

Decisión N° 11

En Lima, a los 01 días del mes de julio de 2020, luego de haber escuchado y analizado las posiciones de las partes; y conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Tribunal Arbitral dicta el siguiente laudo:

VISTOS:

CONVENIO ARBITRAL:

1. El 04 de noviembre de 2016 el Ministerio del Interior (en adelante, el MININTER) y el Consorcio Venancio S.R.L. (en adelante, el CONSORCIO) celebraron el contrato de ejecución de obra N° 027-2016-IN/DG para la ejecución de la Obra: “Mejoramiento de los Servicios Policiales de la Comisaria Picsi – Distrito de Picsi – provincia de Chiclayo – departamento de Lambayeque”. En la cláusula novena del Contrato, las partes establecieron el siguiente convenio arbitral:

“Las partes acuerdan que todo litigio y controversia resultante de este contrato o relativo a éste, se resolverá mediante el arbitraje organizado y administrado por la UNIDAD DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ de conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el laudo que se emita en el proceso arbitral será inapelable y definitivo y se ejecutará conforme a lo establecido en el Reglamento de Arbitraje del Centro, vigente.

El Arbitraje se desarrollará en la ciudad de Lima, debiendo iniciarse dentro de los plazos de caducidad establecidos en la normativa de contrataciones del Estado vigente.

(...) El procedimiento arbitral será conducido y resuelto por un Tribunal Arbitral Colegiado, compuesto por tres árbitros. Cada parte podrá designar a un árbitro, en su solicitud de arbitraje y en su contestación respectiva.

Una vez designados los árbitros de parte, la secretaría general procederá a notificarlo para que expresen su aceptación a la designación conforme a lo dispuesto en el Reglamento del Centro, debiendo declarar expresamente que cumplen con los requisitos para su designación, y de común acuerdo designen al tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal Arbitral (...).”

INICIO DEL ARBITRAJE

2. El 24 de enero de 2018, el MININTER formuló ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro) una solicitud de arbitraje dirigida contra el CONSORCIO. Asimismo, el MININTER designó como árbitro al doctor Ricardo Antonio León Pastor, quien aceptó la referida designación.
3. El 23 de febrero de 2018, el CONSORCIO contestó la solicitud de arbitraje del MININTER y designó como árbitro al doctor Juan Carlos Pinto Escobedo, quien aceptó dicha designación.
4. El 18 de septiembre de 2018, los árbitros designados por las partes nombraron a la doctora Ana María Arrarte Arisnabarreta como presidenta del Tribunal Arbitral, quien aceptó la designación.

5. Conformado el Tribunal, mediante Decisión N° 1, de fecha 21 de diciembre de 2018, se aprobaron las reglas del arbitraje. El presente arbitraje es nacional y de derecho. Asimismo, conforme a la voluntad de las partes, ha sido organizado y administrado por el Centro.

NORMATIVIDAD APLICABLE

6. Son de aplicación al presente arbitraje las reglas procesales establecidas en la Decisión 1; el Reglamento de Arbitraje vigente del Centro; la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la LCE) y las modificatorias correspondientes; el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el RLCE), aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF; las directivas del OSCE; demás normas especiales que fueran pertinentes; y, de forma supletoria, las disposiciones del Código Civil, así como las demás normas de derecho privado.

ANTECEDENTES

7. El 04 de noviembre de 2016, las partes celebraron el Contrato de Obra N° 027-2016-IN/DGI (en adelante, el Contrato) para la ejecución de la Obra “Mejoramiento de los Servicios Policiales de la Comisaria PNP Picsi – Distrito de Picsi – provincia de Chiclayo – departamento de Lambayeque” (en adelante, la Obra), por un monto de S/. 1`823,262.07 y un plazo de ejecución de 120 días.
8. Durante la ejecución de la obra surgieron diferentes controversias entre las partes. Es así que mediante Carta Notarial N° 018-2017/CV, recibida por la Entidad el 22 de junio de 2017, el CONSORCIO comunicó la resolución del

Contrato por la causal de caso fortuito o fuerza mayor, citando a la Entidad para el acto de constatación física e inventario. Asimismo, mediante Carta N° 000014-2017/IN/OGIN, recibida por el CONSORCIO el 26 de junio de 2017, el MININTER, a su vez, formuló la resolución del Contrato por la causal de acumulación del monto máximo de la penalidad.

PRETENSIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

9. Mediante su escrito de demanda, el MININTER formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Se declare la INVALIDEZ Y/O INEFICACIA de la resolución del Contrato de Ejecución de Obra N° 027-2016-IN/DGI, comunicada mediante Carta Notarial N° 018-2017/CV de fecha 22 de junio de 2017.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Se declare la RESOLUCIÓN del Contrato de Ejecución de Obra N° 027-2016-IN/DGI por incumplimiento de obligaciones atribuibles al CONSORCIO VENANCIO S.R.L.

PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- En caso se desestime nuestra Segunda Pretensión Principal, solicitamos se declare la RESOLUCIÓN del Contrato de Ejecución de Obra N° 027-2016-IN/DGI por causal de acumulación del máximo de la penalidad.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y PRETENSIÓN ALTERNATIVA.- Se ordene que la

Entidad procederá al cálculo actualizado de la penalidad a pagar por parte del CONSORCIO VENANCIO SRL por el retraso en la ejecución de sus obligaciones contractuales, más los intereses legales que se genere.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Se ordene al CONSORCIO VENANCIO SRL el pago de una indemnización a favor del Ministerio del Interior – Dirección General de Infraestructura, por afectación grave en el cumplimiento de sus metas institucionales, lo cual amerita ser resarcida en términos económicos, siendo un monto que se determinará en forma posterior (cuantía indeterminada), más intereses legales que se generen hasta la fecha de pago.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Se declare que la contratista asuma el pago del total de las costas y costos arbitrales”.

10. Mediante Decisión N° 08, de fecha 04 de noviembre de 2019, el Tribunal Arbitral emitió Laudo Parcial en este proceso y declaró fundada la excepción de caducidad deducida por el CONSORCIO, mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2019. En consecuencia, el Tribunal declaró improcedentes la primera pretensión principal, la segunda pretensión principal, la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal y la pretensión accesorio a la primera pretensión principal de la demanda. Dicha decisión no fue objeto de reconsideración, por lo que ha quedado firme.
11. Por lo expuesto, las pretensiones remanentes que son objeto de pronunciamiento en el presente Laudo son la tercera pretensión principal y la cuarta pretensión principal de la demanda.

DEMANDA

12. Mediante escrito de fecha 09 de enero de 2019, el MININTER presentó su demanda. Respecto de la tercera pretensión principal, dicha parte señala que el CONSORCIO le ha generado un perjuicio al dar lugar a la resolución contractual. Asimismo, indica que el daño se encuentra probado por el tiempo transcurrido, el hecho de que el CONSORCIO inició y perdió un proceso arbitral previo y por los incumplimientos contractuales que vienen generando un perjuicio a la entidad. Finalmente, señala que, en caso los daños y perjuicios no llegaran a probarse en su monto preciso, se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil.
13. Respecto de la cuarta pretensión de la demanda, el MININTER señala que el CONSORCIO ha iniciado innecesariamente arbitrajes contra la Entidad y sus incumplimientos han generado la resolución del Contrato; por lo que, corresponde a dicha parte asumir el pago total de las costas y costos.
14. Mediante Decisión N° 01, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda del MININTER y tuvo por ofrecidos los medios probatorios señalados por dicha parte en el literal V del escrito de demanda.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

15. El 28 de febrero de 2019, el CONSORCIO presentó su escrito de contestación de demanda. Con respecto a la tercera pretensión, el CONSORCIO señala que, al declarar improcedentes las pretensiones referidas a la resolución del contrato que fueron formuladas por el MININTER, también corresponde declarar improcedente esta pretensión. Por otro lado, en lo que respecta a la cuarta pretensión de la demanda, el

CONSORCIO sostiene que la Entidad no ha demostrado responsabilidad alguna dentro de este proceso.

16. Mediante Decisión N° 3 de fecha 06 de marzo de 2019, el Tribunal Arbitral otorgó al CONSORCIO un plazo de 5 días, a fin de que dicha parte subsane su escrito de contestación de demanda, presentando los fundamentos y medios probatorios que considere pertinentes, bajo apercibimiento de no tenerlos en cuenta posteriormente.
17. El 20 de marzo de 2010, el CONSORCIO presentó la ampliación de su escrito de contestación de demanda adjuntando los medios probatorios que se indican en el apartado II del referido escrito.
18. Por Decisión N° 04 de fecha 08 de abril de 2019, el Tribunal Arbitral tuvo por subsanado el escrito de contestación de demanda y por ofrecidos los medios probatorios presentados por el CONSORCIO.

PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

19. Mediante Decisión N° 09, de fecha 24 de diciembre de 2019, el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones controvertidas que serán objeto de pronunciamiento en el presente Laudo:

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al CONSORCIO el pago de una indemnización a favor del Ministerio del Interior – Dirección General de Infraestructura (en adelante, el MININTER), por afectación en el cumplimiento de sus metas institucionales, más intereses legales que se generen hasta la fecha de pago.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde que el CONSORCIO asuma el pago del total de las costas y costos arbitrales.

20. Mediante la Decisión antes referida, el Tribunal Arbitral también admitió los documentos ofrecidos como medios probatorios en el acápite IV del escrito de demanda y en el acápite II del escrito de ampliación de contestación.

ALEGATOS

21. El 09 de enero de 2020, el CONSORCIO presentó su escrito de alegatos. Respecto de la tercera pretensión principal de la demanda, el CONSORCIO señala que las metas institucionales del MININTER son muchas, y no se ha determinado a cuál de ellas respondería la indemnización.

Respecto del perjuicio invocado por el MININTER, el CONSORCIO sostiene que fue dicha parte la que dio lugar a la resolución del Contrato. Asimismo, señala que no existe ningún medio probatorio sobre los atrasos que le imputa.

Con respecto a la cuarta pretensión de la demanda, el CONSORCIO señala que la posición del MININTER no tiene sustento y es el único responsable de la resolución del Contrato; por lo tanto, corresponde que dicha parte asuma los gastos arbitrales.

22. El 10 de enero de 2020, el MININTER presentó su escrito de alegatos. Respecto de la tercera pretensión principal, señala que el hecho generador

consiste en el perjuicio generado por el CONSORCIO al dar lugar a la resolución contractual.

Respecto del daño, el MININTER sostiene que este se encuentra probado por el tiempo transcurrido, el hecho de que el CONSORCIO haya iniciado y perdido un proceso arbitral previo y por sus incumplimientos contractuales. Asimismo, señala que la resolución del contrato favorable al contratista en el arbitraje recaído en el expediente N° 1374-86-17 no significa que este no haya causado daño a la entidad al no cumplir con los avances en la ejecución de la Obra. Al respecto, el MININTER cita la Resolución Directoral N° 012-2017-IN-OGIN en el extremo referido a los atrasos en los que habría incurrido el contratista.

Con relación al factor de atribución, el MININTER señala que el CONSORCIO ha dado lugar a la resolución contractual, razón por la cual corresponde aplicar lo dispuesto por el artículo 1321 del Código Civil. Asimismo, señala que no se ha configurado ningún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor; sino que se trata de un incumplimiento de las obligaciones del CONSORCIO al no haber concluido la obra y haber llegado a la aplicación de la máxima penalidad por mora.

Respecto de la cuarta pretensión principal, el MININTER señala que, al momento de contestar la demanda en este proceso, el CONSORCIO ya conocía el resultado del Laudo emitido en el expediente N° 1374-86-17, mediante el cual ha quedado establecido que no corresponde ordenar al MININTER pagar mayores gastos generales a favor del CONSORCIO. Asimismo, indica que, de conformidad con el artículo 47 de la Constitución, y el artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1326, la procuraduría del MININTER se encuentra exenta de gastos judiciales.

CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR:

23. Por Decisión N° 10 de fecha 30 de enero de 2020, se decretó el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días.

CONSIDERANDOS

CUESTIONES PRELIMINARES

24. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde ratificar y precisar que:

(i) El Tribunal Arbitral se ha constituido de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral, así como las leyes y reglamentos aplicables.

(ii) Las partes han sido notificadas de todos los escritos presentados y han tenido plenas oportunidades para ejercer su derecho de defensa.

25. El Tribunal Arbitral deja constancia de que en el estudio, análisis y deliberación que ha dado lugar a la presente Decisión ha tenido en cuenta todos los argumentos alegados por las partes, así como todos los medios probatorios ofrecidos y las normas invocadas por estas.

26. Este Colegiado deja constancia, a su vez, de que todos estos elementos se han analizado y valorados de forma integral; por lo tanto, si no se hace referencia a un argumento o prueba específica, ello de ninguna manera supone que no haya sido tomado en cuenta para la emisión del Laudo.

