y como parte demandada a

Provías Nacional; partes totalmente idénticas a las pertenecientes a los proceso arbitrales ya laudados de fecha 27 de diciembre de 2007 y 07 de mayo de 2012.

- 7.32. Luego, a fin de determinar si existe o no identidad de objeto, debemos partir por analizar si el objeto de las pretensiones que fueron materia de laudo, coinciden con las que son reclamadas en el presente proceso arbitral. Así tenemos que las que son reclamadas en el presente arbitraje son: **(i) el Reconocimiento de la existencia de abuso del derecho en la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento**, por parte de la Entidad y **(ii) el pago de una indemnización como consecuencia del abuso del derecho**; mientras que, lo que fue materia de pronunciamiento en el laudo de fecha 27 de diciembre de 2007 fue: **la Declaración de la resolución del Contrato, por causa imputable a la Entidad**; y, en el laudo de fecha 7 de mayo de 2012: **la devolución inmediata del importe correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento N° 6813772.**
- 7.33. Así las cosas, este Tribunal Arbitral evidencia que, no existe coincidencia en el objeto pues existen bienes jurídicos distintos en los tres procesos señalados.
- 7.34. En consecuencia, habiéndose verificado que no ha existido identidad de objeto en los procesos seguidos entre el Consorcio y la Entidad, puestos en conocimiento de este Colegiado, no corresponde seguir con el análisis del último elemento para que se configure la cosa juzgada, pues baste el incumplimiento de solo uno de sus elementos para que la misma no se disponga.
- 7.35. Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral concluye que la excepción formulada por la Entidad deviene en **INFUNDADA**.

VIII. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20”

“Determinar si existió o no abuso de derecho en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato (Póliza N° 6813772)”.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 8.1. El Consorcio sostiene que, el abuso de derecho, objeto del presente arbitraje, no radica en determinar la existencia del derecho de la Entidad para ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, sino en la desproporción con la cual materializó su derecho de resolver el contrato, fundando su excesivo actuar en los atrasos en la Elaboración del Expediente Técnico.
- 8.2. En ese contexto, la Entidad ejecutó la Garantía de Fiel Cumplimiento tomando como base el monto total del Contrato, lo cual dista mucho de ser razonable, toda vez que dicha ejecución debió ser calculada en proporción al 10% de la prestación correspondiente solo a la elaboración del Expediente Técnico.
- 8.3. En ese sentido, para que el Tribunal Arbitral comprenda la proporción en la cual debió ejecutarse la Garantía de Fiel Cumplimiento, cabe precisar que el Contrato, es uno que fue convocado bajo la modalidad de Concurso - Oferta³, por lo que dicho contrato comprende dos prestaciones sucesivas y diferenciadas, la elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de la Obra.

³ **GANDOLFO CORTÉZ**, Ricardo. “Concurso oferta y llave en mano”. Consulta: 19 de junio de 2015.
<http://edicionespropuesta.blogspot.com/2010/05/concurso-oferta-y-llave-en-mano.html>

El concurso oferta es una modalidad de contratación en la que el postor oferta tanto el expediente técnico como la ejecución de una obra y, en ocasiones, hasta el terreno en el que se ha de construir, dentro de un plazo que también propone, según la definición más aceptable

- 8.4. Ahora bien, alega el Consorcio que la separación de las prestaciones no es algo que se desprenda de la voluntad antojadiza de ellos, sino que es lo que se prueba a través de los Términos de Referencia contenidos en las Bases, por ejemplo cuando el numeral 1.4 disgrega el valor referencial en dos rubros, para el Expediente Técnico Definitivo y para la Ejecución de la Obra, lo mismo ocurre en la cláusula 22 que contempla la entrega de los adelantos por etapas, es decir, primero para la elaboración del Expediente Técnico Definitivo y segundo para la Ejecución de la Obra.
- 8.5. Asimismo, la Propuesta Económica aceptada por la Entidad, comprendió dos etapas, siendo los montos disgregados de la siguiente forma:

CONCEPTO	MONTO
PRIMERA ETAPA: Elaboración del Expediente Técnico	S/. 238,183.01
SEGUNDA ETAPA: Ejecución de la Obra por	S/. 8'381,289.88
MONTO TOTAL DEL CONTRATO	S/. 8'619,472.89

- 8.6. En base a lo expuesto, el Consorcio sostiene que queda claro que existen dos etapas contractuales claramente diferenciadas, por lo que las penalidades a aplicarse en el caso concreto, deben ser por analogía correspondientes a cada etapa contractual.
- 8.7. Al respecto, la Opinión del OSCE N° 073-2012/DTN, concluye lo siguiente:

(...)

3.4. Si durante la ejecución de un contrato de obra celebrado bajo la modalidad de concurso oferta, el Consorcio se retrase

injustificadamente en la elaboración del expediente técnico, para el cálculo de penalidad diaria se utilizará el “monto” y el “plazo en días” correspondientes a esta prestación, así como el factor “F” correspondiente a servicios. (...)

- 8.8. En ese orden de ideas, siendo que las penalidades deben corresponder a cada determinada prestación, el Consorcio se pregunta por qué la Entidad dispuso de la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento, cuyo valor asciende a la suma de s/. 861,947.29, si los atrasos que generaron el derecho de la Entidad para sancionar con una penalidad corresponden solo a la etapa de la elaboración del expediente técnico y no a la totalidad del monto contractual, evidentemente ahí existe, según posición del Consorcio, una desproporción, no siendo coherente pensar que el monto correspondiente al valor de una penalidad sea superior al monto propiamente de la prestación de la Elaboración del expediente Técnico, cuyo valor es de S/. 238,183.01.
- 8.9. A saber, el OSCE a través de la OPINIÓN N° 041-2011/DTN, concluye lo siguiente:

“1.1. Para efectos de determinar la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, deberá tenerse en consideración la obligación de la prestación parcial del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 165 del Reglamento. En ese sentido, la penalidad se aplicará sobre el monto de la parte correspondiente al Expediente Técnico, de ser ésta la prestación parcial materia de retraso”.

- 8.10. En razón a lo expuesto, para el Consorcio queda claro que, en ejercicio del derecho adquirido para resolver el Contrato por la existencia de atrasos en el cumplimiento de la elaboración del Expediente Técnico, extralimitó su derecho sancionándonos con una

penalidad por el total de la Garantía de Fiel Cumplimiento, y no proporcional a la etapa de la elaboración del Expediente Técnico.

- 8.11. Por ello, el Consorcio demanda el ejercicio abusivo del derecho subjetivo adquirido de la Entidad⁴, de conformidad al artículo II del Título Preliminar del Código Civil, para el caso concreto dicho abuso se materializa en la desproporción con la cual la Entidad ejecuta la Garantía de Fiel Cumplimiento.

"Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".

