

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO SIMA PERÚ S.A. – W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION SUCURSAL PERÚ – T Y T S.A.C. CONTRATISTAS GENERALES CONTRA EL GOBIERNO REGIONAL DE LORETO, SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS Y OTROS, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS DOCTORES JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, AURELIO MONCADA JIMÉNEZ Y RAMIRO RIVERA REYES

Resolución N° 145 .-  
Lima, 26 de diciembre de 2005

VISTOS:

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 05 de octubre de 2001, Consorcio Sima Perú S.A. – W. Jackson & Sons Construction Sucursal Perú – T y T S.A.C. Contratistas Generales (en adelante, el CONSORCIO) y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a través de la Dirección General de Caminos (actualmente Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental – PROVIAS DEPARTAMENTAL), suscribieron el Contrato de Obra No. 402-2001-MTC/15.17, con la finalidad de ejecutar las obras de "Construcción y Mejoramiento de la Carretera Nauta-Iquitos, Tramo Nauta-Río Itaya" (en adelante, el CONTRATO).

La Dirección General de Caminos del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción procedió a suscribir el CONTRATO en calidad de Entidad Encargada respecto del Consejo Transitorio de Administración Regional Loreto – CTAR Loreto (actualmente Gobierno Regional de Loreto) que tenía la calidad de Entidad Encargante, en virtud del Convenio No. 077-2000-MTC15.17. De este modo, y de conformidad con el artículo 65.2 de la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), el Consejo Transitorio de Administración Regional Loreto – CTAR Loreto no perdió la titularidad de la competencia y la responsabilidad por la obra a ejecutarse.

En la cláusula Décimo Quinta del CONTRATO, se estipuló que cualquier controversia o reclamo que surja o se relacione con su ejecución y/o interpretación, sería resuelta de manera definitiva mediante arbitraje de

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

derecho, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley No. 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 039-98-PCM.

Mediante carta notarial de fecha 09 de mayo del 2003, el Gobierno Regional de Loreto (sucesor del Consejo Transitorio de Administración Regional Loreto - CTAR Loreto) solicitó la resolución del Convenio 077-2000-MTC15.17, siendo aceptada por Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental - PROVIAS DEPARTAMENTAL (sucesor de la Dirección General de Caminos del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción) mediante carta notarial de fecha 12 de mayo del año 2003. Por tanto, el Gobierno Regional de Loreto reasumió las obligaciones y derechos derivados del CONTRATO, incluyéndose las derivadas de la cláusula arbitral.

## 2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el CONSORCIO designó como árbitro al Dr. Aurelio Moncada Jiménez y el Gobierno Regional de Loreto al Dr. Ramiro Rivera Reyes, sin embargo, éstos no llegaron a un acuerdo respecto del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, por lo que el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, CONSUCODE) designó al Doctor Javier de Belaúndé López de Romaña.

Con fecha 25 de julio del año 2003 se instaló el Tribunal Arbitral. En dicha oportunidad, sus miembros se ratificaron en la aceptación del cargo, declarando no tener ningún tipo de incompatibilidad ni compromiso con las partes, obligándose a ejercer el cargo con imparcialidad e independencia.

## 3. INCIDENTE SOBRE NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

En el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral - Acta No. 035-2003/GCA-CONSUCODE, se estableció que en atención a lo dispuesto en la Cláusula Décimo Quinta del CONTRATO en concordancia con el artículo 14, literal b) de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, Ley No. 26850 (en adelante, LCAE) y con el artículo 139 de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 039-98-PCM (en adelante, el RECAE) sería de aplicación al presente proceso arbitral la Ley No. 26850 (Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado) y su Reglamento y, supletoriamente, la Ley General de Arbitraje (Ley No. 26572), en ese orden.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE

Con fecha 1 de agosto del año 2003, el CONSORCIO presentó recurso de reposición contra dicho extremo del Acta de Instalación, señalando que al momento de suscripción del CONTRATO ya se encontraba vigente el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo No. 012-2001-PCM) y su Reglamento (Decreto Supremo No. 013-2001-PCM), los cuales deberían ser aplicables al presente proceso.

Luego de otorgado el traslado correspondiente, el GOREL absolvió el recurso de reposición mediante escrito de fecha 21 de agosto del año 2003.

Mediante Resolución No. 4 de fecha 8 de septiembre del año 2003, el Tribunal Arbitral declaró INFUNDADO el recurso de reposición interpuesto por el CONSORCIO por considerar que era aplicable al caso la Directiva No. 003-2001-CONSUCODE/PRE sobre regímenes aplicables a contrataciones y adquisiciones previstos en la Primera Disposición Final del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM, la misma que en el numeral 4) de las Disposiciones Específicas establece expresamente que las controversias que surjan durante la ejecución de los contratos derivados de licitaciones públicas y concursos públicos, convocado al amparo de la Ley No. 26850 y de su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo No. 039-98-PCM) son resueltos mediante el procedimiento de arbitraje regulado por dichas normas.

Por tanto, siendo que el CONTRATO deriva de la Licitación Pública No. 015-2000-MTC/15.02, la misma que fuera convocada al amparo de la Ley No. 26850 y del Decreto Supremo No. 039-98-PCM, se concluye que el procedimiento de selección comenzó y concluyó bajo la vigencia de dichas normas, por lo que son de aplicación al mismo, resultando ajustado a Derecho lo dispuesto en el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de fecha 25 de julio del año 2003.

4. PRETENSIONES Y POSICIONES DE LAS PARTES EN SUS RESPECTIVOS ESCRITOS DE DEMANDA, CONTESTACIÓN A LA DEMANDA, RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

4.1. Pretensiones formuladas por el CONSORCIO en su escrito de demanda y los argumentos que las sustentan

Con fecha 02 de octubre de 2003, el CONSORCIO presentó su demanda contra el Gobierno Regional de Loreto (en adelante, GOREL), formulando en su contra las siguientes pretensiones:

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

4.1.1. Pretensiones formuladas por el CONSORCIO y sus fundamentos

- a. *Primera pretensión.- Que se ordene el pago de la suma de US\$1'000,000.00 (Un millón y 00/100 dólares americanos) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la ilegal resolución del Contrato de Obra No. 402-2001-PCM/15.17.*

El CONSORCIO sustentó esta pretensión en los siguientes fundamentos:

- a.1. Que, con fecha 22 de septiembre del año 2000, el CTAR Loreto (hoy, Gobierno Regional de Loreto) y la Dirección de Caminos del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, el MTCVC), suscribieron el Convenio No. 077-2000-MTC, mediante el cual el primero encargó al MTCVC la administración técnica y financiera de la ejecución del Tramo IV de la Carretera Nauta-Iquitos (en adelante, el CONVENIO).

En la cláusula Cuarta de dicho CONVENIO, se estableció que éste se ejecutaría mediante el tipo de Ejecución Presupuestaria Indirecta, con manejo de fondos en la modalidad de Encargo.

- a.2. Que, ejecutando dicho encargo, el MTCVC convocó a diversas empresas contratistas a participar en la Licitación Pública No. 015-2000-MTC/15.02, para la elaboración del Expediente Técnico y la ejecución de las obras de Construcción de la Carretera Nauta-Iquitos, en el Tramo IV, del Km. 0+000 al Km. 19+000; en el cual se adjudicó la Buena Pro al CONSORCIO, mediante Resolución Directoral No. 1065-2000-MTC/15.17 de fecha 1 de diciembre de 2000.

- a.3. Que, como consecuencia de ello, con fecha 5 de octubre de 2001, el MTCVC y el CONSORCIO celebraron el Contrato de Obra No. 402-2001-MTC/15.17, para la ejecución de la obra denominada "Construcción y Mejoramiento a nivel de Asfaltado, de la Carretera Nauta-Iquitos, Tramo Nauta-Río Itaya (Km. 0+000.- Km. 19+000)".

Dicho contrato habría sido suscrito bajo el sistema de Precios Unifarios, estableciéndose, en el numeral 3.1. del mismo, que el plazo de ejecución de la obra sería de 420 días (60 días para la elaboración del Expediente Técnico, y 360 días para la ejecución de la Obra).

- a.4. Que, durante la ejecución del CONTRATO, se produjeron diversas controversias entre las partes, que dieron origen a dos (02) procesos arbitrales. En el primero de ellos, referido a la regulación legal aplicable al mismo, se habría emitido el Laudo Arbitral de fecha 8 de

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

septiembre de 2003, disponiendo que la normativa aplicable serían las disposiciones contenidas en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 012-2001-PCM y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 013-2001-PCM.

En el otro proceso, referido a ampliaciones de plazo, aún no se habría emitido el correspondiente Laudo Arbitral.

- a.5. Que, mediante carta notarial No. 007/2003-MTC.22 de fecha 12 de mayo de 2003, PROVIAS DEPARTAMENTAL (quien asumió todas las facultades del MTCVC) comunicó al CONSORCIO su decisión de resolver unilateralmente el CONTRATO sobre la base de lo establecido en la cláusula 10.2 del mismo, esto es, por la ocurrencia de un supuesto de fuerza mayor, consistente en la resolución del CONVENIO a propuesta del GOREL, lo cual imposibilitaba que PROVIAS DEPARTAMENTAL continuara efectuando los pagos generados por las valorizaciones y los adicionales de la obra, a favor del CONSORCIO.

La resolución del mencionado CONVENIO se habría producido de mutuo acuerdo, a propuesta del GOREL, realizada mediante carta de fecha 9 de mayo del año 2003. A dicha propuesta, PROVIAS DEPARTAMENTAL se habría adherido mediante carta notarial No. 008-2003-MTC del 12 de mayo del año 2003, plasmándose el acuerdo final en el Documento Privado de Resolución de Convenio suscrito por el GOREL y PROVIAS DEPARTAMENTAL, con fecha 14 de mayo de 2003.

- a.6. Que, de las Cláusulas Tercera y Cuarta del CONVENIO, y de la Resolución No. 161-2003-CONSUCODE/PRE de fecha 24 de junio de 2003 emitida por el CONSUCODE, se desprendería que la naturaleza de éste era la de un "encargo de gestión", por lo que su celebración nunca habría enervado la titularidad y responsabilidad del CTAR LORETO (hoy GOREL), como Entidad Encargante.

Asimismo, la carta de adhesión, emitida por PROVIAS DEPARTAMENTAL, recién habría sido puesta en conocimiento del CONSORCIO mediante Oficio No. 431-2003 de fecha 14 de mayo del año 2003, remitido por el GOREL.

- a.7. Que, en ese sentido, la resolución de dicho "encargo de gestión" no sería un motivo suficiente ni válido para determinar la extinción de las obligaciones y compromisos asumidos por PROVIAS DEPARTAMENTAL con el CONSORCIO, ni mucho menos podría configurar la causal de fuerza mayor invocada para resolver el CONTRATO, pues lo único que dicha resolución habría generado, es

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - T Y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

el retorno a la entidad encargante (posición asumida por el GOREL), de los compromisos y obligaciones asumidos por la encargada, referidos a la culminación de la ejecución de las obras encomendadas.

Dicho retorno de la competencia a la entidad encargante no podría considerarse como una situación de fuerza mayor, de acuerdo a lo señalado en la cláusula 10.2 del CONTRATO, pues la variación de la situación interna de la parte contratante (que inicialmente fue integrada por el MTCVC, por encargo del CTAR LORETO) no representa una causal que en sí misma, impida la continuación de los servicios pactados en el CONTRATO.

- a.8. Que, por ello, la resolución unilateral del CONTRATO sería un acto arbitrario que no respondería a razones válidas, afectando los intereses de la colectividad y frustrado la satisfacción de una necesidad social.

En efecto, la construcción de la carretera Nauta-Iquitos respondería a una necesidad de la colectividad, siendo deber de las autoridades velar por su cumplimiento. En este sentido, al resolverse de modo unilateral el CONTRATO, se habría atentado contra los intereses mencionados.

- a.9. Que, según la definición de "fuerza mayor" contenida en el numeral 13.1 del CONTRATO, se considera como tal fuerza mayor, entre otros supuestos, la imposibilidad del MTCVC de seguir financiando las obras; sin embargo, se estableció también que no podía considerarse como tal, ningún evento que una parte diligente pudo razonablemente haber esperado tener en cuenta en el momento de celebrarse el CONTRATO, por lo cual no existía ni existe ninguna imposibilidad para que se prosiga con el financiamiento de dicha Obra, más aun si ni PROVIAS DEPARTAMENTAL ni el GOREL sostuvieron tal cosa en las cartas cursadas entre ellos.

Además, si existirían los fondos necesarios para el desarrollo de la obra, tan cierto es ello, que el propio GOREL expresó su interés en ejecutarla, en el Documento Privado de Resolución del Convenio de fecha 14 de mayo de 2003.

- a.10. Que, la cláusula resolutoria contenida en el numeral 10.2 del CONTRATO, debería ser examinada y aplicada de manera restrictiva, pues de lo contrario devendría en nula, por cuanto el artículo 45 de la Ley No. 26850 (invocada por PROVIAS DEPARTAMENTAL como base legal en su carta de resolución), no otorga la facultad de resolver de modo unilateral un contrato, sino sólo de mutuo acuerdo. Asimismo, de acuerdo al artículo 4 de la

**CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyTSAC**

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU**

**PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE**  
Representante Legal

misma norma, ésta prevalecería sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueren aplicables.

- a.11. Que, por lo anterior, no resulta procedente que la Entidad comunique al Contratista su decisión de resolver unilateralmente el CONTRATO por causas de fuerza mayor, pues lo que correspondía era que la Entidad notifique al Contratista la necesidad de resolverlo por mutuo disenso (por razones de fuerza mayor), fijando una fecha en la que ambas partes establezcan los términos de la resolución.
- a.12. Que, la resolución unilateral del CONTRATO ha originado gastos y pérdidas severas al CONSORCIO que deben ser indemnizados, de acuerdo al siguiente detalle:

- (i) Adquisición de un grupo electrógeno para campamento: El CONSORCIO adquirió dicho equipo para alumbrar el campamento por el plazo de la Obra. Al haberse resuelto el CONTRATO antes de su culminación, no se habría recuperado la inversión efectuada, lo que les habría provocado un perjuicio económico, ascendente a la suma de S/. 19,598.02 nuevos soles.

Dicho monto habría sido determinado en función al porcentaje de avance real de la obra, teniendo en cuenta que el porcentaje de obra valorizado asciende al 34.08%, por lo que la cantidad dejada de recuperar es de 65.92%. Ello estaría especificado en los cuadros presentados como medios de prueba.

- (ii) Construcción de Colcas para almacenamiento de arena: El CONSORCIO se habría visto obligado, con ocasión de la Obra, a construir tres (03) colcas de madera para almacenamiento temporal de arena extraída del Río Marañón, lo que implicó el alquiler del terreno, además de movimiento de tierras, excavación, nivelación y compactación del terreno, colocación del cerco de madera, etc.

El costo de la construcción de dichas colcas, cuya existencia puede verificarse en el Acta de Constatación Física e Inventario de la Obra, asciende a la suma de S/. 17,539.30 nuevo soles.

- (iii) Estudio oceanográfico y de impacto ambiental: El CONSORCIO encargó al Ing. Benjamín Lozano Montes, la realización de los mencionados estudios, los cuales debían ser presentados al INRENA, para obtener la autorización.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

necesaria para la extracción de arena del Río Marañón, y cuyo costo ascendió a la suma de S/. 20,110.23 nuevos soles, según se acredita con los correspondientes recibos por honorarios profesionales.

- (iv) Construcción de Poza de concreto para almacenamiento de emulsión: Para almacenar la emulsión asfáltica que se requería para ejecutar la partida Base Negra, el CONSORCIO debió construir una poza de concreto de 10 mts. de largo, por 7.50 mts. de ancho y una altura de 2.70 mts., cuyo costo ascendió a S/. 68,390.14 nuevo soles, de acuerdo a los precios unitarios pactados en el CONTRATO.

La existencia y dimensiones de la poza se encontrarían acreditadas por el Acta de Constatación Física e Inventario de la Obra, y con el plano y vistas presentadas como medios de prueba.

- (v) Paralización intempestiva de Operadores de Equipo: Luego de la resolución del CONTRATO, el CONSORCIO paralizó sus labores y sus trabajadores, pero no pudo hacer lo mismo con los Operadores de Equipo, quienes debían retornar a Lima con sus respectivos equipos, por lo que debió reconocer sus jornales hasta la llegada de las barcasas a la ciudad de Nauta, lo que ocurrió veintidós días después, a pesar de las inmediatas gestiones del CONSORCIO.

Este costo, ascendente a la suma de S/. 33,294.21 nuevos soles, y que se encontraría acreditado en las planillas ofrecidas como medio de prueba, no estaba contemplado en la partida de desmovilización, debiendo ser asumidos por la Entidad.

- (vi) Materiales utilizados para la ejecución de trabajos de acuerdo al Expediente Técnico: Durante el desarrollo de la Obra, la Supervisión habría exigido al CONSORCIO la utilización de materiales que no fueron considerados en su propuesta económica, lo que habría generado un mayor costo que no pudo ser recuperado con la utilidad o con la ejecución del resto de partidas, al haberse resuelto en CONTRATO, antes del plazo previsto.

Este mayor costo ha sido cuantificado en la suma de S/. 257,431.86 nuevos soles, por concepto de "valorización por transporte de arena para capa contaminante", y en la suma de S/. 144,544.16 nuevos soles, por concepto de "valorización de arena no considerada en los sub drenes". Tales cálculos

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - T y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE**

corresponderían a las valorizaciones aprobadas por la Supervisión, sobre la base de los precios unitarios pactados, lo que demostraría que tales trabajos fueron efectivamente ejecutados.

- (vii) Intereses por capital que no se percibe como consecuencia de la manutención de las cartas fianza, y costo de mantenimiento de las mismas: De acuerdo a lo señalado en el CONTRATO, las cartas fianzas por Fiel Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento deberían tener vigencia hasta la aprobación de la Liquidación Final, mientras que las cartas fianza por Adelanto en Efectivo y/o Materiales debían mantenerse vigentes hasta la amortización de los adelantos recibidos. Sin embargo, respecto de las primeras, por causas ajenas al CONSORCIO, el proceso de liquidación no habría podido concluirse en el plazo señalado sino que resulta necesario esperar el pronunciamiento de los arbitrajes en trámite, lo que implica mantener vigentes las garantías indicadas y, por ende, asumir el mayor costo que representa mantenerlas vigentes por el tiempo que depare dicho proceso.

Respecto de las garantías de adelanto en efectivo y/o materiales, también requerirían mantenerse vigentes por el saldo, ya que los materiales no habrían sido amortizados en su totalidad.

El CONSORCIO habría otorgado once (11) cartas fianza agrupadas en los siguientes conceptos y montos:

- Fiel Cumplimiento: S/. 6'766,887.67
- Seriedad de Cumplimiento: S/. 8'598,426.80
- Adelanto en Efectivo: S/. 4'678,044.96
- Adelanto de Materiales: S/. 5'882,702.48

La inmovilización de dichos montos dinerarios, por un periodo de nueve (09) meses, habría privado al CONSORCIO de la oportunidad de obtener intereses por los depósitos que generarían dichas cantidades de ser colocadas en una entidad financiera. La determinación del perjuicio habría sido cuantificada en función a las tasas de interés comercial (9.43%) por el plazo de 9 meses, lo cual arroja la suma de S/. 2'356,876.99 nuevos soles. Se señalará además que dicho monto se seguirá incrementando en tanto se mantenga en trámite los procesos arbitrales.

- a.13. Como consecuencia de los daños generados al CONSORCIO, la indemnización solicitada ascendería a la cantidad de S/.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

3'655,386.19 nuevo soles, incluyendo el Impuesto General a las Ventas-IGV

- b. *Segunda Pretensión.- Que, sin perjuicio de lo anterior, se ordene el pago del cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir, de conformidad con lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 162 del TUO del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM.*

Esta pretensión fue sustentada en los siguientes fundamentos:

- b.1. Que, de acuerdo con la norma citada, cuando la resolución sea atribuible a la Entidad, ésta debe reconocer al Contratista el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deje de ejecutar.
- b.2. Que, en el presente caso, es evidente que la resolución del CONTRATO habría obedecido a una causa atribuible exclusivamente a la Entidad, por lo que cabría imponerle como sanción, el pago del porcentaje de utilidad antes señalado.
- b.3. Que, teniendo en cuenta que la utilidad considerada y aceptada por la Entidad en la Propuesta Económica del CONSORCIO, ascendía a S/. 1'337'426.05 nuevo soles, y que las valorizaciones contenidas en la Liquidación de Obra que tendrían que descontarse, ascienden a la suma de S/. 478,701.85 nuevos soles, se desprende que se ha dejado de percibir, por causa de la resolución del CONTRATO, una utilidad de S/. 858,724.20 nuevos soles. Por tanto, el CONSORCIO tendría derecho a percibir la mitad de dicha suma, es decir, la suma de S/. 429,362.10 nuevo soles.

- c. *Tercera pretensión.- Que, se declare la nulidad parcial del Acta de Verificación realizada al momento de la constatación física y entrega de la Obra, en la parte de la intervención de personas no autorizadas nombradas por la Entidad, distintas a las establecidas en el segundo párrafo del artículo 162 del T.U.O. del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM.*

El CONSORCIO sustenta esta pretensión, indicando lo siguiente:

- c.1. Que, de acuerdo con la norma citada, al momento de efectuar la Constatación Física e Inventario en el lugar de la obra, "las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y levantarán un acta. (...)"

- c.2. Que, en el presente caso, se puede verificar que en la mencionada diligencia intervinieron dos (02) ingenieros del GOREL como veedores, sobre la base de lo dispuesto en el Oficio No. 306-2003-MTC/22.07 de fecha 22 de mayo de 2003 y en la Resolución No. 253-

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

2003-MTC/22 emitidos por el MTVC; lo cual constituye una vulneración de la norma antes citada, por ser ésta de orden público y de observancia obligatoria, lo que habría generado la nulidad parcial de la referida acta.

- d. *Cuarta pretensión.- Que, se ordene el pago de los intereses y gastos que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos pretendidos anteriormente, así como las costas y costos que se deriven del proceso arbitral.*

Según el CONSORCIO, esta pretensión derivaría de una consecuencia lógica y accesoria de lo demandado, pues si se ampara la pretensión indemnizatoria, procedería el pago de intereses en aplicación de los artículos 1242 y 1324 del Código Civil. Por su parte, los costos y costas se imponen a la parte vencida en el proceso de conformidad con el artículo 412 del Código Procesal Civil.

#### 4.1.2. Medios probatorios de la demanda

Con el propósito de acreditar los hechos invocados en la demanda, el CONSORCIO ofreció los siguientes medios probatorios:

- a. Convenio No. 077-2000-MTC/15.17 de fecha 22 de septiembre de 2000.
- b. Addenda No. 01 al Convenio No. 077-2000-MTC/15.17 de fecha 03 de octubre de 2001.
- c. Aviso de Convocatoria a la Licitación Pública No. 015-2000-MTC/15.02
- d. Resolución Directoral No. 1065-2000-MTC/15.17 de fecha 01 de diciembre de 2000.
- e. Contrato de Obra Pública No. 402-2001-MTC/15.17 de fecha 05 de octubre de 2001.
- f. Carta Notarial No. 008-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003, mediante la cual PROVIAS DEPARTAMENTAL se adhiere a la propuesta del GOREL; para resolver de mutuo acuerdo el CONVENIO.
- g. Documento Privado de Resolución de Convenio suscrito con fecha 14 de mayo del año 2003 entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el GOREL para la Ejecución de la Carretera Nautalquitos, suscrito con fecha 14 de mayo de 2003.
- h. Carta Notarial No. 007-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003, mediante la cual PROVIAS DEPARTAMENTAL comunica al CONSORCIO su decisión de resolver el CONTRATO, por causal de fuerza mayor.
- i. Oficio No. 431-2003-GRL/P de fecha 14 de mayo de 2003, mediante el cual el GOREL remite al CONSORCIO la carta señalada en el literal anterior.
- j. Oficio No. 1147-2003-CONSUCODE/GCA de fecha 24 de junio de 2003, dirigido por el CONSUCODE al CONSORCIO, y las Resoluciones No.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCCIÓN  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE

- 161-2003/CONSUCODE-PRE y No. 162-2003/CONSUCODE-PRE, ambas de fecha 24 de junio de 2003, que se adjuntaron con dicho oficio.
- k. Copia legalizada de la Factura 001121, Guía de Remisión No.0000487 y Orden de Compra No. 00062, referidas al grupo electrógeno adquirido por el CONSORCIO, así como los asientos 50 al 54 del Cuaderno de Obra.
  - l. Copia de los Cuadros de Valorizaciones mensuales recalculadas.
  - m. Acta de Constatación Física e Inventario de la Obra "Construcción y Mejoramiento de la Carretera Nauta-Iquitos", suscrita con fecha 20 de mayo del 2003.
  - n. Fotos de las Colcas de Almacenamiento de Arena, ubicadas en el Puerto Río Marañón.
  - o. Recibos por Honorarios No. 000366, 000401, 000403, 000410, emitidos por el Ing. Benjamín Lozano Montes, por la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental y Estudio Hidro-oceanográfico.
  - p. Plano de Poza de Almacenamiento de Emulsión Asfáltica, con sus respectivas vistas.
  - q. Planillas de pago de obreros.
  - r. Carta No. 066/2003-MCIN.RO de fecha 20 de junio del 2003, dirigida por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL, remitiendo la Liquidación de la Obra, y Cartas No. 067/2003-MCIN.RO y 068/2003-MCIN.RO, ambas de fecha 23 de junio de 2003, remitiendo documentación complementaria de dicha liquidación, y los originales del Cuaderno de Obra.
  - s. Cartas Fianza otorgadas por diversas instituciones del sistema financiero, a favor del CONSORCIO.
  - t. Circular oficial de la Superintendencia de Banca y Seguros, sobre compra y venta de moneda extranjera.
  - u. Hojas de cálculo que contiene el detalle de los montos reclamados por el CONSORCIO por concepto de indemnización.
  - v. Copia de la propuesta económica ofertada por el CONSORCIO, mediante Carta de fecha 29 de septiembre del año 2000.
  - w. Copia de actuados relativos a los procesos arbitrales seguidos entre el CONSORCIO, el GOREL y PROVIAS DEPARTAMENTAL, incluyendo el Laudo Arbitral de fecha 8 de septiembre del año 2003.
  - x. Directiva No. 003-2001-CONSUCODE/PRE, emitido por el CONSUCODE, sobre régimen legal aplicable a las contrataciones públicas.
  - y. Oficio No. 306-2003-MTC/22.07 de fecha 22 de mayo de 2003, y la Resolución Directoral No. 253-2003-MTC/22, mediante la cual se incorpora 2 ingenieros como veedores activos en la constatación física e inventario de la Obra.
  - z. La exhibición del Cuaderno de Obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.
  - aa. La exhibición del original de la Carta Notarial de fecha 9 de mayo del año 2003, dirigida por el GOREL a PROVIAS DEPARTAMENTAL, por

① carta de esta última.  
**CONSORCIO ANACONCA**  
 SIMA PERU S.A. - T Y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
 SUCURSAL PERU

- bb. La exhibición del Expediente de Liquidación Final de la Obra, remitido a PROVIAS DEPARTAMENTAL, por parte de esta última.
- cc. La exhibición de las valorizaciones que el CONSORCIO ha venido remitiendo a PROVIAS DEPARTAMENTAL, por parte de esta última.

4.2. Posición del GOREL respecto de las pretensiones formuladas por el CONSORCIO

4.2.1. Con fecha 28 de octubre del año 2003, el GOREL contestó la demanda en el término oportuno, solicitando que se declare infundadas todas las pretensiones propuestas por el CONSORCIO en su escrito de demanda, en los términos que se detallan a continuación:

a. *Respecto de la Primera Pretensión referida al pago de una indemnización derivada de la indebida resolución del CONTRATO.*- El GOREL contradice la pretensión indemnizatoria del CONSORCIO, por los siguientes argumentos:

a.1. En primer lugar, señala que el CONSORCIO habría incurrido en una serie de incumplimientos que perjudicaron la viabilidad el Proyecto objeto del CONTRATO, siendo además, que el Expediente Técnico elaborado también por el CONSORCIO, no cumplía con los requerimientos establecidos en las Bases Administrativas.

a.2. Tanto PROVIAS DEPARTAMENTAL como el CONSORCIO habrían incumplido sus obligaciones, estando a que el CTAR LORETO (hoy GOREL) habría desembolsado fondos hasta por un monto equivalente al 75% del valor total del CONTRATO, verificándose en la liquidación del CONTRATO que tan sólo se tenía un avance físico real del 12%, al vencimiento del término contractual.

a.3. Es por ello que el GOREL, mediante carta notarial de fecha 9 de mayo de 2003, habría señalado a PROVIAS DEPARTAMENTAL los aspectos antes mencionados, planteándole la resolución del CONVENIO de mutuo disenso, detallando que se había verificado que el Contratista ha incurrido en serias deficiencias de carácter técnico financiero, que impedían la conclusión de la Obra, con el presupuesto establecido en el CONVENIO que el CTAR LORETO se comprometió a financiar.

Es por ello que ambas entidades decidieron resolver el CONVENIO por mutuo acuerdo, en virtud a que el GOREL no se encontraba en condiciones de seguir destinando fondos a favor de PROVIAS DEPARTAMENTAL para la ejecución de un Expediente Técnico y de un proceso constructivo que claramente había fracasado, toda vez que

CONSORCIO ANACON  
SIMA PERU S.A. - T y T S.A.

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

el saldo financiero del CONTRATO no garantizaba ni cubría la ejecución del saldo de la Obra para la ejecución total de los trabajos.

a.4. Es en este contexto que la entidad encargada, PROVIAS DEPARTAMENTAL, remitió carta notarial de resolución unilateral de contrato por causal de fuerza mayor al CONSORCIO, basándose en la resolución del CONVENIO y en la cláusula 10.2 del CONTRATO.

a.5. Del análisis de los documentos contractuales y cartas remitidas entre las partes se puede apreciar lo siguiente:

(i) Que no es cierto que el CONSORCIO desconociera la posibilidad de que PROVIAS DEPARTAMENTAL se quedara sin financiamiento para la ejecución del obra, ya que la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO señala que se constituye como causal de fuerza mayor que el MTCVC se quede sin el financiamiento respectivo para su ejecución. En opinión del GOREL, este sólo hecho justificaría la resolución del CONTRATO, puesto que se trataría de una causal de fuerza mayor previamente pactada entre las partes. Asimismo, tanto en el aviso de convocatoria de la licitación pública como en la Cláusula Segunda del CONTRATO se estableció claramente que el MTCVC era la entidad licitante por encargo del CTAR LORETO (actualmente GOREL), quien además financiaba las obras.

(ii) Que el CONSORCIO sabía perfectamente antes de comprar las Bases o, en todo caso, a la fecha de suscripción del CONTRATO, que la entidad contratante podía quedarse sin financiamiento. No obstante ello, aceptó que dicha eventualidad se constituyera como causal de fuerza mayor, aceptando plenamente su contenido.

(iii) Que, no es cierto que el CONSORCIO desconociera el contenido del CONVENIO y las relaciones que generaba el financiamiento, puesto que tuvo acceso a este documento, tanto así que lo adjuntó como recaudo de su demanda. En todo caso, de acuerdo a las normas que permiten el acceso a la documentación pública, pudo haber solicitado dicha información antes de suscribir el CONTRATO, y si no lo hizo, se trataría de una falta de diligencia del propio CONSORCIO.