ANTECEDENTES RELEVANTES

27. El Tribunal Arbitral aprecia que el proceso arbitral recaído en el expediente N° 1374-86-17 constituye un antecedente relevante para las posiciones de ambas partes. En tal sentido, para efectos explicativos, resulta pertinente referirse previamente a lo acontecido en dicho proceso.
28. De la revisión de los medios probatorios, el Tribunal Arbitral advierte lo siguiente:
- El 07 de julio de 2017, el MININTER presentó una primera solicitud de arbitraje ante el Centro; y, pidió que ésta se acumule al expediente N° 1374-86-17, también tramitado en el Centro a instancia del CONSORCIO, lo que fue aceptado por dicha parte.
 - El 31 de octubre de 2017, se instaló el Tribunal Arbitral del proceso recaído en el expediente N° 1374-86-17, conformado por los doctores Gonzalo García Calderón; Cristian Dondero Cassano; y Manuel Chávez Bazán.
 - En el Acta de Instalación de dicho arbitraje se acordó que las partes debían presentar demandas cruzadas; toda vez que cada una tenía pretensiones independientes. Sin embargo, el MININTER no presentó su demanda.
 - Mediante Resolución N° 01 de fecha 29 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral tuvo por no presentada la demanda del MININTER.
 - Por su parte, en su demanda arbitral, el CONSORCIO solicitó la nulidad de la Resolución Directoral N° 12-2017IN-OGIN, por la cual se declaró improcedente su solicitud de ampliación de plazo; el otorgamiento de una ampliación de plazo; y, el pago de los mayores costos directos y gastos generales. Asimismo, solicitó la nulidad o ineficacia de la

resolución contractual notificada mediante carta N° 000014-2017/N/OGIN, por la cual la entidad pretendió resolver el contrato por acumulación del máximo de penalidad.

- Mediante Resolución N° 02 de fecha 23 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral confirió al MININTER el traslado de la demanda del CONSORCIO. Asimismo, declaró infundada una reconsideración presentada por el MININTER que habría estado orientada a que se le autorice a formular sus pretensiones vía reconvencción. Al respecto, el Tribunal Arbitral señaló que dicha posibilidad había sido suprimida, con la conformidad de las partes, quienes habían acordado presentar demandas cruzadas, lo que no fue cumplido por el MININTER. En tal sentido, el Colegiado consideró que la oportunidad para que el MININTER formule sus pretensiones había precluido.
- El 24 de enero de 2018, el MININTER formuló una nueva solicitud de arbitraje con las mismas pretensiones que había propuesto previamente en la solicitud de fecha 07 de julio de 2017; asimismo, pidió que ésta nueva petición arbitral se acumule al expediente N° 1374-86-17; lo que fue rechazado por el CONSORCIO. Por ello, la solicitud de arbitraje fue tramitada de forma independiente, dando lugar al presente proceso arbitral.
- El 06 de septiembre de 2018, el Tribunal Arbitral correspondiente al expediente 1374-86-17 emitió su Laudo Arbitral en el que solo se pronunció sobre las pretensiones del CONSORCIO. En dicho Laudo, el Tribunal rechazó las pretensiones del CONSORCIO referidas a la ampliación de plazo y declaró fundada la cuarta pretensión principal de la demanda presentada por el CONSORCIO, por la cual dicha parte le solicitó declarar nula e ineficaz la resolución de Contrato notificada mediante la Carta Notarial N° 000014-2017/N/OGIN con la cual el MININTER pretendió resolver el Contrato de Obra por acumulación del

máximo de la penalidad por mora. En tal sentido, el Tribunal Arbitral concluyó que la relación jurídica de las partes ya había culminado con la resolución efectuada previamente por el CONSORCIO.

- Asimismo, en lo que respecta a los costos arbitrales, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que estos habían sido asumidos por el CONSORCIO, y ordenó al MININTER reembolsar la suma correspondiente al 50% de los honorarios y gastos del Centro a favor del demandante.

29. Como se ha indicado previamente, mediante Decisión N° 08, este Tribunal Arbitral declaró fundada la excepción de caducidad deducida por el CONSORCIO y; en consecuencia, declaró improcedentes las pretensiones principales primera y segunda; la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal y la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda.