- 8.12. Respecto al abuso de derecho, se remite a la doctrina sosteniendo que el ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento jurídico; en ese sentido, la doctrina concibe la existencia de un derecho subjetivo, cuando reconoce al titular un poder de actuación que queda circunscrito por el ordenamiento normativo, legal, o contractual, que configura la respectiva relación jurídica; por lo que cabe responder si el ejercicio del derecho subjetivo puede estar sujeto a límites adicionales a los que establece ese ordenamiento jurídico⁵.

4 Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil: Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

5 BARROS BOURIE, Enrique. "Límites de los derechos subjetivos privados: Introducción a la doctrina del abuso de derecho", Santiago de Chile, Revista de derecho y humanidades, 1999, pág. 14.

- 8.13. Dicho de otro modo, se entiende por abuso de derecho a la situación que se produce cuando el titular de un derecho subjetivo actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que le concede la facultad, pero su ejercicio resulta contrario a la buena fe, la moral, las buenas costumbres o los fines sociales y económicos del Derecho⁶, por lo que la ilegitimidad del abuso del derecho tiene carácter general y es de observancia en cualquiera de las disciplinas jurídicas.
- 8.14. En ese sentido, el carácter abusivo del derecho subjetivo ha de deducirse de la extralimitación llevada a efectos por el titular del derecho subjetivo, en este caso la extralimitación evidentemente se traduce en la ejecución del monto total de la Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 8.15. A mayor abundamiento, señala el Consorcio, que la doctrina del abuso de derecho asume que los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos de modo que su ejercicio concreto debe ser consistente con esos fines⁷. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo no debe ser concebido como un poder de actuación, que garantiza al titular un ámbito de autonomía y discreción para el desarrollo de su personalidad y de su actividad económica. A las personas se les reconocen derechos como un medio para satisfacer la función social que corresponde al derecho objetivo⁸. En consecuencia su ejercicio debe responder a los intereses generales que el respectivo ordenamiento legal propende a satisfacer.

⁶MOLINA, Juan C. "Abuso de derecho, lesión e imprevisión". Buenos Aires, 1969. Edición Astrea, pág 11.

⁸BARRIOS BOURIE, Enrique. "Límites de los derecho subjetivos privados: Introducción a la doctrina del abuso de derecho", Santiago de Chile, Revista de derecho y humanidades, 1999, pág. 17.

- 8.16. En atención a lo expuesto, el Consorcio pretende identificar que el interés general que desea garantizarse con el establecimiento de una penalidad, para el caso concreto, es el cumplimiento de la etapa de la elaboración del Expediente Técnico para la "Construcción del Tramo Colapsado del Puente Raither", por lo que el ejercicio del derecho subjetivo de la Entidad para sancionar la penalidad incurrida, debió ejecutarse proporcionalmente a la prestación que pretendió satisfacer, es decir la Garantía de Fiel Cumplimiento debió ejecutarse proporcionalmente a la etapa de la elaboración del Expediente Técnico y no como la Entidad la ejecutó, por el monto total del Contrato.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 8.17. Respecto de esta pretensión, la Entidad señaló que no existió abuso de derecho de parte de la Entidad al ejecutar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato en su totalidad, por cuanto la ejecución de la garantía es consecuencia de la resolución del Contrato por causas imputables al Consorcio, resolución que fue ratificada mediante laudo arbitral.
- 8.18. En efecto, señala que mediante Resolución Directoral N° 2994-2006-MTC/20 de fecha 20 de octubre de 2006, la Entidad procedió a resolver de pleno derecho el Contrato por causas atribuibles al Consorcio, derivadas del incumplimiento de este a sus obligaciones contractuales.
- 8.19. Ante ello, el Consorcio sometió a arbitraje la resolución del contrato, planteando en su demanda entre otros lo siguiente:

"Primera Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare la invalidez e ineeficacia tanto de la Resolución Directoral N° 1190-2006-MTC/20 con la que se designó como Inspector Temporal de

Obra al ingeniero Carlos Sanchez Lizarzaburu, así como del Oficio Nº 038-2006-MTC/20.5 por el cual la Entidad estableció que con la designación del Supervisor Temporal se cumplió con el requisito establecido en el numeral 1) del Artículo 240º del RLCAE, para el inicio del plazo de ejecución de obra.

Segunda Pretensión Principal:- Que el Tribunal Arbitral declare la ineficacia de la resolución administrativa del contrato dispuesta por la Entidad mediante Resolución Directoral Nº 2994-2006-MTC/20 de fecha 20 de octubre de 2006, por basarse según su parecer, en supuestos e inexistentes atrasos que la Entidad ha sustentado a partir de la ilegal designación del Supervisor Temporal.

Segunda Pretensión Subordinada – Primera Petición Alternativa de la Segunda Pretensión Principal.- Que en el supuesto que el Tribunal Arbitral declare que no es posible continuar con la ejecución del contrato como se solicita en la primera pretensión subordinada que antecede, declare alternativamente la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la Entidad y en tal virtud, ordene que en vía de indemnización de los daños y perjuicios generados, la Entidad nos reconozca y pague una indemnización de S/. 861,947.29 equivalente al monto de la garantía bancaria que presentáramos a la suscripción del contrato por el fiel cumplimiento del contrato y correlativamente ordene la devolución de la mencionada carta fianza".

- 8.20. El Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 declaró infundada las pretensiones del demandante en todos sus extremos, siendo en consecuencia válida la designación del Inspector Temporal de Obra así como la fecha de inicio del plazo contractual determinada por la Entidad. Asimismo, se declaró válida la resolución administrativa del contrato aprobada por Resolución Directoral Nº 2994-2006-MTC/20, por

causas atribuibles al Consorcio, así como se declaró que no procede la devolución de la fianza y el pago de daños y perjuicios.

- 8.21. Posteriormente, refiere que la Primera Sala Civil Sub Especialidad Comercial de Lima, mediante Resolución N° 07 de fecha 13 de agosto de 2009 declaró infundado el recurso de anulación, notificado a la Entidad el 03 de setiembre de 2009, siendo por lo tanto válido en todos sus extremos el Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 y en consecuencia, la Entidad señala que quedó plenamente consentida la resolución del contrato aprobada por la Entidad.
- 8.22. En este punto, la Entidad solicita al Tribunal Arbitral tener presente lo establecido en el Numeral 2) del Artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, que dice:

"2) La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta se ejecutarán, en su totalidad, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al Consorcio, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado."

- 8.23. En este caso, afirma que el Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 y la sentencia del Poder Judicial de fecha 13 de agosto de 2009, determinaron que la Resolución Directoral N° 2994-2006-MTC/20 que aprobó la resolución del Contrato por causas atribuibles al Consorcio es plenamente válida, quedando en consecuencia consentida, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del

Estado, la Entidad quedó habilitada a ejecutar la totalidad de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento del Contrato.