(iv) Que debe tenerse en cuenta que la carta de resolución del CONTRATO fue notificada al CONSORCIO cuando el plazo contractual ya estaba vencido, por lo que éste era plenamente consciente que su condición como contratista y ejecutor de la obra era sumamente precaria y que en cualquier momento podía resolverse el CONTRATO.

(v) Que tampoco resulta cierto que la reasunción de la titularidad

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

debe asumir las consecuencias de los hechos y acciones ejecutados por el MTCVC durante al ejecución del CONVENIO, más aun si ya se le había comunicado a éste último sobre los incumplimientos en que había incurrido.

a.6. Por otro lado, señala que la resolución del CONVENIO no habría respondido a un ánimo o colusión entre ambas instituciones públicas a fin de perjudicar al CONSORCIO, sino más bien a salvaguardar los intereses del Estado y los recursos del GOREL.

a.7. Finalmente, indica que pretender el pago de una indemnización resultaría absurdo, pues el CONSORCIO habría recibido más dinero que el equivalente al trabajo ejecutado, siendo más bien ellos quienes habrían generado daños al GOREL, los cuales habrían sido cuantificados en la Liquidación del CONTRATO. Además, señala que los montos reclamados carecen de sustento, pues aunque los gastos señalados se hubiesen realizado, estos se encuentran cubiertos en la ejecución del CONTRATO.

b. *Respecto de la Segunda Pretensión, referida al pago del 50% de la utilidad dejada de percibir.-* Al respecto, el GOREL señala que lo dispuesto en el artículo 162 del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM, invocado como sustento de ésta pretensión, no resulta aplicable al presente caso, puesto que la norma parte del supuesto que la resolución del CONTRATO sea consecuencia de un incumplimiento por parte de la Entidad y que haya sido el propio Contratista quien haya manifestado su decisión de resolverlo, lo que no habría sucedido en el caso de autos. Asimismo señala que las normas de contratación pública no han previsto el pago de penalidades o de algún porcentaje de utilidad a favor del Contratista, cuando la resolución se motiva en causal de caso fortuito o fuerza mayor.

c. *Respecto de la Tercera Pretensión, referida a la nulidad parcial del Acta de Constatación Física e Inventario.-* Respecto de esta pretensión el GOREL señala que:

c.1. La participación de los miembros del GOREL como veedores designados por el MTC era más que pertinente, en tanto el artículo 162 del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM establece que en dicha diligencia deben participar las partes; y al haber reasumido el GOREL la titularidad del CONTRATO era evidentemente una parte de la relación contractual.

c.2. Señala además, que este punto ya habría sido deslindado por el CONSUCODE en la Resolución No. 161-2003-CONSUCODE/PRE, emitida a propósito de la constitución del presente Tribunal Arbitral, en

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

la cual se estableció que el GOREL tenía calidad de parte en el CONTRATO.

- c.3. En consecuencia, los actos realizados por los representantes del GOREL con posterioridad a la resolución del CONVENIO resultarían perfectamente válidos y correspondientes al actuar diligente de un funcionario público.
- d. *Respecto de la Cuarta Pretensión, referida al pago de intereses, costas y costos.*- El GOREL sostiene que al no corresponder pago alguno por los conceptos demandados también resultaría infundado el pago de intereses a favor del CONSORCIO demandante. Asimismo, correspondería al demandante responder por el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que se ha incurrido.

4.2.2. Medios probatorios de la contestación de la demanda:

Para acreditar lo afirmado en su contestación de demanda, el GOREL ofreció los siguientes medios de prueba:

- a. Los documentos ofrecidos por el CONSORCIO en los puntos 1,2,4,5,6,7,8,9,10,13,26 y 27 de su demanda arbitral.
- b. El Aviso de Convocatoria de la Licitación Pública No. 015-2000-MTC/15.02.
- c. Cronogramas de Avance de Obra, de Desembolso Mensual, de Barras Gantt, PERT-CPM, de Utilización de Equipos y de Adquisición de Materiales, actualizados a la fecha de inicio de la obra, que fueran alcanzados por el CONSORCIO a la Supervisión mediante Carta No. 076/2002-MCIN.RO
- d. Carta No. 027-2002/CNI-MTC, remitida por la Supervisión al MTCVC.
- e. Asiento 263 del Cuaderno de Obra, de fecha 03 de octubre de 2002, en el cual se transcribe la Carta No. 019-2002/CNI-MTC del 01 de octubre de 2002.
- f. Asiento 304 del Cuaderno de Obra, de fecha 04 de noviembre de 2002, mediante el cual se solicita al CONSORCIO un Calendario Acelerado de Obra (CAO).
- g. Cronograma Acelerado de Avance de Obra, en Barras Gantt, PERT-CPM, presentado mediante Carta No. 144/2002-MCIN.RO.
- h. Carta No. 079-02/JS-NI-Tr.IV de fecha 13 de noviembre de 2002, enviada por la Supervisión al CONSORCIO.
- i. Carta No. 150/2002-MCIN.RO del 21 de noviembre de 2002, enviada por el CONSORCIO a la Supervisión.
- j. Resolución Directoral No. 212-2002-MTC/22, que aprueba el Calendario Acelerado de Obra presentado por el CONSORCIO.
- k. Asiento 431 del Cuaderno de Obra, de fecha 05 de febrero de 2003, que acreditaría el atraso injustificado de la Obra.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

- l. Carta No. 016-2003/CNI-PROVIAS DEP, por la que la Supervisión pone en conocimiento de PROVIAS DEPARTAMENTAL, que el CONSORCIO está incurso en causal de resolución del CONTRATO.
- m. Oficio No. 369-2003-GLR/01, mediante la cual el GOREL solicita información de la Obra a PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- n. Carta notarial de fecha 09 de mayo de 2003, mediante la cual el GOREL pone en conocimiento de PROVIAS DEPARTAMENTAL, que se encuentra incurso en causal de resolución del CONVENIO.
- o. Carta notarial de fecha 18 de julio de 2003, mediante la cual el GOREL formula observaciones a la liquidación practicada por el CONSORCIO, en todos sus extremos.
- p. Carta notarial de fecha 25 de julio de 2003, por la cual GOREL notifica al CONSORCIO la liquidación practicada por la Entidad mediante Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P, que arroja un saldo de S/. 73'873,576.22 nuevos soles, a cargo del Contratista.
- q. Las valorizaciones que han sido remitidas por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL y cuya exhibición fue ofrecida por el primero como medio probatorio No. 30. En este punto, el GOREL precisó que dicha exhibición sería realizada por ellos, por encontrarse en su poder tales documentos.

4.3. Pretensiones formuladas por el GOREL en su escrito de reconvencción, y los argumentos que las sustentan

En su mismo escrito de contestación de la demanda, el GOREL formuló reconvencción, solicitando al Tribunal Arbitral que se pronuncie de la siguiente manera:

4.3.1. Pretensiones planteadas por GOREL y sus fundamentos:

*Primera Pretensión.- "Declarando la condición de válida y consentida la liquidación practicada por el Gobierno Regional de Loreto, materializada a través de la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P, la cual fue notificada al Consorcio Anaconda el 25 de julio de 2003, al ser el Gobierno Regional el titular y competente con respecto a los derechos y obligaciones derivados del contrato No. 402-2001-MTC/15.17".*

*Segunda Pretensión.- "Se ordene al Consorcio Anaconda el pago a favor del Gobierno Regional de Loreto de la suma ascendente a setenta y tres millones ochocientos sesenta y tres mil quinientos setenta y seis y 22/100 nuevos soles (S/. 73'873,576.22), efectivizándose el pago con la orden en el laudo de ejecutar las cartas fianzas por un valor S/. 25'926,966.69 cuyas copias obran en el expediente, escrito de demanda del Consorcio Anaconda (Anexo 1-Q), y el pago directo por parte del Consorcio Anaconda de la diferencia en dinero hasta alcanzar el monto de la liquidación practicada por el Gobierno Regional de Loreto, estableciendo en el laudo que el mismo*

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - T Y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

tiene la condición de sentencia firme y con mérito de ejecución la orden de pago de dicho monto derivado de la liquidación".

Ambas pretensiones fueron sustentadas por el GOREL, en los siguientes fundamentos:

- a. Que, una vez resuelto el CONTRATO y aceptada dicha decisión por el CONSORCIO, se procedió, según el artículo 117 del RECAE, a realizar la Constatación Física e Inventario en el lugar de la Obra, con la presencia del Juez de Paz Letrado de Nauta, diligencia que comenzó el día 20 de mayo de 2003 y culminó el día 23 del mismo mes. De esta manera se puso fin a la ejecución contractual y se dio inicio al procedimiento de liquidación del CONTRATO.
- b. Dicha liquidación se habría realizado al amparo de las normas del RECAE, invocadas por el CONSORCIO en su Carta No. 066/2003-MCIN.RO al presentar su liquidación, y en concordancia con las cláusulas 11.3 y 14.1. del CONTRATO, las cuales describe detalladamente.
- c. En el presente caso, mediante cartas de fechas 20 y 23 de junio del 2003, el CONSORCIO habría presentado su liquidación ante Entidad no competente, es decir, a PROVIAS DEPARTAMENTAL, a pesar de tener conocimiento que el encargo que le fue otorgado ya había sido resuelto, y que el GOREL había asumido la plenitud de los derechos y obligaciones establecidos en el CONTRATO, de manera que su titularidad respecto del procedimiento de liquidación estaba reconocida en la normatividad vigente, lo que habría sido confirmado por el CONSUCODE, mediante Resolución No. 161-2003-CONSUCODE/PRE.
- d. No obstante lo señalado, al comprender que ya no tenía competencia para realizar la liquidación, PROVIAS DEPARTAMENTAL habría remitido al GOREL el Oficio No. 415-2003-MTC/22 de fecha 26 de junio del año 2003, adjuntando la liquidación del Contratista, fecha a partir de la cual se comenzarían a computar los plazos para el GOREL.
- e. Luego de tomar conocimiento de dicha liquidación, y dentro del plazo de 30 días, el GOREL habría procedido a observarla en todos sus extremos, a través del pronunciamiento de fecha 18 de julio de 2003, remitido por carta notarial de la misma fecha.

Asimismo, mediante carta notarial del 25 de julio de 2003, el GOREL había remitido su propia liquidación del CONTRATO, aprobada mediante Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P de fecha 24 de julio de 2003, la cual nunca fue observada por el CONSORCIO, quien tampoco solicitó el inicio del proceso arbitral para lograr la nulidad de dicho acto administrativo.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC  
**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ, MANRIQUE**  
Representante Legal

- f. En tal sentido, al haber transcurrido todos los plazos para el inicio del proceso arbitral destinado a cuestionar la liquidación practicada por el GOREL, la misma habría quedado consentida, surtiendo todos sus efectos legales, lo cual debe ser declarado por el Tribunal Arbitral, ordenando el pago de los montos establecidos en la liquidación firme, de conformidad con la normatividad de contrataciones y adquisiciones del Estado aplicable.

Asimismo, la liquidación practicada por el GOREL resultaría firme y válida, en virtud del principio de validez de los actos administrativos emitidos por autoridad competente y que no hayan sido declarados nulos por autoridad administrativa o jurisdiccional, principio recogido en los artículos 8 y 9 de la Ley No. 27444.

- g. Finalmente, al no haberse producido el pago de su liquidación, el GOREL habría iniciado el procedimiento de ejecución de las cartas fianza, lo que motivó que el CONSORCIO plantease una medida cautelar ante un Tribunal no competente (conformada por los árbitros Víctor Palomino Ramírez, Néstor Huamán Guerrero y Aurelio Moncada Jiménez), en el cual se ventilaban cinco solicitudes de ampliación de plazos, obteniendo un mandato cautelar suscrito por (02) de los árbitros, en el que se ordenó al GOREL que se abstenga de la ejecución de las mencionadas garantías.

#### 4.3.2. Medios probatorios de la reconvencción:

A fin de acreditar los hechos que sustentan sus pretensiones, el GOREL ofreció los siguientes medios de prueba:

- a. Asiento 304 del Cuaderno de Obra, de fecha 04 de noviembre de 2002, por el cual la Supervisión requiere al CONSORCIO la presentación del Calendario Acelerado de Obra (CAO).
- b. Cronograma Acelerado de Obra, en Barras Gantt, PERT-CPM, presentado por el CONSORCIO mediante Carta No. 144/2002-MCIN.RO
- c. Carta No. 079-027JS-NI-Tr.IV del 13 de noviembre de 2002, enviada por la Supervisión al CONSORCIO, sobre observaciones al CAO.
- d. Carta No. 150/2002-MCIN.RO del 21 de noviembre de 2002, por la que el CONSORCIO levanta las observaciones.
- e. Resolución Directoral No. 212-2002-MTC/22 por la cual el MTC aprueba el CAO presentado por el CONSORCIO.
- f. Asiento 431 del Cuaderno de Obra, de fecha 06 de febrero de 2003, por la cual se acredita el atraso injustificado del contratista.
- g. Carta No. 016-2003/CNI-PROVIAS DEP, por la que la Supervisión pone en conocimiento de PROVIAS DEPARTAMENTAL, que el CONSORCIO está incurso en causal de resolución del CONTRATO.
- h. Oficio No. 339-2003-GLR/01, mediante la cual el GOREL solicita información de la obra a PROVIAS DEPARTAMENTAL.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARRIQUEN

- i. Oficio No. 370-2003-GRL/01, dirigido por el GOREL a PROVIAS DEPARTAMENTAL, solicitando los actuados referentes a la base negra.
- j. Carta notarial de fecha 09 de mayo de 2003; mediante la cual el GOREL pone en conocimiento de PROVIAS DEPARTAMENTAL, que se encuentra incurso en causal de resolución del CONVENIO.
- k. Oficio No. 415-2003-MTC/22, por el cual PROVIAS DEPARTAMENTAL pone en conocimiento del GOREL la liquidación presentada por el CONSORCIO.
- l. Cargo de constancia de interposición de recurso de anulación de laudo.
- m. Oficio No. 508-2003-MTC/22 emitido por PROVIAS DEPARTAMENTAL, señalando que a base negra ha sido ejecutada por el CONSORCIO aplicando especificaciones diferentes al Expediente Técnico.
- n. Pronunciamiento sobre la liquidación practicada por el CONSORCIO, remitida a éste por carta notarial del 18 de julio de 2003.
- ñ. Carta notarial de fecha 25 de julio de 2003, mediante la cual se notifica al CONSORCIO con la liquidación aprobada mediante Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P, ofreciendo la exhibición de documentos que como recaudos forman parte de la mencionada resolución, y que por su volumen no pueden ser anexados al escrito, solicitando que al aprobarse este medio probatorio se señale fecha para tal exhibición.
- o. Carta notarial de fecha 13 de agosto de 2003, mediante la cual se comunica al CONSORCIO que la liquidación del GOREL ha quedado consentida, y se requiere su pago.
- p. Cartas notariales remitidas por el GOREL a diversas empresas financieras, solicitando la ejecución de las cartas fianza.
- q. Aviso de Convocatoria de la nueva licitación pública para la ejecución de la obra, por la suma de S/. 47'613,886.63 nuevos soles.
- r. Ensayos realizados por la PUCP, SENCICO, UNI y el consultor Carlos Rojas sobre los materiales utilizados y el proceso constructivo realizado por el CONSORCIO.
- s. El peritaje de un Ingeniero Civil consultor en diseño de carreteras, a fin de que haga un análisis de los términos de referencia de las Bases, y las coteje con la propuesta técnica del CONSORCIO y su expediente definitivo.
- t. El peritaje de un Ingeniero Civil especialista en diseño de carreteras a fin de que realice el análisis detallado del proceso constructivo realizado por el CONSORCIO, entre otros aspectos de la obra que allí se detallan.
- u. Inspección arbitral de los miembros del Tribunal Arbitral, a fin de que *in situ* se compruebe la inejecución de obligaciones realizadas por el CONSORCIO.
- v. La exhibición del Expediente Técnico, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- w. La exhibición de las bases de la licitación, así como la propuesta técnica y económica del CONSORCIO que diera lugar a que se le otorgara la buena pro, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- x. La exhibición del video del reportaje elaborado por el programa televisivo "La Ventana Indiscreta" del Canal de Televisión Frecuencia Latina.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

4.4. Posición del CONSORCIO respecto de la reconvencción interpuesta por el GOREL

4.4.1. Oposiciones y tachas a los medios probatorios ofrecidos por el GOREL

Mediante escrito de fecha 7 de noviembre del año 2003, el CONSORCIO formuló las siguientes cuestiones probatorias:

- a. Oposición al peritaje de un Ingeniero Civil consultor en diseño de carreteras a fin de que coteje las Bases del Procesos de Licitación con la Propuesta Técnica del Consorcio: Como sustento de dicha oposición, el CONSORCIO señaló que la prueba ofrecida sería inoficiosa, carente de objeto, impertinente, e incluso tardía, en la medida que el Expediente Técnico de la Obra fue aprobado por el propio MTCVC.
- b. Oposición al peritaje de un Ingeniero Civil especialista en diseño de carreteras en relación con el proceso constructivo de la obra: En opinión del CONSORCIO, dicho medio probatorio resultaría impertinente, debido a que la inspección de los trabajos realizados estuvo inicialmente a cargo del propio CTAR LORETO, pasando luego a cargo de la empresa supervisora Consorcio ALPHA CONSULT - SERCONSULT, por lo que no podría ahora renegarse por el trabajo ejecutado por ellos mismos.
- c. Oposición a la inspección arbitral *in situ*: Como sustento de esta oposición, el CONSORCIO señala que, por su condición de abogados, los miembros del Tribunal no podrían percibir cuestiones técnicas.
- d. Tacha por falsedad contra el Oficio No. 415-2003-MTC/22: Al respecto, el CONSORCIO afirmó que dicho documento carecería de fecha y sello de recepción, por lo que no otorgaría ninguna verosimilitud.
- e. Tacha por nulidad contra la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P: En este extremo, el argumento del CONSORCIO es que se trataría de una resolución emitida por autoridad no competente, en forma extemporánea, y que no cumpliría con lo establecido en la LCAE y el RECAE, en la medida que no se pronuncia sobre la liquidación realizada por el CONSORCIO, sino que aprueba una liquidación distinta y no arreglada al CONTRATO.

4.4.2. Excepciones propuestas por el CONSORCIO a la reconvencción

Mediante escrito de fecha 7 de noviembre del año 2003, el CONSORCIO formuló las siguientes excepciones procesales a la reconvencción:

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MAHRIQUE  
Representante Legal

- a. Excepción de incompetencia: Al respecto, el CONSORCIO señaló que la reconvencción propuesta por el GOREL no podía tramitarse en el presente proceso arbitral, al considerar que no guardaba conexidad con las pretensiones de la demanda, siendo además que la controversia referente a la liquidación final del CONTRATO sería resuelta por otro Tribunal Arbitral, existiendo el riesgo de laudos contradictorios.
- b. Excepción de caducidad: El CONSORCIO señaló que su liquidación del CONTRATO habría quedado consentida, al no haber sido observada por PROVIAS DEPARTAMENTAL. Por otra parte, señala que en el supuesto teórico que el GOREL hubiese estado habilitado para observar la liquidación del CONSORCIO, sus pronunciamientos al respecto se presentaron una vez transcurrido el plazo legal de 30 días, habiendo caducado por ello el presunto derecho del GOREL.

4.4.3. Pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones contenidas en la reconvencción

Mediante escrito de fecha 14 de noviembre del año 2003, el CONSORCIO cumplió con absolver la reconvencción formulada por el GOREL, expresando lo siguiente respecto de ambas pretensiones:

- a. La liquidación presentada por el GOREL carece de valor, al haber quedado consentida la liquidación practicada por el CONSORCIO, la cual no fue observada ni en tiempo ni en forma oportuna.

En cuanto a la oportunidad, el CONSORCIO señala que de acuerdo al artículo 164 del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM y el artículo 43 del TUO de la LCAE, el pronunciamiento de la Entidad debió producirse dentro del término de 30 días, desde la recepción de la liquidación, lo cual no sucedió. Asimismo, dicho pronunciamiento debía adoptar la forma de resolución, lo cual tampoco fue cumplido.

Señala que las normas invocadas resultan aplicables, al existir un laudo arbitral que lo dispone, por lo que las referencias realizadas por el GOREL a la LCAE y el RECAE no resultarían pertinentes. Sin embargo, aún en el caso en que se decida aplicarlas, señala que dicho plazo habría vencido igualmente, al no haberse emitido pronunciamiento bajo la forma de resolución.

- b. Mediante Oficio No. 510-2003-MTC22.17 del 25 de julio de 2003, PROVIAS DEPARTAMENTAL se habría hecho llegar la Resolución Directoral No. 396-2003MTC/22, la cual además de resultar extemporánea, no se pronunciaba sobre su liquidación, sino que

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

aprobaba una distinta, con un saldo a cargo del Contratista, ascendente a la suma de S/. 20'722,378.65 nuevos soles.

Del mismo modo, a fines del julio de 2003, el CONSORCIO habria recibido una segunda liquidación, esta vez realizada por el GOREL por la suma de S/. 73'873,576.22 nuevos soles, existiendo una diferencia abismal con respecto a la liquidación presentada por PROVIAS DEPARTAMENTAL, lo cual demuestra la grave inseguridad con que se tramitó el procedimiento de liquidación:

- c. No es cierto que la liquidación del CONSORCIO se haya presentado ante autoridad no competente, pues PROVIAS DEPARTAMENTAL recibió la liquidación sin devolverla o hacer observación alguna acerca de su competencia, sino todo lo contrario, pues realizó su propia liquidación mediante Oficio No. 510-2003-MTC/22.17 y Resolución Directoral No. 396-2003-MTC/22. Más aún, posteriormente, PROVIAS DEPARTAMENTAL notificó al CONSORCIO la Resolución Directoral No. 402-2003-MTC/22, mediante la cual se intentó agregar o reconocer el concepto de daños y perjuicios considerados en la liquidación del GOREL.

Tal actuación de PROVIAS DEPARTAMENTAL no fue desautorizada en ningún momento por el GOREL, quien conocia de todos sus actos, los cuales nunca observó. Además, en su carta de fecha 18 de julio, no mencionó en ningún momento su posición, en el sentido que a partir del 26 de junio de 2002 se empezarian a computar los plazos, por ser el momento en que recibió de PROVIAS DEPARTAMENTAL, la liquidación practicada por el CONSORCIO.

- d. Finalmente, el GOREL intentaría desconocer que en el Documento Privado de Resolución de Convenio, punto 2, numeral 2.3, se habria expresado que "(...) la constatación física y liquidación de la obra se efectuará entre el Contratista y Provias Departamental". Es decir, que la Entidad competente para llevar a cabo la liquidación de la obra era PROVIAS DEPARTAMENTAL y no el GOREL. Asimismo, no habria mencionado que la liquidación practicada por el GOREL, ascendente a la suma de S/. 73'873,576.22, fue a su vez rechazada por el CONSORCIO mediante carta notarial de fecha 6 de agosto del año 2003.

#### 4.4.4. Medios probatorios de la contestación a la reconvención

Para acreditar lo afirmado al absolver la reconvención del GOREL, el CONSORCIO ofreció los siguientes medios de prueba:

- a. Carta No. 006-2003-MCIN.RO del 20 de junio de 2003.  
b. Carta de fecha 18 de julio de 2003, remitida por el GOREL al CONSORCIO.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

- c. Carta de fecha 25 de julio de 2003, remitida por el CONSORCIO al MTC.
- d. Carta de fecha 25 de julio de 2003, mediante la cual el GOREL remite la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P.
- e. Informe Técnico Jurídico elaborado por los apoderados del GOREL, señores Jorge Morante Figari y Héctor García Briones.
- f. Oficio No. 510-2003-MTC/22.17 y la Resolución Directoral No. 396-2003-MTC/22, emitidas por PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- g. Oficio No. 576-2003-MTC/22 emitido por PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- h. Carta notarial de fecha 06 de agosto de 2003, dirigida por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- i. Carta notarial de fecha 06 de agosto de 2003, dirigida por el CONSORCIO al GOREL.
- j. Oficio No. 586-2003-MTC/22 y la Resolución Directoral No. 402-2003-MTC/22 emitidos por PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- k. Carta de fecha 12 de agosto de 2003, dirigida por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- l. Documento Privado de Resolución de Convenio No. 077-2000, de fecha 14 de mayo de 2003.
- m. Carta de fecha 14 de octubre de 2003, dirigida por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL, solicitando nombramiento de árbitro.
- n. Acta de Instalación del Tribunal Arbitral que resolvería la controversia relativa a la liquidación del CONTRATO.
- ñ. Copia de la demanda arbitral relativa a las Ampliaciones de Plazo Nos. 4, 5, 6, 7 y 8, que se encuentra en trámite.
- o. Resolución Directoral No. 246-2002-MTC/15.17 del 09 de abril de 2002.
- p. Laudo arbitral emitido en el primer arbitraje sobre regulación legal del CONTRATO.
- q. Copia del diario "La Región", que da cuenta de la toma por parte del Alcalde de Nauta y pobladores, del campamento del CONSORCIO.
- r. Copia del Diario "Últimas Noticias", con información sobre la toma de dicho campamento.
- s. Comunicaciones del CONSORCIO dirigidas a diversas autoridades de Nauta, respecto a los hechos irregulares por la intervención del Frente Patriótico de Loreto.
- t. La exhibición del Cuaderno de Obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- u. La exhibición del expediente de Liquidación Final de la Obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- v. La exhibición de las valorizaciones remitidas por el CONSORCIO a lo largo de la ejecución de la obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- w. La exhibición del expediente de todas las actuaciones del proceso de adquisición y contratación referidas a éste caso, incluyendo toda comunicación cursada con la Supervisión, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T Y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

5. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES DEDUCIDAS POR EL CONSORCIO A LA RECONVENCIÓN

Luego de poner en conocimiento del GOREL las excepciones deducidas por el CONSORCIO respecto de la reconvencción, las cuales fueron absueltas mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2003, el Tribunal Arbitral procedió a pronunciarse al respecto en término oportuno.

5.1. Respecto de la excepción de incompetencia

Mediante Resolución No. 30 de fecha 4 de diciembre del 2003, el Tribunal Arbitral resolvió declarar infundada la excepción de incompetencia, por considerar que las pretensiones de la reconvencción tenían elementos comunes o afines con aquellas planteadas en la demanda, al derivar ambas de una misma relación jurídica y de un mismo hecho, a saber, la resolución del CONTRATO. Asimismo, consideró también que el proceso arbitral invocado por las partes aún no había sido declarado abierto, por lo que este Colegiado era competente para conocer las pretensiones de las partes que aún no habían sido planteadas, al haber sido quien primero emplazó a la parte demandada con las pretensiones en cuestión.

Contra dicha decisión, el CONSORCIO interpuso recurso de reposición con fecha 11 de diciembre de 2003, el cual fue absuelto por el GOREL mediante escrito del 17 de diciembre de 2003, declarándose infundado mediante Resolución No. 33 de fecha 05 de enero de 2004.

5.2. Respecto de la excepción de caducidad

La excepción de caducidad no fue materia de un pronunciamiento anterior en este proceso por ser de aplicación lo dispuesto en el punto 8.4 del Acta de instalación del Tribunal Arbitral por el cual las excepciones procesales "serían resueltas en el Laudo, salvo que el Tribunal Arbitral considere conveniente resolverlas antes de la emisión del mismo", (siendo este último el caso de la excepción de incompetencia señalada). Por tanto, esta excepción de caducidad será resuelta en el presente Laudo.

6. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 12 diciembre de 2003, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, que se desarrolló en el siguiente orden:

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TUTOR

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARRIQUE

- 6.1. El Presidente del Tribunal invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio, ante lo cual éstas manifestaron su voluntad de continuar con el procedimiento.
- 6.2. Seguidamente, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

a. Respecto de la primera pretensión de la demanda:

- a.1. Determinar si existió fuerza mayor o causa justificada para que PROVIAS DEPARTAMENTAL diera por resuelto el CONTRATO.
- a.2. Verificado el punto precedente, determinar a quien es imputable la resolución del CONTRATO.
- a.3. Verificados los puntos precedentes, determinar si la resolución del CONTRATO ha causado al CONSORCIO daños y perjuicios que deban ser indemnizados por el GOREL, y si la cuantía de éstos asciende a USS 1'000,000.00 mas los intereses correspondientes.

b. Respecto de la segunda pretensión de la demanda:

De verificarse que el CONTRATO fue resuelto de manera injustificada por causa imputable al GOREL, determinar si en virtud de dicha resolución debe pagar al CONSORCIO el 50% de la utilidad dejada de percibir de conformidad con lo dispuesto por las normas aplicables correspondientes y, de ser el caso, determinar a cuanto asciende ese 50%.

c. Respecto de la tercera pretensión de la demanda:

Determinar si en la diligencia de Constatación Física e Inventario de Obra, Construcción y Mejoramiento de la Carretera Nauta-Iquitos, efectuada en el lugar de la obra del 20 al 23 de mayo de 2003, participaron personas no autorizadas según las normas aplicables correspondientes y si ello da lugar a la nulidad parcial del Acta levantada en dicha diligencia en los extremos referidos a la intervención de tales personas.

d. Respecto de la pretensión principal de la reconvención:

- d.1. Determinar si la Entidad competente para participar en la liquidación final del CONTRATO era PROVIAS DEPARTAMENTAL o el GOREL en función al CONVENIO y sus addendas, el CONTRATO, el Documento Privado de Resolución de dicho Convenio de fecha 14 de mayo de 2003 y las normas aplicables correspondientes.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

d.2. Verificado el punto precedente, determinar si la liquidación final del CONTRATO practicada por el CONSORCIO mediante Carta No. 066-2003-MCIN de fecha 20 de junio de 2003 y comunicada a PROVIAS DEPARTAMENTAL fue válida y quedó consentida en función de los documentos y normas señalados en el punto anterior.

d.3. Determinar si la liquidación final del CONTRATO practicada por el GOREL y aprobada mediante Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P fue válida y quedó consentida, en función de los documentos y normas señalados en el punto anterior.

e. Respecto de la pretensión accesoria de la reconvencción:

e.1. Verificados los puntos precedentes, determinar si corresponde que el CONSORCIO pague al GOREL la suma de S/. 73'873,576.22 Nuevos Soles más los intereses correspondientes, por concepto de la liquidación final del CONTRATO, según la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P de fecha 24 de julio de 2003 y otros medios probatorios.

e.2. Verificado el punto precedente, determinar si procede que el pago del CONSORCIO al GOREL se debe hacer efectivo con la ejecución de las cartas fianza entregadas como garantía del CONTRATO por la suma de S/. 25'926,966.69 y el saldo de la obligación mediante pagos directos, mas los intereses correspondientes.

6.3. Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:

a. Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO en su escrito de demanda, detallados en el acápite denominado "medios probatorios": 1 al 30 y en su escrito de contestación de la reconvencción, igualmente detallados en el acápite denominado "medios probatorios": 1 al 24.

Adicionalmente, el Tribunal requirió a PROVIAS DEPARTAMENTAL para que cumpla con exhibir los documentos ofrecidos como medios de prueba No. 21 al 24 consistentes en lo siguiente: (i) La exhibición del Cuaderno de Obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, (ii) La exhibición del expediente de Liquidación Final de la Obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, (iii) La exhibición de las actuaciones remitidas por el CONSORCIO a lo largo de la ejecución

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - I y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

de la Obra, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, (iv) La exhibición del expediente de todas las actuaciones del proceso de adquisición y contratación referidas a éste caso, incluyendo toda comunicación cursada con la Supervisión, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.