30. Como se explicó en sus fundamentos, la Decisión del Tribunal Arbitral se sustenta en que las pretensiones declaradas improcedentes buscaban la revisión de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO; y la posibilidad de formular tales cuestionamientos ha caducado. Asimismo, el Tribunal Arbitral advirtió que lo pretendido por el MININTER buscaba contradecir lo establecido en la Laudo dictado en el expediente N° 1374-86-17. Esta decisión se encuentra firme, pues no fue cuestionada por ninguna de las partes.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

31. Mediante Decisión N° 09, se estableció como primera cuestión controvertida:

Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar al CONSORCIO el pago de una indemnización a favor del Ministerio del Interior – Dirección General de Infraestructura (en adelante, el MININTER), por afectación en el cumplimiento de sus metas institucionales, más intereses legales que se generen hasta la fecha de pago.

32. De esta manera, el primer punto controvertido nos remite a un supuesto de indemnización por daños y perjuicios. Al respecto, el artículo 137 del RLCE establece: “Efectos de la resolución: Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado **sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados (...)**” (énfasis agregado). Este artículo debe ser leído conjuntamente con las normas del Código Civil que regulan el régimen de responsabilidad civil.
33. Como se sabe, esta alude a un mecanismo de tutela de situaciones jurídicas que tiene por finalidad proporcionar un medio eficaz para lograr la reparación integral por un daño ocasionado (función satisfactiva). Puede originarse en el marco de una relación obligacional (responsabilidad contractual) o fuera de esta (responsabilidad extracontractual). En el presente caso, como resulta evidente, nos encontraríamos en el primer supuesto; toda vez que la pretensión de indemnización del MININTER se deriva de la ejecución del Contrato celebrado entre ambas partes.
34. Como ha reconocido la parte demandante, la procedencia de una indemnización por daños y perjuicios presupone la configuración de los elementos de la responsabilidad civil. Estos son: (i) la verificación de un daño efectivo; (ii) La ilicitud o la antijuricidad, que alude al comportamiento no amparado por el derecho; (iii) el nexo causal, entendido como la relación

entre la conducta antijurídica y el daño; y, (iv) el factor de atribución; es decir el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad a un sujeto en específico (causa imputable)¹.

35. Estos requisitos son copulativos, de manera que si uno de ellos no se encuentra presente no se configura un supuesto de responsabilidad; y, en consecuencia, no corresponde ordenar una indemnización de daños y perjuicios. A continuación, el Tribunal Arbitral analizará el caso materia del presente arbitraje.

Daño

36. Respecto de este elemento, Osterling² señala lo siguiente: “Para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio”. En la misma línea, el artículo 1331 del Código Civil establece que la prueba del daño y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Es decir que el demandante debe acreditar la ocurrencia de un daño y su entidad económica. Por lo mismo, se afirma que el daño debe ser cierto; es decir no puede tratarse de un daño eventual o hipotético³. Siendo ello así corresponde analizar la posición del MININTER respecto del daño que sería materia de indemnización:

¹ Taboada, L (2001), Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.

² Osterling, F. (1985), La Indemnización de Daños y Perjuicios. *Libro homenaje al Doctor José León Barandarian*. Lima: Cultural Cuzco. p. 400.

³ De Trazegnies, F. (2001). La responsabilidad extracontractual. Vol IV, Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

37. En primer lugar, en su escrito de alegatos, el MININTER se ha referido específicamente al requisito del daño indicando que en el proceso arbitral tramitado bajo el expediente N° 1374-86-17, el CONSORCIO solicitó una ampliación de plazo, bajo el argumento de que la entidad se había demorado en aprobar un presupuesto adicional y que ello había ocasionado retrasos en la obra. Sin embargo, el MININTER sostiene que, en el Laudo emitido en dicho arbitraje, el Tribunal Arbitral concluyó que no había razones suficientes para suponer que los atrasos se derivaron de forma necesaria de la demora en la aprobación del presupuesto adicional a cargo de la Entidad. Asimismo, el MININTER señala que la resolución del contrato favorable al contratista que se dictaminó en el caso arbitral antes referido no significa que el CONSORCIO no haya causado daño a la entidad al no cumplir con el avance de la ejecución de la obra. Sobre el particular, el MININTER indica que el daño se encuentra plasmado en la Resolución Directoral N° 012-2017-IN-OGIN.
38. De la revisión de los medios probatorios, se advierte que la Resolución Directoral N° 012-2017-IN-OGIN, de fecha 04 de abril de 2017, es la decisión por la cual la entidad decidió rechazar la ampliación de plazo presentada por el CONSORCIO, la misma que fue llevada a arbitraje en el expediente N° 1374-86-17. Para efectos del presente arbitraje, el MININTER se ha referido, específicamente, a un extremo de dicha Resolución, en la cual se cita un informe de la Oficina General de Infraestructura emitido con ocasión del pedido de ampliación de plazo que había sido presentado por el contratista. En dicho informe, la Oficina antes mencionada opina en contra de la ampliación de plazo, entre otras consideraciones, porque sostiene que el contratista había incurrido en atrasos en la ejecución de la Obra.