- 8.24. Es por ello, que la Entidad afirma que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, procedió a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, conforme lo establecía la Resolución Directoral N° 2994-2006-MTC/20 en su Artículo Cuarto, que a la letra dice:

“Artículo Cuarto.- Una vez consentida la presente Resolución del Contrato, la Gerencia de Administración deberá ejecutar las garantías que el Consorcio hubiere otorgado en el presente Contrato de Ejecución de Obra”.

- 8.25. Adicionalmente, refiere que mediante Carta N° 003-2010/CEJ de fecha 10 de febrero de 2010, el Consorcio comunica a la Entidad que se opone a la “efectivización” de sus garantías y solicita que la Entidad se abstenga de solicitar la ejecución de las mismas, hasta que se solucionen las controversias relacionadas a la liquidación del contrato.
- 8.26. Con relación a esta oposición del Consorcio, la Unidad Gerencial de Asesoría Legal de Proviñas Nacional, mediante Informe N° 081-2010-MTC/20.3 de fecha 24 de febrero de 2010, evaluó el reclamo del Consorcio bajo el marco del artículo 221º del referido Reglamento y determinó lo siguiente:

“2.5. En este orden de ideas, al amparo del inciso 2) del Artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones procede la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado por el CONSORCIO EJECUTOR JUNÍN, al haber la Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, mediante Resolución N° Siete de fecha 13.08.2009, declarado válido el Laudo Arbitral y por tanto la

Arbitraje:

Conorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 100-2006-MTC/20 por PROVIAS NACIONAL, por atrasos en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del citado Consorcio.

Cabe agregar, que siendo la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento un efecto de la resolución de Contrato, ésta no está condicionada a que previamente quede consentida la Liquidación Final".

- 8.27. Por tanto, según la Entidad, carece de sustento y asidero legal, que el Consorcio afirme que existió abuso de derecho en la proporción de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, al existir un laudo arbitral definitivo con la autoridad de cosa juzgada que confirmó la resolución del Contrato por causas imputables al Consorcio y como consecuencia de ello la Entidad quedó legitimada a ejecutar la totalidad de la garantía, al amparo del artículo 221º del Reglamento, conforme se estableció en la Resolución N° 19 de fecha 07 de mayo de 2012, resolución que de acuerdo a la Ley de Arbitraje forma parte del laudo arbitral.
- 8.28. Además, la Entidad reitera que el artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado es muy claro con relación a la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, pues señala que "se ejecutará en su totalidad"; por lo tanto, en opinión de la Entidad, lo planteado por el Consorcio en su demanda no tiene ningún sustento contractual ni legal, al señalar sin fundamento y prueba que lo respalde, que se le debe ejecutar solamente la parte correspondiente a la elaboración del Expediente Técnico.
- 8.29. A dicho respecto, la Entidad señala que el monto del Contrato fue por S/. 8'619,472.89 incluido IGV por la modalidad de Concurso Oferta (elaboración del expediente técnico + ejecución de la obra), y la Garantía de Fiel Cumplimiento fue el 10% del monto del contrato (S/.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

861,948.00), tal como se indica en el Numeral 5.2 de Contrato; en ningún momento se menciona que la ejecución de la garantía es proporcional al monto correspondiente a la elaboración del expediente y a la ejecución de la obra. La garantía es por el monto total contratado, independientemente de si existen etapas o no.

- 8.30. Para la Entidad, la propia normativa de contrataciones tampoco hace mención a que la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento por incumplimiento del Consorcio, en el caso de contratos por modalidad Concurso Oferta, sea proporcional al monto correspondiente a la elaboración del expediente técnico.
- 8.31. Por lo que, según la Entidad, puede apreciar que el Consorcio ya intentó en el proceso arbitral, denominado por ellos, como “2” incluir la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, pero el Tribunal Arbitral de aquel proceso señaló que ese tema era ya cosa juzgada. Además, que al resolverse el recurso de interpretación formulado por el Consorcio, el Tribunal en la Resolución N° 19 del 07 de mayo de 2012 concluyó que la Entidad está legitimada para ejecutar en su totalidad la garantía de fiel cumplimiento del Contrato.
- 8.32. Precisa que en el Numeral 9.1 de la Cláusula Novena del Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20, se recoge la fórmula de cálculo de la penalidad por atraso, el mismo que se detalla en el artículo 222º del Reglamento, por lo tanto:

- No se debe confundir el cálculo de una penalidad por atraso, que el propio Reglamento establece que se determine tomando en consideración el monto y el plazo de la etapa que debió ejecutarse, con el cálculo de la Garantía de Fiel Cumplimiento que el mismo Reglamento establece en el artículo 215º como el 10% del monto del contrato; y en este caso el monto del Contrato fue de S/. 8'619,472.89 incluido

IGV por la modalidad de Concurso Oferta (elaboración del expediente técnico + ejecución de la obra).

- En consecuencia no hay ninguna incoherencia en la posición de la Entidad, porque la penalidad se calcula sobre el monto correspondiente a la etapa donde el Consorcio incurrió en incumplimiento, mientras que la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, cuyo monto es el 10% del monto total del contrato, es consecuencia de la resolución del contrato que quedó firme y consentida de acuerdo al Laudo Arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007 y la Sentencia del Poder Judicial de fecha 13 de agosto de 2009.

8.33. Por lo tanto, la Entidad concluye que resulta infundado que el Consorcio pretenda que un Tribunal Arbitral declare que existió un abuso de derecho de parte de la Entidad en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento, al existir un laudo arbitral con la autoridad de cosa juzgada que ratificó la resolución del contrato por causas imputables al Consorcio, una resolución que interpretando un laudo arbitral estableció que la Entidad está legitimada para ejecutar la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento del contrato y la normativa de contratación pública establece que como consecuencia de la resolución del contrato por causas atribuibles al Consorcio la Entidad ejecutará la totalidad de la garantía.

8.34. Por ello, según la Entidad, es plenamente válida y legal la ejecución de la totalidad de la Garantía de Fiel Cumplimiento que es el 10% del monto total del Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20, donde el monto total del contrato comprende la etapa de elaboración del expediente técnico y la etapa de ejecución de la obra.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

- 8.35. En consecuencia, solicita al Tribunal Arbitral desestimar esta pretensión del Consorcio.
- 8.36. Respecto a las Opiniones 073.2012/DTN y 041.2011/DTN del OSCE, la Entidad precisa que las opiniones del OSCE citadas por el Consorcio, están referidas al "cálculo de la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de la prestación", cosa totalmente distinta a la "ejecución de una Garantía de Fiel Cumplimiento por resolución de contrato".

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 8.37. Atendiendo a lo expresado por ambas partes, este Tribunal Arbitral advierte la concurrencia de diferentes figuras jurídicas en el fondo de las controversias planteadas en el presente proceso, tales como son los contratos concurso-oferta, las garantías de fiel cumplimiento y, el abuso del derecho.
- 8.38. En ese sentido, previo a resolver lo solicitado por el Consorcio, este Colegiado considera que corresponde establecer el marco teórico legal de las mencionadas figuras.