- b. Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el GOREL en su escrito de contestación, que se detallan en el acápite denominado "3. Medios Probatorios": 3.1 al 3.17 y en su escrito de reconvencción que se detallan en el acápite denominado "3. Medios Probatorios": 3.1 al 3.10, 3.12 al 3.14, 3.16 al 3.19 y 3.23 al 3.25.

Del mismo modo, el Tribunal requirió a PROVIAS DEPARTAMENTAL a fin de que cumpla con exhibir los documentos ofrecidos como medios de prueba No. 3.23 y 3.24 consistentes en: (i) La exhibición del Expediente Técnico, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, (ii) La exhibición de las bases de la licitación, así como la propuesta técnica y económica del CONSORCIO que diera lugar a que se le otorgara la buena pro, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL. Asimismo, se otorgó al GOREL un plazo de diez (10) días útiles para que cumpla con exhibir el video del reportaje elaborado por el programa "La Ventana Indiscreta".

- 6.4. Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó para un momento posterior el pronunciamiento sobre la admisión de los medios probatorios ofrecidos por el GOREL en su escrito de contestación y reconvencción que se detallan en el acápite "3. Medios Probatorios": 3.11, 3.15, 3.20, 3.21, y 3.22, en razón del recurso de oposición y tachas a dichos medios probatorios formuladas por el CONSORCIO.

## 7. INCIDENTE FORMULADO POR EL CONSORCIO RESPECTO DEL EMPLAZAMIENTO A PROVIAS DEPARTAMENTAL

- 7.1. En el primer otrosí de su escrito de demanda, el CONSORCIO solicitó que se comprenda en el proceso a PROVIAS DEPARTAMENTAL, por considerar que dicha Entidad tenía responsabilidad en los hechos allí descritos, al haber sido quien resolvió el CONTRATO.

Señaló que dicha Entidad habría actuado dolosamente al decidir resolver de mutuo acuerdo el CONVENIO celebrado con el GOREL, desconociendo los derechos del CONSORCIO, teniendo en cuenta que esa posibilidad no estaba prevista en el CONTRATO ni en el CONVENIO, más aún si había un tercero que había realizado inversiones y gastos.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA FERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

Por ello, señaló que, tanto PROVIAS DEPARTAMENTAL como el GOREL le habían ocasionado un perjuicio con la decisión arbitraria que tomaron, debiendo indemnizar al CONSORCIO según el artículo 1321 del Código Civil, por lo que debía tenerse por emplazada a dicha Entidad. Tales argumentos fueron ampliados mediante escrito de fecha 13 de octubre de 2003, señalando que la responsabilidad solidaria de ambas entidades ya había sido establecida en el laudo arbitral que resolvió la controversia sobre regulación legal del CONTRATO.

- 7.2. Por su parte, mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2003, el GOREL solicitó que dicha solicitud sea declarada infundada, señalando que el laudo arbitral mencionado, derivaba de un proceso iniciado por el CONSORCIO cuando se encontraba vigente el CONVENIO entre GOREL y PROVIAS DEPARTAMENTAL, de manera que el primero aún no había reasumido la plenitud de los derechos y deberes derivados del CONTRATO.

Tal situación sería distinta a la existente al iniciarse el presente proceso, toda vez que el CONSUCODE habría determinado claramente, mediante Resolución No. 161-2003-CONSUCODE/PRE, que una vez resuelto el CONVENIO el GOREL habría reasumido su competencia, en tanto que PROVIAS DEPARTAMENTAL no mantenía ninguna titularidad derivada del CONTRATO, por ser una Entidad Encargada, que únicamente actuó como representante de la Encargante.

- 7.3. Por Resolución No. 13 de fecha 27 de octubre del año 2003, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre el pedido formulado por el CONSORCIO, declarándolo infundado, entre otras razones, por considerar que la naturaleza del CONVENIO era la de un "encargo de gestión", y por tanto, no suponía la alteración de la titularidad de la competencia del GOREL, quien mantenía su responsabilidad por ella, siendo por ello parte del CONTRATO, y por tanto, también del convenio arbitral, debido a que fue dicha Entidad quien realizó el "encargo de gestión" a PROVIAS DEPARTAMENTAL, de acuerdo a la normatividad vigente.

Dicha decisión fue cuestionada por el CONSORCIO mediante recurso de reposición de fecha 05 de noviembre de 2003, el cual fue absuelto por el GOREL con fecha 12 de noviembre del mismo año, declarándose infundado, mediante Resolución No. 28 de fecha 04 de diciembre de 2003.

## 8. DECISIÓN RESPECTO DE LAS OPOSICIONES Y TACHAS FORMULADAS POR EL CONSORCIO CONTRA LOS MEDIOS PROBATORIOS

Luego de realizado el traslado respectivo al GOREL, quien manifestó su posición mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2003, el Tribunal

CONSORCIO ANACONDA  
SIMAPERU S.A. - TYT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

Arbitral emitió la Resolución No. 68 de fecha 7 de junio del 2004, pronunciándose respecto de las oposiciones y tachas formuladas por el CONSORCIO de la siguiente manera:

- (i) declarando infundada la tacha por falsedad contra el Oficio No. 415-2003-MTC/22 ofrecido como medio probatorio 3.11 de la reconvencción,
- (ii) declarando infundada la tacha por nulidad contra la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P ofrecida como medio probatorio 3.15 de la reconvencción,
- (iii) declarando infundadas las oposiciones a los peritajes de parte ofrecidos como medios probatorios 3.20 y 3.21 de la reconvencción,
- (iv) reservándose la decisión sobre la oposición al medio probatorio 3.22 de la reconvencción formulada por el CONSORCIO. Posteriormente, mediante Resolución No. 126 de fecha 28 de junio de 2005 se resuelve prescindir de este medio probatorio consistente en una inspección arbitral en la zona de la Obra, ofrecido por el GOREL en su escrito de contestación de demanda y reconvencción.

Posteriormente mediante escrito de fecha 31 de mayo de 2005, el GOREL cumplió con precisar que los anexos de la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003-GRL-P antedicha, y ofrecidos como medio probatorio 3.15 de la reconvencción, ya habían sido incorporados al proceso.

## 9. RECONDUCCIÓN DEL PROCESO

### 9.1. Formulación de nuevas pretensiones por parte del CONSORCIO, relativas a la liquidación del CONTRATO

#### 9.1.1. Nuevas pretensiones del CONSORCIO

Mediante Resoluciones No. 44 de fecha 13 de febrero del 2004, y 51 de fecha 27 de febrero de 2004, el Tribunal Arbitral dispuso otorgar un plazo para que el CONSORCIO plantee nuevas pretensiones relativas a la liquidación final del CONTRATO, en virtud a la flexibilidad inmanente a todo arbitraje y con el fin de evitar instancias paralelas y pronunciamientos contradictorios.

Ante ello, mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2004, aclarado mediante escritos de fecha 24 y 29 del mismo mes, el CONSORCIO procedió a plantear sus nuevas pretensiones del modo siguiente:

CONSORCIO ANACONDA  
SIMAPERU S.A. - FyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

- a. **Primera pretensión principal.**- El pago de S/. 10'223,680.43 nuevos soles derivado de la liquidación final del contrato de obra No. 402-2001-MTC/15.17 que ha quedado consentida.
- a.1. **Primera pretensión subordinada:** En la hipótesis negada y no admitida de que se declarase que la liquidación final del Consorcio Anaconda no ha quedado consentida y/o que no es exigible el pago derivado de la misma, planteamos, si es que se determinase algún saldo a favor del Gobierno Regional de Loreto (lo que negamos enfáticamente), que el pago de la suma resultante se realice: (i) a través de una obligación de hacer, esto es, pagar mediante la ejecución de la obra referida en el contrato, en el tramo del Km. 1 al Km. 7 a nivel de carpeta asfáltica de 2 pulgadas, y (ii) a través de una obligación de dar consistente en la entrega del saldo del material en cancha inventariado en la constatación física de la obra, cuya acta obra en autos, que haya quedado como remanente de lo que se utilice en la ejecución acotada del tramo que consideramos abarca del km. 1 al km. 7, trabajo que se ejecutará en 90 días calendario.
- a.2. **Segunda Pretensión subordinada:** En la hipótesis negada de que se desestime la pretensión-principal consignada en el inciso "a" solicitamos se declare firme la ampliación del plazo No. 9 por 40 días y que se disponga la cancelación del adicional No. 1 por S/. 369,016.95 que fuera aprobado por Resolución Directoral No. 162-2003-MTC/22 y que se deje sin efecto la Resolución Directoral No. 368-2003-MTC/22.
- b. **Segunda pretensión principal.**- Sin perjuicio de lo anterior, la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, seriedad de cumplimiento, adelanto en efectivo y adelanto de materiales que fueron entregadas al Ministerio de Transportes-PROVIAS Departamental, según lo establecido en el Contrato de Obra No. 402-2001-MTC/15.17.
- c. **Tercera pretensión principal.**- Se reconozca y se ordene el pago de los costos financieros e intereses derivados de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, seriedad de cumplimiento, adelanto en efectivo y adelanto de materiales que fueron entregadas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones-PROVIAS Departamental según lo establecido en el Contrato de Obra que no han sido devueltas a pesar de haber concluido el contrato por causa no imputable al contratista.
- d. **Cuarta Pretensión Principal:** El pago de intereses, gastos, costos y costas del proceso arbitral.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

9.1.2. Los fundamentos de las nuevas pretensiones

Las mencionadas pretensiones fueron sustentadas por el CONSORCIO, en lo siguiente:

- a. Sobre la primera pretensión principal: Durante la ejecución del CONTRATO se produjeron controversias que habrían motivado el inicio de diversos arbitrajes, en uno de los cuales ya se habría emitido el Laudo Arbitral declarando la plena aplicación del TUO de la LCAE, aprobado por Decreto Supremo 012-2001-PCM y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 013-2001-PCM, impugnado por el GOREL mediante recurso de anulación. El segundo proceso arbitral versaría estrictamente sobre ampliaciones de plazo, así como el pago de gastos generales, y no habría sido aun resuelto.

Por otro lado, conforme al Documento Privado de Resolución de CONVENIO suscrito por el GOREL y PROVIAS DEPARTAMENTAL, esta última Entidad se encargaría de realizar la liquidación del CONTRATO, por lo que el CONSORCIO le habría presentado su liquidación dentro del plazo establecido en el Decreto Supremo 013-2001-PCM, la cual no habría sido observada oportunamente por la Entidad, quedando por ello consentida.

Sin embargo, aun cuando se considere que la norma aplicable es el RECAE (como sostendría el GOREL), el plazo para formular observaciones también habría vencido, en tanto no se habría emitido un pronunciamiento mediante resolución.

Más aún, PROVIAS DEPARTAMENTAL habría recibido la liquidación del CONSORCIO sin devolverla o formular alguna observación, y actuando como entidad competente, y sin que el GOREL lo desautorizara en ningún momento. En consecuencia, en tanto estaría consentida la liquidación del CONSORCIO, correspondería que se ordene el pago de la suma allí señalada.

- b. Sobre la primera pretensión subordinada.- En la hipótesis negada que se declarase que la liquidación del CONSORCIO no es exigible, y si se determinase un saldo a favor del GOREL, el pago podría realizarse mediante la ejecución de la obra referida en el CONTRATO, en el tramo Km. 1 hasta el Km. 7, o mediante la entrega del saldo del material en cancha inventariado en la Constatación Física de la Obra.

- c. Sobre la segunda pretensión subordinada.- La Ampliación de plazo No. 9 y el Adicional No. 1, que se solicita se declaren firmes, se dejaron sin efecto mediante Resolución Directoral No. 368-2003-MTC/22, sin fundamento alguno. Esta pretensión estaría amparada en la LCAE y en los artículos 1363 y siguientes del Código Civil.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE

- d. Sobre la segunda pretensión principal.- En total, el CONSORCIO habría otorgado diversas cartas fianza hasta por un valor de S/. 25'926,966.69 Nuevos Soles, las cuales se habrían renovado y remitido al MTC, debiendo ser devueltas, en tanto la liquidación final de la Obra tiene un saldo a favor del CONSORCIO.

Además, la resolución del CONTRATO se habría realizado por causal de fuerza mayor, de modo tal que no se le imputaría ningún incumplimiento al contratista, siendo inaplicable y arbitraria la retención de las cartas fianza.

- e. Sobre la tercera pretensión principal.- La no devolución de las cartas fianzas estaría causando un detrimento económico al CONSORCIO, que debería ser asumido por el GOREL, debiendo calcularse la suma debida a través de peritos. Esta pretensión se sustentaría en los artículos 1242 y siguientes del Código Civil.
- f. Sobre la cuarta pretensión principal.- Los intereses y gastos que se devenguen vendrían a ser consecuencia lógica y accesorio de lo reclamado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1324 del Código Civil.

#### 9.1.3. Medios probatorios de las nuevas pretensiones

Para acreditar lo afirmado en el escrito de formulación de nuevas pretensiones, el CONSORCIO ofreció los siguientes medios de prueba:

- a. Convenio No. 077-2000-MTC/15.17 de fecha 22 de septiembre de 2000.
- b. Addenda No. 01 al Convenio No. 077-2000-MTC/15.17 de fecha 03 de octubre de 2001.
- c. Contrato de Obra Pública No. 402-2001-MTC/15.17 de fecha 05 de octubre de 2001.
- d. Resolución Directoral No. 246-2002-MTC/15.17 del 09 de abril de 2002.
- e. Carta Notarial de fecha 9 de mayo del año 2003, dirigida por el GOREL a PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- f. Carta Notarial No. 008-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003, mediante la cual PROVIAS DEPARTAMENTAL se adhiere a la propuesta del GOREL, para resolver de mutuo acuerdo el CONVENIO.
- g. Carta Notarial No. 007-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003, mediante la cual PROVIAS DEPARTAMENTAL comunica al CONSORCIO su decisión de resolver el CONTRATO, por causal de fuerza mayor.
- h. Cartas No. 067/2003-MCIN.RO, No. 068/2003-MCIN.RO y No. 069/2003-MCIN.RO, dirigidas por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- i. Carta de fecha 18 de julio de 2003, remitida por PROVIAS DEPARTAMENTAL al CONSORCIO.
- j. Carta notarial de fecha 18 de julio de 2003, mediante la cual el GOREL formula observaciones a la liquidación practicada por el CONSORCIO.
- k. Carta del CONSORCIO de fecha 24 de julio del año 2003.

- l. Oficio No. 510-2003-MTC/22.17 de fecha 2 de julio del año 2003 y la Resolución Directoral No. 396-2003-MTC/22.
- m. Carta del GOREL de fecha 25 de julio del año 2003, así como la liquidación contenida en la Resolución Ejecutiva Regional No. 798-2003.
- n. Informe técnico-jurídico elaborado por los apoderados del GOREL.
- o. Oficio No. 576-2003-MTC/22 emitido por PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- p. Carta de fecha 12 de agosto de 2003, dirigida por el CONSORCIO a PROVIAS DEPARTAMENTAL.
- q. Laudo Arbitral emitido en el primer arbitraje sobre la regulación legal del CONTRATO y que obra en autos.
- r. Copia de la demanda relativa a las Ampliaciones de Plazo Nos. 4, 5, 6, 7 y 8 que se encuentra en trámite.
- s. Copia de las cartas fianza.
- t. Cartas remitidas a PROVIAS DEPARTAMENTAL adjuntando las cartas fianza.
- u. Cuadro de resumen de liquidación.
- v. Carta notarial No. 21.2003-MTC/22 de fecha 12 de junio del año 2003 dirigida por PROVIAS DEPARTAMENTAL al CONSORCIO negándose a la devolución de las cartas fianza.
- w. La exhibición del Expediente de Liquidación Final de la Obra, remitido a PROVIAS DEPARTAMENTAL, por parte de esta última.
- x. Resolución Directoral No. 188-2003-MTC/22 de fecha 16 de abril de 2003.
- y. Resolución Directoral No. 162-2003-MTC/22.
- z. Resolución Directoral No. 368-2003-MTC/22.
- aa. El peritaje de un Ingeniero Civil especialista en suelos y pavimentos a fin de que realice el análisis de la corrección de los trabajos realizados por el CONSORCIO.
- bb. El peritaje que deberá ser llevado a cabo por un contador público a fin de que determine los montos resultantes de los costos financieros e intereses derivados de las cartas fianza.

9.2. Posición del GOREL respecto de las nuevas pretensiones formuladas por el CONSORCIO

9.2.1. Mediante escrito de fecha 29 de abril del año 2004, el GOREL absolvió el traslado de las nuevas pretensiones propuestas por el CONSORCIO, solicitando que se declaren infundadas, por los siguientes argumentos:

a. *Respecto de la primera pretensión principal, referida al pago de la liquidación del CONTRATO.*- Respecto de esta pretensión, el GOREL sostuvo lo siguiente:

a.1. Que no es cierto que según el CONVENIO se haya establecido, que la liquidación de la Obra se efectuaría entre PROVIAS DEPARTAMENTAL y el Contratista.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEORO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

- a.2. Que mediante carta notarial de fecha 18 de julio del 2003 el GOREL se habría pronunciado con respecto a la liquidación presentada por el CONSORCIO, observándola en su totalidad.
- a.3. A partir de la notificación de la carta notarial mencionada, el CONSORCIO habría contado con 15 días para emitir su pronunciamiento, es decir, hasta el 4 de agosto del 2003, sin embargo, fuera de ese plazo, el CONSORCIO habría remitido la carta notarial de fecha 6 de agosto del 2003.
- a.4. Vencido el término, y al no haber sometido el CONSORCIO a arbitraje su liquidación dentro del plazo de siete (07) días, habría quedado consentida la liquidación practicada por el GOREL.
- b. *Respecto de la primera pretensión subordinada, referida al pago del saldo mediante obligaciones de hacer y de dar.-* Con respecto a esta pretensión, el CONSORCIO ha planteado la ejecución de la obra del Km. 1 al Km. 7, cuando, de conformidad con el Acta de Constatación Física de la Obra, los trabajos ejecutados se encuentran entre el Km. 1 y el Km. 8. En este sentido, el GOREL sostuvo que si se ordena la ejecución de la Obra, que sea realizada del Km. 1+000 al 8+000, por guardar proporcionalidad con el trabajo deficientemente ejecutado.
- c. *Respecto de la segunda pretensión subordinada, referida a la Ampliación de Plazo No. 09 y el pago del Adicional No. 01.-* El monto correspondiente al Presupuesto Adicional No. 1 ya se encontraría en la liquidación del CONTRATO elaborada por el CONSORCIO, por lo que se intenta hacer un doble cobro.
- d. *Respecto de la segunda pretensión principal, referida a la devolución de cartas fianza.-* En este punto, el GOREL sostuvo que dicha devolución no procedería, por no ser válida la liquidación practicada por el CONSORCIO sino la realizada por el mismo GOREL. Por tanto, existiendo un saldo a favor del GOREL, resulta legítimo recuperar dicho saldo mediante la ejecución de las cartas fianza, lo que además se ha solicitado en la reconvención.
- e. *Respecto de la tercera pretensión principal, referida al pago de costos financieros e intereses derivados de las cartas fianza.-* El GOREL sostuvo que el pago pretendido por el CONSORCIO no correspondía, al ser una obligación del Contratista mantener vigentes las garantías hasta que se determine qué parte cuenta con saldo a favor en la liquidación del CONTRATO.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PE德罗 E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

### 9.2.2. Medios probatorios ofrecidos por el GOREL:

Con el propósito de acreditar lo afirmado anteriormente, el GOREL ofreció como medios de prueba, los ofrecidos en los escritos de demanda, contestación, reconvención, y en el escrito de ampliación de pretensiones presentado por el CONSORCIO.

### 9.3. Formulación de nuevas pretensiones por parte del GOREL

En su mismo escrito de absolución de las nuevas pretensiones planteadas por el CONSORCIO, el GOREL incorporó dos (02) nuevas pretensiones al proceso, al solicitar lo siguiente:

#### 9.3.1. Primera pretensión. - *Que si se ordena al Consorcio Anaconda realizar el pago en ejecución de obra, ésta se realice entre los Km. 1+000 al Km. 8+000.*

Esta pretensión su fundamenta en el hecho que los trabajos a realizarse entre los Km. 1+000 al Km. 8+000 guardan proporcionalidad con el trabajo deficientemente ejecutado, tal y como constaría en el Acta de Constatación Física de la Obra.

#### 9.3.2. Segunda pretensión. - *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 246-2002-MTC/15.17 que en su oportunidad aprobó en forma irregular el Expediente Técnico de la Obra.*

Sustenta dicha pretensión, señalando que los alcances de dicha resolución trajeron como consecuencia la imposibilidad de ejecutar la Obra según las buenas prácticas de la ingeniería, siendo que el tramo ejecutado contaría con múltiples deficiencias.

### 9.4. Posición del CONSORCIO respecto de las nuevas pretensiones del GOREL

Con fecha 19 de mayo de 2004, el CONSORCIO absolvió las nuevas pretensiones planteadas por el GOREL en los siguientes términos:

#### 9.4.1. Sobre la primera pretensión planteada por el GOREL: El CONSORCIO sostuvo que la pretensión encaminada a la ejecución de la Obra entre los Km. 1+000 y Km. 8+000 no debía prosperar, por carecer de sustento. Según el Expediente Técnico, Memoria, valorizaciones y otros documentos se acredita que la pretensión de ejecución de Obra debe realizarse entre los tramos Km. 0+000 al Km. 7+000.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

- 9.4.2 Sobre la segunda pretensión planteada por el GOREL: Sobre el particular el CONSORCIO manifestó que la solicitud de nulidad de la Resolución que aprobó el Expediente Técnico solicitada implicaría ir contra actos propios, lo cual no sería admisible, siendo que dicho Expediente fue aprobado por la propia Entidad y forma parte de las bases que regularon el proceso.

## 10. AUDIENCIA COMPLEMENTARIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 19 de julio del año 2004, se llevó a cabo la Audiencia Complementaria de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, la cual se desarrolló de la siguiente manera:

- 10.1. El Tribunal Arbitral invocó a las partes una vez más a llegar a una conciliación, quienes reiteraron su compromiso de continuar con las conversaciones y negociaciones paralelas sin afectar el procedimiento.
- 10.2. Luego, el Tribunal procedió a fijar como puntos controvertidos adicionales del proceso arbitral, los siguientes:
- a. Determinar si corresponde que el GOREL pague al CONSORCIO la suma de S/. 10'223,680.43 derivados de su liquidación final del CONTRATO.
  - b. Determinar si corresponde que el GOREL devuelva al CONSORCIO las cartas fianzas de Fiel Cumplimiento, Seriedad de Cumplimiento, Adelanto de Efectivo y Adelanto de Materiales que fueron entregadas según lo establecido en el CONTRATO.
  - c. En caso que se desestime el punto "a" y se reconozca un saldo a favor del GOREL producto de la liquidación del CONTRATO, determinar si corresponde que el CONSORCIO pague sus obligaciones a través de la ejecución parcial de la Obra (Kilómetro 0 al Kilómetro 7 a nivel carpeta asfáltica de rodadura de dos pulgadas) referida en el CONTRATO y/o a través de la entrega del saldo del material en cancha inventariado de la Constatación Física de la Obra.
  - d. En caso se desestime el acápite "b", determinar si corresponde que se declare firme la Ampliación del Plazo No. 9 por 40 días y si corresponde que se ordene la cancelación del Adicional No. 1 por S/. 369,016.95 que fuera aprobado por Resolución Directoral No. 162-2003-MTC/22 a favor del CONSORCIO.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMAPERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

- e. En caso se ampare el punto "b", determinar si corresponde reconocer y ordenar el pago de costos financieros e intereses derivados de las respectivas cartas fianza a favor del CONSORCIO.
- f. Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución No. 246-2002-MTC/15.17 de fecha 09 de abril de 2002 en virtud a que trajo como consecuencia la imposibilidad de ejecutar la obra según las buenas prácticas de la ingeniería, adoleciendo de múltiples deficiencias.
- 10.3. Acto seguido, el Tribunal Arbitral procedió a resolver acerca de la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, de la siguiente manera:
- a. Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO en su escrito de nuevas pretensiones del 12 de marzo del año 2004 y que se detallan en el acápite XI denominado "Medios Probatorios": del 1 al 35, realizando diversas precisiones respecto de su actuación, además de diversos documentos acompañados en calidad de anexos, sin la debida identificación, que allí se detallan.
- b. Se admiten los medios probatorios ofrecidos por el GOREL en su escrito de contestación de nuevas pretensiones de fecha 29 de abril del 2004 que se detallan en el acápite denominado "Medios Probatorios". En adición, el Tribunal Arbitral en relación al medio probatorio referido a la pretensión de nulidad de Resolución No. 246-2002-MTC/15.17 del GOREL, dispuso no admitir la pericia con la finalidad de elaborar un nuevo expediente técnico de la Obra.
- c. Finalmente, el Tribunal procedió a declarar abierta la etapa probatoria.

## 11. NOMBRAMIENTO DE PERITO, DETERMINACIÓN DEL AMBITO DE LA PERICIA, PRESENTACIÓN DEL INFORME PERICIAL Y FORMULACIÓN DE OBSERVACIONES

- 11.1. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, durante la audiencia descrita en el punto anterior, el Tribunal dispuso que las pericias ofrecidas por ambas partes, se consoliden en una sola, que sería conducida por el Tribunal Arbitral, y que estaría a cargo de un ingeniero especialista en ejecución de carreteras, suelos y pavimentos, quien efectuaría un análisis completo y detallado del proceso y estado de construcción de la Obra

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - TYSAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

Para tal efecto, solicitó a ambas partes que presenten una terna de peritos cada una, mandato que fue cumplido por el GOREL y el CONSORCIO mediante escritos de fecha 21 y 22 de julio de 2004, respectivamente.

- 11.2. Teniendo en cuenta que en las ternas propuestas por ambas partes coincidía el nombre del Ingeniero Marino Marcelo Monge Prudencio, mediante Resolución No. 75 de fecha 15 de septiembre de 2004 se procedió a nombrarlo como perito encargado de la elaboración del informe descrito anteriormente.
- 11.3. Luego, mediante Resolución No. 77 de fecha 18 de octubre de 2004, el Tribunal procedió a fijar el ámbito de la pericia, señalando que ésta debía comprender:
- (i) un análisis completo y detallado del proceso y estado de la construcción de la obra ejecutada por el CONSORCIO, el cual comprenderá la verificación de las calidades y condiciones de los materiales utilizados y de las canchas y el estudio de las diferentes capas de pavimento, a fin de determinar si las partidas ejecutadas cumplían los requerimientos mínimo exigidos por el Expediente Técnico definitivo,
  - (ii) la valoración del saldo por ejecutar del tramo Km. 0+000 al Km. 7+000 a nivel de carpeta asfáltica de rodadura de dos pulgadas, y
  - (iii) la valoración de los materiales en cancha e instalaciones que pudieran ser de utilidad para la Obra y que fueran inventariados en la Constatación Física del 23 de mayo del 2003.

11.3. Con fecha 16 de marzo del año 2005, el perito Marino Marcelo Monge Prudencio, cumplió con presentar su informe pericial.

11.4. Dicho informe fue observado por el CONSORCIO mediante escrito de fecha 01 de abril de 2005, el cual fue absuelto por el GOREL mediante escrito de fecha 13 de abril del mismo año. Asimismo, dichas observaciones fueron absueltas por el perito Marino Marcelo Monge Prudencio, mediante informe de fecha 15 de abril de 2005.

11.5. Posteriormente, mediante Resolución No. 113 de fecha 29 de abril de 2005, el Tribunal Arbitral resolvió otorgar a ambas partes, un plazo complementario para que procedan a sustentar documentadamente sus observaciones al dictamen pericial elaborado por el perito Marino Marcelo Monge Prudencio.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC  
**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

Dicha sustentación fue realizada por el CONSORCIO mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2005, siendo absuelta por el GOREL mediante escrito de fecha 02 de junio de 2005. Asimismo, el perito Marino Marcelo Monge Prudencio se pronunció al respecto, mediante escrito de la misma fecha.

## 12. AUDIENCIAS DE PRUEBAS

Habiendo cumplido PROVIAS DEPARTAMENTAL con realizar las exhibiciones solicitadas por el Tribunal mediante escritos de fecha 19 de enero de 2004, 01 de marzo y 01 de abril del mismo año y habiendo cumplido el GOREL con la exhibición del medio probatorio ofrecido mediante escrito de fecha 16 de enero de 2004, se citó a las partes a las siguientes audiencias de pruebas:

- 12.1. Primera Audiencia de Pruebas. - Con fecha 01 de abril de 2005, se llevó a cabo la primera Audiencia de Pruebas, en la cual se realizó la exposición oral del informe pericial ordenado en autos, la cual estuvo a cargo del perito Marino Marcelo Monge Prudencio, con intervención de las partes.
- 12.2. Segunda Audiencia de Pruebas. - Con fecha 20 de junio del 2005, se llevó a cabo la mencionada audiencia, en la cual el ingeniero Jorge Luis Donayre Ordínola, sustentó las observaciones de parte realizadas por el CONSORCIO al informe del perito Marino Marcelo Monge Prudencio, con intervención de ambas partes. Asimismo, los miembros del Tribunal Arbitral formularon sus preguntas y consultas al mencionado ingeniero, quien procedió a absolverlas en dicho acto.
- 12.3. Tercera Audiencia de Pruebas. - Con fecha 08 de julio del 2005, se llevó a cabo la mencionada audiencia, en la que se actuaron las declaraciones testimoniales de los ingenieros Mario Peralta Gibaja, Favio Carazas Fernández Baca y Wilder Navarro Sánchez, en calidad de inspectores y supervisores de la obra, las cuales fueron incorporadas al proceso como medios probatorios de oficio, mediante Resolución No. 127 de fecha 28 de junio de 2005.

## 13. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

- 13.1. Habiendo concluido la etapa probatoria, mediante Resolución No. 133 de fecha 20 de julio del año 2005, el Tribunal Arbitral concedió a las partes un plazo de cinco (5) días para la presentación de sus alegatos escritos y para solicitar informes orales.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

Así, mediante escrito de fecha 26 de julio del año 2005, GOREL presentó sus alegatos respectivos, y, por su parte, mediante escrito de fecha 1 de agosto del mismo año, el CONSORCIO presentó un escrito conteniendo sus alegatos.

- 13.2. Tal y como estaba programado, con fecha 19 de agosto del año 2005 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la que informaron oralmente los abogados designados por cada una de las partes, procediendo el Tribunal a realizar las preguntas que estimó pertinentes para el esclarecimiento de los hechos materia de controversia.

Por último, el Tribunal Arbitral procedió a fijar en sesenta (60) días hábiles el plazo para emitir el laudo arbitral, sin perjuicio de su facultad discrecional de prorrogarlo de acuerdo a lo establecido en el numeral 8.10 del Acta de Instalación. De este modo, en razón de la complejidad de la materia controvertida, mediante Resolución N° 140 se resolvió prorrogar de oficio el plazo para laudar en quince (15) días útiles.

Asimismo, estando a lo solicitado por las partes mediante escritos de fechas 10, 21 y 24 de noviembre del presente año, mediante Resolución N° 141, el Tribunal dispuso una nueva ampliación del plazo para laudar, por quince (15) días adicionales a los establecidos en la Resolución N° 140, que vencerían el 28 de diciembre de 2005.