39. Estando a lo anterior, el MININTER concluye que “ese incumplimiento y atraso en la ejecución de la obra ha causado un perjuicio a la Entidad”; por lo que solicita al Tribunal Arbitral aplicar el artículo 1332 del Código Civil para la determinación de la indemnización.
40. Pues bien, como se ha indicado previamente, para otorgar una indemnización no basta invocar un incumplimiento, sino que el solicitante tiene la carga de acreditar que ha sufrido un daño real y efectivo a consecuencia de dicho incumplimiento, lo que implica explicar en qué consiste ese daño; así como acreditar la entidad económica del mismo, a fin de fijar la cuantía de la indemnización.
41. En ese sentido, Osterling⁴ señala que: “Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios”. Pese a lo antes indicado, de la exposición del MININTER se aprecia que dicha parte ha alegado la ocurrencia de un incumplimiento contractual imputable al contratista, pero no ha acreditado un daño; de hecho, no ha explicado en qué consistiría el daño, independientemente de la obligación ulterior de probarlo y cuantificarlo. Así, el MININTER solo se ha limitado a indicar que el alegado incumplimiento del CONSORCIO le habría causado “un perjuicio”.
42. De la misma manera, en otras partes de sus escritos, el Tribunal advierte que el MININTER ha utilizado frases genéricas que no permiten identificar la naturaleza concreta del daño. Así, por ejemplo, en su pretensión, el MININTER ha solicitado una indemnización por afectación grave en el cumplimiento de sus “metas institucionales”. Sin embargo, en sus escritos, el

⁴ Osterling, F. (1985), La Indemnización de Daños y Perjuicios. *Libro homenaje al Doctor José León Barandarian*. Lima: Cultural Cuzco.p. 400

MININTER nunca se ha referido a dicha metas ni ha explicado cuáles serían y, concretamente, cómo se habría verificado el daño con respecto a ellas. Así, este Tribunal desconoce -asumiendo que se trataría de un daño patrimonial- si sería un detrimento patrimonial (daño emergente), la pérdida de ganancias (lucro cesante) o la pérdida de una chance.

43. Como resulta evidente, estos conceptos deben ser determinados por la parte demandante, para posteriormente acreditar cada uno de los perjuicios invocados. Al respecto, Garnica⁵ señala:

“No resulta una cuestión discutida, ni discutible, que el daño resarcible no puede ser reducido a una idea única sino que está integrado por una pluralidad de conceptos, cada uno de los cuales presenta particularidades propias en su enjuiciamiento”.

44. En este caso, el MININTER no ha definido el daño, ni sus manifestaciones, ni su cuantía. En otro extremo, el MININTER también ha señalado que: “El daño queda probado al verificarse el tiempo transcurrido y que a través de un proceso arbitral que inició y perdió la ahora demandada y a los incumplimientos contractuales viene generando un perjuicio a la Entidad que debe ser indemnizada”.
45. Respecto de lo antes indicado, en primer lugar, se debe precisar que el solo transcurso del tiempo no acredita daño alguno, más aun cuando este no ha sido definido. En segundo lugar, no se entiende por qué el hecho de que el CONSORCIO haya iniciado, previamente, un arbitraje “viene generando un

⁵ Garnica, J. (2007), La prueba del lucro cesante. Recuperado de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro: <https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/lucroCesante.pdf>. p. 46

perjuicio a la entidad”; y, en todo caso, no se precisa cuál sería dicho perjuicio.