SOBRE LOS CONTRATOS CONCURSO OFERTA:

- 8.39. En primer lugar, las controversias sometidas a la discreción de este Tribunal Arbitral, han surgido del Contrato de Ejecución de Obra N° 100-2006-MTC/20 para la construcción del tramo colapsado del Puente Raither, el cual tenía por objeto que, el Consorcio elaborara el expediente técnico y ejecutara la Obra antes mencionada.
- 8.40. Esta modalidad de ejecución contractual, en donde se le encarga al Consorcio la elaboración del Expediente Técnico, así como la ejecución de la Obra, es conocida como “Concurso Oferta” y se encuentra regulada en el literal b) del

artículo 58º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el mismo que dispone:

“En esta modalidad el postor concurre ofertando expediente técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoque bajo el sistema de suma alzada y siempre el valor referencial corresponda a una Licitación Pública”.

- 8.41. Al respecto, la Opinión N° 019-2015/DTN, emitida por el OSCE, comenta que “si bien la modalidad del concurso oferta tiene como finalidad última la ejecución de una obra, para alcanzarla es necesario ejecutar varias prestaciones de naturaleza distinta: (i) una consultoría de obra, al elaborar el expediente técnico de obra, (ii) la ejecución de la obra en sí y, de ser el caso, (iii) el terreno. Cabe precisar que estas prestaciones son independiente y de ejecución sucesiva. En esa medida, cuando una Entidad determine la conveniencia de ejecutar una obra bajo la modalidad de concurso oferta, en tanto la información del expediente técnico no está disponible al momento de la presentación de propuestas – dado que su elaboración constituye una prestación del Consorcio al momento de ejecutar el contrato-, la propuesta del postor (tanto la técnica como la económica) debe formularse en función al alcance y costo de la totalidad de las prestaciones establecidas en las Bases, y demás condiciones aplicables de conformidad con la normativa que regula el objeto de la convocatoria” (el resaltado y subrayado, es nuestro). Con ello, ha quedado claro que el Contrato se ejecutaría bajo la modalidad de “concurso oferta”.
- 8.42. Sobre el particular, cabe señalar que tanto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM) como su Reglamento, aplicables al presente caso,

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20"

están estructurados sistemáticamente, característica que ha prevalecido ante los constantes modificaciones y derogaciones existentes en la legislación.

- 8.43. Dicha sistematización está referida a que, los dispositivos legales antes mencionados, organizan las normas ahí contenidas, primero, en las referidas a los procesos de selección, que entre otros, incluyen las disposiciones generales, la ejecución del Contrato, etc.; luego, continúan con las normas referidas a los Contratos de Adquisición de bienes y Prestación de Servicios; para finalmente, tratar las normas respecto a los Contratos de Ejecución de Obras.
- 8.44. En ese sentido, estando frente a la peculiar modalidad de contratación como el concurso oferta que no ha sido regulada normativamente, nos encontramos frente a un contrato al que, dependiendo la etapa en la que se encuentre, les serán aplicables las normas referidas a los contratos de prestación de servicios, como las de ejecución de obras.

SOBRE LA NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO

- 8.45. En relación a las garantías del Contrato, el OSCE⁹, ha establecido que **"las garantías tienen como finalidad asegurar el cumplimiento del contrato ya formalizado y las responsabilidades del Consorcio derivadas del mismo.** De otro lado, tienen una relación directa con las penalidades establecidas en la norma de contratación pública, para los casos en que los Consorcios incumplen sus obligaciones contractuales o las cumplen en forma parcial, tardía o defectuosa". (El resaltado, es nuestro)

⁹ ENRÍQUEZ ANAYA, Manuel Raúl y MURILLO HERRERA Carmen Manoli. Capítulo 2 del Módulo 4.- Las Garantías en la Ejecución Contractual y Penalidades en <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/capitulo-2-del-modulo-4-las-garantias.html>

- 8.46. De ahí, que la carta fianza de fiel cumplimiento, no califica como penalidad, esto es, no es esa su naturaleza; sino más bien, una superior, una figura independiente que, como ya hemos señalado, tiene por finalidad, asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Consorcio; dado el caso, la Entidad se encontrará en plena facultad para resolver el contrato y, en consecuencia, ejecutar las garantías en custodia, tal como lo dispone el artículo 221º del Reglamento, que a la letra señala:

"Cuando el Consorcio no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Contra esta ejecución, el Consorcio no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del Consorcio, el monto ejecutado le será devuelto a éste sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, sólo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al Consorcio, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

Igualmente, la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la Entidad, el Consorcio no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de

la prestación a cargo del Consorcio, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del Consorcio (...)"

- 8.47. Al respecto, cabe señalar que, en la Opinión N° 020-2014/DTN se ha establecido que: "en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Consorcio puede determinar que la Entidad decida aplicarle penalidades y/o resolver el contrato.

Al respecto, debe indicarse que las penalidades que puede aplicar la Entidad al Consorcio cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Consorcio; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado".

- 8.48. En ese sentido, es evidente que tanto las garantías como las penalidades tienen diferentes modalidades de aplicación. Así tenemos que, mientras las penalidades pueden ser aplicadas en cada tipo y etapa del Contrato, y son reguladas de manera independiente; en el caso de la ejecución de una carta fianza, existe un desarrollo normativo y general para su aplicación, cuyo objetivo es incentivar el cumplimiento íntegro del contrato.

SOBRE EL ABUSO DE DERECHO:

- 8.49. Ahora bien, es preciso tratar la figura del abuso del derecho, la misma que se encuentra contemplada en el artículo II del Título Preliminar de Nuestro Código Civil, el cual a la letra dice:

"Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

- 8.50. A mayor abundamiento, es pertinente atender a lo que diferentes juristas han expuesto respecto a esta figura; así tenemos que, Gustavo Ordoqui Castilla¹⁰ señala que “el no actuar de buena fe, el respetar los fines de la norma, no son conceptos extralegales sino que son jurídicas y marcan la dimensión de lo ilícito”.
- 8.51. En ese sentido, Ordoqui es de la opinión que, el abuso del derecho es una forma de ilícito que surge del ejercicio de un derecho subjetivo en forma anormal, irregular, irracional, que se distingue del régimen de la responsabilidad extracontractual general en que aquí se actúa sin derecho o, contra derecho, mientras que en el abuso de derecho se actúa con derecho y se termina por transgredir el derecho objetivo.
- 8.52. Para el autor, lo ilícito deja de ser lícito y se convierte en ilícito. Así también, la conducta abusiva está prohibida implícitamente en el artículo 1321 de nuestro Código Civil y en el principio general de derecho que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho como derivado de la buena fe.
- 8.53. En conclusión, para el autor, el abuso de derecho es una de las formas o de las modalidades de la ilicitud que se caracteriza por partir del ejercicio de un derecho subjetivo y transgredir fines, valores o intereses de terceros que, si bien pueden no estar referidos expresamente en la norma, están protegidos por el orden jurídico.