**Y CONSIDERANDO:**

**1. CUESTIONES PRELIMINARES**

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la LCAE y el RECAE, al que las partes se sometieron de manera incondicional; (ii) que, en ningún momento se declaró procedente recusación alguna contra un miembro del Tribunal Arbitral, o se declaró procedente algún reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que, el CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa frente a las pretensiones incorporadas por el GOREL; (iv) que, el GOREL fue debidamente emplazado con la demanda, reconvino y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo establecido.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

2. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA PRIMERA Y DE LA SEGUNDA PRETENSIONES FORMULADAS POR EL CONSORCIO EN SU DEMANDA ARBITRAL

Este Tribunal ha considerado conveniente resolver conjuntamente la primera y la segunda pretensión principal planteadas por el CONSORCIO en su escrito de demanda, en atención a que éstas se encuentran vinculadas entre sí, por compartir la misma naturaleza indemnizatoria. En efecto, mientras que en la primera de dichas pretensiones se solicita el pago de conceptos específicos en calidad de indemnización, la segunda también comparte el mismo carácter, toda vez que se solicita el pago de un ingreso dejado de percibir, es decir, de un lucro cesante.

Es por ello, que este Tribunal considera pertinente realizar un análisis unitario de la resolución del CONTRATO, y de sus consecuencias jurídicas, a efectos de evaluar el mérito de ambas pretensiones, de manera coherente y armoniosa.

Las pretensiones citadas fueron formuladas de la siguiente manera:

*"Primera pretensión.- Que se ordene el pago de la suma de US\$1'000,000.00 (Un millón y 00/100 dólares americanos) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la ilegal resolución del Contrato de Obra No. 402-2001-PCM/15.17."*

*"Segunda Pretensión.- Que, se ordene el pago del cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir, de conformidad con lo establecido en el artículo 162 del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM."*

Durante la audiencia correspondiente, se fijaron como puntos controvertidos de ambas pretensiones, los siguientes:

*Determinar si existió fuerza mayor o causa justificada para que PROVIAS DEPARTAMENTAL diera por resuelto el contrato de obra No. 402-2001-MTC/15.17.*

*Determinar a quién es imputable la resolución del contrato de obra No. 402-2001-MTC/15.17.*

*Determinar si la resolución del Contrato de Obra No. 402-2001-MTC/15.17 ha causado al CONSORCIO daños y perjuicios que deban ser indemnizados por el GOREL, y si la cuantía de éstos asciende a US\$ 1'000,000.00 (...)*

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU.

**PEDRO E. CHAVEZ MARRIQUE**  
Representante Legal

De verificarse que el CONTRATO fue resuelto de manera injustificada por causa imputable al GOREL, determinar si en virtud de dicha resolución debe pagar al CONSORCIO el 50% de la utilidad dejada de percibir de conformidad con lo dispuesto por las normas aplicables correspondientes, y de ser el caso, determinar a cuánto asciende ese 50%.

2.1. Análisis de la causal de fuerza mayor y su aplicación al presente CONTRATO

- 2.1.1. Como ha sido señalado, tanto la primera como la segunda pretensiones principales de la demanda arbitral tienen naturaleza indemnizatoria; sin embargo, en ambos casos lo solicitado por el CONSORCIO tiene como presupuesto la resolución indebida del CONTRATO por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, la cual ha sido cuestionada por el demandante señalando que la causal de fuerza mayor invocada por dicha entidad como sustento de su decisión, no se habría configurado.

En tal sentido, el análisis de esta pretensión debe incluir, en primer lugar, un examen de la causal mencionada, a fin de determinar si ésta fue debidamente aplicada a los hechos invocados por PROVIAS DEPARTAMENTAL, de acuerdo a la normativa aplicable.

En segundo lugar, se debe realizar un análisis de los elementos de la responsabilidad civil, a fin de determinar si los daños invocados por el CONSORCIO han sido causados por una indebida resolución contractual, y como consecuencia de ella, deben ser resarcidos.

- 2.1.2. Al respecto, tal como quedó establecido en el CONTRATO, las partes en ejercicio de su libertad contractual regularon la siguiente cláusula resolutoria:

*"CLAUSULA DÉCIMA: De Las Penalidades y Resoluciones del Contrato*

*(...)*

*10.2) EL MINISTERIO podrá resolver unilateralmente este Contrato por causas de fuerza mayor que hagan imposible a cualquiera de las partes continuar con los servicios pactados. En este caso EL MINISTERIO efectuará la Liquidación Final del Contrato, pagando los trabajos realmente ejecutados y otros gastos establecidos en la Ley, procediendo luego a la devolución de las garantías que corresponda a EL CONTRATISTA".*

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

Como se desprende de la misma, las partes convinieron expresamente que PROVIAS DEPARTAMENTAL fuera titular de un derecho potestativo,<sup>(1)</sup> de resolución del CONTRATO, que surgiría cuando se presentara un supuesto de "fuerza mayor" que haga imposible a cualquiera de las partes continuar con la relación contractual establecida.

A este respecto, es importante señalar que la referida cláusula fue válidamente pactada y no contraviene disposición alguna de nuestro ordenamiento jurídico. Como se sabe, los contratos administrativos que las entidades del Estado suscriben con los particulares para obtener su colaboración en el desarrollo del interés público, tienen un régimen especial. Éste se expresa, entre otras cosas, en la vinculación directa de este tipo de contratos a normas expresas (en éste caso, la Ley 26850 y su Reglamento, el Decreto Supremo 039-98-PCM) que se imponen ante las normas del Derecho Común.

Por tanto, si bien en este tipo de contratos el ámbito de libertad de los particulares –como de la propia Administración– para fijar los términos que va a regir su relación es menor; las partes están en plena libertad de regular las reglas que se les aplicarán siempre y cuando no contravengan las normas de carácter imperativo (que en el caso de este tipo de contratos, se manifiesta, por ejemplo, en la obligatoriedad de incluir ciertas cláusulas tipo) y no desnaturalicen la finalidad de desarrollo de función pública propia de estos contratos<sup>(2)</sup>.

Por lo que debemos finalizar este punto señalando que el numeral 10.2 de la Cláusula Décima del Contrato encuentra sustento directo en las prerrogativas propias del poder público en estos contratos, así como en el principio de libertad contractual, recogido expresamente en el artículo 1354 del Código Civil<sup>(3)</sup> que señala lo siguiente:

1 Como explica FORNO, "se trata de una situación jurídica subjetiva de ventaja activa –es un tipo de derecho subjetivo– que permite a su titular, mediante su ejercicio, provocar una modificación en la esfera jurídica de otro sujeto, quien se encuentra sometido a tal posibilidad sin poder hacer nada para impedirlo (lo que, correlativamente, se configura como una situación jurídica subjetiva de desventaja inactiva denominada sujeción)".

FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por intimación". En: THEMIS-Revista de Derecho 38. Nota 25, p. 109.

2 CASSAGNE, Juan Carlos. "Los contratos de la Administración y la figura del contrato administrativo". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1999, pp. 11-39.

3 Código Civil: "Artículo. IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican subsidiariamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean inconsistentes con su naturaleza".

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T Y T SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

"Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

- 2.1.3. Por otro lado, se debe tener en cuenta que las partes tuvieron a bien regular lo que se debía entender por "fuerza mayor", supuesto que de presentarse, permitiría a PROVIAS DEPARTAMENTAL resolver unilateralmente el CONTRATO. Esta definición fue fijada en el numeral 13.1. de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO, en los términos que siguen:

**"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: Fuerza Mayor o Caso Fortuito**

13.1. Las partes han convenido en considerar como fuerza mayor, la imposibilidad de EL MINISTERIO de seguir financiando las obras, a los fenómenos naturales o actos del hombre, que se encuentran fuera del control de las partes contratantes y que no pudieran ser evitadas, tales como la guerra, terremoto, incendios, explosiones, actos de sabotaje, etc.

No se considerará "Fuerza Mayor" ningún evento causado por negligencia o intencionalidad de una de las partes, sus agentes o empleados, ni ningún evento que una parte diligente pudo razonablemente haber esperado tener en cuenta en el momento de celebrarse este Contrato y evitar o superar en el curso del cumplimiento de sus obligaciones en virtud del mismo".

De esta forma, tenemos que las partes definieron como "fuerza mayor" a cualquier evento que imposibilite o entorpezca seriamente el cumplimiento del CONTRATO, estableciendo como características del mismo su inevitabilidad (esto es, aquellas situaciones que "se encuentran fuera del control de las partes contratantes y que no pudieran ser evitadas"), imprevisibilidad (esto es, "ningún evento que una parte diligente pudo razonablemente haber esperado tener en cuenta en el momento de celebrarse este Contrato") e inimputabilidad (esto es, "ningún evento causado por negligencia o intencionalidad de una de las partes") con respecto a la parte que lo sufre.

Siendo relevante para el caso materia de este proceso arbitral, además, reparar que se estableció a la "imposibilidad de EL MINISTERIO de seguir financiando las obras" como un supuesto específico de estos eventos que, de presentarse conjuntamente con las características antes señaladas, permitiría el ejercicio del derecho de resolución del CONTRATO, por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

Por lo tanto, tomando en cuenta lo hasta aquí expuesto, podemos concluir lo siguiente:

- (i) El MTC (luego PROVIAS DEPARTAMENTAL) se encontraba facultado para resolver unilateralmente el CONTRATO si es que la continuación del mismo devenía en imposible por alguna causal de "fuerza mayor";
- (ii) Las partes acordaron que la imposibilidad del MTC (hoy PROVIAS DEPARTAMENTAL) de seguir financiando la obra podía ser considerada como una causal de "fuerza mayor" y;
- (iii) Además, las partes acordaron expresamente que la imposibilidad del MTC (hoy PROVIAS DEPARTAMENTAL) de seguir financiando la obra podía ser calificada como una causa de "fuerza mayor", siempre y cuando dicha imposibilidad fuese producto de un hecho que tuviera como característica el ser inevitable, imprevisible e inmutable para esta última entidad.

2.1.4. Ahora bien, con posterioridad a la celebración del CONTRATO y de acuerdo a los medios de prueba presentados, PROVIAS DEPARTAMENTAL cursó al CONSORCIO la Carta Notarial N° 007-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003, procediendo a "(...) comunicarle la decisión de PROVIAS Departamental de resolver el contrato suscrito con su representada por causas de fuerza mayor de acuerdo a lo establecido en el artículo 45° de la Ley N° 26850 y en el numeral 10.2 de la cláusula décima del contrato (...)".

Como la propia carta notarial señala, la resolución "se fundamenta en la resolución de mutuo acuerdo del Convenio N° 077-2000-MTC/15.17 de fecha 22 de septiembre de 2000 suscrito entre la Región Loreto (Ex CTAR Loreto) y PROVIAS Departamental cuyo proceso se ha (sic) iniciado a solicitud de la Región según Carta Notarial cursada a PROVIAS Departamental con fecha 09 de mayo de los corrientes y Carta Notarial de la PROVIAS Departamental de fecha 12 de mayo aceptando la resolución, lo cual nos imposibilita continuar efectuando los pagos generados por valorizaciones y Adicionales de Obra".

En ese sentido, al ser justamente este acto cuestionado por la demandante en su primera pretensión, corresponde a este Tribunal analizar si la resolución contractual encuentra un sustento válido en la norma que fuera invocada por PROVIAS DEPARTAMENTAL (artículo 45 de la Ley N° 26850) o en las reglas propias del CONTRATO (numeral 10.2 de su Cláusula Décima).

2.1.5. Al respecto, el primer párrafo del artículo 45 de la Ley N° 26850 señala lo siguiente:

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

*"Artículo 45.- Las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a éstas o por caso fortuito o de fuerza mayor, estableciendo los términos de la resolución."*

En lo que respecta a la invocación de esta norma por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL al momento de efectuar la resolución del CONTRATO, este Tribunal considera que se trata de una aplicación indebida o errada de la norma en cuestión, toda vez que el supuesto de hecho de la misma se refiere a los casos de resolución del CONTRATO por mutuo acuerdo entre las partes (en este caso, entre PROVIAS DEPARTAMENTAL y el CONSORCIO), situación que no se ha verificado en este caso, pues la resolución del CONTRATO se llevó a cabo de manera unilateral por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.

Por lo tanto, el artículo 45 de la Ley N° 26850 no podía ser considerado un sustento válido para el ejercicio del derecho de resolución del CONTRATO por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, efectuado mediante Carta Notarial N° 007-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003.

Así las cosas, corresponde analizar el segundo sustento invocado por esta última en su carta de resolución, es decir, la aplicación del numeral 10.2 de la Cláusula Décima del CONTRATO, a fin de determinar si el mismo se habría configurado en el presente caso.

2.1.6. Del tenor de la carta citada, es claro que PROVIAS DEPARTAMENTAL sustentó su decisión en la causal de fuerza mayor por imposibilidad de continuar con el financiamiento de la obra, en tanto que el GOREL ya no destinaria fondos a dicho fin, al haberse resuelto el CONVENIO por mutuo acuerdo entre ambas entidades.

Sin embargo, tal como se desprende de la Cláusula Décimo Tercera del CONTRATO, para que se configurase adecuadamente la facultad de PROVIAS DEPARTAMENTAL de resolver unilateralmente dicha relación contractual (con el CONSORCIO), no era suficiente que la entidad se quedara sin los fondos necesarios para cubrir los gastos que generaba la Obra, pues se requería además que dicha imposibilidad procediese de una causa ajena a las partes y no de la negligencia o intencionalidad de una de ellas.

En el presente caso dicha causal de fuerza mayor estaría representada por la resolución de mutuo acuerdo del CONVENIO, mediante el cual se encargó al MTCVC (hoy PROVIAS DEPARTAMENTAL) la administración técnica y financiera de la ejecución del Tramo IV de la Carretera Nautaliquitos.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
- SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

- 2.1.7. Al respecto, este Tribunal considera que la causal invocada por PROVIAS DEPARTAMENTAL no cumple con el requisito de ser un evento *inimputable* por lo que no puede ser considerada una causa de "fuerza mayor".

En efecto, la ausencia de fondos para el financiamiento de la obra como producto de la resolución de mutuo acuerdo del CONVENIO, no puede considerarse como una causal válida de resolución del CONTRATO por fuerza mayor, pues ésta se produjo a raíz de una propuesta del GOREL (realizada mediante carta de fecha 9 de mayo de 2003), a la cual PROVIAS DEPARTAMENTAL se habría adherido voluntariamente mediante carta notarial N° 008-2003-MTC del 12 de mayo de 2003, plasmándose el acuerdo final en el Documento Privado de Resolución de Convenio de fecha 14 de mayo de 2003.

En otras palabras, tanto PROVIAS DEPARTAMENTAL como el GOREL tenían perfecto conocimiento que la resolución del CONVENIO traería como consecuencia la imposibilidad del primero de seguir financiando la obra. Por tanto, se puede colegir que PROVIAS DEPARTAMENTAL obró con intencionalidad, es decir, conociendo (o pudiendo conocer) que su decisión de aceptar la resolución de mutuo acuerdo del CONVENIO traería como consecuencia la imposibilidad de seguir cumpliendo las obligaciones contractuales contraídas con el CONSORCIO.

En conclusión, si bien es probable que se haya producido una situación de insolvencia que haya hecho imposible continuar con el financiamiento de la Obra, ésta no se constituyó en un fundamento válido para proceder a la resolución unilateral del CONTRATO, dado que no se trató de una consecuencia llevada a cabo sin negligencia o intencionalidad por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.

- 2.1.8. Por otro lado, respecto de los argumentos expresados por el GOREL, este Tribunal considera necesario señalar lo siguiente:

- a. Respecto de los supuestos incumplimientos en que habría incurrido el CONSORCIO durante la ejecución de la Obra, y que habrían perjudicado la viabilidad del Proyecto, este Colegiado considera que no constituyen un argumento pertinente, que pueda justificar la indebida resolución contractual llevada a cabo por PROVIAS DEPARTAMENTAL.

En efecto, si el contratista incurrió en un incumplimiento contractual, se debió proceder en estricta aplicación de las normas que regulan dicha situación. Así, de conformidad con el artículo 83 del RECAE, una vez verificado tal incumplimiento, la Entidad debió requerir el cumplimiento del CONTRATO y otorgar al Contratista un plazo de quince (15) días para que subsane las deficiencias supuestamente incurridas, procediendo en todo caso a resolverlo por la causal de incumplimiento (no de fuerza mayor), en caso en que éste persistiera.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

Al no haberse procedido del modo indicado, este Tribunal considera que no puede imputarse al contratista un comportamiento que no le fue oportunamente objetado, que no se le otorgó la oportunidad de subsanar (según lo exige el artículo 83 del RECAE antes citado), y que tampoco le fue imputado como causal de resolución contractual, mucho menos en esta instancia. Una posición contraria implicaría aceptar que la imputación de una causal específica para sustentar la decisión de resolver un contrato no tiene ninguna relevancia jurídica, lo que no puede ser aceptado por este Colegiado.

- b. Respecto del conocimiento que el CONSORCIO tenía respecto de la posibilidad de que PROVIAS DEPARTAMENTAL se quedara sin financiamiento para la ejecución de la Obra, este Tribunal concuerda con lo afirmado por el GOREL, en el sentido de que se trataba de una circunstancia que era conocida de antemano por ambas partes, al punto que fue prevista como uno de los supuestos que configuraría la causal de fuerza mayor, en la cláusula Décimo Tercera del CONTRATO.

En tal sentido, es cierto que el CONSORCIO asumió la posibilidad de que se produjese una situación de falta de financiamiento de la Obra, y que dicha circunstancia pudiese determinar la extinción de la relación contractual; sin embargo, también es cierto que de acuerdo al contenido de la Cláusula Décimo Tercera antes señalada, el Contratista sólo asumió dicho riesgo respecto de aquellas situaciones de insolvencia que no fueran producto de la negligencia o intencionalidad de PROVIAS DEPARTAMENTAL, situación que no se ha producido en el presente caso, pues como hemos visto, dicho proyecto prestó su consentimiento para la resolución del CONVENIO, y de esa manera, ocasionó intencionalmente la falta de fondos para proseguir con el financiamiento de la Obra.

- 2.1.9. Finalmente, en lo que respecta a la verificación de alguna otra "causa justificada" que hubiese permitido a PROVIAS DEPARTAMENTAL resolver el CONTRATO, del análisis del caso esta no habría sido alegada por esta entidad en su carta notarial de resolución, motivo por el cual no es competencia de este Tribunal pronunciarse sobre este punto.

2.2. Respecto de las consecuencias de la indebida resolución del CONTRATO y la capacidad del GOREL para responder por los daños causados

- 2.2.1. Sobre la base de lo anterior, corresponde determinar cuáles son las consecuencias jurídicas producidas por la indebida resolución del CONTRATO por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que el CONSORCIO no ha solicitado a éste Tribunal que declare la nulidad del acto administrativo de resolución del CONTRATO emitido por PROVIAS DEPARTAMENTAL, sino más bien que se repare los perjuicios causados por la indebida actuación de la Entidad al resolver dicha relación jurídica. En tal sentido, lo que el CONSORCIO ha solicitado es que este Colegiado le otorgue una tutela de naturaleza resarcitoria, esto es, una tutela que sancione la conducta contraria a Derecho, a través del resarcimiento económico de sus consecuencias patrimoniales, que en este caso estarían representadas por los daños y perjuicios que la indebida resolución del CONTRATO le ha causado al CONSORCIO.

2.2.2. Pues bien, en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que se producen a partir de la resolución del contrato cuando ésta se debe a causas atribuibles a la Entidad, los artículos 45 de la LCAE y 117 del RECAE señalan expresamente lo siguiente:

*"Artículo 45.- (...) Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la Entidad, ésta deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados (...)".*

*"Artículo 117.- (...) Cuando la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al Contratista el porcentaje de utilidad establecido en el contrato en función a lo realmente ejecutado. Los gastos de la resolución del contrato son de cargo de la parte que lo incumplió, salvo disposición distinta de Laudo Arbitral."*

Es importante precisar que, los supuestos de hecho de las normas antes citadas únicamente se refieren a la resolución del contrato por causas atribuibles a la Entidad, sin hacer una distinción de la parte que haya procedido a dejar sin efectos la relación contractual (acreedor o deudor). En tal sentido, este Tribunal considera que ambas normas son de aplicación tanto a (i) los casos en que es la propia Entidad quien resuelve indebidamente la relación contractual como a (ii) aquellos en los que el Contratista decide resolverlo, al verificarse un incumplimiento por parte de la Entidad.

Dicho lo anterior, vemos que de una interpretación concordada de los artículos citados, en aquellos casos en los que la resolución del CONTRATO sea por causas atribuibles a la Entidad, se derivan las siguientes consecuencias:

- a. En primer lugar, la Entidad queda obligada a liquidar la parte que haya sido efectivamente ejecutada por el Contratista.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Abogado Legal

- b. Adicionalmente, y de manera independiente de lo anterior, la Entidad queda obligada a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a éste último.

Es precisamente esta segunda consecuencia la que ha sido invocada por el CONSORCIO al solicitar el pago de una indemnización, la cual - como veremos más adelante - comprende tanto por el daño emergente (gastos realizados por el Contratista con posterioridad a la resolución) como por el lucro cesante (referido a la utilidad que dejó de percibir el Contratista) generados a propósito de la resolución indebida del CONTRATO.

Debe tenerse presente además, tal como hemos señalado anteriormente, que el CONSORCIO no ha solicitado a este Tribunal Arbitral que declare la nulidad del acto administrativo de resolución del CONTRATO efectuado por PROVIAS DEPARTAMENTAL.

En ese sentido, al optar por una tutela resarcitoria (pago de una indemnización) habría convalidado tácitamente, si bien no la causa, si los efectos de la resolución indebida efectuada por PROVIAS DEPARTAMENTAL, produciéndose de esta manera la extinción de las obligaciones a cargo de las partes por causas atribuibles a la Entidad, lo que determina que los artículos 45 de la LCAE y 117 del RECAE resulten directamente aplicables al presente caso, a criterio de este Tribunal.

- 22.3. Sin perjuicio de lo anterior, y antes de entrar a analizar cada uno de los conceptos solicitados por el CONSORCIO en su primera y segunda pretensiones principales de la demanda, este Colegiado considera necesario analizar la responsabilidad del GOREL respecto de la indebida resolución del CONTRATO.

- a. En primer lugar, cabe indicar que el CONTRATO fue resuelto por PROVIAS DEPARTAMENTAL, y no por el mismo GOREL, tal como se desprende de la Carta Notarial N° 007-2003-MTC/22 de fecha 12 de mayo de 2003, por tratarse de la entidad que conjuntamente con el Contratista, había suscrito el Contrato de Ejecución de Obra N° 402-2001-MTC/15.17.

- b. Sin embargo, tal como se desprende del CONVENIO<sup>(4)</sup> así como del texto del CONTRATO<sup>(5)</sup>, el GOREL era la entidad encargada de

**CLAUZULA TERCERA.- Objeto del Convenio**

Por el presente Convenio EL CTAR LORETO encarga a LA DIRECCIÓN GENERAL, la Administración Técnica y Financiera de la Ejecución de los Saldos de Obra del Tramo IV de la Carretera: Nauta - Iquitos, ubicada en los Distritos de Nauta e Iquitos, Provincia de Maynas, Departamento de Loreto

**CONSORCIO ANACONDA**  
SINAPERU S.A. - T y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

financiar la Obra y PROVÍAS DEPARTAMENTAL de llevar a cabo la selección y supervisión del Contratista por encargo del GOREL, situación que era conocida por todas las partes involucradas.

Asimismo, de conformidad con el CONVENIO<sup>(6)</sup>, el GOREL tenía respecto de PROVÍAS DEPARTAMENTAL la facultad de supervisar la correcta utilización de los recursos financiados para la ejecución de la Obra, así como el desarrollo de la misma.

- c. Atendiendo a lo anterior, es posible afirmar que de conformidad con la definición contenida en el artículo 71<sup>(7)</sup> de la LPAG, PROVÍAS

(...)

**CLAUSULA CUARTA.- Tipo y Modalidad del Convenio**

El presente Convenio se ejecutará bajo el Tipo de Ejecución Presupuestaria Indirecta con manejo de fondos en la modalidad de Encargo, prevista en el inciso b) del artículo 53° de la Ley N° 27209 – Ley de Gestión Presupuestaria del Estado”.

Ley 27209.- “Artículo 53.- (...) b) Ejecución Presupuestaria Indirecta: Se produce cuando la ejecución física y/o financiera de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes, es realizada por una Entidad distinta al Pliego; sea por efecto de un contrato celebrado con una Entidad Privada a título oneroso, o, con una Entidad Pública, sea a título oneroso o gratuito.

Quando se trate del tipo de Ejecución Presupuestaria, que se celebre entre Entidades del Sector Público a título gratuito, resulta eficaz la suscripción de Convenios”.

**CLAUSULA SEGUNDA: Objeto del Contrato**

(...)

2.2 El financiamiento de la Obra estará a cargo de EL CONSEJO TRANSITORIO DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL DE LORETO-CTAR LORETO, con recursos provenientes de la Fuente de Financiamiento 1.00: Recursos Ordinarios y 1.01: Canon y Sobrecanon, y sujeta a las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público, en base al Convenio N° 077-2000-MTC/15.17 y su Addenda N° 001-2001-MTC/15.17, suscritos entre CTAR Loreto y la Dirección General de Caminos”.

**CLAUSULA QUINTA.- De las obligaciones de las partes**  
A.- DEL CTAR LORETO

a.1. Supervisar y evaluar la ejecución del presente Convenio.

a.4. Supervisar la ejecución de la obra materia del Encargo.

(...)  
B.- DE LA DIRECCION GENERAL

b.3. Informar a EL CTAR LORETO acerca del avance de la Obra, a solicitud por Escrito del CTAR LORETO.

b.4. Presentar a EL CTAR LORETO las rendiciones de cuentas para su aprobación

b.11. Brindar las facilidades necesarias a los funcionarios de EL CTAR LORETO, a fin de que tengan acceso a los documentos y registros contables, durante la supervisión de las actividades desarrolladas en el marco del presente Convenio (...).  
6

Ley del Procedimiento Administrativo General

CONSEJO ANCONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

DEPARTAMENTAL recibió un "encargo de gestión" del GOREL, a través del cual esta última como titular del pliego presupuestario, le proveía a aquella de los fondos necesarios para ejecutar la Obra; siendo que PROVÍAS DEPARTAMENTAL, actuando a título personal pero en interés y por cuenta del GOREL, era la encargada de la administración técnica y financiera de la misma.

En este punto es preciso señalar que, mediante Resolución N° 161-2003-CONSUCODE/PRE de fecha 24 de junio del año 2003, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado-CONSUCODE ha señalado expresamente que

*"(...) puede concluirse que el Gobierno Regional de Loreto (antes CTAR Loreto) es parte del contrato y por tanto del Convenio Arbitral en tanto y en cuanto fue esta entidad la que realizó el encargo a Provias Departamental de que realice todas las acciones dispuestas para dar cumplimiento a las diferentes etapas del proceso para la ejecución de la obra materia del contrato de 5 de octubre de 2001 (...)"*

Resultando relevante, además, lo señalado por CONSUCODE en el considerando 14.5. de la referida resolución:

*"Hay que precisar que el ENCARGO no enerva la titularidad del Gobierno Regional de Loreto en el contrato, por cuanto Provias Departamental estuvo 'encargada' de la ejecución presupuestal, lo que significa únicamente que cumplía las funciones y acciones necesarias en nombre del Gobierno Regional de Loreto, en tanto entidad 'encargante' y, por tanto, titular real de los derechos y obligaciones inherentes al contrato".*

- d. Asimismo, la vinculación existente entre el GOREL y PROVÍAS DEPARTAMENTAL se ve corroborada en tanto la resolución del CONTRATO no fue una decisión adoptada unilateralmente por PROVÍAS DEPARTAMENTAL, sino que respondió a un acuerdo entre dicha Entidad y el GOREL para extinguir las relaciones establecidas con

71.1 La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.

71.2 El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.

71.3 El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.

71.4 Mediante norma con rango de ley, puede facultarse a las entidades a realizar encargos de gestión a personas jurídicas no estatales, cuando razones de índole técnico y presupuestado lo haga aconsejable bajo los mismos términos previstos en este artículo. dicho encargo deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo".

**CONSORCIO ANACONDA**  
SINA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE**  
Representante Legal

el CONSORCIO, al punto que ello fue consignado como un acuerdo entre ambas entidades, en el numeral 2.2. del Documento Privado de Resolución de Convenio de fecha 14 de mayo de 2005, en el que incluso se establecieron ciertas pautas para llevar adelante la liquidación de la obra.

Así, es claro que la resolución del CONTRATO se encontró motivada concretamente por la resolución del CONVENIO, propuesta por el GOREL días antes mediante carta de fecha 09 de mayo de 2005, y aceptada por PROVIAS DEPARTAMENTAL el mismo 12 de mayo del mismo año.

- e. Por otro lado, en ningún momento del presente proceso el GOREL ha pretendido deslindar su responsabilidad respecto de la resolución por fuerza mayor llevada a cabo por PROVIAS DEPARTAMENTAL, sino que por el contrario, en todo momento ha avalado y justificado dicha decisión, conforme se desprende de su escrito de contestación de la demanda presentado el 28 de octubre de 2003 (pp. 338-344).

Además, el GOREL ha reivindicado todos los derechos y obligaciones originadas en el CONTRATO así como su calidad de parte en el mismo, por lo que se puede colegir que esta entidad ha aceptado las consecuencias que se derivan de dicha resolución contractual.

En efecto, el GOREL manifestó expresamente en su escrito de contestación de demanda (p. 343, 347) que luego de hacerse efectiva la resolución del CONVENIO había "reasumido" la titularidad del CONTRATO y que por tanto formaba parte de la relación contractual.

- f. Por lo anterior, este Tribunal considera que resulta de aplicación al presente caso el artículo 1325 del Código Civil, que señala lo siguiente:

*"Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar su obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario."*

Al respecto, el artículo antes citado regula un supuesto de responsabilidad objetiva y directa. Cabe destacar que, si bien el "autor directo del daño" (en este caso, PROVIAS DEPARTAMENTAL) es una persona distinta al "responsable" (en este caso, el GOREL como titular), el criterio de imputación de la responsabilidad lo constituiría la relación preexistente entre éstos, a través de la cual el "responsable" ejerce cierto tipo de control respecto del tercero del cual se vale para ejecutar la prestación a su cargo, debiendo asumir no sólo los beneficios que le reporta la actividad de este último sino además las consecuencias económicas negativas derivadas de su actuar ilícito.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

En ese sentido, se puede decir que el "argumento que constituye la ratio legis de la norma (o que debiera constituirlo), es el que pone énfasis en que debe asumir la responsabilidad por los daños que puede producir un tercero, el deudor que inserta la participación de aquél en el cumplimiento de la obligación; es decir, quien genera o inserta ese riesgo será quien debe responder por los perjuicios causados, ya que es el que crea la ocasionalidad necesaria para la producción del daño."<sup>5</sup>

Ahora bien, en este caso, tal como ha quedado acreditado en autos el GOREL -en tanto Entidad "encargante" de la Obra- ejercía ciertas facultades de supervisión y control respecto de PROVIAS DEPARTAMENTAL. De otro lado, esta última era la entidad encargada de llevar a cabo la administración técnica y financiera de la Obra en interés y por cuenta del GOREL, de quien había recibido un "encargo de gestión". Por lo tanto, habiéndose verificado una relación jurídica preexistente entre ambas entidades, previa a la conducta ilícita provocada por PROVIAS DEPARTAMENTAL (esto es, la resolución indebida del CONTRATO), se ha configurado el supuesto de hecho contemplado en el artículo 1325 antes citado, debiendo extenderse la responsabilidad al GOREL

- g. Adicionalmente, es importante resaltar que el artículo 71.3 de la LPAG señala que "el órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad."

En ese sentido, haciendo una interpretación sistemática de los artículos 1325 del Código Civil y 71.3. de la LPAG este Tribunal considera que las consecuencias y eventuales daños ocasionados a raíz de la indebida resolución del CONTRATO deben ser asumidos por el GOREL como parte de su responsabilidad contractual.

### 2.3. Respecto de los daños susceptibles de indemnización a causa de la resolución indebida del CONTRATO

- 2.3.1. Como ha sido señalado, de conformidad con los artículos 45 de la LCAE y 117 del RECAE una de las consecuencias jurídicas de la indebida resolución del CONTRATO es el pago, por parte del GOREL, de una indemnización por daños y perjuicios a favor del Contratista (en este caso, del CONSORCIO).

<sup>5</sup> MISPIRETA GALVEZ Carlos. "Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero" En: Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VI - Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2004, Pág. 940.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

2.3.2. Pues bien, teniendo en cuenta que el daño alegado por el Contratista se ha originado a propósito de la resolución del CONTRATO, y que la Entidad transgredió lo dispuesto expresamente en una disposición contractual específica (la Cláusula Décimo Tercera) lesionando de esta manera el interés que el CONSORCIO tenía como acreedor de determinadas prestaciones a cargo de la Entidad, nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad civil de naturaleza *contractual*, debiendo por ello aplicársele las normas relativas a la "Inejecución de Obligaciones" previstas en nuestro Código Civil, a fin de determinar cuales son los daños que deben ser indemnizados.

Sobre el particular, el artículo 1321 del mencionado cuerpo legal señala lo siguiente:

*"Artículo 1321.- (...) 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. (...)"*

De acuerdo con la norma antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de la indebida resolución del CONTRATO. En este punto, debe precisarse que el denominado *daño emergente* comprende la pérdida o disminución patrimonial sufrida por la víctima como consecuencia de la inejecución, mientras que el llamado *lucro cesante* está constituido por todos aquellos montos que dejaron de ingresar en su patrimonio, por efecto del evento dañoso.

Adicionalmente, es importante señalar que nos encontramos ante "una consecuencia directa de un evento", cuando existe entre éstos una relación lógica de causalidad, de manera tal que no pueda considerarse que el daño es producto de alguna otra causa distinta a la inejecución del contrato. De otro lado, un daño se considera "una consecuencia inmediata de un evento", cuando se manifiesta o se hace visible en un momento temporalmente próximo a la ocurrencia del hecho dañoso, a diferencia de lo que ocurre con el llamado "daño ulterior", que aparece luego de transcurrido un plazo razonable luego de la ocurrencia del hecho.

2.3.3. Ahora bien, en su demanda el CONSORCIO ha reclamado el resarcimiento de una serie de conceptos, sin efectuar su calificación como daño emergente o como lucro cesante.

Tal distinción, proveniente de la doctrina especializada en materia de responsabilidad civil, resulta sumamente relevante para el presente caso, pues a criterio de este Tribunal, aquellos montos que representen un daño <sup>emergente</sup> ocasionado al Contratista, deben ser indemnizados siempre que

CONSORCIO ANACORDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

hayan sido debidamente acreditados, pues la disminución patrimonial sufrida por éste como consecuencia de la indebida resolución contractual, puede variar de un caso a otro, no pudiendo ser calculada en base a una fórmula general.

En lo que respecta al lucro cesante, éste constituye una consecuencia lógica de la resolución indebida del CONTRATO, pues resulta evidente que en cualquier caso dicho evento detiene o frustra su ejecución, perjudicando al Contratista, quien como consecuencia de la conducta antijurídica de la Entidad, se verá imposibilitado de continuarlo y de percibir la ganancia esperada de tal negocio.

Por lo tanto, corresponde a este Tribunal analizar cada uno de los conceptos solicitados por el CONSORCIO en su primera y segunda pretensiones principales a fin de establecer si se trata de un daño emergente ó de un lucro cesante, y si los mismos cumplen con el requisito de ser una consecuencia directa e inmediata de dicho evento.

#### 2.4. Análisis de los daños y montos reclamados por el CONSORCIO en su primera pretensión principal

2.4.1. En este caso concreto, el CONSORCIO se ha limitado a enumerar una serie de conceptos cuya indemnización solicita, sin especificar su naturaleza, y que han sido expuestos en el punto 4.1.1. de los vistos del presente laudo.

En total, los conceptos reclamados por el CONSORCIO en calidad de indemnización, ascenderían a la cantidad de S/. 3'655,386.19 (Tres millones seiscientos cincuenta y cinco mil trescientos ochenta y seis y 10/100 nuevos soles), suma que incluiría el Impuesto General a las Ventas-IGV.

En relación con los conceptos señalados precedentemente, el GOREL se ha limitado a sostener en su escrito de contestación -de manera genérica- que los montos reclamados carecen de sustento, pues aunque los gastos señalados se hubiesen efectivamente realizado, éstos se encuentran cubiertos en la ejecución del CONTRATO.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasamos a analizar la naturaleza de cada uno de los daños alegados por el CONSORCIO en su primera pretensión principal a fin de determinar la naturaleza de los mismos (esto es, si constituyen un daño emergente o un lucro cesante) y si los mismos resultan ser una consecuencia directa e inmediata de la resolución indebida del CONTRATO.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

2.4.2. Respecto de la adquisición del grupo electrógeno para el campamento, la construcción de colcas para almacenamiento de arena, del estudio oceanográfico y de impacto ambiental, y de la construcción de poza de concreto para almacenamiento de emulsión

Según el CONSORCIO, con ocasión de la ejecución de la Obra, se habría visto obligado a (i) adquirir un grupo electrógeno para el campamento, (ii) construir tres (03) colcas de madera para almacenamiento temporal de arena extraída del Río Marañón, (iii) a encargar la realización de estudios oceanográficos y de impacto ambiental; y (iv) a construir una poza de concreto para almacenamiento de emulsión asfáltica.

En todos los casos señalados, estamos ante gastos o costos que el CONSORCIO tuvo que asumir a propósito de la ejecución de la Obra. Sin embargo, de acuerdo a los medios probatorios presentados se puede advertir que dichos gastos fueron realizados con anterioridad a la resolución indebida del CONTRATO.

En lo que respecta a estos conceptos, si bien desde el punto de vista de la naturaleza de los daños sufridos estos serían asimilables a la figura del daño emergente -en tanto que se trata de gastos que habrían causado una disminución en la esfera patrimonial del Contratista-; tal como se ha mencionado con anterioridad, para que un daño determinado pueda ser resarcido debe tratarse de una consecuencia directa e inmediata del evento dañoso; es decir, éste último debe haber sido la causa del egreso patrimonial efectuado por la víctima, situación que no se verifica en el presente caso, pues los gastos indicados no han sido realizados por el CONSORCIO a propósito de la resolución del CONTRATO, y en tal sentido, no son una consecuencia directa del hecho ilícito, toda vez que habrían sido efectuados con anterioridad a la referida resolución.

Por ello, este Tribunal considera que tales gastos no deben ser incorporados en una indemnización a favor del CONSORCIO.

2.4.3. Respecto de la paralización intempestiva de Operadores de Equipo

El CONSORCIO alega que luego de la resolución indebida del CONTRATO, paralizó la ejecución de la Obra, debiendo cesar a todos sus trabajadores en sus respectivas labores, medida que no pudo adoptar con los Operadores de Equipo, quienes debían retornar a Lima con sus respectivos equipos, por lo que debió reconocer sus jornales hasta la llegada de las barcasas a la ciudad de Nauta, lo que ocurrió veintidós (22) días después, a pesar de las inmediatas gestiones del CONSORCIO.

En tal sentido, afirma que debió asumir el pago de dichos jornales por un monto equivalente a la suma de S/. 33,294.21 nuevos soles, el cual estaría

CONSORCIO ANASCONDA  
SUSA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARRIQUE  
Representante Legal

acreditado con las planillas ofrecidas como medio de prueba en la demanda, concepto que no se encontraría contemplado en la partida de desmovilización, por lo que debería ser resarcido por la entidad demandada.

En opinión de este Tribunal, en este caso se estaría reclamando la reparación de un concepto que sí calificaría como un daño emergente, pues se trata de un gasto o egreso patrimonial que el CONSORCIO habría realizado como consecuencia directa e inmediata de la indebida resolución del CONTRATO, por lo que correspondería reconocerlo como tal.

Ahora bien, en cuanto a la extensión de dicho daño y a su monto, el CONSORCIO ha alegado que pagó los jornales de sus operarios durante los veintidós días siguientes a la resolución del CONTRATO, lo que debe ser contrastado con los medios de prueba presentados para tal efecto, pues solo correspondería reconocer dichos pagos por los días que hayan quedado debidamente acreditados por el Contratista.

Pues bien, para acreditar este punto, el CONSORCIO ha presentado un documento identificado como "Autorización de Pago de Personal Eventual", correspondiente a los jornales supuestamente pagados a 21 empleados del CONSORCIO, desde el día 21 de mayo de 2003 hasta el día 04 de junio del mismo año inclusive, documento que a criterio de este Tribunal, acreditaría suficientemente los pagos realizados, al contar con las firmas del personal en señal de aceptación.

Asimismo, el CONSORCIO ha presentado copia certificada de las planillas de pago de su personal (específicamente de las páginas 161 a 167 de su respectivo libro), las cuales darían cuenta de los pagos realizados entre los días 15 al 21 de mayo de 2003, los cuales también deben ser reconocidos como parte de la indemnización que el GOREL debe abonar a favor del CONSORCIO.

En tal sentido, a efectos de determinar de manera exacta el monto que corresponde otorgar por este concepto, deberá liquidarse los pagos efectuados, exclusivamente sobre la base de los documentos mencionados, y únicamente por los días consignados en ellos, debiendo señalarse que dicha suma no podrá exceder en ningún caso, al monto solicitado por el Contratista (S/. 33,294.21 nuevos soles).

#### 2.4.4. Respecto de los materiales utilizados para la ejecución de trabajos de acuerdo al Expediente Técnico

Por otro lado, el CONSORCIO afirma que se habrían utilizado en la Obra materiales que no fueron considerados originalmente en su propuesta **CONSORCIO ANACONDA** que habría generado un mayor costo que no pudo ser  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEORO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

recuperado con la utilidad o con la ejecución del resto de partidas, al haberse resuelto el CONTRATO, antes del plazo previsto.

En otras palabras, el Contratista estaría reclamando la indemnización de un concepto que calificaría como daño emergente y no como un lucro cesante, al tratarse de una inversión que debe ser reintegrada a pesar que la misma no estaba considerada en su propuesta económica.

En primer lugar, debe advertirse que de manera similar a los conceptos analizados en el numeral 2.4.2. anterior, los montos invertidos en los materiales fueron realizados por el Contratista con anterioridad a la indebida resolución del CONTRATO. En ese sentido, dichos gastos no podrían ser considerados como una consecuencia directa e inmediata del evento dañoso, pues si bien fueron efectuados a propósito de la ejecución de la Obra estos no constituyen un egreso patrimonial que se derive de dicha resolución. Por ello, este Tribunal considera que tales gastos no deben ser incorporados en una indemnización a favor del CONSORCIO.

2.4.5. Respecto de los intereses por capital que no se percibe como consecuencia de la manutención de las cartas fianza, y costo de mantenimiento de las mismas

En este extremo, el CONSORCIO reclama básicamente en su demanda el costo de mantenimiento de once (11) cartas fianzas otorgadas por un monto total de S/. 25'926,061.91 nuevos soles; así como el perjuicio económico resultante de tener inmovilizado por el periodo de nueve (9) meses una línea de crédito bancaria por dicho monto, lo cual habría privado al Contratista —según señala— de obtener intereses por los depósitos que generaría la misma cantidad al ser colocados en cualquier entidad financiera, para lo cual aplica una tasa de interés comercial de 9.43%, según circular expedida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, que adjunta.

Por tanto, señala un monto total de S/. 2'356,876.99 por este concepto.

Cabe destacar que, posteriormente, mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2004, el CONSORCIO replantea sus pretensiones, solicitando de manera autónoma que se reconozca y se ordene el pago de los costos financieros e intereses derivados de las cartas fianzas de Fiel Cumplimiento, Seriedad de Cumplimiento, Adelanto en Efectivo y Adelanto de Materiales. En dicho escrito, el CONSORCIO señala que los montos reclamados deben calcularse a través de peritos; para lo cual con fecha 27 de agosto de 2004 presenta un peritaje de parte, referido a los rubros de: (i) cálculo de intereses por retención y mantenimiento de cartas fianza, y (ii) cálculo del perjuicio por cierre de línea de crédito bancario.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PE德罗 E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

En tal sentido, habiéndose planteado este mismo tema como una pretensión autónoma en este proceso, este Tribunal efectuará el pronunciamiento de fondo respecto de este rubro de la indemnización, al resolver la mencionada pretensión, para lo cual se remite al análisis del punto 09 de la parte considerativa, denominado "análisis de la tercera pretensión principal planteada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, sobre pago de costos financieros e intereses derivados de las cartas fianza".

Por otro lado, en lo que respecta al supuesto perjuicio económico derivado de tener inmovilizada una línea de crédito bancaria por S/. 25'926,061.91 nuevos soles, por el período de nueve (09) meses, este Tribunal considera que el Contratista no ha acreditado con pruebas documentales suficientes y fehacientes ninguno de los hechos siguientes vinculados al supuesto perjuicio alegado: (i) en primer lugar la existencia de una línea de crédito por una entidad del Sistema Bancario nacional y por el monto alegado; (ii) la inmovilización de dicha línea de crédito, (iii) que dicha inmovilización le haya originado un perjuicio económico cierto, derivado por ejemplo, de haber colocado dicho dinero en otra entidad financiera, según alega.

En este punto, cabe señalar que el CONSORCIO calcula dicho perjuicio aplicando una tasa de interés comercial del 9.43%; sin embargo, dicha tasa se refiere a créditos comerciales (y no a intereses por depósitos bancarios) y además, corresponde a una fecha fija, esto es al 25 de junio de 2003, según consta de la circular de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que adjunta como medio de prueba, fecha que no tiene vinculación alguna con los hechos materia de este proceso; siendo que, adicionalmente, las tasas bancarias están sujetas a variaciones constantes durante un periodo de tiempo determinado.

Por otra parte es importante anotar que, posteriormente, en su escrito de replanteamiento de pretensiones, de fecha 12 de marzo de 2004, el CONSORCIO, respecto de la pretensión de costos financieros e intereses, solicita que la suma a pagar se calcule mediante peritos. En tal sentido, la pericia de parte presentada con fecha 27 de agosto de 2004, resulta contradictoria con el perjuicio económico alegado en su demanda inicial (tasa de 9.43%); ya que, en este caso estima una utilidad del 5% dejada de percibir, que arroja una suma total de S/. 676,275.34 nuevos soles por concepto de "perjuicio de cierre de línea de crédito bancario".

Por tanto, este Tribunal, considera que este extremo, referido a la existencia de perjuicio económico derivado de haber tenido inmovilizado una línea de crédito bancario, no debe ser amparada; sin perjuicio del pronunciamiento de fondo de este Tribunal respecto de los costos financieros e intereses derivados de las cartas fianzas otorgadas por el CONSORCIO, punto que será resuelto más adelante.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TYSAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

2.5. Cálculo correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir a partir de la indebida resolución del CONTRATO reclamada por el CONSORCIO como segunda pretensión principal

2.5.1. Como segunda pretensión principal de su demanda, el CONSORCIO ha solicitado a éste Tribunal que ordene el pago de una suma de dinero ascendente al cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir como consecuencia de la indebida resolución del CONTRATO. Según afirma, dicho pago debe ser impuesto al GOREL en calidad de sanción, al ser evidente que la resolución del CONTRATO se habría producido por causas atribuibles a dicha Entidad.

Sustenta su pedido en lo señalado en el artículo 162 del Decreto Supremo 013-2001-PCM, cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 162.- (...) Cuando la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo que se deja de ejecutar (...)"*

En otras palabras, con dicho pedido el CONSORCIO no ha hecho otra cosa que solicitar a este Tribunal que ordene al GOREL el pago de una indemnización por daños y perjuicios a su favor, en calidad de lucro cesante. Al respecto, es preciso señalar que la norma invocada por el CONSORCIO es una norma que no resulta aplicable al presente caso por razones de temporalidad, pues como ya ha sido determinado por éste Tribunal mediante Resolución N° 04 del 08 de septiembre de 2003, en el incidente suscitado a propósito de la normatividad aplicable al arbitraje, la presente controversia debe ser resuelta a partir de las disposiciones contenidas en la Ley N° 26850 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM, por ser las normas bajo las cuales se realizó la convocatoria a la Licitación Pública N° 015-2000-MTC/15.02 que originó la suscripción del CONTRATO, y no bajo las normas del Decreto Supremo 013-2001-PCM, a la cual pertenece el artículo 162 antes citado.

2.5.2. Ahora bien, a pesar que en el presente caso la demandante ha invocado la norma equivocada para efectos del cálculo del lucro cesante, corresponde a este Tribunal analizar si, a pesar de ello, el GOREL se encuentra obligado al pago de una indemnización por daños y perjuicios por este concepto a favor del Contratista.

Tal como se ha afirmado en el numeral 2.3.3. anterior, el lucro cesante debe ser considerado una consecuencia lógica de la indebida resolución del CONTRATO. En ese sentido, siendo que en el presente caso ha quedado

acreditado que la resolución del CONTRATO ha sido efectuada de manera parte de PROVÍAS DEPARTAMENTAL, se hace preciso

CONSORCIO ANACONDA  
SIRVA PERU S.A. ICA T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

establecer algunos criterios a efectos de fijar el *quantum* indemnizatorio que debe ser resarcido a favor del CONSORCIO en calidad de lucro cesante.

Al respecto, este Tribunal considera que toda vez que no existe una norma de carácter especial vigente a la fecha de los hechos que regule expresamente los criterios para fijar el *quantum* indemnizatorio del lucro cesante, es preciso recurrir a las normas del Derecho Común, específicamente, a aquellas referidas al contrato de obra y a los principios que rigen en materia de responsabilidad civil.

- 2.5.3. Entre las normas que regulan el contrato de obra, encontramos que el artículo 1786 regula la indemnización que debe otorgarse al Contratista, cuando el comitente (quien encarga la obra) decide separarse del contrato. Dicha disposición señala lo siguiente:

*"Artículo 1786.- El comitente puede separarse del contrato, aún cuando se haya iniciado la ejecución de la obra, indemnizando al contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiere podido ganar si la obra hubiera sido concluida."* (El resaltado es nuestro).

Atendiendo a la norma antes citada, en aquellos supuestos en los que el comitente ponga término al contrato de manera unilateral este debe indemnizar al Contratista con aquello que esta última hubiese podido "ganar" en caso la obra hubiera sido concluida. Nótese que cuando el legislador utiliza el término "ganar", no ha especificado si dicha ganancia está referida al íntegro de la contraprestación pactada o sólo a la utilidad que hubiese dejado de percibir la contratista.

En este punto, este Tribunal considera que el hecho que el CONSORCIO tenga derecho a reclamar un lucro cesante no significa que este deba ser indemnizado con el íntegro de la contraprestación dejada de percibir a partir de la resolución indebida del CONTRATO. En efecto, cuando el artículo 1786 del Código Civil establece que la contratista tiene derecho a la ganancia que hubiese dejado de percibir, se está refiriendo a la utilidad que le hubiese reportado la obra en caso esta hubiese continuado con la ejecución del CONTRATO, debiendo deducirse del monto pactado en calidad de contraprestación los gastos en los que aquella hubiese tenido que incurrir para la ejecución de la Obra.

Al respecto, el profesor Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA, refiriéndose al cálculo del lucro cesante señala lo siguiente:

*"Sin embargo, debe advertirse que el lucro cesante no es el ingreso bruto dejado de percibir sino la ganancia frustrada; y si bien el daño impide que se produzca el ingreso también es verdad que en muchos casos no siempre por lo que cada caso debe ser estudiado en*

CONSORCIO TRAZEGNIES GRANDA  
SINA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION.  
SUCURSAL PERU.

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

*particular- esto conlleva igualmente que ciertos gastos no se tengan que realizar. Por tanto, el lucro cesante será el ingreso bruto frustrado menos los gastos que no ha sido necesario realizar.*<sup>9</sup> (El resaltado es nuestro).

Adicionalmente, la interpretación esbozada del artículo 1786, según la cual la "ganancia" debe ser entendida como la utilidad dejada de percibir, se sustenta en el *principio de reparación integral de los daños* que rige en materia de responsabilidad civil, el cual consiste en asegurar a la víctima el exacto equivalente pecuniario de la pérdida patrimonial que ha sufrido. Al respecto, el profesor Juan ESPINOZA ESPINOZA señala que *"la reparación civil busca una satisfacción del interés lesionado, pero por equivalencia. Por ello es bueno tener en cuenta que el haber sufrido un daño no debe constituir una causa de enriquecimiento."*<sup>10</sup>

Por lo tanto, es claro que una interpretación de la norma que considere que se debe indemnizar a la contratista con el pago de la totalidad de la contraprestación pactada en el CONTRATO (sin deducir los gastos en lo que esta hubiese tenido que incurrir para la ejecución de la obra), contravendría directamente el *principio de reparación integral de los daños*, debiendo optarse entonces por la interpretación acogida por este Tribunal, según la cual dicha indemnización no comprende la totalidad de la contraprestación pactada, sino únicamente la utilidad dejada de percibir.

2.5.4. En este orden de ideas, si bien en el presente caso este Tribunal considera que, de conformidad con el artículo 1786 del Código Civil, en principio, correspondería al GOREL indemnizar al CONSORCIO en calidad de lucro cesante con la utilidad que este dejó de percibir a partir de la resolución indebida del CONTRATO; se debe tomar en cuenta que en atención al *principio de congruencia* recogido en el artículo VII del Código Procesal Civil este Colegiado no puede ir más allá de lo pedido por las partes, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por éstas.

En el presente caso, el CONSORCIO ha solicitado como segunda pretensión principal de su demanda, que se ordene al GOREL el pago del cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir por la parte de la

<sup>9</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual" Vol. IV - Tomo II Para Leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL, Lima, 2001, Pág. 42.

<sup>10</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil", Segunda Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2003, Pág. 203. Adicionalmente, el profesor Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA señala que "El principio general que rige casi unánimemente en esta materia consiste en que la víctima debe ser resarcida por todo el daño que se le ha causado. Este principio es el que se conoce como *reparación plena o integral*." En: "La Responsabilidad Extracontractual" Vol. IV - Tomo II Para Leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú FONDO EDITORIAL, Lima, 2001, Pág. 13.

CONSORCIO ANACONDA  
SIGMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

obra no ejecutada de acuerdo a lo señalado en el artículo 162 del Decreto Supremo 013-2001-PCM.

Ahora bien, sin perjuicio que este Tribunal considera que dicha norma no resulta aplicable al caso materia de análisis por razones de temporalidad, con dicho pedido el CONSORCIO ha delimitado el monto indemnizatorio que le corresponde recibir en calidad de lucro cesante. En otras palabras, la parte demandante ha valorado el perjuicio producido en su contra, derivado de la indebida resolución del CONTRATO efectuada PROVÍAS DEPARTAMENTAL, en un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir; debiendo este porcentaje ser considerado como un límite máximo al momento de efectuar el cálculo efectivo del lucro cesante.

- 2.5.5. En el presente caso, en su escrito de demanda el CONSORCIO ha ofrecido como medio de prueba el documento denominado "Desagregado de Gastos Generales y Utilidad- Oferta", que forma parte del Expediente Técnico de la Obra, y que se encuentra debidamente visado por PROVÍAS DEPARTAMENTAL, del cual se desprenden los siguientes valores:

Costo de ejecución de la Obra: S/. 33'220,838.33

Costo total directo de la Obra: S/. 23'517,996.48

Porcentaje de la utilidad: 5.686820%

Cien por ciento (100%) de la utilidad: S/. 1'337,426.05

Pues bien, teniendo en cuenta el íntegro de la utilidad pactada por la ejecución de la Obra (S/. 1'337,426.05 nuevos soles), debe establecerse cuál es el monto de la utilidad que ya ha sido percibida por el CONSORCIO sobre la base de las valorizaciones aprobadas por la Supervisión y que han sido efectivamente pagadas al Contratista, pues la indemnización que deberá otorgársele, como lucro cesante, ascenderá al cincuenta por ciento (50%) del monto de la utilidad que no ha percibido.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal considera que la segunda pretensión principal formulada por el CONSORCIO en su demanda arbitral debe declararse FUNDADA EN PARTE.

### 3. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PLANTEADA POR EL CONSORCIO

"Tercera pretensión.- Que, se declare la nulidad parcial del Acta de Verificación realizada al momento de la constatación física y entrega de la Obra."

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

Durante la audiencia correspondiente, se fijó como punto controvertido de la presente pretensión del CONSORCIO, el siguiente:

*"Determinar si en la diligencia de Constatación Física e Inventario de Obra, Construcción y Mejoramiento de la Carretera Nautalquitos, participaron personas no autorizadas según las normas aplicables y si ello da lugar a la nulidad parcial del Acta levantada en dicha diligencia".*

- 3.1. Sobre dicha base, corresponde en primer lugar analizar si los representantes del GOREL pueden ser considerados como personas no autorizadas, de acuerdo a las normas que regulan la diligencia de Constatación Física y Entrega de la Obra, toda vez que su participación en la misma en calidad de veedores, ha quedado acreditada por el propio texto del acta cuestionada.

Según la posición del CONSORCIO, tal participación vulneraría lo señalado en el artículo 162 del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, que dispone lo siguiente:

*«Artículo 162.- Efectos de la resolución del contrato de obra.- En la resolución de los contratos de obra, ésta se paralizará en forma inmediata, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, ello no sea posible.*

*La parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de Notario Público o Juez de Paz, según corresponda, y levantarán un acta. (...)*

Al respecto, este Tribunal ha establecido anteriormente, al resolver las pretensiones primera y segunda formuladas por el CONSORCIO, que las normas del Decreto Supremo No. 013-2001-PCM no resultan aplicables al presente caso, el cual debe ser resuelto de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo 039-98-PCM, por ser éstas las que sustentaron la convocatoria a la Licitación Pública N° 015-2000-MTC/15.02 que originó la suscripción del CONTRATO.

Sin embargo, este último cuerpo normativo también regula la misma hipótesis en su artículo 117, indicando que las partes deben reunirse en presencia del Notario Público o del Juez de Paz, y levantar un acta de la diligencia.

En consecuencia, este Colegiado, al haberse resuelto el CONVENIO, el CONSORCIO ANACORDA todas las situaciones derivadas de dicha relación jurídica

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

establecida con el CONSORCIO, adquiriendo así la calidad de parte, y encontrándose autorizada para asistir y participar en la diligencia de Constatación Física e Inventario de la Obra.

Pese a ello, sus representantes habrían participado en una calidad distinta, es decir, como veedores, en atención a lo acordado con PROVIAS DEPARTAMENTAL en el Documento Privado de Resolución de Convenio de fecha 14 de mayo de 2001, lo cual resultaba pertinente a criterio de este Tribunal, en tanto fue dicha entidad la que tuvo bajo su cargo el control e inspección de la Obra durante su ejecución y hasta la resolución del CONTRATO.

En segundo lugar, el artículo 117 del RECAE no establece de modo expreso la prohibición de que terceros con interés puedan participar de la Constatación Física e Inventario de la Obra, ni mucho menos sanciona con nulidad dicho acto en función de tal circunstancia, en tanto no se señala que *solamente* las partes pueden encontrarse allí presentes. Por ello, aún cuando este Tribunal considera que el GOREL no tenía la calidad de tercero sino de parte, tampoco puede afirmarse que del enunciado del artículo antes citado, se desprenda necesariamente una norma que prohíba que personas ajenas a las partes puedan encontrarse presentes en la diligencia, ni suscribir el acta correspondiente.

- 3:2. Al haberse determinado que los representantes del GOREL no pueden ser considerados como personas no autorizadas de acuerdo a la normativa aplicable, resulta innecesario analizar si su participación origina la nulidad parcial del Acta de Verificación realizada durante la Constatación Física e Inventario de la Obra; sin embargo, este Tribunal considera conveniente abordar también este segundo punto, a efectos de demostrar que la participación de los representantes del GOREL, aún cuando hubiese sido indebida, no constituiría un vicio capaz de generar la nulidad del acta cuestionada.

De acuerdo con la regulación de la invalidez de los actos administrativos realizada por la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), no todo vicio o irregularidad en los requisitos de validez de un acto es susceptible de generar su anulación. Ello se desprende del artículo 10, inciso 2, de dicha norma, que señala expresamente lo siguiente:

*«Artículo 10.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

*(...)*

*2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto que se refieren el Artículo 14.(...)*»

CONSORCIO ANACONDA  
SISA PERU S.A. - TYSAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

En efecto, de acuerdo con dicha norma, para que un vicio o irregularidad pueda generar la nulidad de un acto administrativo, debe verificarse que no nos encontremos ante alguno de los supuestos de conservación del acto administrativo regulados en el artículo 14 de la LPAG. De acuerdo con ésta última norma, el acto administrativo mantiene su validez, si el vicio que contiene no resulta *trascendente*, señalando que dicha situación se produce en los siguientes supuestos:

**«Artículo 14.- Conservación del acto.-**

(...)

14.2. Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

14.2.1. El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial»

En el presente caso, aun cuando se considerase que la participación de los representantes del GOREL en el Acta de Verificación constituye un vicio de dicho acto -posición que no es la asumida por este Tribunal, como ha sido señalado anteriormente-, dicho vicio no podría ser considerado *trascendente*, pues por la naturaleza de dicha intervención como veedores, los representantes del GOREL se han limitado a realizar observaciones sobre el estado de la Obra, que únicamente han sido registradas como tales en el acta en cuestión, sin que pueda sostenerse que su ausencia hubiese cambiado el sentido del acto en cuestión.

En opinión de este Tribunal: la anulación de un acto administrativo constituye una grave sanción, y en muchos casos implica desechar toda la actividad que demandó su emisión, con los costos que ello supone, por lo que el vicio sea de tal magnitud y trascendencia, que no

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

pueda ser convalidado en modo alguno. Ello no ocurre en el presente caso, pues como ha sido señalado, aun cuando se tratase de personas no autorizadas legalmente para participar de la diligencia, tal supuesto vicio no es determinante, encontrándonos en un supuesto de conservación del acto administrativo. Por tales consideraciones, este Colegiado considera que la tercera pretensión analizada previamente, debe ser desestimada.

#### 4. ANÁLISIS DE LA CUARTA PRETENSIÓN PLANTEADA POR EL CONSORCIO

*"Cuarta pretensión.- Que, se ordene el pago de los intereses y gastos que se devenguen hasta la fecha real de pago de los montos pretendidos anteriormente, así como las costas y costos que se deriven del proceso arbitral."*

- 4.1. En relación con esta pretensión, corresponde aclarar en primer lugar, que ésta comprende hasta tres (03) conceptos distintos y claramente separables entre sí, a saber, el pago de intereses, de gastos, y de las costas y costos del presente proceso arbitral.

Teniendo en cuenta tal distinción, este Tribunal procederá a resolver en este punto únicamente el extremo referido a los dos primeros conceptos (intereses y gastos), dejando para un momento posterior lo referente a las costas y costos del proceso, toda vez que dicho pedido ha sido formulado también por el CONSORCIO como cuarta pretensión principal de su escrito de fecha 12 de marzo de 2004.

En segundo término, debe precisarse también que al haber sido formulada en el escrito de demanda arbitral, los intereses y gastos cuyo pago se solicita en esta pretensión, se encuentran referidos exclusivamente a aquellos montos pretendidos en la primera y en la segunda pretensión principal del mismo escrito, es decir, al monto solicitado como indemnización por la indebida resolución del CONTRATO y al monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir, de acuerdo con el artículo 162 del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

- 4.2. Pues bien, en cuanto al pago de intereses derivados de la indemnización solicitada, la cual ha sido parcialmente otorgada por este Tribunal, éstos deben ser concedidos de conformidad con lo señalado en el artículo 1985 del Código Civil, norma que regula el pago de intereses derivados de una indemnización, señalando que tales intereses deben ser los legales, y que deben calcularse desde la fecha de producción del daño. Veamos:

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC.

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

*«Artículo 1985.- Contenido de la indemnización.- (...) El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.»*

En esa misma línea, el artículo 238 de la LPAG ha señalado que la cuantía de la indemnización que deba ser abonada por la Administración Pública, incluye los intereses legales que deben calcularse desde la fecha de producción del perjuicio, como se señala a continuación:

*Responsabilidad de la Administración Pública*

*«Artículo 238.- Disposiciones Generales.-*

*(...)*

*238.5 La cuantía de la indemnización incluirá los intereses legales y se calculará con referencia al día en que el perjuicio se produjo.»*

En el presente caso, el perjuicio se produjo al momento en que PROVÍAS DEPARTAMENTAL resolvió indebidamente el CONTRATO suscrito con el CONSORCIO, invocando la ocurrencia de un supuesto de fuerza mayor, evento que se produjo con fecha 12 de mayo de 2003, por lo que dicha fecha debe considerarse el término inicial para el cálculo de los intereses legales por la indemnización otorgada, teniendo como término final la fecha efectiva de su pago.

4.3. Por otro lado, en cuanto al pago de gastos derivados de la indemnización, el CONSORCIO no ha precisado qué conceptos comprende dentro de dicha categoría, ni tampoco ha ofrecido medios de prueba destinados a acreditar su ocurrencia ni su cuantía, por lo que debe desestimarse dicho extremo de la pretensión, al no encontrarse sustentado con material probatorio alguno.

4.4. Finalmente, en cuanto al pago de intereses derivados de la suma pretendida por el CONSORCIO como segunda pretensión principal de su demanda, debe precisarse que al haber sido aquella desestimada, carece de objeto pronunciarse respecto del pago de los intereses que dicha suma hubiese devengado, por tratarse de un concepto accesorio al primero. Dicha situación se produce también en cuanto al pago de gastos derivados de dicha suma, a lo que debe agregarse que tales gastos tampoco han sido especificados ni tampoco probados en su ocurrencia ni en su cuantía, debiendo ser desestimados.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T. y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

5. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES DEL CONSORCIO Y DEL GOREL RELATIVAS A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA, Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD PROPUESTA POR EL CONSORCIO

Teniendo en cuenta la vinculación existente entre sus respectivos fundamentos, este Tribunal ha considerado conveniente resolver conjuntamente (i) la primera pretensión principal formulada por el CONSORCIO mediante su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, (ii) las pretensiones primera y segunda formuladas por el GOREL en su reconvencción, todas ellas referidas a la liquidación del contrato de obra, y (iii) la excepción de caducidad deducida por el CONSORCIO respecto de la reconvencción del GOREL mediante escrito de fecha 07 de noviembre de 2003, debido a que todas ellas están íntimamente ligadas entre sí.

En cuanto a las pretensiones antes citadas, éstas fueron formuladas de la siguiente manera:

Primera pretensión principal del CONSORCIO

*"El pago de S/. 10'223,680.43 derivado de la liquidación final del Contrato de Obra N° 402-2001-MTC/15.17 que ha quedado consentida"*

Primera pretensión de la reconvencción del GOREL

*"Declarar la condición de válida y consentida la liquidación presentada por el Gobierno Regional de Loreto, materializada a través de la Resolución Ejecutiva Regional N° 798-2003-GRL-P, la cual fue notificada al Consorcio Anaconda el 25 de julio de 2003, al ser el Gobierno Regional el titular y competente con respecto a los derechos y obligaciones derivados del contrato N° 402-2001-MTC"*

Segunda pretensión de la reconvencción del GOREL

*"Se ordene al Consorcio Anaconda el pago a favor del GOREL de la suma ascendente a setenta y tres millones ochocientos setenta y tres mil quinientos setenta y seis y 22/100 nuevos soles (S/. 73'873,576.22) efectivizándose el pago con la orden en el laudo de ejecutar las cartas fianza por un valor S/. 25'926,966.69 cuyas copias obran en el expediente, escrito de demanda del Consorcio Anaconda (Anexo 1-Q), y el pago directo*

*del Consorcio Anaconda de la diferencia en dinero para cancelar el monto de la liquidación practicada por el*

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

*Gobierno Regional de Loreto, estableciendo en el laudo que el mismo tiene condición de sentencia firme y con mérito de ejecución la orden de pago de dicho monto derivado de la liquidación".*

Como se puede advertir, todas estas pretensiones están estrechamente vinculadas entre sí, al referirse todas ellas a la liquidación del mismo CONTRATO, y al pago de la suma que de ella se deriva. Así, ambas partes sostienen que sus respectivas liquidaciones resultan válidas y habrían quedado firmes, solicitando su pago; sin embargo, teniendo en cuenta que la Liquidación Final de un contrato constituye un acto único, y que por ello resultaría jurídicamente imposible amparar dichas pretensiones de manera simultánea, este Tribunal considera que en este caso es necesario realizar un análisis único del proceso de liquidación.

Adicionalmente, como consecuencia de dicho análisis, el Tribunal procederá a pronunciarse respecto de la excepción de caducidad propuesta por el CONSORCIO respecto de las pretensiones primera y segunda de la reconvencción del GOREL, dado que ella se sustenta en los mismos fundamentos que su primera pretensión principal antes descrita, a saber, que su liquidación habría quedado consentida, y que habría caducado el derecho del GOREL para formular observaciones a la misma.

Pues bien, respecto de las pretensiones relativas a la liquidación del CONTRATO, las partes y el Tribunal fijaron los siguientes puntos controvertidos:

- a. *Determinar si la entidad competente para participar en la liquidación final del CONTRATO era PROVIAS DEPARTAMENTAL o el GOREL en función al CONVENIO Y SUS ADDENDAS, el CONTRATO, el Documento Privado de Resolución de Convenio de fecha 14 de mayo de 2003, y las normas aplicables correspondientes.*
- b. *Verificado el punto precedente, determinar si la liquidación final del CONTRATO practicada por el CONSORCIO mediante Carta N° 066-2003-MCIN de fecha 20 de junio de 2003 y comunicada a PROVIAS DEPARTAMENTAL fue válida y quedó consentida en función de los documentos y normas señaladas en el punto anterior.*
- c. *Determinar si la liquidación final del CONTRATO practicada por el GOREL y aprobada mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 798-2003-GRL-P fue válida y quedó consentida, en función de los documentos y normas señaladas en el punto anterior.*

*Verificados los puntos precedentes, determinar si corresponde que el CONSORCIO ANACONDA pague al GOREL la suma de S/. 73'873,576.22 mas*

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. TYT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE**  
Representante Legal

los intereses correspondientes, por concepto de la liquidación final del CONTRATO, según la Resolución Ejecutiva Regional N° 798-2003-GRL-P de fecha 24 de julio de 2003 y otros medios probatorios.

- e. Verificado el punto precedente, determinar si corresponde pagar al CONSORCIO la suma de S/. 10'223,680.43 derivada de su liquidación final del CONTRATO.

### 5.1. Análisis sobre la norma aplicable a la liquidación del CONTRATO

Antes de pasar a analizar el procedimiento seguido para la liquidación del CONTRATO, es necesario pronunciarnos previamente sobre la norma que servirá de parámetro para su evaluación, en la medida que las posiciones de las partes respecto al tema bajo análisis, se sustentan en la aplicación de distintos cuerpos normativos. Así, mientras que el CONSORCIO sostiene que el procedimiento de liquidación debe evaluarse a la luz de las normas del Decreto Supremo 013-2001-PCM, el GOREL ha afirmado que debe aplicarse el Decreto Supremo N° 039-98-PCM.

Cabe señalar que el CONSORCIO sustenta su posición en la existencia de un laudo arbitral, el cual habría determinado que la norma aplicable al CONTRATO sería el Decreto Supremo 013-2001-PCM.

Al respecto, debe señalarse que desde el inicio del arbitraje, este Tribunal ya ha asumido una posición respecto a la norma aplicable para resolver la controversia entre las partes, indicando que ésta sería la Ley N° 27850 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 039-98-PCM, posición que quedó expuesta y sustentada en la Resolución N° 4 que ha quedado firme, como se detalla en el punto 3 de los vistos del presente laudo, denominado "Incidente sobre normatividad aplicable al arbitraje".

Sin embargo, y a mayor abundamiento, cabe precisar que lo señalado en el laudo arbitral invocado por el CONSORCIO no tiene mayor implicancia ni vincula en modo alguno a este Tribunal Arbitral, no sólo porque se trata de una decisión que aún no ha quedado firme, al estar sujeta a un recurso de anulación ante el Poder Judicial, en trámite a la fecha de emisión del presente laudo, sino también porque este Colegiado constituye un fuero independiente que no se encuentra sujeto a mandato imperativo de ninguna autoridad, pudiendo resolver de acuerdo a su propio criterio e interpretación de las normas, la controversia que las partes han sometido a su consideración, como lo señala el artículo 18 de la LGA.<sup>11</sup>

11 Ley General de Arbitraje

"Artículo 18.- Disposición general.- Los árbitros no representan los intereses de ninguna CONSORCIO ANACONDA SIMA PEBU S.A. S. en BSA S. sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden.

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
Representante Legal

5.2. Análisis del procedimiento de liquidación del CONTRATO, a la luz de las normas del Decreto Supremo N° 039-98-PCM, y descripción de los hechos suscitados en el presente caso

Habiéndose determinado que la liquidación del CONTRATO será evaluada por este Tribunal a la luz de las disposiciones del Decreto Supremo 039-98-PCM, debe señalarse que el procedimiento previsto para tal propósito se encuentra establecido en el artículo 119 del citado reglamento, de la siguiente manera:

- (i) En primer lugar, el Contratista debe elaborar la Liquidación del Contrato, dentro del plazo de 30 días o 1/10 del plazo de ejecución de la obra, el que resulte más corto, contados desde el día siguiente de la recepción de la misma.

En el presente caso, y tal como se desprende de la Cláusula Tercera del CONTRATO, el plazo pactado para la ejecución de la Obra fue de 360 días, por lo que un décimo del mismo equivaldrá a 36 días para la presentación de la liquidación a la Entidad. Es por ello, que debe considerarse el plazo de 30 días regulado por la norma, por tratarse del plazo más corto para este caso.

- (ii) Luego, la Entidad cuenta con un plazo igual de 30 días para pronunciarse sobre la liquidación presentada por el Contratista. Asimismo, de no encontrarse conforme con dicha liquidación, cuenta con 10 días adicionales para practicar una nueva, la cual debe ser notificada al Contratista. En caso de no efectuarse esta nueva liquidación, aquella elaborada por éste último se tiene por aprobada.

- (iii) Una vez practicada la nueva liquidación por parte de la Entidad, el Contratista cuenta con un plazo de 15 días para observarla, pues de lo contrario, ésta quedará consentida.

Asimismo, una vez agotado este procedimiento por ambas partes, cualquiera de ellas se encuentra facultada para presentar su solicitud de arbitraje para resolver la controversia surgida entre ellas respecto de la liquidación del CONTRATO, de conformidad con lo señalado por el primer párrafo del artículo 156 del Decreto Supremo 039-98-PCM.

CONSORCIO ANACONDA  
 SUCURSAL PERU  
 W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
 SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
 Representante Legal

En este punto, es necesario señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del reglamento citado<sup>12</sup>, los plazos señalados en el artículo 119 antes citados, deben ser computados como días hábiles, en tanto dicha disposición no realiza ninguna mención específica respecto de la naturaleza de los plazos allí previstos.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasaremos a analizar si dicho procedimiento fue agotado en el presente caso o si, por el contrario, alguna de las liquidaciones que fueran practicadas por las partes ha quedado consentida.

### 5.3. Respecto de la entidad competente para llevar a cabo la liquidación del CONTRATO

5.3.1. Un primer aspecto que debe considerarse, es el relativo a la Entidad competente para llevar adelante el procedimiento de liquidación del CONTRATO, dado que las posiciones sostenidas por las partes, difieren en este punto.

En efecto, a fin de sustentar su pretensión, el CONSORCIO sostiene que la entidad competente para tal efecto era PROVIAS DEPARTAMENTAL, por ser dicha Entidad la que suscribió el CONTRATO, y porque en el Documento Privado de Resolución de Convenio de fecha 14 de mayo de 2003, se estableció textualmente que «*la Constatación Física y Liquidación de la Obra se efectuará entre el Contratista y PROVIAS DEPARTAMENTAL*».

Asimismo, ha señalado que a través de diversos documentos (el CONVENIO, el CONTRATO, el Documento Privado de Resolución de CONVENIO, etc.), tanto el GOREL como PROVIAS DEPARTAMENTAL e incluso la empresa supervisora Consorcio ALPHA CONSULT – SERCONSULT, habrían aceptado dicha competencia, por lo que no resultaría coherente cuestionarla en el presente arbitraje, más aún si anteriormente no se planteó ningún tipo de objeción ni observación al respecto.

Por su parte, el GOREL sostiene que PROVIAS DEPARTAMENTAL no era competente para llevar adelante la liquidación del CONTRATO, por lo que el CONSORCIO habría presentado su liquidación ante una entidad no

<sup>12</sup> "Artículo 12.- Cómputo de plazos.- En todos los casos en que la Ley o el Reglamento establezcan plazos en días sin calificarlos, se computarán como días hábiles en la República del Perú y en la localidad en la que se realiza el proceso de selección. Son inhábiles los días domingo, sábado y feriados no laborables, así como los días de duelo nacional no laborable declarados por el Poder Ejecutivo. El plazo excluye al día inicial e incluye el día de vencimiento. (Énfasis agregado del Tribunal)

**CONSORCIO ANACONDA**  
SISA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

competente, pese a tener pleno conocimiento de que el encargo efectuado a PROVIAS DEPARTAMENTAL había quedado resuelto y que, como consecuencia de ello, el GOREL había asumido la plenitud de los derechos y obligaciones establecidos en el CONTRATO.

- 5.3.2. Respecto a este punto, el artículo 119 del RECAE fija la competencia para llevar adelante la liquidación del CONTRATO, señalando que ésta le corresponde a "La Entidad".

Ahora bien, según el artículo 1 de la misma norma, tal referencia a "La Entidad", debe entenderse dirigida a todas las entidades señaladas en el artículo 2 de la LCAE, disposición que establece lo siguiente:

*"Artículo 2.- Se encuentran sujetas a la presente norma, todas las entidades del Sector Público, con personería jurídica de derecho público y las entidades comprendidas en el Artículo 24 de la Ley N° 26703, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado.*

*Asimismo, se encuentran comprendidas dentro de los alcances de la presente Ley: las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Central, Regional o Local; y las empresas mixtas en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión esté en manos del Estado y en general los organismos y dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos. (...)"*

Como se puede apreciar, la norma antes citada otorga la denominación de "Entidad" a todas los organismos con personalidad jurídica de derecho público, y a aquellas que representan un pliego en el Presupuesto Anual del Sector Público, definidas en el artículo 24 de la Ley N° 26703<sup>13</sup>, adoptando

Ley 26703. Ley de Gestión Presupuestaria del Estado

*"Artículo 24.- El Anteproyecto de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, es sometido a la aprobación del Consejo de Ministros y remitido por el Presidente de la República al Poder Legislativo para su aprobación, de acuerdo al procedimiento correspondiente, en los plazos establecidos por la Constitución Política del Perú.*

*Para los efectos de la aprobación de los ingresos y gastos del Presupuesto Anual del Sector Público, de acuerdo a lo establecido por el artículo 77 de la Constitución Política del Perú, se considera Gobierno Central a los Pliegos Presupuestarios representativos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como al Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República y Tribunal Constitucional.*

*Se consideran Instancias Descentralizadas a los Pliegos Presupuestarios correspondientes a los niveles de Gobierno Regional y Local, las Instituciones Públicas Descentralizadas, los Organismos Descentralizados Autónomos, Sociedades de Beneficencia Pública y demás*

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - Ty T SAC

así un criterio de naturaleza económica. Adicionalmente, dicha norma incluye a las empresas estatales (sean de derecho público o privado), haciendo finalmente una referencia genérica a todas las entidades o dependencias con capacidad para contratar.

Por ello, este Tribunal estima que debe considerarse como "Entidad" al organismo que proveería de los fondos necesarios para la ejecución de la Obra, siendo titular de un pliego presupuestario, de acuerdo al criterio económico señalado en el artículo 2 antes citado, y que además tenía capacidad jurídica para asumir todas las consecuencias jurídicas derivadas del CONTRATO celebrado con el Contratista, es decir al GOREL en su calidad de entidad "encargante" de la Obra.

En efecto, de acuerdo a lo señalado en la Cláusula Cuarta del CONVENIO, éste se ejecutaría bajo el tipo de Ejecución Presupuestaria Indirecta, con manejo de fondos en la modalidad de Encargo, figura definida en el artículo 53 de la Ley N° 27209, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado<sup>14</sup>, así como en el artículo 33 de la Directiva de Tesorería para el Año Fiscal 2000, aprobada por Resolución Directoral 045-99-EF/77.15. Ambas normas establecen la existencia de una entidad "encargante", que es la Unidad Ejecutora de donde proceden los recursos para la Obra, que en este caso sería el GOREL, y de una entidad "encargada", que es la dependencia que los recibe.

Lo anterior se encuentra también consignado en el texto del propio CONTRATO, concretamente en su Cláusula 2.2., en la cual se señaló textualmente que «el financiamiento de la obra estará a cargo de EL CONSEJO TRANSITORIO DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL DE LORETO- CTAR LORETO, con recursos provenientes de la Fuente de Financiamiento 1.00: Recursos Ordinarios y 1.01: Canon y Sobrecanon (...)», por lo cual no existe duda alguna de que era el GOREL quien destinaria sus fondos a la ejecución de la Obra, lo cual era además de conocimiento del CONSORCIO.

5.3.3. Por otro lado, si bien en el literal b.10 de la Cláusula Quinta del CONVENIO, se estableció la obligación de PROVIAS DEPARTAMENTAL de elaborar la

<sup>14</sup> "Artículo 53.- Tipos de Ejecución Presupuestal de las Actividades, Proyectos y Componentes.- La Ejecución Presupuestaria de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes, se sujeta a los siguientes tipos:

b) Ejecución Presupuestaria indirecta: Se produce cuando la ejecución física y/o financiera de las actividades y proyectos así como de sus respectivos componentes, es realizada por una Entidad distinta al Pliego; sea por defecto de un contrato celebrado con una Entidad Privada a título oneroso, o, con una Entidad sea a título oneroso o gratuito."

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. U.P.F.S.A.C.

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE

liquidación final de la obra<sup>15</sup>, señalándose incluso en su Cláusula Octava, que la vigencia de dicho convenio se extendería por todo el tiempo que dure la ejecución y la liquidación de la misma<sup>16</sup>, debe advertirse que dichos encargos quedaron sin efecto luego de su resolución, pues a partir de dicho momento el GOREL asumió todas las situaciones jurídicas derivadas de la relación contractual establecida con el CONSORCIO, tal como ha sido reconocido por el CONSUCODE mediante Resolución N° 161-2003-CONSUCODE/PRE de fecha 24 de junio del año 2003, de la siguiente manera:

«14.1. El objeto principal del convenio, es decir, la ejecución presupuestal en si misma, constituirá una finalidad propia de la Unidad Ejecutora "encargada" (PROVIAS DEPARTAMENTAL, en este caso), por lo que -como regla general- todos los actos que realice a efectos de arribar a su cumplimiento son, desde su concepción hasta su ejecución, imputables únicamente a dicha entidad.

(...)

14.4. La regla general a que hace referencia el numeral 14.1., sin embargo, funciona en el supuesto que el Convenio suscrito esté vigente, pues si el mismo dejó de surtir efectos por cualquier razón, la entidad "encargada" ya no tendría porqué asumir dichas responsabilidades, debido a que la entidad "encargante" ya no estaría obligada a efectuar la "transferencia de fondos" y por tanto no podría cumplir la ejecución presupuestal correspondiente, la misma que, al haberse dejado sin efecto el encargo, vuelve a ser obligación de la entidad "encargante"

14.5. Hay que precisar que el encargo no enerva la titularidad del Gobierno Regional de Loreto en el Contrato, por cuanto Provias Departamental estuvo "encargada" de la ejecución presupuestal, lo que significa únicamente que cumplía las funciones y acciones necesarias en nombre del Gobierno Regional de Loreto, en tanto entidad "encargante" y por tanto, titular real de los derechos y obligaciones inherentes al contrato.»

<sup>15</sup> "Cláusula Quinta.- De las obligaciones de las partes

(...)

B. De la Dirección General

(...)

b.10. Elaborar la liquidación final de los trabajos objeto del presente convenio. (...)"

<sup>16</sup> Cláusula Octava del Convenio

"El presente Convenio tendrá una vigencia por el tiempo que dure la ejecución y liquidación

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. y FTISAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Local

Lo anteriormente expuesto se debe -tal como ha sido señalado en la opinión citada, que este Tribunal comparte- a que la naturaleza del CONVENIO era la de un "encargo de gestión", mediante el cual el GOREL encargó a PROVIAS DEPARTAMENTAL la realización de determinadas actividades, sin que ello significase la pérdida de la titularidad de sus competencias, ni mucho menos de su responsabilidad por ellas. Así lo establece el artículo 71 de la LPAG, en los siguientes términos:

**«Artículo 71.- Encargo de gestión**

- 71.1 *La realización de actividades con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano puede ser encargada a otros órganos o entidades por razones de eficacia, o cuando la encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma.*
- 71.2 *El encargo es formalizado mediante convenio, donde conste la expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten el plazo de vigencia, la naturaleza y su alcance.*
- 71.3 *El órgano encargante permanece con la titularidad de la competencia y con la responsabilidad por ella, debiendo supervisar la actividad.* (Énfasis agregado por el Tribunal)

Lo anteriormente expuesto ha sido confirmado también por el artículo 65.2 del mismo cuerpo legal, el cual establece que el "encargo de gestión" no modifica la titularidad de las competencias legalmente establecidas a favor de un órgano. Veamos:

**«Artículo 65.- Ejercicio de la competencia**

(...)

65.2. El encargo de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia. (...)

(El subrayado es nuestro)

Por ello, a criterio de este Tribunal, el hecho de que PROVIAS DEPARTAMENTAL haya sido quien suscribió el CONTRATO con el CONSORCIO, no sería un elemento suficiente para otorgarle el status de "Entidad" a efectos de la liquidación del CONTRATO, en tanto que su participación se encontraba directamente motivada en el cumplimiento del encargo realizado a su favor por el GOREL, quien como hemos visto proveía de los fondos necesarios para su ejecución, con cargo a su propio presupuesto.

5.3.4. Ahora bien, un segundo punto que debe analizarse, es si la tarea de llevar adelante la liquidación, pudo ser variada mediante el Documento Privado de Resolución de Convenio suscrito con fecha 14 de mayo de 2003, dado que

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

en éste tanto el GOREL como PROVIAS DEPARTAMENTAL establecieron que ésta última se encargaría de la liquidación del CONTRATO.

Al respecto, debe considerarse que a diferencia de lo que ocurre con los particulares, la actuación de la Administración Pública no se realiza de manera espontánea en un amplio ámbito de libertad contractual, enmarcándose más bien dentro de los límites establecidos por la ley. Entonces es la ley, entendida en sentido formal, la única que puede atribuir competencias a los órganos de la Administración, así como modificarlas, atribuyéndolas a otro u otros órganos.

En esa línea; el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA señala lo siguiente:

*"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente".<sup>17</sup>*

Es por ello, que la competencia para llevar adelante el procedimiento de liquidación del CONTRATO, atribuida al GOREL, no puede ser modificada absolutamente ni puede ser objeto de renuncia a través de un acto administrativo o de un convenio celebrado entre entidades públicas (como sería el caso del Documento Privado de Resolución de Convenio) pues como hemos visto, tal competencia está establecida en la ley, pudiendo modificarse únicamente a través de otra norma de similar rango, debiendo tenerse en cuenta además, que su ejercicio constituye una obligación por parte de su titular, conforme lo establece el artículo 65.1. de la LPAG.<sup>18</sup>

5.3.5. Por último, una vez determinada la competencia del GOREL para llevar adelante la liquidación del CONTRATO, corresponde analizar si la presentación de la liquidación por parte del CONSORCIO ante una entidad

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. "Curso de Derecho Administrativo". Volumen I. Décima edición. Madrid: CIVITAS. 2000. p. 441.

<sup>18</sup> "Artículo 65.- Ejercicio de la competencia

65.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley (...)"

CONSORCIO ANACONDA  
SMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

incompetente -en este caso, ante PROVIAS DEPARTAMENTAL-, determina que no deba reconocérsele ningún efecto jurídico.

Al respecto, debe advertirse que de acuerdo con la norma contenida en el artículo 13 del TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS<sup>19</sup>, recogida también en el artículo 82 de la LPAG<sup>20</sup>, cuando un administrado inicia un trámite o presenta una solicitud ante un órgano administrativo incompetente, éste debe remitirlo al órgano competente, lo que sucedió en el presente caso, pues luego de recibir la liquidación elaborada por el CONSORCIO, PROVIAS DEPARTAMENTAL procedió a remitir dicho documento al GOREL mediante Oficio N° 415-2003-MTC/22 de fecha 26 de junio de 2003.

Asimismo, tanto la presentación de la liquidación ante PROVIAS DEPARTAMENTAL, producida el día 20 de junio de 2003, como su recepción por parte del GOREL, producida el 26 de junio del mismo año, se efectuaron dentro del plazo de treinta (30) días hábiles regulado por el artículo 119 del RECAE. En efecto, teniendo en cuenta que la Constatación Física de la Obra culminó el día 23 de mayo de 2003, el plazo mencionado se extendía hasta el día 04 de julio del mismo año, de modo que la presentación de la liquidación del CONSORCIO se habría producido oportunamente, a criterio de este Tribunal.

Además, este Colegiado ha podido advertir la existencia de una contradicción entre la posición adoptada por el GOREL al interior del presente arbitraje, con la conducta observada por éste inmediatamente después de la resolución del CONVENIO, pues el GOREL ha sostenido en diversos escritos, que el CONSORCIO presentó su liquidación ante una entidad incompetente, pese a que ella misma —es decir, el GOREL— suscribió el Documento Privado de Resolución del Convenio de fecha 14 de mayo de 2005, en el que indicaba que la liquidación debía efectuarse ante PROVIAS DEPARTAMENTAL.

En opinión de este Tribunal, si bien este último pacto no podía producir una alteración de las competencias del GOREL para realizar la liquidación,

<sup>19</sup> "Artículo 13.- La incompetencia puede declararse de oficio o a instancia de los interesados. El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto, remitirá directamente las actuaciones al órgano que estime competente."

<sup>20</sup> "Artículo 82.- Declinación de competencia

82.1 El órgano administrativo que se estime incompetente para la tramitación o resolución de un asunto remite directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado. (...)"

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

como ha sido señalado, se debe tener en cuenta que la conducta de éste último frente al CONSORCIO, ha generado en éste la expectativa de un comportamiento coherente con lo anterior, por lo que resulta improcedente que el GOREL alegue en esta instancia arbitral la ineficacia de la liquidación del CONSORCIO por haber sido presentada ante entidad incompetente. En otras palabras, este Tribunal considera que el GOREL no podría alegar tal incompetencia, pues independientemente de que ésta haya existido o no, la conducta previa de dicha entidad habría contribuido a provocar tal situación.

Así, sin perjuicio de los argumentos señalados precedentemente, resulta de aplicación al presente caso, la denominada "teoría de los actos propios o *venire contra factum proprium non valet*, la cual deriva del principio general de la buena fe, y sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero que resulte objetivamente contradictoria con un comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto<sup>(21)</sup>.

Respecto a los alcances de la mencionada teoría, cuya aplicación nace precisamente en el ámbito de las relaciones entre la Administración Pública y los administrados, el profesor Alejandro BORDA señala lo siguiente:

*"(...) compartimos el criterio de Diez-Picazo en cuanto que funda la sanción a la conducta contradictoria en la necesidad de guardar una conducta coherente. Enseña este autor que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta, una confianza fundada - conforme a la buena fe - en una determinada conducta futura (manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior)*

<sup>21</sup> BORDA, Alejandro. "La teoría de los actos propios". Tercera edición. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2000. p. 53.

El mismo autor, cita entre las páginas 51 y 53 del referido texto, entre otras, las siguientes opiniones de interés, las cuales consignamos a mayor abundamiento sobre la materia: ENNECERUS y NIPPERDEY: "a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"; PUIG BRUTAU: "la base de la doctrina está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho"; COMPAGNUCCI DE CASO: "una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas"; ALSINA ATIENZA: "se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, si, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno se abrigado otro propósito en realidad".

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

*no debe defraudar la confianza suscitada y resulta inadmisibles toda actuación incompatible con ella"* (22)

Por tanto, en aplicación de la teoría de los actos propios antes señalada, corresponde desestimar los argumentos planteados por el GOREL en relación a este punto, más aun si se tiene en cuenta que dicha entidad habría contestado la liquidación del CONSORCIO, que le fuera remitida por PROVIAS DEPARTAMENTAL, sin objetar o realizar alguna observación acerca de la existencia de un vicio en su tramitación, conducta que habría subsanado finalmente cualquier vicio que hubiese podido existir en el procedimiento.

Siendo esto así, este Tribunal debe concluir en este punto que, pese a que la competencia para realizar la liquidación del CONTRATO le correspondía al GOREL, su presentación ante PROVIAS DEPARTAMENTAL no puede generar un desconocimiento de sus efectos jurídicos, por los argumentos que han sido expuestos precedentemente.

#### 5.4. Respecto de las observaciones efectuadas por el GOREL a la liquidación presentada por el CONSORCIO

5.4.1. Luego de haber concluido que la liquidación presentada por el CONSORCIO ante PROVIAS DEPARTAMENTAL con fecha 20 de junio de 2003 produjo efectos jurídicos respecto del GOREL, corresponde ahora analizar si tal liquidación habría quedado consentida, teniendo en cuenta que el CONSORCIO ha cuestionado la validez de las observaciones realizadas por el GOREL mediante carta notarial recibida con fecha 18 de julio de 2003, al considerar que no han sido efectuadas "ni en tiempo ni en forma oportuna".

En cuanto a la oportunidad de dichas observaciones, el CONSORCIO señala que habrían sido efectuadas de manera extemporánea, cuando ya se encontraba vencido el plazo de 30 días regulado en el artículo 164 del Decreto Supremo N° 013-2001.

Por otro lado, respecto a la forma de tales observaciones, señala que éstas habrían sido presentadas mediante carta notarial, cuando debieron adoptar la forma de resolución, por lo que no debe reconocérseles ningún efecto jurídico, declarando que la liquidación presentada por el CONSORCIO habría quedado consentida.

5.4.2. En cuanto al primer punto, este Tribunal debe recordar que los plazos para evaluar el procedimiento de liquidación son los que se encuentran

<sup>22</sup> BORDA, Alejandro. Op. Cit. p. 65.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyTSAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

regulados en el artículo 119 del Decreto Supremo N° 039-98-PCM, por ser la norma aplicable al presente proceso, y no aquellos establecidos en el Decreto Supremo 013-2001-PCM, por lo que las alegaciones del CONSORCIO deben ser analizadas teniendo en cuenta dicha base legal.

Por otro lado, como ha sido sustentado en el punto anterior, la liquidación del CONSORCIO debe considerarse eficaz frente al GOREL, pese a haber sido presentada ante una entidad incompetente; sin embargo, ello no significa que el plazo para la presentación de observaciones por parte de la Entidad competente (en este caso, del GOREL), deba computarse a partir de la fecha en que la liquidación fue presentada, sino más bien a partir del momento en que la entidad competente recibió tal liquidación, pues sólo a partir de ese momento se encontraba objetivamente en la posibilidad de plantear observaciones.

En el presente caso, luego de recibir la liquidación del CONSORCIO, PROVÍAS DEPARTAMENTAL la remitió al GOREL mediante Oficio N° 415-2003-MTC/22 de fecha 26 de junio de 2003, de modo que el plazo para la presentación de observaciones vencía el día 11 de agosto del mismo año. En tal sentido, las observaciones presentadas por el GOREL con fecha 17 de julio de 2003, fueron efectuadas oportunamente, a criterio de este Tribunal.

5.4.3. Por otro lado, en relación con el cuestionamiento de la *forma* adoptada por las observaciones del GOREL, éste se sustenta en la aplicación del artículo 43 de Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, norma que como ha sido señalado reiteradas veces, no resulta pertinente para resolver la controversia suscitada entre las partes, por lo que debe ser descartada del análisis.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta lo señalado por el artículo 4 de la LPAG, norma que regula la *forma* de los actos administrativos en general, señalando lo siguiente:

**Artículo 4.- Forma de los actos administrativos**

4.1 Los actos administrativos deberán expresarse por escrito, salvo que por la naturaleza y circunstancias del caso, el ordenamiento jurídico haya previsto otra forma, siempre que permita tener constancia de su existencia.

4.2 El acto escrito indica la fecha y lugar en que es emitido, denominación del órgano del cual emana, nombre y firma de la autoridad interviniente.

(...)"

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

De acuerdo con dicha norma, todo acto administrativo requiere necesariamente de una forma escrita que permita tener constancia de su existencia, salvo que exista alguna disposición específica que exija una forma distinta.

En el presente caso, luego de haber descartado la norma invocada por el CONSORCIO, vemos que el artículo 119 del Decreto Supremo N° 039-98-PCM, no establece ninguna formalidad específica para la formulación de observaciones por parte de la Entidad, limitándose a señalar que ésta "debe pronunciarse respecto de la liquidación efectuada"; por lo que bastaría que tales observaciones hayan sido efectuadas por escrito, para afirmar que éstas han adoptado una forma válida según nuestro ordenamiento jurídico.

A criterio de este Tribunal, tal exigencia habría quedado cumplida por las observaciones formuladas por el GOREL mediante carta notarial de fecha 18 de julio de 2003, más aún si ésta se encuentra suscrita por el propio Presidente Regional de Loreto, es decir, por el mismo funcionario competente para suscribir la resolución exigida por el CONSORCIO.

- 5.4.4. Sin perjuicio de ello, aun cuando se considerase que las observaciones a la liquidación deben necesariamente adoptar la forma de resolución, este Tribunal considera que ello no generaría su invalidez, tal como lo ha sostenido el CONSORCIO.

En efecto, un acto administrativo puede ser declarado nulo, cuando presenta algún defecto o carece de alguno de los requisitos del acto administrativo descritos en el artículo 3 de la LPAG, siempre que no estemos ante algún supuesto de conservación del acto administrativo.

Entre tales requisitos, se encuentra el de *procedimiento regular*, que exige que el acto administrativo no pueda ser producido de cualquier manera, a voluntad del órgano emisor, sino que deba seguirse un procedimiento previo y determinado para su producción, lo que implica —entre otras cosas— el cumplimiento de las formalidades específicas establecidas en la ley. Así, la norma antes citada señala lo siguiente:

**"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.-**  
Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

**5. Procedimiento regular.-** Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación."

Sin embargo, como ha sido señalado anteriormente al resolver la tercera pretensión principal de la demanda, no todo vicio o irregularidad en el procedimiento es susceptible de generar la anulación del acto administrativo, pues se requiere que se trate de un vicio trascendente, ya

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T.Y.T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

que de lo contrario debe conservarse la validez del acto, tal como lo señala expresamente el artículo 14 de la LPAG.

En el presente caso, de considerarse que las observaciones debieron consignarse en una resolución administrativa -posición que como ha sido señalado, no es la adoptada por este Colegiado- nos encontraríamos ante uno de los supuestos de conservación regulados por el citado artículo 14, pues la observancia de dicha formalidad no hubiese variado el contenido o el sentido de la decisión.

En otras palabras, la simple omisión formal producida en este caso, no podría privar por sí misma, de efectos jurídicos a las observaciones realizadas por el GOREL, en tanto que no existe una relación entre el vicio incurrido y la decisión de fondo que justifique declarar su invalidez, pues el contenido de la carta notarial presentada por el GOREL con fecha 18 de julio de 2003 ha cumplido satisfactoriamente su finalidad, que es la de comunicar los cuestionamientos a la liquidación del CONSORCIO, los cuales no habrían variado, en caso que se hubiesen recogido en una resolución administrativa.

Por lo anterior, este Tribunal considera que las observaciones efectuadas por el GOREL mediante carta notarial de fecha 17 de julio de 2003, resultaron válidas y produjeron todos sus efectos, de manera que no puede sostenerse que la liquidación del CONTRATO presentada por el CONSORCIO haya quedado consentida, debiendo desestimarse por ello la pretensión formulada en ese sentido.

#### 5.5. Respecto de la excepción de caducidad interpuesta por el CONSORCIO

5.5.1. Por lo expuesto precedentemente, este Tribunal se encuentra en aptitud de pronunciarse sobre la excepción de caducidad formulada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 07 de noviembre de 2003, la misma que según el punto 8.4 del Acta de Instalación, debe ser resuelta en la parte considerativa del Laudo.

Como fundamento de dicha excepción, el CONSORCIO ha señalado que su liquidación del CONTRATO habría quedado consentida, al no haber sido observada por PROVIAS DEPARTAMENTAL en el plazo establecido legalmente.

Asimismo, señala que en el supuesto teórico que el GOREL hubiese estado habilitado para observar la liquidación del CONSORCIO, sus pronunciamientos se presentaron una vez transcurrido el plazo legal de 30 días establecido en el artículo 164 del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, habiendo caducado por ello su a cuestionar la liquidación del contratista.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

- 5.5.2. Al respecto, al analizar la competencia para llevar adelante el procedimiento de liquidación del CONTRATO, se ha establecido que ésta le correspondía al GOREL, por lo que cualquier acto u omisión imputable a PROVIAS DEPARTAMENTAL no resulta relevante para efectos de resolver la excepción propuesta, debiendo circunscribirse el análisis a los actos efectuados por el órgano competente.

En tal sentido, como ha sido señalado en el punto 6.3. precedente, el GOREL observó la liquidación preparada por el CONSORCIO dentro del plazo establecido por el artículo 119 del Decreto Supremo N° 039-98-PCM, observando la forma escrita exigida por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que este Colegiado le ha reconocido plenos efectos jurídicos.

En consecuencia, al no haber quedado consentida la liquidación presentada por el CONSORCIO, no se verifica la caducidad alegada por la demandante, lo que determina que la presente excepción deba ser desestimada.

5.6. Respecto de las observaciones efectuadas por el CONSORCIO a la liquidación del CONTRATO realizada por el GOREL

- 5.6.1. Luego de formular sus observaciones a la liquidación del CONSORCIO a través de la carta notarial recibida el 18 de julio de 2003, el GOREL elaboró una nueva liquidación del CONTRATO, ascendente a la suma de S/. 73'873,576.22 nuevos soles, la cual fue aprobada mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 798-2003-GRL-P de fecha 24 de julio de 2004, la cual fue notificada al CONSORCIO el día siguiente, esto es, el 25 de julio del mismo año.

Al respecto, ninguna de las partes ha cuestionado la oportunidad en que se efectuó dicha nueva liquidación, la cual fue presentada dentro del plazo de 10 días hábiles establecido en el artículo 119 del RECAE, según este Tribunal ha podido verificar. Sin embargo, el GOREL ha sostenido que ésta ha quedado consentida, al no haber recibido ninguna observación por parte del CONSORCIO.

- 5.6.2. Tal afirmación resulta errada a criterio de este Tribunal, pues mediante Carta Notarial de fecha 06 de agosto de 2003, recibida el 07 del mismo mes y año, el CONSORCIO manifestó al GOREL su disconformidad con la liquidación referida anteriormente, de la siguiente manera:

*«Acusamos recibo de sus cartas notariales de las referencias a y b, por las que nos hacen llegar su pretendido pronunciamiento sobre la liquidación practicada por nuestro Consorcio así como la liquidación*

*practicada por su Entidad.*

CONSORCIO ANASONDA  
SIIA PERU S.A. - TYSAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

*Al respecto, dando respuesta a sus comunicaciones, manifestamos nuestro rechazo y no aceptación del contenido de las mismas, por carecer de sustento técnico y jurídico ...» (Énfasis agregado por el Tribunal)*

Posteriormente, el CONSORCIO agrega:

*«4. Que, no estamos de acuerdo con el pretendido cálculo de la Liquidación de la Obra efectuada por ustedes; y como tal, nos ratificamos, una vez más, en nuestra liquidación presentada dentro del plazo de ley, la cual como insistimos ha sido aprobada conforme a los dispositivos legales mencionados: (...).»*

De esta manera, resulta evidente que el CONSORCIO expresó su desacuerdo con la liquidación practicada por el GOREL, lo que a criterio de este Tribunal, constituye una manifestación suficiente para que dicha comunicación pueda considerarse como una observación. En efecto, si bien es cierto que dicha carta no realiza un análisis detallado de cada uno de los rubros comprendidos en la liquidación del GOREL, también lo es que tal pronunciamiento resultaría innecesario, habida cuenta que el CONSORCIO se remite expresamente a su propia liquidación, ratificándose en sus términos.

5.6.3. Además, debe tenerse en cuenta que la formulación de observaciones por parte del CONSORCIO, respecto de la liquidación del GOREL, constituye una carga impuesta por el artículo 119 del RECAE con el propósito de hacer explícita la controversia entre las partes respecto de la liquidación del CONTRATO, la cual no será resuelta por la propia Entidad sino que debe referirse en todo caso a un proceso arbitral, por lo que debe considerarse cumplida siempre que la comunicación cursada por el Contratista exprese de manera indubitable su desacuerdo, situación que en este caso ha quedado verificada.

5.6.4. Por otro lado, cabe señalar que la carta notarial de fecha 07 de agosto de 2003, fue presentada dentro del plazo de 15 días hábiles señalados en el artículo 119 antes citado, debiendo considerarse que las observaciones se efectuaron de manera oportuna.

En consecuencia, al haberse observado válida y oportunamente la liquidación del GOREL, contenida en la Resolución Ejecutiva Regional N° 798-2003-GRL-P, no puede considerarse que ésta haya quedado consentida, lo que determina que deba rechazarse la primera pretensión de la reconvenición del GOREL, declarándola infundada.

En cuanto a la segunda pretensión de dicha entidad, ésta debe ser también rechazada, en el extremo en el cual solicita el pago de la suma de 18,273,576.22 nuevos soles derivados de su liquidación.

CONSORCIO ANACONDA  
SIIMA PERU S.A. - T y T, SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE

5.7. Respecto de la situación final de la liquidación del CONTRATO

5.7.1. Sobre la base del análisis del procedimiento de liquidación del CONTRATO, este Tribunal ha llegado a la conclusión de que ninguna de las liquidaciones, ni la formulada por el Contratista ni aquella elaborada por la Entidad, ha quedado consentida, debiendo rechazarse en ambos casos las pretensiones de las partes referidas al pago de los montos que ambas consignan.

5.7.2. Por otro lado, este Colegiado ha podido advertir que ni en la demanda arbitral, ni en la reconvencción, ni en los escritos presentados por las partes para reformular sus respectivas pretensiones, se ha solicitado la elaboración de una tercera liquidación, distinta a las anteriores, sino que se ha limitado la competencia de este Tribunal, a la verificación de la situación jurídica de las liquidaciones de las partes, la cual ha sido resuelta en el sentido ya expuesto.

Por tanto, en aplicación del *principio de congruencia*, recogido en la norma VII del Código Procesal Civil<sup>23</sup>, este Tribunal no puede ir más allá de lo pedido expresamente por las partes, encontrándose por ello impedido de elaborar una liquidación distinta, y de pronunciarse acerca de cada uno de los rubros que ésta deba incluir, pues de lo contrario se estaría vulnerando el mencionado principio, y en consecuencia también el debido proceso de las partes.

5.7.3. Sin embargo, teniendo en cuenta que las partes han solicitado que este Colegiado se pronuncie acerca de la resolución del CONTRATO, la cual fue realizada invocando la ocurrencia de un supuesto de "fuerza mayor", la competencia delimitada por las partes permite que éste Tribunal precise, de manera general y como una consecuencia de lo señalado al resolver la primera pretensión principal de la demanda, que la liquidación final del CONTRATO que deberá ser elaborada, no puede incluir ningún concepto que presuponga la resolución por incumplimiento del contratista, así como ningún tipo de penalidad por incumplimiento del mismo, en tanto que la relación contractual fue resuelta por la Entidad invocando una causal distinta, a saber, la ocurrencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, la cual ha sido defendida y sustentada por la Entidad a lo largo de todo el proceso arbitral.

23

VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que son alegados por las partes."

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

6. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES REFERIDAS A LA FORMA DE PAGO DE LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

- 6.1. En cuanto a la forma de pago del monto resultante de la Liquidación del CONTRATO, tanto el CONSORCIO como el GOREL han formulado diversas pretensiones las cuales a criterio de este Tribunal ameritan un análisis conjunto, por encontrarse estrechamente vinculadas entre sí. Tales pretensiones son las siguientes:

Primera pretensión subordinada del CONSORCIO, formulada en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004

*"Primera pretensión subordinada: En la hipótesis negada y no admitida de que se declarase que la liquidación final del Consorcio Anaconda no ha quedado consentida y/o que no es exigible el pago derivado de la misma, planteamos, si es que se determinase algún saldo a favor del Gobierno Regional de Loreto (lo que negamos enfáticamente), que el pago de la suma resultante se realice: (i) a través de una obligación de hacer, esto es, pagar mediante la ejecución de la obra referida en el contrato, en el tramo del Km. 1 al Km. 7 a nivel de carpeta asfáltica de 2 pulgadas, y (ii) a través de una obligación de dar consistente en la entrega del saldo del material en cancha inventariado en la constatación física de la obra, cuya acta obra en autos, que haya quedado como remanente de lo que se utilice en la ejecución acotada del tramo que consideramos abarca del km. 1 al km. 7, trabajo que se ejecutará en 90 días calendario."*

Primera pretensión del GOREL, formulada en su escrito de fecha 29 de abril de 2004

*"Primera pretensión: Que si se ordena al Consorcio Anaconda realizar el pago en ejecución de obra, ésta se realice entre los Km. 1+000 al Km. 8+000".*

En la audiencia correspondiente, las partes y el Tribunal fijaron el siguiente punto controvertido, referido a la primera pretensión subordinada del CONSORCIO:

*«En caso que se desestime el punto "a" y se reconozca un saldo a favor del GOREL producto de la liquidación del CONTRATO, determinar si corresponde que el CONSORCIO pague sus obligaciones a través de la ejecución parcial de la obra (Kilómetro 0.*

CONSORCIO ANACONDA  
SIMAPERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante legal

al Kilómetro 7 a nivel carpeta asfáltica de rodadura de dos pulgadas) referida en el CONTRATO y/o a través de la entrega del saldo del material en cancha inventariado de la constatación física de la obra.»

6.2. A fin de realizar un análisis ordenado de la controversia suscitada entre las partes a propósito de este punto, este Tribunal considera necesario realizar las siguientes precisiones:

- (i) En primer lugar, tal como se advierte de su propio texto, la pretensión planteada por el CONSORCIO tiene carácter *subordinado* a su primera pretensión principal, relativa al pago de la suma de S/.10'233,680.43 nuevos soles derivados de su liquidación final del CONTRATO, lo que significa que únicamente debe ser materia de un pronunciamiento en caso que aquélla haya sido rechazada.

En el presente caso, la pretensión principal del CONSORCIO ha sido desestimada por este Colegiado en el apartado anterior, al analizar las pretensiones relativas a la liquidación del CONTRATO, concluyendo que la liquidación practicada por el CONSORCIO no había quedado consentida, por lo que corresponde emitir un pronunciamiento respecto de la cuestión planteada de manera subordinada.

- (ii) Por otro lado, se debe aclarar que al margen del resultado que se pueda desprender de la elaboración de la nueva liquidación del CONTRATO, y de si es el GOREL o el CONSORCIO quien tendría un saldo a su favor, es posible que este Tribunal se pronuncie sobre la situación propuesta en este punto, en tanto existen otros elementos que determinan la viabilidad de la pretensión incoada y de sus efectos sobre la futura liquidación del CONTRATO.

- (iii) Por último, es necesario advertir que la primera pretensión del GOREL ha sido formulada de manera condicionada a la pretensión planteada por el CONSORCIO, en concreto, al hecho de que se disponga que éste último realice un pago en ejecución de obra. En tal sentido, este Tribunal sólo deberá pronunciarse al respecto en caso se determine previamente que dicho pago debería realizarse, pues de lo contrario no se habría producido el presupuesto necesario para pronunciarse respecto de lo solicitado por el GOREL.

6.3. Pues bien, mediante esta pretensión el CONSORCIO solicita que si se declarase que su liquidación no es exigible, y si se determinase la existencia de un saldo a favor del GOREL, el pago de dicho saldo se realice

- (i) mediante la ejecución de la Obra en el tramo que se extiende desde el Km. 1+000 hasta el Km. 7+000 a nivel de carpeta asfáltica de 2 pulgadas, y

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**

(ii) mediante la entrega del saldo del material en cancha inventariado en la diligencia de Constatación Física e Inventario de la Obra.

Respecto de la pretensión de pago mediante la ejecución de la obra, debe tenerse en cuenta que la única obligación que podría nacer de una eventual Liquidación favorable al GOREL —en caso de producirse ésta, sería una obligación de dar suma de dinero, la cual tendría al GOREL como acreedor y al CONSORCIO en la posición de deudor.

Por tanto, lo que el CONSORCIO pretende es que este Tribunal lo autorice a cumplir con el pago de dicha obligación mediante la ejecución de una prestación alternativa y distinta a la original, consistente en la ejecución parcial de la obra, por lo que debe determinarse si tal extremo de la solicitud del CONSORCIO resulta viable y exigible a la luz de la normativa aplicable.

- 6.4. Como ha podido constatar este Tribunal, tal pretensión de pago no se deriva ni de las normas de la LCAE, del RECAE ni del CONTRATO, los cuales no contienen disposición alguna que autorice a la parte que resulte deudora de la liquidación final, a efectuar su pago mediante una prestación alternativa, como sería el caso de la prestación de hacer, consistente en la ejecución de la Obra.

Efectivamente, la única obligación que se deriva de la liquidación final del contrato es netamente dineraria, es decir, consistente en una obligación de dar una suma de dinero pura y simple, la que debe ser satisfecha mediante la entrega del bien debido, que en este caso es el monto de dinero que resulte luego de la liquidación.

- 5.4. En el presente caso, el CONSORCIO estaría realmente solicitando que se le autorice a efectuar una dación en pago, que nuestro ordenamiento contempla entre los modos de extinción de las obligaciones.

Como se sabe, la dación en pago constituye una modificación objetiva de la obligación, que consiste en el cambio de la prestación originalmente pactada, por otra que la sustituye. Dicha figura implica por sí misma, un nuevo negocio jurídico, en el cual las partes acuerdan modificar el contenido de la obligación original, planteando una nueva reglamentación sobre la prestación a ejecutar, y ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 1265 de nuestro Código Civil, de la siguiente manera:

*"Artículo 1265.- Definición.- El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse".*

De la norma antes citada se desprende, que toda dación en pago requiere ser aceptada por ambas partes, situación que no se ha verificado en el

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE

presente caso, pues aunque el GOREL ha formulado una pretensión solicitando que la ejecución de la Obra se realice entre los Kms. 1+000 al 8+000, ha condicionado dicho pedido al hecho de que sea el Tribunal quien le ordene aceptar dicha dación en pago, por lo que no puede considerarse tal hecho como una conformidad para recibir —en caso de existir algún saldo a su favor— una prestación distinta a la entrega de la suma de dinero que eventualmente pueda existir como producto de la liquidación.

Por otro lado, no existe ninguna norma legal o contractual que obligue al acreedor a aceptar una prestación de hacer como la propuesta, y que pueda sustentar un pronunciamiento de este Tribunal en dicho sentido.

Obligar al GOREL a aceptar una prestación distinta, supondría efectuar un pronunciamiento sin sustento jurídico alguno, lo que no puede ser admitido por este Colegiado, más aun cuando se trata de un arbitraje de derecho, en que toda decisión que se adopte debe estar respaldada por nuestro ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la pretensión planteada por el CONSORCIO consistente en la ejecución de la obra desde el tramo Km. 1+000 al Km. 7+000, no puede ser amparada por este Tribunal, más aún si dicha obra ya ha sido concluida por un tercero, a saber, por el Consorcio Vial Nauta, lo que determina que lo solicitado haya devenido en un imposible fáctico.

En consecuencia de ello, debe advertirse también que no se ha producido el presupuesto o condición necesaria para emitir un pronunciamiento respecto de la pretensión planteada por el GOREL. Así, al haberse declarado infundada la pretensión del CONSORCIO, carece de objeto pronunciarse sobre el pedido del GOREL referida a la ejecución de la Obra entre los Km. 1+000 al Km. 8+000.

- 6.5. Sin embargo, el razonamiento anterior no puede ser aplicado de manera absoluta respecto del material inventariado en cancha, toda vez que respecto a este extremo de lo solicitado, si existe una disposición expresa que exige que se reconozca al Contratista el valor de dichos materiales, la cual debe ser interpretada en concordancia con las normas contractuales y lo dispuesto en las Bases de la Licitación Pública N° 015-2000-MTC/15.02, que dio origen al CONTRATO (en adelante, las Bases).

De acuerdo con lo señalado en el numeral 12.2.3 de las Bases y en el numeral 5.B del CONTRATO, la Entidad debe proporcionar al Contratista determinados "adelantos para materiales"; es decir, debe entregarle determinadas sumas de dinero destinadas a la adquisición de materiales para la ejecución de la obra, los cuales deben ser amortizados progresivamente, en la medida que tales materiales vayan siendo utilizados e incorporados a la Obra a lo largo del proceso constructivo, tal como lo

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

señala el numeral 12.3.2 de las Bases de la Licitación, de la siguiente manera:

*"12.3 La Amortización del Adelanto para Materiales e Insumos, se efectuará mensualmente en la valorización correspondiente en un monto equivalente al material utilizado (...)"*

Por otro lado, la cláusula 9.1.2 del CONTRATO establece expresamente la obligación del Contratista de *"poner a disposición de la obra, el suministro de equipos, materiales y herramientas (...)"*.

A criterio de este Tribunal, de las normas contractuales antes citadas se desprende claramente que los materiales en cancha son de propiedad del Contratista (en este caso, del CONSORCIO) desde el momento en que son adquiridos por éste, y sólo dejarán de serlo una vez que sean utilizados e incorporados a la Obra, pues a partir de dicho momento son reconocidos por la Entidad, quien a manera de contraprestación, amortiza la parte correspondiente al adelanto que le ha otorgado para su adquisición.

Sin embargo, también es cierto que dichos materiales son adquiridos por el Contratista para la ejecución de la Obra, y no para otro propósito, existiendo un evidente nexo causal entre tal adquisición y el CONTRATO que debía ejecutarse, de manera que la abrupta paralización de los trabajos como consecuencia de una indebida resolución contractual por parte de la Entidad, determina que el Contratista ya no pueda continuar incorporando el materia a la Obra, y amortizando el adelanto que le ha sido otorgado, causándole un evidente perjuicio.

Es por ello, que el artículo 1785 del Código Civil, norma aplicable al presente caso, establece la obligación de reconocer al Contratista los materiales preparados para la realización de la Obra, tal como se puede apreciar a continuación:

*«Artículo 1786.- El comitente puede separarse del contrato, aun cuando ya se haya iniciado la ejecución de la Obra, indemnizando al Contratista por los trabajos realizados, los gastos soportados, los materiales preparados y lo que hubiera podido ganar si la obra hubiese sido concluida.»*

Este Tribunal considera que, si bien no puede disponer que se pague al GOREL con una obligación de dar, consistente en la entrega (en específico) de los citados materiales en cancha, debiéndose desestimar por ello dicho extremo de lo pretendido por el CONSORCIO, se le debe reconocer el valor de los mismos, el cual debe ser considerado en la liquidación final del CONTRATO.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

7. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN SUBORDINADA PLANTEADA POR EL CONSORCIO EN SU ESCRITO DE FECHA 12 DE MARZO DE 2004, SOBRE LA AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 09 Y PRESUPUESTO ADICIONAL N° 01

*«Segunda pretensión subordinada: En la hipótesis negada de que se desestime la pretensión principal consignada en el inciso "a", solicitamos se declare firme la Ampliación del Plazo No. 9 por 40 días y la cancelación del adicional No. 1 ascendente a la suma de S/. 369,016.95 que fueran aprobado por Resolución Directoral No. 188-2003-MTC/22 y por Resolución Directoral No. 162-2003-MTC/22, y que se deje sin efecto la Resolución Directoral No. 368-2003-MTC/22.»*

7.1. Mediante la presente pretensión subordinada, el CONSORCIO ha solicitado que, en caso se desestime su pretensión principal sobre pago del monto de su liquidación del CONTRATO, este Tribunal declare firme la Ampliación de Plazo N° 09 por cuarenta (40) días y la cancelación del Presupuesto Adicional N° 01 por la suma de S/.369,016.95 nuevos soles, los cuales habían sido aprobados por PROVIAS DEPARTAMENTAL, para ser posteriormente dejados sin efecto mediante la Resolución Directoral N° 368-2003-MTC/22 de fecha 11 de julio de 2003, sin fundamento alguno, lo cual a su entender determina que se trate de una decisión nula.

7.2. Al respecto, este Tribunal ha podido verificar que efectivamente, mediante la Resolución Directoral N° 162-2003-MTC/22 de fecha 03 de abril de 2003, PROVIAS DEPARTAMENTAL aprobó el Presupuesto Adicional N° 01 por concepto de mayores metrados y partidas nuevas no contempladas originalmente en el CONTRATO, específicamente respecto del "Mejoramiento de la Sub Rasante entre las progresivas Km. 1+240 - Km. 8+240", por un monto ascendente a la suma de S/. 369,016.95 nuevos soles.

Por su parte, mediante Resolución Directoral N° 188-2003-MTC/22 de fecha 16 de abril de 2003, la Entidad resolvió aprobar la Ampliación de Plazo N° 09 por cuarenta (40) días calendario para la ejecución de la Obra, indicando expresamente que los gastos generales que dicha ampliación generaría ya se encontraban incluidos en el Presupuesto Adicional N° 01.

En tal sentido, mediante los actos administrativos señalados, la Administración Pública reconoció situaciones jurídicas favorables para el CONSORCIO, a partir del momento mismo de su emisión, tal como lo dispone el artículo 16 de la LPAG<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Artículo 16. Eficacia del acto administrativo

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

En efecto, a partir del momento en que se emitió la Resolución Directoral N° 162-2003-MTC/22, el CONSORCIO adquirió el derecho a percibir el pago de la suma aprobada como Presupuesto Adicional N° 01; del mismo modo, una vez emitida la Resolución Directoral N° 188-2003-MTC/22 el CONSORCIO adquirió el derecho a que se le reconozca la ampliación del plazo contractual, por el término otorgado.

- 7.3. Sin embargo, posteriormente mediante Resolución Directoral N° 368-2003-MTC/22 de fecha 11 de julio de 2003, PROVIAS DEPARTAMENTAL habría "dejado sin efecto" tal ampliación de plazo y el presupuesto adicional, ejecutando así lo acordado con el GOREL en el punto 2.2. del Documento Privado de Resolución de Convenio de fecha 14 de mayo de 2003, por lo que no cabe duda alguna de que dicha decisión se encontró motivada por la resolución del CONVENIO suscrito entre ambas entidades.

Esto último resulta más claro aún si tenemos en cuenta que la resolución cuestionada expresa, en su parte considerativa, que como producto de la resolución del CONVENIO, el GOREL dejaría de entregar los recursos patrimoniales necesarios para la ejecución de la Obra, por lo que la Ampliación de Plazo N° 9 y el Presupuesto Adicional N° 01 serían "materialmente imposibles de cumplir", por lo que resultaba conveniente dejar sin efecto los citados actos administrativos.

En opinión de este Tribunal, si bien dicha resolución contractual fue efectuada aplicando indebidamente la causal de fuerza mayor pactada en el CONTRATO (tal como ha sido sustentado al analizar la primera y segunda pretensiones principales de la demanda), debe tenerse en consideración —a efectos de resolver esta pretensión— que el CONSORCIO consintió en sus efectos, pues lejos de solicitar a este Colegiado que declare la nulidad del acto mismo de resolución del CONTRATO, optó por solicitar el pago de un indemnización por los daños ocasionados por dicha indebida resolución contractual.

En ese sentido, es claro que el Contratista no pretendió que se declare la vigencia del CONTRATO y se prosiga con sus ejecución, lo que entre otras cosas hubiese implicado también la ejecución del Presupuesto Adicional N° 01, teniendo en cuenta la Ampliación de Plazo otorgada por la Entidad, por el plazo de 40 días.

15.1. *El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.*

15.2. *El acto administrativo que otorga beneficios al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.» (Énfasis agregado por el Tribunal)*

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

- 7.5. Ello significa que, aún cuando la Entidad haya dejado sin efecto situaciones jurídicas previamente reconocidas al administrado, éstas ya no podrán desplegar sus efectos prácticos, toda vez que resulta imposible reanudar los trabajos de ejecución de la Obra, más aún si tenemos en cuenta que ésta ha sido concluida por un tercero, a saber, el Consorcio Vial Nauta, tal como ha sido acreditado en autos.

Es por ello, que este Tribunal considera que no puede declararse firme la Ampliación de Plazo N° 09 ni mucho menos disponerse el pago del Presupuesto Adicional N° 01, en tanto que los trabajos que motivaron tales actos administrativos, no llegaron a ser ejecutados por el Contratista, ni podrían ser ejecutados en el futuro, toda vez que el CONTRATO ha quedado resuelto, y que el mismo CONSORCIO ha consentido en los efectos de tal resolución, a saber, en la extinción de las obligaciones contractuales de las partes.