46. Cabe agregar que, en sus escritos, el CONSORCIO ha indicado que, para acreditar el daño, el Tribunal deberá aplicar el artículo 1332 del Código Civil, el cual establece: “Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa”.
47. Sobre el particular, se debe reiterar que, conforme al artículo 1331 del Código Civil, la carga de probar el daño y su cuantía corresponde al demandante. En ese sentido, el artículo 1332 no constituye una dispensa de prueba, sino que está pensado para aquellos supuestos en los que, habiéndose acreditado un daño, no es posible o resulta muy difícil determinar su cuantía; típicamente esto puede suceder con los daños no patrimoniales en la medida que los valores afectados no tienen un correlato económico en el mercado. En la línea de lo antes indicado, Bonasi⁶ señala:

“No puede el juez, sin embargo, sustituir las comprobaciones técnicas requeridas por las partes, por un criterio genérico de equidad que lo dispense de indicar los elementos concretos en los cuales fundó su apreciación. Su facultad discrecional, encuentra obstáculo en el hecho de que existan en el proceso elementos bastantes para precisar el daño o cuando se hayan utilizado medios de prueba idóneos para establecer la exacta cuantía, y tales medios sean legalmente admisibles”.

48. En contraposición de lo antes indicado, en el presente caso, no estamos ante un supuesto en el cual no haya sido posible probar la cuantía exacta de un daño; sino que el MININTER no ha aportado medio de prueba alguno que

⁶ Citado por Beltrán, J (2007). Valorización equitativa del resarcimiento. En: Código Civil Comentado. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica. p. 740.

permita determinar el daño. Por lo tanto, no se ha cumplido con acreditar el requisito del daño que resulta imprescindible para ordenar una indemnización.

49. En vista de lo antes indicado, carece de objeto pronunciarse respecto de los otros requisitos de la responsabilidad, debido a que, en ausencia de daño, no resulta posible otorgar la indemnización de daños y perjuicios solicitada por el MININTER. Sin perjuicio de ello, el Tribunal aprecia que varios de los argumentos utilizados por la parte demandante para sustentar su posición no pueden ser acogidos, debido a que contravienen lo establecido en el Laudo dictado en el expediente N° 1374-86-17 y/o la Decisión N° 08, dictada en el presente arbitraje.
50. En efecto, entre los argumentos utilizados por el MININTER para sustentar los elementos de responsabilidad remanentes, dicha parte señala que el CONSORCIO habría dado lugar a la resolución contractual; asimismo, señala que no se configuró un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor como indicó el CONSORCIO; y que dicha parte, alcanzó la aplicación de la máxima penalidad por mora.
51. Al respecto, se debe tener en cuenta que, mediante el Laudo de fecha 06 de septiembre de 2018, el Tribunal Arbitral conformado en el proceso arbitral recaído en el expediente N° 1374-86-17, declaró que la resolución del MININTER era ineficaz, en la medida que la relación jurídica de las partes ya había culminado con la resolución del CONSORCIO, la misma que se sustentó en la causal de caso fortuito y fuerza mayor. Asimismo, mediante la Decisión N° 08, dictada en el presente proceso, este Tribunal Arbitral determinó que la posibilidad del MININTER de cuestionar la resolución contractual del CONSORCIO ha caducado largamente.

52. Por lo mismo, este Tribunal no puede amparar una pretensión sobre la base de argumentos que constituyen formas indirectas de cuestionar la resolución del CONSORCIO, la misma que como se ha indicado no puede ser revisada, en la medida que se encuentra consentida.
53. En atención a lo antes indicado, corresponde declarar **infundada** la tercera pretensión principal de la demanda.

ANÁLISIS DE LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

54. Mediante Decisión N° 09, se estableció como segunda cuestión controvertida:

“Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde que el CONSORCIO asuma el pago del total de las costas y costos arbitrales”.

55. Sobre el particular, el MININTER ha solicitado como cuarta pretensión de la demanda, que se ordene al CONSORCIO asumir el pago de los costos y costas del arbitraje. Dicha parte señala que, al momento de contestar la demanda en este proceso, el CONSORCIO ya conocía el resultado del Laudo emitido en el expediente N° 1374-86-17. Asimismo, indica que, de conformidad con el artículo 47 de la Constitución, y el artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1326, la procuraduría del MININTER se encuentra exenta de gastos judiciales.
56. Por su parte, el CONSORCIO sostiene que la posición del MININTER no tiene sustento y que la resolución del Contrato es imputable a dicha parte;

por lo tanto, considera que corresponde al MININTER asumir los gastos arbitrales.