¹⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. "Abuso de derecho en civil, comercial, procesal, laboral y administrativo", Editorial San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván, Lima, 2014, p. 158

- 8.54. En esa misma línea, José Manuel Martín Bernal¹¹ ha manifestado que es necesario referirse al criterio de lo lícito e ilícito para apreciar o no el abuso y el ejercicio antisocial del derecho, o para identificar el abuso y la ilicitud del tratamiento y de las consecuencias jurídicas que ambos generan.
- 8.55. Asimismo, este Tribunal concuerda en que, se ha discutido largamente acerca de si el abuso del derecho entra de lleno en el campo de lo lícito o por el criterio al respetar los límites del derecho objetivo, debe considerarse dentro de lo que algunos juristas vienen denominando "juricidad aparente o normal". La cuestión en realidad tiene una mayor trascendencia teórica que práctica puesto que las legislaciones modernas entre las que se incluye la nuestra, aplican un mismo tratamiento a los actos ilícitos que a los abusivos. Sin embargo, el autor, considera que debe procederse a una cuidadosa matización, con lo que, coincidiendo con los clásicos, en su opinión, la ubicación del abuso del derecho debe situarse dentro del campo de lo ilícito.
- 8.56. Bajo ese escenario, este Tribunal Arbitral considera que el abuso del derecho es el ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados para el mismo, por lo que termina por enmarcarse en la esfera de lo ilícito.
- 8.57. Ahora bien, habiendo definido lo que en teoría, entendemos como abuso del derecho y, a efectos de continuar con la resolución de la presente controversia, es necesario remitirnos a la práctica de esta figura, en otras palabras, cuáles son los criterios mediante los cuales se identifican las situaciones en las que se configura un abuso del derecho.

¹¹ MARTÍN BERNAL, José Manuel. "El abuso del derecho: exposición, descripción y valoración del mismo", Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p.137

- 8.58. Sobre el particular, Fernández Sessarego¹² considera que existen tres criterios bien definidos, el primero, la posición subjetivista, mediante la cual, el abuso del derecho resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio. Asimismo, la posición subjetiva, después de un período inicial en la cual tuvo cierto auge, fue motivo de justificadas críticas. Ellas se basan, principalmente, en la dificultad de probanza que conlleva.
- 8.59. Luego, continúa, con la concepción objetiva a la que considera una nueva posición que se traduce en la utilización de un criterio objetivo, que algunos califican como finalista o funcional; es decir, no se definiría por la intención de perjudicar sino más bien por la existencia de un elemento, el cual sería el evidente ejercicio anormal de un derecho subjetivo, lo cual se resume en una actuación que contravenga a la función económica-social de un derecho subjetivo.
- 8.60. Finalmente, el autor se decanta por el criterio referido a la solución mixta, la que implica una actitud que podríamos designar como ecléctica o mixta, en la medida que, para despejar el problema, combina elementos tanto de la posición subjetiva como de la tipo objetivo. Según esta concepción, ambos criterios se complementan o combinan y la preponderante gravitación de alguno de ellos depende del punto de vista que se adopte en cada caso; siendo el criterio decisivo para caracterizar el acto abusivo, la desviación del derecho de su función social. Sin embargo, también considera que existen algunos criterios complementarios para la configuración del abuso del derecho. Ellos son: la intención de dañar, o sea, lo que calificaría como elemento subjetivo; la culpa en la ejecución, que significa la presencia de una nota de carácter técnico, y la falta de interés serio y legítimo, que supone, en su concepto, la existencia de un factor económico.

¹² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 125.

- 8.61. Por su parte, Lino Rodriguez y Arias Bustamente¹³, sostienen que estos criterios son, en primer término, el intencional, al que consideran el más frecuente, en las aplicaciones jurisprudenciales de la teoría del abuso. En su opinión, la intención de dañar es, tradicionalmente, el origen y la primera manifestación de la teoría del abuso, hasta el punto que hay autores que le atribuyen un valor exclusivo, el único criterio constitutivo del abuso, en cuanto constituye, un hecho anormal, excesivo; de tal forma que, el hecho dañoso tendría el mismo carácter si el autor hubiese actuado sin malicia, simplemente por imprudencia. La presencia de la intención dañosa en el acto es la razón de la conversión de su naturaleza en acto abusivo; así concluye que, en la teoría del abuso hay que tomar en consideración, al mismo tiempo, tanto el sujeto que actúa como los efectos producidos por este ejercicio, y solo después podrá decirse si existió o no abuso del derecho.
- 8.62. Así también, los autores explican que existe el criterio económico, por el cual, se considera que el abuso reside en el ejercicio contrario del destino económico o social del derecho subjetivo; asimismo, para que estemos en presencia del abuso, es menester que los contratantes, ateniéndose a los límites precisos del contrato, apoyen sus prerrogativas únicamente en el afán de perjudicar a la otra parte contractual, pues no se puede admitir que el derecho contractual sea superior por su naturaleza a los derechos estatutarios. Sin embargo; los autores concluyen que este criterio podría no ser decisivo, pues se encuentran convencidos que el derecho no es meramente un "interés protegido", sino que su contenido es más amplio y de mayor valoración.

¹³ LINO RODRIGUES Y ARIAS BUSTAMANTE. "El abuso del derecho", 2da Edición, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971, p. 113.

- 8.63. Por último, los autores hablan sobre el criterio finalista o teleológico, el que opera, sobre todo derecho público o privado de base egoísta o altruista. Siendo que, de esta manera su titular no podrá desviar el derecho de su fin, de su objeto, sin cometer un abuso, dado que todo derecho es relativo por existir en función de la sociedad; asimismo, los autores sostienen que la teoría finalista del abuso del derecho, puede llegar a constituir una amenaza para el orden de nuestra sociedad occidental, desde el momento que significa un llamamiento al juez para transformar el derecho individual en un derecho-función.
- 8.64. Atendiendo a los diferentes criterios que la doctrina ha establecido para la configuración del abuso del derecho, es que Ordoqui, propone una serie de presupuestos para constatar si nos encontramos ante el ejercicio abusivo de un derecho. Así, el autor explica que dichos criterios son los siguientes:
- a) **la existencia de un derecho subjetivo:** la existencia del abuso del derecho comienza por la determinación de un derecho subjetivo que cuando se ejerce determina la transición a la esfera de lo ilícito, afectando intereses de terceros o de la contraparte, protegidos jurídicamente.
- b) **conflicto con intereses ajenos:** consistente en la trasgresión del respeto debido de ciertos principios generales de derecho que marca la conducta debida al ejercer el derecho como el de la buena fe, la razonabilidad, la solidaridad, entre otros.
- c) **el derecho subjetivo se ejerce en forma irregular, antisocial o inmoral:** al apartarse de la buena fe, de la moral o de lo socialmente admisible.
- d) **daño:** lo que implica perjudicar a la contraparte o a un tercero injustamente, determinando un daño suficiente como para ser calificado de tal.
- e) **relación causal:** la relación existente entre el ejercicio del derecho y la afectación del interés del tercero.

f) el daño causado es imputable al que ejerce el derecho: puede ser por:

- Haber procedido en forma dolosa o culpable.
- Haber usado el derecho en forma anormal, irracional o irregular.
- Porque se procedió sin interés o sin interés legítimo, sin necesidad o utilidad.
- Apartarse de lo que en el caso exigía el proceder de buena fe acorde a las buenas costumbres
- Actuar con el desvío del fin, que es propio del derecho que se ejerce
- Lesionar sin causa un derecho de un tercero o de la contraparte

g) la exigencia necesaria de la calificación de una conducta como culposa o dolosa: la contradicción del ejercicio de un derecho con sus fines que justificaron su reconocimiento.