- 7.6. Por otro lado, de la revisión de los asientos del Cuaderno de Obra, extendidos a partir de la emisión de la Resolución Directoral N° 162-2003-MTC/22 de fecha 03 de abril de 2003, que aprobó el Presupuesto Adicional N° 01, este Tribunal ha podido advertir que no existe ninguna manifestación de la Supervisión, que dé cuenta o autorice el inicio de los trabajos de ejecución del mencionado Presupuesto Adicional; existiendo únicamente, en el asiento 519, extendido por el Contratista, una indicación de que se tramitaría la Ampliación de Plazo N° 09, vinculada a dicho adicional, asiento en el cual tampoco se indica que éste ha comenzado a ejecutarse.

En ese orden de ideas, al no haberse iniciado la ejecución de los trabajos que sustentaron la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01, y posteriormente de la Ampliación de Plazo N° 09, este Tribunal estima que no corresponde amparar lo pretendido por el CONSORCIO, en tanto que ello implicaría disponer el pago de una suma de dinero como contraprestación por trabajos que nunca se ejecutarán, convalidando un enriquecimiento indebido del Contratista a costa de la Entidad.

Por lo anterior, a criterio de este Tribunal, la presente pretensión, para que se declare firme la Ampliación de Plazo N° 09 y se disponga la cancelación del Presupuesto Adicional N° 01, debe ser declarada INFUNDADA.

8. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL PLANTEADA POR EL CONSORCIO EN SU ESCRITO DE FECHA 12 DE MARZO DE 2004, SOBRE DEVOLUCIÓN DE CARTAS FIANZA

"Segunda pretensión principal: sin perjuicio de lo anterior, la devolución de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, seriedad de

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

*cumplimiento, adelanto en efectivo y adelanto de materiales, que fueron entregadas al Ministerio de Transportes- PROVIAS DEPARTAMENTAL según lo establecido en el Contrato de Obra N° 402-2001-MTC/15.17."*

Respecto de esta Pretensión, en la Audiencia correspondiente se señaló el siguiente punto controvertido;

*Determinar si corresponde que el GOREL devuelva al CONSORCIO las cartas fianzas de fiel cumplimiento, seriedad de cumplimiento, adelanto de efectivo y adelanto de materiales que fueron entregadas según lo establecido en el CONTRATO*

- 8.1. Antes de analizar el fondo de la presente pretensión, es necesario aclarar que, si bien este Tribunal ha declarado previamente que ninguna de las liquidaciones efectuadas por las partes ha quedado consentida, y que por ello corresponde efectuar una nueva liquidación, ello no impide que este Tribunal se pronuncie sobre la pretensión de devolución de las cartas fianzas entregadas por el CONSORCIO, en tanto que la posibilidad de ejecución de las mismas no se encuentra necesariamente sujeta o en espera de que exista una liquidación firme, como se verá a continuación.
- 8.2. Según ha sido afirmado por el CONSORCIO, éste habría entregado a la Entidad diversas cartas fianza hasta por un valor de S/. 25'926,966.69 nuevos soles, las cuales se habrían renovado en diversas oportunidades, las que en su opinión deberían ser devueltas, en tanto la liquidación de la obra arrojaría un saldo a su favor. Además, señala que la resolución del CONTRATO se habría realizado por una causal de fuerza mayor, siendo por ello arbitraria la retención de dichas cartas.

Por su parte, el GOREL sostuvo que la devolución solicitada carecía de fundamento, en tanto la liquidación del CONSORCIO no había quedado consentida, sino más bien la liquidación de la Entidad, de manera que resultaba legítimo recuperar su saldo mediante la ejecución de dichas garantías.

- 8.3. Al respecto, según se aprecia de los documentos presentados por el CONSORCIO en su demanda inicial, escrito de replanteamiento de pretensiones de fecha 12 de marzo de 2004 y escrito de fecha 27 de agosto de 2004, las cartas fianza entregadas por dicho CONSORCIO han venido siendo renovadas en forma sucesiva; siendo que las últimas renovaciones acreditadas en autos, son aquellas cuyas copias adjuntaron en su escrito de fecha 27 de agosto de 2004, según detalle siguiente:

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - T y T SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU.

**PE德罗 E. CHAVEZ MARRIQUE**

Carta Fianza No.	Fecha de vencimiento	Banco otorgante	Concepto	Monto en nuevos soles
D193-326769	19/09/04	BCP	No se indica expresamente en la carta fianza	2'030.066.30
D194-235700	04/09/04	BCP	No se indica expresamente en la carta fianza	1'403.413.49
00020512	06/10/04	Interbank	Adelanto en efectivo	1'871.735.01
D193-326768	19/09/04	BCP	No se indica expresamente en la carta fianza	2'579.528.04
000297525719	30/09/04	B. Financiero	Fiel cumplimiento	2'708.755.07
000296515728	03/10/04	B. Financiero	Adelanto de materiales	3'282.702.48
000297526120	30/09/04	B. Financiero	Seriedad de cumplimiento	3'439.370.72
4400005113.10	19/04/04	BIF	Adelanto en efectivo	1'403.801.24
00110593-012	08/09/04	B. Sudamericano	Adelanto para materiales	2'600.000.00
2002/00792-06	17/03/04	B. de Comercio	Fiel cumplimiento	2'030.066.30
2002/00732-06	16/03/04	B. de Comercio	Seriedad de cumplimiento	2'579.528.04

En tal sentido, en atención a lo desarrollado en los puntos precedentes, corresponde distinguir en el análisis de la presente pretensión, los conceptos que garantizan las respectivas cartas fianza y los supuestos en que éstas resultan ejecutables; a fin de determinar si procede o no su devolución al CONSORCIO.

Para tal efecto, es relevante precisar que las once cartas fianza (11) cuya devolución se solicita, pueden ser agrupadas en tres (03) rubros: (i) garantía de fiel cumplimiento, (ii) garantía de seriedad de cumplimiento y (iii) adelantos en efectivo y/o para materiales; rigiéndose la ejecución de dichas cartas fianza según lo establecido en el CONTRATO, la LGAE y el RECAE.

8.4. En relación a las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento, este Tribunal considera pertinente citar el artículo 42 del RECAE, norma que establece lo siguiente:

*"Artículo 42.- (...) La garantía de fiel cumplimiento será ejecutada para cubrir las penalidades establecidas en el Artículo 82 o en el contrato, cuando el incumplimiento del Contratista haya quedado determinado mediante decisión o resolución administrativa o laudo arbitral, consentidos y luego de descontar los adeudos que pudiera tener la Entidad con el Contratista."*

A su vez, el artículo 82 del RECAE hace referencia a dos tipos de penalidades que estarían cubiertas por la garantía de Fiel Cumplimiento, a saber, (i) la Penalidad por Mora, la cual "se genera automáticamente por cada día calendario de retraso injustificado", y (ii) la Penalidad por Incumplimiento del Contrato, la cual "se genera si la Entidad se ve obligada a resolver el contrato por incumplimiento, diferente de la demora en el cumplimiento de la prestación."

Pues bien, en el presente caso, teniendo en cuenta que el CONTRATO nunca fue resuelto por incumplimiento del Contratista, es claro que no podría generarse la Penalidad por Incumplimiento del Contrato, la cual por tanto no tendría que ser incluida en la liquidación final del mismo.

Asimismo, respecto de la Penalidad por Mora, ésta tampoco podría devengarse, y motivar con ello la ejecución de la garantía de Fiel Cumplimiento, pues como se desprende del artículo 42 antes citado, es necesario que el Contratista se encuentre en una situación de incumplimiento determinada además a través de una decisión administrativa o arbitral firme, situación que no podría generarse en el presente caso, toda vez que ello presupone que la Entidad realice una imputación que no se ha verificado.

Esta posición se ve respaldada con lo establecido por las propias partes en la Cláusula 10.3 del CONTRATO, disposición que establece que la Penalidad por Mora se genera en caso de incumplimiento en el *inicio* ó *culminación* de las Obras, por causas imputables al Contratista, supuesto que no podría producirse en el presente caso pues como dijimos, al resolver el CONTRATO la Entidad no imputó incumplimiento alguno al CONSORCIO.

En tal sentido, al no existir entre las penalidades cubiertas por la garantía de Fiel Cumplimiento, ninguna que pueda generarse válidamente en este caso -por no haberse imputado incumplimiento alguno al Contratista, como causa para resolver el CONTRATO-, este Tribunal estima que las cartas fianzas entregadas por este concepto, deben ser devueltas.

8.5. En cuanto a las Cartas Fianza de Seriedad de Cumplimiento, de conformidad con lo establecido en la cláusula 6.2. del CONTRATO, el CONSORCIO debía entregar dichas garantías por el monto total de S/. 8'598.426.80.

No obstante, en este caso especial se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 42 del RECAE, el cual establece que "la garantía de seriedad de cumplimiento será ejecutada cuando la resolución contractual, por causa imputable al Contratista, haya quedado determinada mediante decisión o resolución administrativa o laudo arbitral, consentidos".

CONSORCIO ANACORDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

En otras palabras, de acuerdo a la norma citada, la ejecución de este tipo de garantía sólo procedería si la resolución contractual hubiese obedecido a un incumplimiento imputable al Contratista (en este caso, al CONSORCIO), lo que como hemos visto, no se ha verificado en el presente caso, pues no sólo se ha producido una indebida resolución del CONTRATO invocando una causal de fuerza mayor, sino que además, la Entidad nunca imputó una causal de Incumplimiento, al momento de resolver el CONTRATO

En consecuencia, este Tribunal considera procedente que deben devolverse al contratista las Cartas Fianza de Seriedad de Cumplimiento, en tanto no se ha verificado, ni podrá verificarse en el futuro, el supuesto previsto en el RECAE para su ejecución.

- 8.6. Respecto de las Cartas Fianzas por Adelantos, de conformidad con la cláusula 6.3 del CONTRATO<sup>25</sup>, tratándose de la garantía por Adelanto Directo en Efectivo, la misma debía renovarse trimestralmente por el monto pendiente de amortizar hasta la amortización total, mientras que en el caso de la garantía para Compra de Materiales, ésta debía mantenerse vigente hasta la utilización total de los materiales y/o insumos, a satisfacción de la Entidad; lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 89 del RECAE<sup>26</sup>.

Por tanto, este Tribunal estima que las cartas fianza por adelantos (en efectivo y/o para materiales) si están directamente afectas al resultado de liquidación de la obra que se realice, en tanto que el CONSORCIO ha

25

**"6.3. GARANTÍAS POR ADELANTOS**

EL MINISTERIO a solicitud de EL CONTRATISTA entregará el adelanto fijado en la cláusula 5.2 a) del presente Contrato, contra entrega de una garantía por el monto solicitado, la cual deberá estar vigente por un plazo mínimo de noventa (90) días calendario y renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total.

Será de responsabilidad de EL CONTRATISTA la renovación trimestral de la Carta Fianza por los saldos pendientes desamortización del adelanto en efectivo.

Tratándose de los adelantos indicados en la cláusula 5.2 b) la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización total de los materiales y/o insumos a satisfacción de EL MINISTERIO pudiendo reducirse en forma proporcional conforme se cumpla con su utilización, según las valorizaciones de obra".

26

"Artículo 89.- Garantía por adelantos.- La Entidad entregará los adelantos fijados en las Bases, a solicitud del Contratista, contra entrega de una garantía por el monto que solicita, la misma que deberá estar vigente por un plazo mínimo de noventa (90) días calendario y renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto.

Tratándose de los adelantos señalados en el inciso b) del Artículo 68, la garantía se mantendrá vigente hasta la entrega a satisfacción de la Entidad del material, insumo o servicio, pudiendo reducirse de manera proporcional conforme se cumpla con dicha entrega".

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

**W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARRIQUEN

recibido adelantos superiores a los efectivamente incorporados a la misma, por lo que dichas garantías resultan susceptibles de ser ejecutadas de no cumplir el CONSORCIO con los pagos o devoluciones a su cargo por saldos a favor de GOREL, derivados de dicha liquidación.

En consecuencia, no corresponde la devolución de las cartas fianza que garantiza los adelantos antes indicados, las mismas que deberán mantenerse vigentes hasta que se realice y se aprueba una nueva liquidación de Obra.

- 8.7. Finalmente, el CONSORCIO ha señalado en su escrito de alegatos de fecha 1 de agosto de 2005 que algunas cartas fianza cuya devolución se ha solicitado no se encontrarían actualmente vigentes.

Respecto de este punto, este Tribunal considera necesario precisar que, independientemente del tipo de garantía de que se trate e independientemente del concepto por el cual éstas fueron otorgadas, aquellas garantías que no se encuentran vigentes ya no resultan ejecutables, por lo que carece de sentido que el GOREL o PROVIAS DEPARTAMENTAL las mantengan bajo su poder, debiendo ser por tanto devueltas.

Por tanto, este Tribunal considera que debe declararse FUNDADA EN PARTE la presente pretensión, y en consecuencia, ordenarse que el GOREL devuelva al Contratista (i) en general, aquellas cartas fianza que tenga en su poder y que se encuentren vencidas, por ser inejecutables, independientemente del concepto por el cual fueron otorgadas, y (ii) en particular, las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento que tenga en su poder, o en caso de no tenerlas en su poder, realizar las gestiones pertinentes ante el MTC (ante quien los Bancos otorgaron dichas cartas fianza), para que se proceda a devolverlas al CONSORCIO. Asimismo, el CONSORCIO deberá mantener vigentes las Cartas Fianza de Adelanto en Efectivo y/o para Materiales hasta la realización de la nueva liquidación del CONTRATO.

9. ANÁLISIS DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL PLANTEADA POR EL CONSORCIO EN SU ESCRITO DE FECHA 12 DE MARZO DE 2004, SOBRE PAGO DE COSTOS FINANCIEROS E INTERESES DERIVADOS DE LAS CARTAS FIANZA

*"Tercera pretensión principal: Se reconozca y se ordene el pago de los costos financieros e intereses derivados de las cartas fianza de fiel cumplimiento, seriedad de cumplimiento, adelanto en efectivo y adelanto de materiales que fueran entregadas al Ministerio de*

CONSORCIO ANACONDA  
SMA PERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARRIQUE

*Transportes y Comunicaciones- PROVIAS Departamental según lo establecido en el Contrato de Obra, que no han sido devueltas a pesar de haber concluido el CONTRATO por causa no imputable al contratista."*

En relación con esta pretensión, en la Audiencia correspondiente se estableció el siguiente punto controvertido:

*En caso se ampare el punto "b", determinar si corresponde reconocer y ordenar el pago de costos financieros e intereses derivados de las respectivas cartas fianzas a favor del CONSORCIO*

- 9.1: Como fundamento de esta pretensión, el CONSORCIO alega que habría otorgado 11 cartas fianza hasta por un valor de S/. 25'926,966.69, las cuales se habrían renovado y remitido al MTC; debiendo ser devueltas, en tanto la liquidación final de la obra tiene un saldo a favor del CONSORCIO.

Por su parte, el GOREL ha señalado que lo solicitado por el CONSORCIO no procedía, al ser una obligación del Contratista mantener vigentes las garantías hasta que se determine qué parte cuenta con un saldo a favor en la liquidación.

- 9.2. Sobre el particular, tal como se señaló al resolver la primera pretensión principal formulada por el CONSORCIO en su demanda arbitral, se debe tener presente que éste ha solicitado estos conceptos como un rubro especial de su indemnización por indebida resolución del CONTRATO. Sin embargo, al momento de replantear sus pretensiones mediante su escrito de fecha 12 de marzo del 2004, este petitorio ha sido solicitado de manera autónoma y, por tanto, resulta pertinente analizarlo en este punto, de manera independiente.

- 9.3. Pues bien, teniendo en cuenta que la pretensión de devolución de las cartas fianza ha sido declarada fundada en parte, en el sentido que se devuelva al CONSORCIO las cartas fianza de Fiel Cumplimiento, Seriedad de Cumplimiento y aquellas que ya no se encuentren vigentes, es claro que el mantenimiento y renovación de dichas garantías le ha causado un perjuicio económico al Contratista, que debe ser reconocido por este Tribunal, toda vez que dichas cartas no debieron ser renovadas luego de la resolución del CONTRATO, pues como ha sido señalado repetidas veces, ésta no se produjo por una causal de incumplimiento, sino por una causal de fuerza mayor.

En tal sentido, corresponde que el GOREL devuelva al CONSORCIO los costos financieros en que éste ha incurrido por la renovación de las cartas fianzas de Fiel Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento, que se hayan producido luego de la resolución contractual efectuada con fecha 12 de mayo de 2003, cuyo monto debe ser liquidado por el Contratista, teniendo

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

como base lo efectivamente cobrado por ese concepto, por las entidades del sistema financiero que otorgaron tales garantías.

- 9.4. En segundo lugar, respecto de los costos financieros por la renovación de las garantías restantes, esto es, de las cartas fianza por Adelantos (sea en efectivo y/ para compra de materiales), este Tribunal considera que no deben reconocerse, en tanto su renovación no ha generado ningún daño ilegítimo al CONSORCIO, ya que era su obligación mantenerlas vigentes hasta la existencia de una liquidación final del CONTRATO, teniendo en cuenta los diversos conceptos que éstas garantizan, como ha sido analizado en la pretensión de devolución.

En el presente caso, ninguna de las liquidaciones efectuadas por las partes ha quedado consentida, de manera que no existe aun una liquidación firme que establezca un saldo a favor de algunas de las partes, y que permita afirmar con certeza si los conceptos que tales cartas garantizan serán o no incluidos en la liquidación del CONTRATO, por lo que éstas deben mantenerse vigentes hasta que dicha situación se produzca.

- 9.5. Por otro lado, además del pago de costos financieros por devolución de las cartas fianza, el CONSORCIO ha solicitado que se le reconozca y pague los "intereses derivados de las cartas fianzas".

Al respecto, este Tribunal considera que tal extremo debe desestimarse, debido a que el Contratista no ha acreditado que se le haya inmovilizado los montos de las cartas fianza por el periodo de nueve meses que alega, ni tampoco que —en caso de existir depósitos inmovilizados—, éstos no hayan percibido ningún tipo de interés por parte de las entidades financieras en las que se encuentran. En tal sentido, corresponde aplicar el artículo 1331 del Código Civil, debiendo desestimarse este extremo de la pretensión solicitada.

En consecuencia, la presente pretensión deviene en FUNDADA EN PARTE, y, por tanto, corresponde reconocer al CONSORCIO sólo los costos financieros derivados del mantenimiento y renovación de las cartas fianza de Fiel-Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento, producidas con posterioridad a la resolución del CONTRATO.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - J y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE

10. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PLANTEADA POR EL GOREL EN SU ESCRITO DE FECHA 29 DE ABRIL DE 2004

*"Segunda pretensión: Que se declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 246-2002-MTC/15.17 que en su oportunidad aprobó el Expediente Técnico de la Obra."*

- 10.1. En su escrito de reformulación de pretensiones, el GOREL solicita que se declare nulo el acto administrativo emitido por PROVIAS DEPARTAMENTAL, mediante el cual se aprobó el Expediente Técnico de la Obra, señalando que dicho acto administrativo tuvo como consecuencia la aprobación de un expediente inejecutable según las buenas prácticas de la ingeniería, originando que el tramo de la Obra que fue ejecutado tuviera múltiples deficiencias.

Por su parte, el CONSORCIO manifestó que la nulidad solicitada implicaría ir contra actos propios, lo cual no sería admisible, pues dicho expediente fue aprobado por la propia Entidad y formó parte de las bases que regularon el procedimiento de licitación.

- 10.2. En primer lugar, este Tribunal ha podido advertir que el GOREL no ha sustentado su pretensión, en ninguna de las causales de nulidad del acto administrativo que se encuentran reguladas en la ley, limitándose únicamente a señalar que el Expediente Técnico tenía múltiples deficiencias desde el punto de vista técnico, las cuales además no han sido desarrolladas ni sustentadas suficientemente a criterio de este Tribunal, de manera que resultaría aplicable en el presente caso lo establecido por el artículo 220 del Código Procesal Civil.

En este punto, es necesario señalar que la evidencia presentada al proceso, e incorporada al informe pericial elaborado por el Ing. Marino Marcelo Monge Prudencio, acerca del estado de deterioro en que se encontraba el tramo de la Obra que se llegó a ejecutar, no resulta concluyente a criterio de este Tribunal, para sustentar lo afirmado por el GOREL en la pretensión bajo análisis, toda vez que no resulta claro si el deterioro de la Obra fue ocasionado por la ejecución de un expediente técnico deficiente, o por la ausencia de una protección adecuada de los trabajos luego de la entrega física de la Obra, teniendo en cuenta los diversos factores externos que podrían haberla afectado.

- 10.3. Por otro lado, debe advertirse además, que la Administración Pública que aprobó el Expediente Técnico de la Obra, lo hizo en el pleno ejercicio de sus facultades, las cuales revisten un cierto grado de discrecionalidad, pues no existe ninguna norma que establezca parámetros para determinar con exactitud, desde el punto de vista técnico, cuándo un expediente debe ser

**CONSORCIO ANACONDA**  
 • SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
 SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE  
 Representante Legal

aprobado y cuando debe ser desaprobado, existiendo únicamente una serie de criterios propios de la ingeniería que deben ser evaluados por el personal calificado de la Entidad (en este caso, de PROVIAS DEPARTAMENTAL), a efectos de adoptar una decisión.

En tal sentido, al haberse aprobado el expediente técnico en ejercicio de facultades discrecionales, no es posible afirmar que dicho acto administrativo contiene un vicio que genere su nulidad, debiendo desestimarse por tal motivo lo pretendido por el GOREL.

- 10.4. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Expediente Técnico fue aprobado por PROVIAS DEPARTAMENTAL, luego de haber sido evaluado por su personal calificado, por lo que un cuestionamiento en esta instancia resulta inadmisibile desde el punto de vista de la doctrina de los actos propios o "*venire contra factum proprio, non valet*", que ha sido desarrollada al resolver acerca de la Entidad competente para llevar a cabo el procedimiento de liquidación del CONTRATO, en el numeral 5 de la parte considerativa del presente laudo.

En efecto, en aplicación de la citada doctrina, la Administración Pública no puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, como en este caso sería la aprobación del Expediente Técnico por parte de PROVIAS DEPARTAMENTAL, y por encargo del GOREL, expresado a través del CONVENIO suscrito entre ambas entidades.

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que la pretensión formulada por el GOREL, debe ser declarada INFUNDADA.

11. ANÁLISIS DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL PLANTEADA POR EL CONSORCIO EN SU ESCRITO DE FECHA 12 DE MARZO DE 2004. SOBRE PAGO DE INTERESES, GASTOS, Y COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

*"Cuarta pretensión principal: El pago de intereses, gastos, costos y costas del proceso arbitral."*

- 11.1. En relación con esta pretensión, este Tribunal considera necesario aclarar que ésta incluye conceptos distintos, pues por un lado se solicita el pago de intereses y gastos, mientras que por el otro se pretende que se condene al GOREL al pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

J. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

- 11.2. En cuanto a los intereses solicitados, al haber sido pretendidos en el escrito de fecha 12 de marzo de 2004, éstos se refieren a aquellos que se habrían devengado como producto de la falta de pago de la liquidación del CONSORCIO. Sin embargo, como ha quedado establecido al resolver la primera pretensión del CONSORCIO, formulada en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, dicha liquidación fue válidamente observada por el GOREL, y por tanto, no habría quedado consentida.

En consecuencia, siendo los intereses un concepto accesorio a una obligación principal de pago, este Tribunal considera que estos no deben ser reconocidos, en tanto dicha obligación principal de pago no existiría, al no haber quedado consentida la liquidación elaborada por el CONSORCIO.

- 11.3. Por otro lado, en cuanto al pago de gastos derivados de la liquidación, el CONSORCIO no ha precisado qué conceptos comprende dentro de dicha categoría, ni tampoco ha ofrecido medios de prueba destinados a acreditar su ocurrencia ni su cuantía, por lo que debe desestimarse dicho extremo de la pretensión, al no encontrarse sustentada con ningún tipo de material probatorio.

- 11.4. Finalmente, en lo que se refiere al pago de las costas y costos del arbitraje, el artículo 52° de la Ley General de Arbitraje, aplicable ante el silencio de la LCAE y el RECAE, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los "gastos" del arbitraje, teniendo presente lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

Agrega que tales "gastos" incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, de los abogados de las partes y las retribuciones del secretario. Además, la norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral por su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Atendiendo a que no existe pacto sobre las costas o costos en el convenio arbitral celebrado entre las partes, corresponde a este Tribunal Arbitral establecer a quién corresponde asumir las costas y costos de este proceso arbitral.

En tal sentido, este Colegiado considera a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral y de que algunas de ellas han sido amparadas y otras desestimadas.

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - T y T SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHÁVEZ MARIQUE

En consecuencia, este Tribunal estima que cada parte debe asumir directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, asumir los gastos, costos y costas que incurrió como consecuencia del presente proceso arbitral, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa legal, etc.

En concordancia con lo anterior, y teniendo en cuenta que durante la tramitación del presente proceso, el GOREL ha asumido diversos gastos del arbitraje por cuenta del CONSORCIO demandante, este Tribunal considera que tales montos deben serle restituidos, sin perjuicio de lo señalado en la Resolución N° 16 de fecha 05 de noviembre de 2003, respecto del mayor monto de honorarios que deberá ser asumido por el GOREL, en función de su reconvencción.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la LCAE y el RECAE, como por lo dispuesto en la LGA, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad deducida por el CONSORCIO respecto de la reconvencción.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal planteada por el CONSORCIO en su demanda arbitral, referida al pago de una indemnización por daños y perjuicios causados por la indebida resolución del CONTRATO.

En consecuencia, se ordena que el GOREL restituya al CONSORCIO el pago que este debió efectuar a los trabajadores operarios de equipos, por paralización intempestiva de labores, el cual deberá liquidarse de acuerdo a lo señalado en el punto 2.4.3. de la parte considerativa del presente laudo.

TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión principal planteada por el CONSORCIO en su escrito de demanda, referida al pago de un lucro cesante ascendente al cincuenta por ciento (50%) de la utilidad dejada de percibir como consecuencia de la indebida resolución del CONTRATO.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal planteada por el CONSORCIO en su escrito de demanda, referida a la nulidad parcial del Acta Verificación realizada al momento de la constatación física y entrega de la Obra.

QUINTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la cuarta pretensión principal planteada por el CONSORCIO en su escrito de demanda, en el extremo que solicita el pago de intereses derivados de la indemnización por daños y perjuicios.

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - TyT SAC

W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PE德罗 E. CHAVEZ MANRIQUE  
Representante Legal

En consecuencia, se ordena que el GOREL pague al CONSORCIO los intereses legales devengados por la suma señalada en los puntos segundo y tercero de la parte resolutive de la presente resolución, calculados desde el día 12 de mayo de 2003 hasta su fecha de pago efectivo.

**SEXTO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión planteada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, referida al pago de S/.10'223,680.43 nuevos soles, derivados de la liquidación final del CONTRATO elaborada por el CONSORCIO.

**SÉTIMO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la reconvenición planteada por el GOREL, referida a que se declare válida y consentida la liquidación practicada por éste mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 798-2003-GRL-P.

**OCTAVO:** Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la reconvenición planteada por el GOREL, referida al pago de la suma de S/.73'873,576.22 nuevos soles, a través de la ejecución de las cartas fianzas por un valor S/. 25'926,966.69 y el pago directo de la diferencia por parte del CONSORCIO.

**NOVENO:** Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión subordinada planteada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, referida al pago de un eventual saldo a favor del GOREL derivado de la liquidación final del CONTRATO, a través de: (i) una obligación de hacer, consistente en el pago mediante la ejecución de la Obra, en el tramo del Km. 1 al Km. 7, a nivel de carpeta asfáltica de 2 pulgadas, y (ii) una obligación de dar, consistente en la entrega del saldo del material en cancha inventariado en la diligencia de Constatación Física y Entrega de la Obra.

**DÉCIMO:** Declarar que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la primera pretensión formulada por el GOREL en su escrito de fecha 29 de abril de 2004, referida a la ejecución de la obra por parte del CONSORCIO entre los Km. 1+000 al Km. 8+000.

**UNDECIMO:** Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión subordinada formulada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, referida a que se declare firme la Ampliación de Plazo N° 09 por cuarenta (40) días, y la cancelación del Presupuesto Adicional N° 01 ascendente a la suma de S/.369,016.95 nuevos soles.

**DUODÉCIMO:** Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión principal formulada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, en el extremo que solicita la devolución de las cartas fianza de Fiel Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento.

En consecuencia, se ordena al GOREL que devuelva al CONSORCIO (i) las cartas fianza que tenga en su poder y que se encuentren vencidas, por ser

**CONSORCIO ANACONDA**  
SIMAPERU S.A. - I y T SAC

**JACKSON & SONS CONSTRUCTION**  
SUCURSAL PERU

**PEDRO E. CHAVEZ MANRIQUE**  
Representante Legal

inejecutables, independientemente del concepto por el cual fueron otorgadas, y (ii) las cartas fianza de Fiel Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento que se encuentren vigentes y que estén bajo su poder, o en caso de no tenerlas bajo su poder, realizar las gestiones pertinentes ante el MTC para que proceda a devolverlas al CONSORCIO, debiendo éste último mantener vigentes las cartas fianza por Adelantos en Efectivo y/o para Materiales hasta que se apruebe una liquidación final del CONTRATO, de manera definitiva.

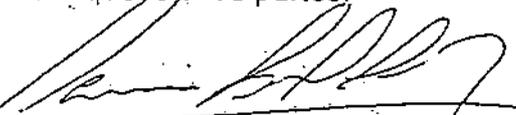
**DÉCIMO TERCERO:** Declarar FUNDADA EN PARTE la tercera pretensión principal formulada por el CONSORCIO en su escrito de fecha 12 de marzo de 2004, ordenándose que el GOREL reintegre al CONSORCIO los costos financieros incurridos en la renovación de las cartas fianzas de Fiel Cumplimiento y Seriedad de Cumplimiento, producidas con posterioridad a la resolución del CONTRATO.

**DÉCIMO CUARTO:** Declarar INFUNDADA la segunda pretensión formulada por el GOREL en su escrito de fecha 29 de abril de 2004, referida a la nulidad de la Resolución N° 246-2002-MTC/15.17 que aprobó el Expediente Técnico de la Obra.

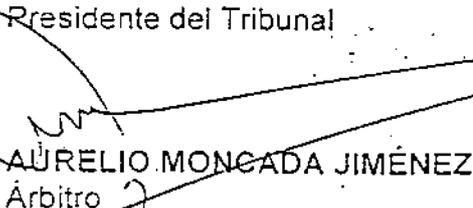
**DÉCIMO QUINTO:** Declarar INFUNDADA la cuarta pretensión principal formulada por el CONSORCIO, referida al pago de los intereses y gastos derivados de la liquidación del CONTRATO que fuera elaborada por el CONSORCIO.

**DÉCIMO SEXTO:** Disponer que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes -honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral, es decir sus costas y costos, en partes iguales.

Notifíquese a las partes.



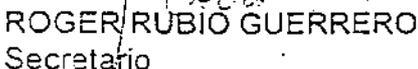
JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA  
Residente del Tribunal



AURELIO MONCADA JIMÉNEZ  
Árbitro



RAMIRO RIVERA REYES  
Árbitro



ROGER RUBIO GUERRERO  
Secretario

CONSORCIO ANACONDA  
SIMA PERU S.A. - T y T SAC  
W. JACKSON & SONS CONSTRUCTION  
SUCURSAL PERU

PEDRO E. CHAVEZ MARIQUE