57. Cabe precisar que, en el presente arbitraje, los costos arbitrales referidos a los gastos administrativos del Centro y los honorarios de los árbitros han sido asumidos en su totalidad por el MININTER⁷, sin perjuicio de los gastos derivados de la defensa de las partes. Como quiera que, ninguna de las partes ha sustentado ni acreditado estos últimos; el presente pronunciamiento se circunscribe a determinar si corresponde distribuir entre las partes los costos arbitrales por gastos administrativos y honorarios de los árbitros que han sido cancelados por el MININTER.

58. De conformidad con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, norma supletoria aplicable al presente proceso, para imputar o distribuir los costos del arbitraje, el Tribunal debe tener en cuenta el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral puede distribuir y prorratear estos costos, si lo estima razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

59. De la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se aprecia que no existe acuerdo sobre el pago de los gastos arbitrales. En ese sentido, este aspecto deberá ser determinado por el Colegiado teniendo en consideración el resultado del arbitraje y la conducta de las partes durante el mismo.

60. Siendo así, el Tribunal considera que, en el presente caso, corresponde que los gastos arbitrales sean asumidos por el MININTER. Ello en atención a

⁷ Mediante escrito de fecha 28 de marzo de 2018, el CONSORCIO solicitó que se disponga la subrogación del MININTER en el pago de los costos arbitrales, indicando que en el arbitraje recaído en el expediente N° 1374-86-17 fue el CONSORCIO el que asumió el pago del total de los costos del arbitraje en subrogación, y que en el laudo se dispuso que el MININTER debía devolverle el 50% de ese total. Señaló que, con dicho monto habría podido pagar los costos del presente arbitraje; pero el MININTER no había cumplido con efectuar la devolución indicada y su empresa se encontraba desfinanciada.

que, además de ser la parte vencida, el Tribunal considera que este presente proceso ha sido promovido por el MININTER en contravención de una norma de caducidad expresa, lo que dio lugar a que se declaren improcedentes cuatro pretensiones de la demanda.

61. De la misma manera, en lo que respecta a la cuarta pretensión principal de la demanda, el MININTER no cumplió con determinar ni acreditar el daño alegado. Asimismo, dicha parte justificó su posición con argumentos que buscan una revisión indirecta de la resolución contractual efectuada por el CONSORCIO; supuesto que este Tribunal había advertido en la Decisión N° 08, no resultaba admisible.

62. Por lo expuesto, el Tribunal estima que la conducta de la demandante ha generado actividad procesal que ha resultado inconducente; razón por la cual corresponde a dicha parte asumir los costos del arbitraje.

63. Respecto de lo indicado por el MININTER sobre el artículo 47 de la Constitución y el artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1326, se debe precisar que dichas normas no resultan aplicables al presente arbitraje, puesto que están referidas específicamente a gastos judiciales. Sobre el particular, se debe tener en cuenta que, en Perú, el arbitraje es el mecanismo de solución de controversias obligatorio para la mayoría de conflictos surgidos en el marco de las contrataciones de bienes, servicios y obras con el Estado. De esta manera, el propio Estado ha adoptado la decisión de retirar sus controversias del sistema judicial y redirigirlos a un mecanismo de solución que cuenta un marco regulatorio especial; en el cual, por su naturaleza y funcionamiento, el sistema de gastos procesales depende de las partes. En ese sentido, las instituciones estatales no se encuentran exoneradas de los gastos arbitrales; por el contrario, se sujetan a

los reglamentos especiales que rigen la materia, los cuales han sido aplicados en el presente caso.

64. Por lo antes indicado, el Tribunal Arbitral concluye que se debe declarar infundada la cuarta pretensión principal de la demanda; pues, corresponde al MININTER asumir los costos arbitrales indicados. En tal sentido, no corresponde ordenar devolución alguna por los costos arbitrales que ha cancelado el MININTER

65. Por las consideraciones jurídicas expuestas y estando a los respectivos fundamentos de hecho y derecho; el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda. En tal sentido, no corresponde ordenar devolución alguna por los costos arbitrales del proceso, correspondientes a los gastos administrativos del Centro y los honorarios del Tribunal, que han sido cancelados por el MININTER.

Ana María Arrarte Arisnabarreta
Presidenta

Ricardo Antonio León Pastor
Árbitro

Juan Carlos Pinto Escobedo
Árbitro