8.65. En ese sentido, las hipótesis diferenciadas en las que puede haber abuso de derecho son:

- Intención de dañar o culpar. Este debe ser el móvil principal, aun cuando haya otros secundarios;
- Ausencia de interés, ejercicio de un derecho sin necesidad o beneficio para nadie;
- Si se ha elegido entre las diferentes maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para otros.
- Si el perjuicio ocasionado es anormal, o excesivo.
- El ejercicio del derecho anormal o desequilibrado.
- Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres, la moral, la buena fe, lealtad, los fines sociales y económicos en virtud de los que confirió el derecho.
- Si se ha actuado de manera no razonable o repugnante a la lealtad o la confianza recíproca.

- 8.66. Así las cosas, habiendo establecido el marco jurídico teórico de las figuras discutidas en el presente proceso, es preciso, pasar a resolver lo solicitado por el Consorcio en este punto controvertido.
- 8.67. Ahora bien, lo que nos ocupa es determinar si existió o no abuso de derecho en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato. Al respecto, ambas partes han coincidido en que, de los procesos anteriores, en los que han estado involucradas y referidas a controversias surgidas del Contrato, ha quedado plenamente establecido que la Entidad se encontraba facultada para ejecutar la carta fianza de fiel de cumplimiento.
- 8.68. La controversia surge porque, en opinión del Consorcio, dado que habría existido abuso del derecho por parte de la Entidad, en la medida que, si bien se encontraba facultado para ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento, ésta solo debía ejecutarse por el 10% de la prestación correspondiente a la elaboración del Expediente Técnico, toda vez que, tratándose de un contrato bajo la modalidad de concurso oferta, debió seguirse la misma metodología aplicable para las penalidades a aplicarse en el caso concreto, debiendo ser aplicadas éstas por analogía. Así, según el Consorcio, la carta fianza solo debió ejecutarse por el 10% de lo correspondiente a la elaboración de Expediente Técnico, mas no por el 10% del monto total contractual.
- 8.69. Sin embargo, si bien este Colegiado coincide en que la naturaleza propia de los contratos bajo la modalidad de concurso oferta, implican la ejecución de dos actividades principales e independientes como son la prestación de servicios (elaboración de expediente técnico), y la ejecución de obra; a estas dos etapas les serán aplicables, conforme corresponda, las normas estipuladas que, por su naturaleza propia, regula tanto la Ley como el Reglamento de la Ley

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20"

de Contrataciones aplicables, lo cual dependerá, principalmente, de la etapa de ejecución en la que se encuentre.

- 8.70. Dicha aseveración no implica que no le sean aplicables a estas dos actividades (elaboración de expediente y ejecución de obra) las normas generales dispuestas por ambos dispositivos legales, lo cual incluye la aplicación del artículo 221º del Reglamento respecto a la ejecución de las garantías, si se configuran los supuestos allí establecidos. Así el artículo 221º dispone que:

"2) La garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de la propuesta se ejecutarán, EN SU TOTALIDAD, solo cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al Consorcio, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado."

- 8.71. En ese sentido, siendo que ambas partes coinciden en que la Entidad se encontraba facultada para la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, este Tribunal verifica que la Entidad sí procedió dentro de los márgenes que, de manera expresa, establece el citado artículo 221º. Véase que el mencionado dispositivo faculta, sin ambigüedad alguna, a la Entidad a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento en su totalidad cuando la resolución por la cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al Consorcio haya quedado consentida o por laudo arbitral consentido, siendo esta última la figura que ha generado que la Entidad proceda con la ejecución de la carta fianza, en su totalidad, lo que supone, al entender del Consorcio, un ejercicio abusivo de su derecho, razón por la cual ahora se procederá a

verificar si lo descrito se circumscribe o no dentro de lo que hemos conceptualizado como un uso abusivo de un derecho.

8.72. Pues bien, teniendo en consideración las hipótesis o criterios establecidos para determinar la configuración del ejercicio abusivo de un derecho, procederemos a analizar cada una de ellas frente al caso que nos avoca el presente arbitraje:

- a) Intención de dañar o culpar; en el presente proceso el Consorcio no ha acreditado ni demostrado que el proceder de la Entidad haya tenido como móvil el de dañar o culpar, todo lo contrario, se ha acreditado que ha actuado con amparo legal;
- b) Ausencia de interés; ha quedado demostrado que el proceder de la Entidad ha estado motivado por resguardar su derecho a garantizar el fiel cumplimiento del Contrato; lo cual no se produjo, debido a circunstancias imputables al Consorcio que no pueden perjudicar a la Entidad, debiendo ésta resguardar dicho derecho.
- c) Si se ha elegido entre las diferentes maneras de ejercer el derecho, aquella que es más dañosa para otros; en el presente caso, a efectos de resguardar el derecho de la Entidad para ver cumplido en su integridad el Contrato, no establece la norma ninguna otra medida; todo lo contrario la omisión de la Entidad en su actuación, es decir, la no ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento, implicaría una irresponsabilidad de parte de ésta, posible de sanción administrativa inclusive.
- d) Si el perjuicio ocasionado es anormal, o excesivo; el perjuicio ocasionado al Consorcio ha sido el normal, pues éste conocía desde que contrató con la Entidad las condiciones especiales del contrato administrativo que suscribía, el que implicaba la inclusión

de cláusulas obligatorias, como la relacionada a las garantías del Contrato, lo que implicaba la aplicación irrestricta de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.

- e) El ejercicio del derecho anormal o desequilibrado; en el presente proceso ambas partes han coincidido en aseverar que la Entidad ha ejercido un derecho que la norma aplicable amparaba de manera expresa y sin ambigüedades.
 - f) Si la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres, la moral, la buena fe, lealtad, los fines sociales y económicos en virtud de los que se le confirió el derecho; en el presente proceso no ha quedado acreditado que la Entidad se haya conducido de una manera que sea contraria a los principios detallados en este punto, más aún, si consideramos que, como ya se ha adelantado, no es posible sostener falta de buena fe o de lealtad de parte de la Entidad, cuando las dos partes conocían desde el inicio de su vínculo contractual, las reglas que regirían sus relaciones, incluida la que está referida a la ejecución de las garantías.
 - g) Si se ha actuado de manera no razonable o repugnante a la lealtad o confianza recíproca; como ya se ha expuesto, en el presente proceso no ha quedado acreditada ninguna falta de lealtad, ni mucho menos, de quebrantamiento a la confianza recíproca por parte de la Entidad, pues ésta planteó desde un inicio las reglas que regularían el proceder de ambas partes, la cual incluía la aplicación del artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 8.73. Con lo cual, atendiendo a lo desarrollado sobre el abuso del derecho, no es posible identificar que la Entidad haya ido más allá de lo

permitido, toda vez que se ha establecido que la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento se dio por el porcentaje correcto, lo que no permite calzar dicha ejecución en alguna de las hipótesis diferenciadas en las que puede haber abuso de derecho, conforme se ha desarrollado detalladamente.

- 8.74. Bajo ese escenario, evidenciándose que la carta fianza de fiel cumplimiento ha sido ejecutada conforme a lo previamente pactado entre las partes y a lo dispuesto por la normatividad legal, este Tribunal Arbitral no considera que la Entidad haya incurrido en abuso de derecho, por lo que corresponde declarar infundada la primera pretensión del Consorcio.

IX. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

“Determinar si corresponde o no que la Entidad reconozca al Consorcio la suma de S/. 838,128.98 por los daños ocasionados a consecuencia del abuso de derecho ejercido por la Entidad, más los intereses legales que se generen desde la fecha de la ejecución de la carta fianza sobre el exceso cobrado, hasta la fecha efectiva de su pago”.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 9.1. Para el Consorcio, se ha dilucidado la desproporción con la que la Entidad efectuó la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, abusando del derecho adquirido para sancionar los atrasos incurridos en el cumplimiento de la elaboración del Expediente Técnico, correspondiendo sustentar la cuantificación de los daños ocasionados.
- 9.2. A saber, señala que la doctrina concibe que la materialización pecuniaria del ejercicio abusivo de un derecho supone la generación de un daño determinado, cuya existencia concreta y efectiva habrá de probarse y cuantificarse.

- 9.3. En ese orden de ideas, alega que la desproporción radica en la penalidad aplicada al 10% del monto contractual y no de forma proporcional al 10% de la prestación por la que debió ejecutar la garantía de Fiel Cumplimiento.
- 9.4. Gráficamente, el Consorcio detalla la forma en la que ejecutó y en la que debió ejecutarse la Garantía de Fiel Cumplimiento.

	MONTO CONTRACTUAL	MONTO DE LA ELABORACIÓN DEL EXPEDIENTE TÉCNICO	MONTO PETICIONADO POR LOS DAÑOS OCASIONADOS
DEL	S/. 8'619,472.89	S/. 238,183.01	
10%	S/. 861,947.289	S/. 23,818.301	S/. 838,128.98

- 9.5. Por ello, en opinión del Consorcio, concretamente existe un daño, en la medida de que resulta injusto que la Entidad, se beneficie con la ejecución de una Garantía ascendente a la suma de S/. 861,947.289 pese a que los atrasos solo corresponden a la etapa de la Elaboración del Expediente Técnico, por lo que la garantía debió ejecutarse por la suma de S/. 23,818.301, es decir proporcional al 10% de la prestación objeto de sanción, toda vez que el acreedor de la penalidad ha sufrido daños inferiores a la garantía de Fiel Cumplimiento ejecutada.
- 9.6. Asimismo, solicita que este Tribunal Arbitral tenga en cuenta que el daño patrimonial es consecuencia directa del accionar de la Entidad, vale decir que el nexo causal se ve reflejado en el detrimento económico a su patrimonio, lo que no hubiese ocurrido si se hubiese ejecutado la Garantía de Fiel Cumplimiento de forma proporcional y no del modo abusivo con la que efectuó la Entidad su derecho.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

- 9.7. Para ello, el Contratista se remite a Borda, quien para resolver sobre la presencia de un ejercicio abusivo de un derecho, establece que el juez debería tener en consideración la existencia de diversas situaciones, tales como si el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo y si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca. Además, añade que el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta si el comportamiento del agente no concilia con la finalidad económico-social del derecho que la ley le concede.
- 9.8. Por lo que la conducta antijurídica de la Entidad, al entender del Consorcio, queda probada a través del evidente enriquecimiento a costa de un abuso de derecho, toda vez que es conocido por las partes que las penalidades tienen por finalidad resarcir solo los daños y perjuicios que cause el incumplimiento o cumplimiento tardío de una determinada prestación y no el enriquecimiento del acreedor, en este caso la Entidad retuvo indebidamente el importe de S/. 838,128.98.
- 9.9. Al respecto, el Consorcio cita a Fernández Sessarego quien considera que, en sustancia, el criterio fundamental para caracterizar el acto abusivo es aquel que recurre a la moral social que, jurídicamente, se traduce en el valor de solidaridad. Lo antisocial, lo anormal, lo irregular es lo contrario a la vigencia de la solidaridad, cuya raíz es moral, y se refleja en los principios de la buena fe y de las buenas costumbres. Y, lo antisocial o irregular es, en este caso, lo ilícito. Lo ilícito, finalmente es lo prohibido, lo no permitido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, en ese sentido ni la Constitución del Perú ni el Código Civil peruano amparan el abuso de derecho.
- 9.10. Entonces, aun dentro de la plena identificación entre el acto abusivo y el acto ilícito, el Consorcio afirma, como lo hace Espín Cánovas, “que la teoría del abuso ha servido para poner de relieve que puede exigirse la responsabilidad civil no sólo al que actúa al margen de todo

derecho, sino también al que causa daño con ocasión del ejercicio de un derecho del que es titular".

- 9.11. Al respecto y en atención a lo establecido en el artículo 1321 del Código Civil, para el Consorcio corresponde que la Entidad indemnice por los daños ocasionados:

"Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

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

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

- 9.12. Por todo lo expuesto, en opinión del Consorcio, no solo queda probada la existencia del daño ocasionado por la Entidad, sino también la cuantificación por la que se debería indemnizarlos por el monto de S/. 838,128.98.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 9.13. La Entidad en base a lo desarrollado al sustentar porqué resulta infundada la primera pretensión del Consorcio, solicita al Tribunal Arbitral declare infundada esta segunda pretensión, al no existir daño alguno ocasionado al Consorcio por la legal ejecución por la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

- 9.14. Para la Entidad, el Consorcio señala que como el Contrato comprendía dos etapas (etapa de elaboración del expediente técnico y etapa de ejecución de obra), pretende que la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento sea solamente el 10% del monto correspondiente a la etapa de elaboración del expediente técnico (S/. 238,183.01 incluido IGV); es decir por S/. 23,818.30.
- 9.15. Así, señalan que como la Entidad ejecutó la Garantía de Fiel Cumplimiento por S/. 861,948.00, correspondiente al 10% del total del monto contractual, el Consorcio pretende que se le devuelva la diferencia, es decir S/. 838,128.98.
- 9.16. Para la Entidad, el Consorcio señala que los atrasos solamente corresponden a la etapa de elaboración del expediente técnico y que por ello la Garantía de Fiel Cumplimiento debió ejecutarse por la suma de S/. 23,818.30.
- 9.17. En opinión de la Entidad, esta posición del Consorcio es fácilmente rebatible con lo señalado expresamente en el artículo 221º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo resuelto definitivamente con la autoridad de cosa juzgada en el laudo arbitral de fecha 27 de diciembre de 2007, y la Resolución N° 19 de fecha 07 de mayo de 2012, al resolverse ratificar la resolución del contrato por causas imputables al Consorcio y que la Entidad está legitimada para la ejecución por la totalidad de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- 9.18. Sin perjuicio de lo anterior, la Entidad explica al Tribunal Arbitral que en un contrato por la modalidad de concurso oferta, las dos etapas (elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra) son consecutivas, y que para iniciar la segunda etapa se requiere necesariamente que se concluya con la primera etapa, y que un retraso en la primera etapa afecta definitivamente a la segunda

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
“Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20”

etapa; es decir, no se trata de un simple atraso en la elaboración del expediente técnico, sino que este atraso derivó en una resolución de contrato que no permitió que la obra Construcción del Tramo Colapsado del Puente Raither se iniciara en la fecha prevista, ocasionando una serie de perjuicios a la Entidad y a los usuarios del puente.

- 9.19. Por esta razón y por los argumentos desarrollados al contestar la Primera Pretensión, según la Entidad, no corresponde reconocer el monto reclamado por el Consorcio, por lo que la Segunda Pretensión también debe ser declarada Infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 9.20. El Consorcio solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios que la Entidad le habría causado por un supuesto ejercicio abusivo de un derecho.
- 9.21. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que, a efectos de pronunciarse sobre este punto controvertido, es preciso determinar el marco teórico de la responsabilidad civil.
- 9.22. Tradicionalmente, en la responsabilidad civil se pueden distinguir dos tipos o clases: i) la responsabilidad civil contractual y ii) la responsabilidad civil extracontractual; las cuales se diferencian, entre otras razones, principalmente porque en el primer caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, y en el otro supuesto, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.
- 9.23. En el caso materia de *litis*, al estar dentro de los parámetros de un Contrato, corresponde analizar el pedido del Consorcio desde la óptica de la responsabilidad civil contractual.

Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra Nº 100-2006-MTC/20"

- 9.24. Para los casos de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad contractual, el artículo 1321º del Código Civil peruano dispone lo siguiente:

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

- 9.25. Ahora bien, la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, nace con la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad; y (iv) el factor de atribución.
- 9.26. Con la finalidad de atribuir responsabilidad civil contractual a la Entidad, y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del Consorcio, es necesario verificar la concurrencia de los referidos elementos esenciales de la responsabilidad civil.
- 9.27. En relación al primer elemento, es decir, la ilicitud o antijuridicidad, Lizardo TABOADA¹⁴ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

¹⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley. 2º Ed., p32.

- 9.28. En el mismo sentido, Espinoza Espinoza¹⁵ señala que la ilicitud o antijuricidad es lo “contrario al derecho” o que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- 9.29. De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo éste la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominada antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídico, en la medida que se viola el derecho de crédito que tiene todo acreedor, situación que está proscrita por ley.
- 9.30. En atención a ello, el comportamiento dañoso referido por el Consorcio, sería lo que a su entender fue el abuso de derecho incurrido por la Entidad al ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento, lo que no se ha configurado pues se ha declarado infundado el primer punto controvertido relacionado a ello.
- 9.31. En ese sentido, evidenciándose el incumplimiento de unos de los elementos de la responsabilidad contractual, carece de objeto analizar los siguientes, pues basta que uno de ellos no se configure para que la pretensión indemnizatoria no sea reconocida.
- 9.32. Por las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Arbitral determina que se debe declarar infundada la pretensión indemnizatoria a favor del Consorcio.

X. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

¹⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 6ta edición. Editorial Rodhas. Lima. 2011. págs. 94-98.

"Determinar a quién y qué proporción corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales que incluye los honorarios de los árbitros y secretaria arbitral".

- 10.1. En relación a los costos del arbitraje, los artículos 70º y 73º del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal Arbitral tenga 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 Colegiado podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 10.2. En adición a lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y (ii) los honorarios y gastos de la secretaría.
- 10.3. En el presente caso, ambas partes han asumido la parte que le correspondía conforme a lo detallado en el acápite III. Costos del Proceso.
- 10.4. En ese sentido, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que:
 - Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

- Cada una de las partes asuma en partes iguales los honorarios de los gastos arbitrales.

XI. LAUDO

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, este Tribunal Arbitral - resolviendo en Derecho - **LAUDA**:

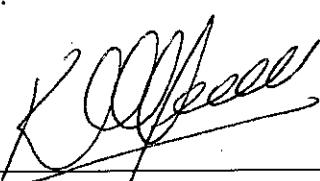
PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de cosa juzgada deducida por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

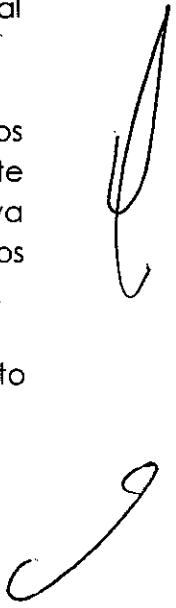
SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión del Consorcio Ejecutor Junín, en consecuencia, declarar que no existió abuso de derecho en la proporción de la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato (Póliza N° 6813772), por parte del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión indemnizatoria del Consorcio Ejecutor Junín, en consecuencia, no corresponde que el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL reconozca al Consorcio la suma de S/. 838,128.98.

CUARTO: DISPÓNGASE que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral, debiendo cada una de ellas asumir los costos propios de la defensa que han ejercido en el desarrollo del presente arbitraje.

QUINTO: AUTORIZAR a la Secretaría Arbitral a remitir al OSCE dentro del quinto día copia del presente Laudo.


KATTY MENDOZA MURGADO
Presidente Arbitral





Arbitraje:

Consorcio Ejecutor Junín – Proyecto Especial
de Infraestructura de Transporte Nacional –
PROVIAS NACIONAL
"Contrato de Obra N° 100-2006-MTC/20"


MARIO MANUEL SILVA LOPEZ
Árbitro


LUDWIG BAUTISTA RADO
Árbitro


CARMEN ANTONELLA QUISPE VALENZUELA
Secretaria Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales