

LAUDO ARBITRAL

Clase de Arbitraje:

Ad hoc, Nacional y de Derecho

Las Partes:

- CENTRO MOVIL TUMBES E.I.R.L. (en adelante LA CONTRATISTA O EL DEMANDANTE)
- PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES (en adelante LA ENTIDAD O LA DEMANDADA).

Tribunal Arbitral:

- Dr. Ernesto Valverde Vilela - Presidente de Tribunal Arbitral
- Dr. Luis Felipe Pardo Narváez - Árbitro
- Dr. José Carlos Arroyo Reyes - Árbitro

Secretario Arbitral:

- Bach. Edwin Germán Panta Zegarra.

En la ciudad de Lima, con fecha 26 de Mayo de 2011 en la sede arbitral ubicada en Jr. Huáscar N° 1539, Oficina 303 - Distrito de Jesús María - Provincia y Departamento de Lima, se reunió el Tribunal Arbitral integrado por el Doctor Ernesto Valverde Vilela, quien lo preside y los doctores José Carlos Arroyo Reyes y Luis Felipe Pardo Narváez, a efectos de emitir el siguiente Laudo Arbitral de Derecho, en el proceso arbitral iniciado por CENTRO MOVIL TUMBES E.I.R.L. con el PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES.

RESOLUCION N° 11

Lima 26 de Mayo de 2011.

VISTOS:

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Que, en el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006/INADE-PEBPT-8701, en su cláusula vigésima tercera, "De la solución de Controversias", se estipuló que: las partes acuerdan que cualquier controversia o reclamo que surgiera, o se relacione con la interpretación y/o ejecución del contrato y que surja desde la celebración del mismo, se resolverá mediante arbitraje.

2. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Que, con fecha 16 de febrero de 2010, se suscribió el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral para resolver la controversia entre la contratista, CENTRO MOVÍL TUMBES E.I.R.L., y el PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES, quedando de esta manera como Presidente del Tribunal Arbitral el Dr. Máximo Herrera Bonilla, y como Árbitros de parte el Dr. José Carlos Arroyo Reyes y el Dr. Luis Felipe Pardo Narváez; en cargándose la Secretaria Arbitral, a la Dra. Luz Elvira Contreras Otiniano.

3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

De conformidad con lo establecido en el numeral 6) del Acta de Instalación se dispuso que, serán de aplicación al arbitraje las reglas establecidas en el Acta de Instalación, en su defecto, lo dispuesto por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM), su REGLAMENTO (Decreto Supremo N° 084-2004-PCM) y supletoriamente, por el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje.

Se dispuso que, en caso de discrepancias de interpretación, de insuficiencia de reglas o de vacío normativo respecto al contenido del Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral resolverá en

forma definitiva del modo que considere apropiado, al amparo de lo establecido en los artículos 34° y 40° del Decreto Legislativo N° 1071.

4. PRETENSIONES Y POSICIONES DE LAS PARTES EN SUS RESPECTIVOS ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Con fecha 17 de marzo de 2010, LA CONTRATISTA dentro del plazo otorgado presentó su demanda, y con fecha 27 de abril del 2010 la Demandante subsanó las observaciones advertidas mediante Resolución N° 02 del 13 de abril de 2010.

Con Resolución N° 03, se resolvió tener por presentada la demanda y por ofrecidos los medios probatorios acompañados, corriéndose traslado de la demanda a LA ENTIDAD, para que proceda a contestar la demanda por el plazo de diez (10) días hábiles.

Por su parte, LA ENTIDAD, dentro del plazo otorgado contestó la demanda, cumpliendo con todos los requisitos de admisibilidad, por lo que, mediante Resolución N° 04, se dispuso tener por contestada la demanda, y por ofrecidos los medios probatorios.

Veamos a continuación cuales fueron los fundamentos que se expusieron en los escritos de la demanda arbitral y su contestación.

4.1 DE LA DEMANDA:

PRETENSION:

Que se declare la nulidad y/o se deje sin efecto la Resolución Directoral N° 881/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, mediante el cual la Entidad resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701 y como consecuencia se ordene a la demandada el reconocimiento a favor de nuestra representada de la suma de S/. 218,934.04 por daños y perjuicios irrogados en mayores gastos generales por concepto de guardianía por la suma de S/ 189,000.00 y la suma de S/. 29,934.09 por mantenimiento

de cartas fianzas, haciendo un total de S/. 218,934.09, más intereses, costas y costos generados del presente proceso.

Para sustentar su PRETENSión, LA CONTRATISTA, señala lo siguiente:

Las partes suscribieron el 20 de marzo del 2006, el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701 para la ejecución de la Obra: "Construcción de Dos (02) Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Loma de la Pitaya – Aguas Verdes y Puerta de Golpe – Aguas Verdes con un costo total por la suma de S/. 765,173.21 incluido I.G.V, y un plazo de ejecución de 110 días calendarios, con el objeto colocar, montar, instalar y poner en actividad los equipos y accesorios necesarios para la construcción y electrificación de dos pozos tubulares en los sectores comprometidos.

Con fecha 05 de mayo del 2006, las partes contratantes suscriben el Acta de Entrega de Terreno donde se ejecutará la Obra, con la participación del Ing° César Zamora Castañeda – Director de Infraestructura; Ing° Oswaldo Vívar Párraga – Jefe de la Supervisión por parte de la demandada y el Ing° Manuel Glaster Rodríguez Yupanqui en calidad de Residente de Obra representante del Contratista.

Mediante Of. N° 537-2006-INADE.PEBPT.8701.D-INF del 03/07/2006, el Director Ejecutivo del PEBPT solicita a LA CONTRATISTA le alcance la características y especificaciones de los equipos (entiéndase motor y bomba) para lo cual concede un plazo de 24 horas. Aquí se colige que el PEBPT era el encargado de suministrar los equipos. Es así que LA CONTRATISTA mediante carta S/N de fecha 03/07/2006 recepcionada por la demandada con fecha 04/07/2006 le alcanza al Director Ejecutivo del PEBPT las características y especificaciones de los equipos.

Con fecha 05 de octubre del 2006, LA CONTRATISTA y LA ENTIDAD celebran la Addenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701, mediante el cual se estableció:

"Respecto a la ejecución de las partidas de obra relacionadas directamente con la disponibilidad oportuna en obra del Equipo de Bombeo y su respectivo motor eléctrico, las partes acuerdan lo siguiente:

Aprobar la suspensión del Contrato sin reconocimiento de pago de gastos generales hasta la entrega de las Electrobombas por parte de los agricultores beneficiarios al Contratista luego de lo cual este cumplirá con la ejecución de las siguientes partidas de obra por cada pozo:

07.07.00 Coberturas

07.10.00 Carpintería Metálica

07.11.00 Pintura en Caseta de Bombeo

08.07.00 Pintura en Poza de Descarga

09.01.00 Equipamiento de Pozos tuburales, incluye tablero de distribución eléctrica.

Decisión que se toma por cuanto las actividades señaladas se relacionan entre sí con la instalación de los equipos de bombeo cuya adquisición de los mismos está a cargo de los agricultores beneficiarios de la obra".

Con fecha 30 de marzo del 2007 llegaron a la Entidad 11 equipos de bombeo destinados para el valle de Zarumilla; sin embargo, la propia Entidad mediante Informe N° 157-2007/INADE-PEBPT-8704 de fecha 18/09/07 del Gerente de Infraestructura expresó que tan solo 07 equipos podrían utilizarse, previa revisión y pruebas de sus componentes y para el resto deberán buscarse bombas de menor caudal, de lo que se colige que las bombas donadas por el Ministerio de Agricultura no reunían las especificaciones técnicas requeridas en el Expediente Técnico de la Obra, en tal sentido, no se había cumplido con efectivizar la contrapartida, en consecuencia continuaba la causal de paralización de la obra.

Mediante Of. 531/2007-INADE-PEBT-8701-D-INF de fecha 08/05/2007 el Director Ejecutivo del PEBPT nos invita a una reunión de coordinación para realizarse el día 09/05/2007 a llevarse a cabo en la Dirección de Infraestructura.

Mediante Acta de Reunión de fecha 09/05/2007 suscrita por el Jefe de Infraestructura, Jefe de Adjudicación de Tierras y Supervisión de Obra por parte del PEBPT, el representante del Distrito de Riego, el representante de la Junta de Usuarios conjuntamente con los representantes de todas las empresas contratistas que habían ejecutado la construcción de los 11 pozos entre ellos mi representada se tomaron acuerdos referente a las entregas de los equipos (motos y bomba) que habían sido donados por el Ministerio de Agricultura a favor del PEBPT, transferidas a la Comisión de Regantes pero se les entregaban a los contratistas, así como que en la partida de Instalación de Equipos, la Entidad PEBPT solicita a los contratistas que asuman los gastos de mantenimiento de los equipos para su operatividad e instalación para lo cual el Sr. Alfredo Guaranda Agurto, técnico especialista se constituyó al local del PEBPT con la finalidad de darle mantenimiento al equipo que cumplía con las especificaciones para ser instalado en el pozo que mi representada había ejecutado lo cual se procedió a hacerlo.

LA CONTRATISTA expone que por lo señalado en sus fundamentos, no existió un retraso injustificado por parte de ellos en las prestaciones objeto del contrato ya que ni la entidad ni los agricultores cumplieron con hacer entrega oportuna de los equipos. La entidad solicitó que se envíen las características de los equipos y LA CONTRATISTA cumplió con ello e incluso en forma reiterativa solicitó la entrega de los mismos. Es decir, a raíz de eso se suscitan una serie de reuniones con la finalidad de dar solución a la culminación de la obra es así, que LA CONTRATISTA cumplió estrictamente en lo concerniente a los trámites ante la empresa generadora de energía de la ciudad de Tumbes que es ENOSA.

Mediante documento NTM.2355-2006-ENOSA del 09/10/2006 ENOSA le indica al PEBPT, que es necesario que su representada (PEBPT) certifique la culminación de la obra en su conjunto, asimismo es requisito indispensable adjuntar el expediente de replanteo de obra según lo establecido en la norma de procedimientos para la elaboración de proyectos-RD-018-2002-EM/DGE, es decir se refería a la culminación de los trabajos (obras) de los 11 pozos; es de añadir que en el documento aludido de ENOSA, esta empresa hace mención que entre otros LA CONTRATISTA viene solicitando fecha y hora para la realización del protocolo de pruebas por tramos de la obra "SISTEMA DE UTILIZACION EN MEDIA

TENSION EN 10.229KV TRIFASICA PARA LA PERFORACION, ELECTRIFICACION Y EQUIPAMIENTO DE POZOS TUBULARES DEL VALLE ZARUMILLA". Es decir, en el caso de LA CONTRATISTA se hacia imposible proceder a la Inspección y posterior protocolo de pruebas, por cuanto ENOSA exigia la culminación en su conjunto de las obras eléctricas (caso particular de mi representada en lo que concierne al pozo de pocitos si había cumplido), es decir la culminación en la ejecución de los 11 pozos, por lo quedaria demostrado que era imposible para proceder a la electrificación del pozo aun habiendo concluido ya que ENOSA no procedería a dicho fin.

Mediante Resolución Directoral N° 153/2007-INADE-PEBPT-8701 sin fecha en fotocopia certificada por el Fedatario del PEBPT el 13/07/2007, unilateralmente la Entidad deja sin efecto la suspensión del contrato de obra acordada de mutuo acuerdo mediante Addenda N° 01 al Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701, y ordena el reinicio de los trabajos de la "Construcción de dos (02) Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Loma de la Pitaya – Aguas Verdes y Puerta de Golpe – Aguas Verdes", pese a que la causa de paralización no había fenecido, y más aún, teniendo en consideración que un acto bilateral como es la Addenda, no puede dejarse sin efecto y/o anularse sin que las partes acuerden ello o uno de los contratantes incurran en incumplimiento previamente establecido en el contrato principal, en son consecuencia, resulta ser un acto administrativo nulo de pleno derecho; al amparo de lo establecido en la Norma de Procedimiento Administrativo general – Ley 274444 aplicable supletoriamente. En el considerando 11vo de la ilegal resolución se establece que mediante informe N° 217-INADE-PEBPT-8704, del 01/06/2007 generado por la Dirección de Infraestructura, que en el Presupuesto de obra estaba incluido la adquisición de los equipos (lo cual contravenía la Addenda), por tanto es responsabilidad de los contratistas la adquisición de los equipos. Asimismo se puede apreciar del considerando 12vo que del Informa anterior indicado se genera como consecuencia del Informa N° 030-2007-INADE-PEBPT-8704-SUP/CARP del 01/06/2007, elaborado por el Ing. Carlos Ruiz Puelles (Uno de los tantos supervisores, ya que en la ejecución de la obra cambiaban de supervisores constantemente conforme se aprecia en la Res N° 158-2007-INADE-PEBPT-8701 que designa al Ing. Ruiz Puelles, RD N° 212-2007-INADE-PEBPT-8701 del 18/09/2007 en la cual designa al Ing. Jorge Espinoza Cucalón, RD N° 226-2007-INADE-PEBPT-8701 del 11/10/2007 donde se designa al Ing. Wilmer Córdova López, RD N° 204-2008-INADE-PEBPT-8701 del 19/11/2008 donde

Caso Arbitral: "Constructora Centro Móvil Tumbes vs. Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes - PEBPT"

se designa al Ing. Jesús Caira Ale), precisa que con la entrega de bombas donadas por el Ministerio de Agricultura a los Contratistas por medio de la Comisión de Regantes y el pago de las partidas completas a favor de los mismos se puede estar cometiendo un grave error por cuanto se está entregando un bien donado al PEBPT y al mismo tiempo se estaría pagando por un bien no suministrado, lo cual no es cierto porque se acordó que solo se pagaría un porcentaje de la partida, además tanto el transporte de las bombas desde Lima a la ciudad de Tumbes y su mantenimiento corrieron por parte de mi representada.

Mediante Carta Notarial sin fecha, notificada a LA CONTRATISTA del 16/07/2007, el Director el Ejecutivo requiere para que en el plazo de 15 días se cumpla con reiniciar la obra bajo apercibimiento (entiéndase de resolver el contrato).

Mediante Acta de entrega notarial de fecha 11/09/2007, se procede a la entrega del equipo de bombeo a LA CONTRATISTA por parte del Sr. José Manuel Cedillo Cruz en su condición de Presidente de la Comisión de Regantes de Zarumilla para proceder a su mantenimiento en cumplimiento al acta de acuerdo de fecha 09/05/2007, dándole validez a la misma, la que se suscribió entre Contratistas, Comisión de Regantes, Junta de Usuarios, Representantes del Distrito de Riego de Tumbes y Representantes de la Entidad asentados en dicha Acta).

En la Carta de Compromiso de fecha 25/10/2007, LA CONTRATISTA se compromete a asumir cualquier tipo de daño y/o perjuicio que se pueda presentar en la obra. Aquí en esta carta en el punto 4 se establece "que la obra se encuentra concluida físicamente faltando el trámite ante ENOSA para las pruebas eléctricas...".

Mediante Acta de compromiso suscrita entre LA CONTRATISTA y el Director Ejecutivo del PEBPT de fecha 26/10/2007, señala "que en el mes de septiembre se realizó el mantenimiento e instalación de los equipos de bombeo". En el antecedente N° 3 de dicha acta se establece que del 01 al 15/10/2007 se concluyó totalmente la ejecución de la obra quedando en condiciones de ser probada con energía eléctrica". En tal sentido se acordó que EL CONSORCIO se comprometa a entregar la obra en el plazo de 15 días; aquí es de

Caso Arbitral: "Constructora Centro Móvil Tumbes vs. Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes - PEBPT"

hacer mención que de acuerdo al documento NTM-2355-2006/ENOSA del 09/10/2006 ENOSA le manifiesta al PEBPT, que entre otros, EL CONSORCIO viene solicitando fecha y hora para la realización del protocolo de pruebas por tramos de la obra "SISTEMA DE UTILIZACION EN MEDIA TENSION EN 10.229KV TRIFASICO PARA LA PERFORACION, ELECTRIFICACION Y EQUIPAMIENTO DE POZOS TUBULARES DEL VALLE DE ZARUMILLA" propiedad de su representada y en el segundo párrafo le manifiesta que para proceder a la fijación de fecha y hora para realizar la inspección y el correspondiente protocolo de pruebas de la obra indicada es necesario que su representada certifique la culminación de la obra en su conjunto, es decir los 11 pozos.

Mediante oficio de fecha 30/03/2009, generado por la Dirección Ejecutiva se le otorga a LA CONTRATISTA un plazo de 15 días con la finalidad de que se cumpla con las obligaciones advertidas bajo apercibimiento de resolver el contrato; es decir, después de haber transcurrido más de 30 meses desde que nos remitieran la carta Notarial, en la cual se requería para que en el plazo máximo de 15 días se cumpla con reiniciar la obra, y requieren mediante un oficio simple, más no con carta notarial bajo apercibimiento nuevamente de resolver el contrato; carta notarial que es requisito establecido en al Art. 206 del Reglamento.

LA ENTIDAD notifica a LA CONTRATISTA la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE del 17 de Agosto del 2009 recepcionada con fecha 19/08/2009, mediante el cual se resuelve de pleno derecho el Contrato de Ejecución de Obra, bajo la supuesta y negada acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones contractuales, a pesar que no existía dicho motivo de acumulación del máximo monto de penalidad, ya que según LA CONTRATISTA, jamás en la etapa de ejecución anterior a la maliciosa Resolución se aplicó multa alguna, y el requerimiento con apercibimiento se realizó mediante cartas simples, contraviniendo lo establecido en el Reglamento en su art. 226.

Que, la Resolución de Contrato dispuesta por LA ENTIDAD, al supuestamente haber acumulado el máximo de penalidad por mora no ha observado el procedimiento pre-establecido por el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y

Adquisiciones del Estado, pues, ante la falta de cumplimiento de una de las partes de sus obligaciones, el contratante perjudicado deberá requerirlo mediante Carta Notarial para que la satisfaga, en el caso de obra, en un plazo de 15 días, si vencido dicho plazo el incumplimiento continua, la parte perjudicada recién podrá resolver el contrato, teniendo en consideración que conforme al artículo 222° del Reglamento cuando se llegue a cubrir el máximo de la penalidad por mora, LA ENTIDAD podrá resolver el Contrato por incumplimiento; sin embargo, la Entidad no efectuó el requerimiento previo de acuerdo a lo señalado al Reglamento, trasgrediendo el artículo mencionado, en tal sentido, el acto administrativo mediante el cual resuelve el Contrato de Obra deviene en nulo de pleno derecho, de conformidad con el artículo 10° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

EL CONTRATISTA recalca que con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 184-2008-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ya no se efectuará el requerimiento previo cuando la Resolución de Contrato obedezca a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, conforme se puede apreciar del artículo 169° de la mencionada norma, dispositivo que no resulta aplicable al presente caso, puesto que las normas no se aplican retroactivamente, en tal sentido, la norma aplicable según lo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral AD HOC en el punto 6, es el DS N° 083-2004-PCM-LEY; y su Reglamento DS 084-2004-PCM en aplicación del principio de temporalidad.

Que, EL CONTRATISTA argumenta que respecto a la decisión LA ENTIDAD de dar por resuelto el Contrato de Ejecución de Obra sin realizar el requerimiento previo, se ha causado grave perjuicio económico a ella, por lo que mediante su demanda arbitral se solicita se declare la nulidad y/o se deje sin efecto legal la Resolución Directoral N° 881/2009-AG-PEBPT-DE y en consecuencia se ordene a LA ENTIDAD reconozca a favor de EL CONTRATISTA la suma 133,245.15 (Ciento treinta y tres mil doscientos cuarenta y cinco con 15/100 nuevos soles) por daños y perjuicio irrogados en mayores gastos generales por concepto de: guardiana por la suma de S/ 126,000.00 por mantenimiento y renovación de de carta de fiel cumplimiento por la suma de S/. 7.245.15 más intereses, costas y costos generados del presente proceso.

Señala LA CONTRATISTA que, ante la decisión arbitraria de la Entidad de dar por resuelto el Contrato de Ejecución de Obra sin realizar el requerimiento previo, se ha causado grave perjuicio a la parte demandante, por lo que, además de solicitar al Tribunal Arbitral declare la nulidad del acto administrativo que resuelve el contrato, y en consecuencia, se ordene a la demandada el reconocimiento a favor de nuestra representada de la suma de S/. 218,934.04, monto que resulta ser la suma de los conceptos por daños y perjuicios irrogados en mayores gastos generales por pago de guardiana (S/ 189,000.00), y por concepto de mantenimiento de cartas fianzas (S/. 29,934.09), más el pago de intereses, costas y costos generados del presente proceso.

Que, EL CONTRATISTA señala que no ha existido demora injustificada en la ejecución de la obra, y que muy por el contrario ha existido demora por parte de LA ENTIDAD así como de parte de los agricultores en la entrega de los equipos. Asimismo que como se aprecia de las reuniones éstas eran convocadas por parte de LA ENTIDAD; y que debido a la constante determinación de cambio de supervisores se ha producido una extensión tácita del plazo para la ejecución de la obra, asimismo que de acuerdo a lo manifestado por la empresa ENOSA a la Entidad (PEBPT), mientras no se culmine la totalidad de los 11 pozos tubulares, es imposible proceder a la Inspección y protocolo de pruebas lo cual acarrea a que ha existido una responsabilidad funcional administrativa de parte de LA ENTIDAD al no haber tenido presente al momento de la elaboración de los expedientes en lo concerniente a la parte eléctrica, lo cual demuestra que no existió oportunamente las coordinaciones a través de LA ENTIDAD - PEBPT-ENOSA)

4.2 DE LA CONTESTACIÓN:

DE LOS FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Para contradecir los argumentos de la PRETENSIÓN, LA ENTIDAD, señala que:

Qué, con fecha 20 de marzo del 2006 suscribieron el Contrato de Ejecución de la Obra: "Construcción de dos (02) Pozos Tuburales y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores

Caso Arbitral: "Constructora Centro Móvil Tumbes vs. Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes - PEBPT"

Loma de la Pitaya – Aguas Verdes y Puerta de Golpe – Aguas Verdes", con un costo total de S/.765,173.21 incluido IGV, y un plazo de ejecución de 110 días calendario; sin embargo, es oportuno advertir que en el mencionado proyecto, en la fase de preinversión, se estableció que los beneficiarios del mismo (agricultores de la zona) se comprometían en financiar el costo de funcionamiento de cada Pozo Tubular, requisito exigido por el SNIF, para lo cual se suscribieron las constancias de compromiso de financiamiento de los equipos de bombeo por los Directivos de los Comités de Riego, por ello, tanto en las Bases Administrativas del Proceso de Selección como en el Expediente Técnico (Capítulo 03) se incluía, dentro del Presupuesto, las partidas de equipamiento del Pozo Tubular, instalación y adquisición de equipos en la misma, tal como se desprende del análisis de costos unitarios que se adjunta a la presente; en tal sentido, le correspondía al demandante la adquisición de los equipos de bombeo a ser utilizados en el Obra, en tal sentido resulta incorrecta la apreciación del demandante establecida en el fundamento tercero.

Que respecto al cuarto fundamento de la demanda, si bien el 02 de octubre del 2006 LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA suscribieron la Addenda N° 01, mediante el cual se aprueba la suspensión del Contrato sin reconocimiento de mayores gastos generales hasta la entrega de las electrobombas por parte de los agricultores a contratista; sin embargo, el Supervisor de la parte eléctrica, mediante Informe N° 042-2007-INADE-PEBPT-8704-SUP/CARP del 06 de julio del 2007 advirtió que dentro del Presupuesto de Obras está considerado la partida de adquisición de equipos de bombeo, razón por la cual recomienda se declare la nulidad de la aludida Addenda y se reanuden los trabajos de obra, debiendo LA CONTRATISTA en un plazo no mayor de 07 días calendario presentar ante la Entidad el Calendario reprogramado, en razón a ello, es que mediante Resolución Directoral N° 1543/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007 se tiene por resuelta la Addenda N° 01 del Contrato de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701 del 02 de octubre del 2006 suscrito entre LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA y en consecuencia de deja sin efecto la suspensión del Contrato de Obra, acto administrativo que no fuera impugnado por el demandante, en tal sentido adquirió la calidad de firme y consentido, conforme lo prescribe el artículo 212° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, en relación al noveno fundamento, se debe advertir que, tal como lo manifestó la Dirección de Infraestructura con Informe N° 219/2009-AG-PEBPT-D.INF del 23 de junio del

2009, el periodo máximo de la penalidad en el Contrato de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701 que asciende a 17 días calendarios, había sido superado excesivamente, toda vez que con Resolución Directoral N° 154/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007 se deja sin efecto la suspensión del Contrato de Obra acordada mediante Addenda N° 01, por lo que corresponde aplicar lo normado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es por ello que la Oficina de Asesoría Jurídica, mediante Informe N° 607/2009-AG-PEBPT-OAJ del 07 de agosto del 2009 opina por resolver el aludido Contrato de Obra, debiendo notificarse a LA CONTRATISTA vía Carta Notarial.

Que, LA ENTIDAD mediante carta notarial notifica a LA CONTRATISTA, Resolución N° 878/2009-AG-PEBPT-DE del 17 de agosto del 2009 resuelve de pleno derecho el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701 para la ejecución de la Obra: "Construcción de Dos (02) Pozo Tubular y Mejoramiento de Sistema de Sectores Loma de la Pitaya – Aguas Verdes y Puerta de Golpe – Aguas Verdes" y se dispone la realización de la Constatación Física e Inventario de Obra el mismo que se llevó a cabo el día 26 de agosto del 2009 a las 10:00 am.

Asimismo, el artículo 226° del Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado prescribe de manera clara que en caso de *incumplimiento* de obligaciones de alguna de las partes, el perjudicado deberá requerir mediante Carta Notarial para que las *satisfaga* en un periodo no mayor de 15 días, sin embargo en el caso de penalidades por mora en la ejecución de prestaciones, cuando éstas lleguen a cubrir el monto máximo, carece de objeto requerir se satisfaga el incumplimiento advertido, pues es una situación que no se podrá revertir, es por ello que el actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-208-EF en su artículo 169° ha suprimido dicha exigencia por considerarla innecesaria.

5. **AUDIENCIA DE DETERMINACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS**

Con fecha 24 de setiembre de 2010, se llevó a cabo la AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS, desarrollando los siguientes aspectos:

5.1. SANEAMIENTO

El Tribunal Arbitral verificó de los documentos que obran en autos la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes, por lo que dispusieron declarar, en este extremo, saneado el procedimiento arbitral.

5.2. CONCILIACIÓN

A pesar de que el Tribunal Arbitral dialogó con las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, explicando las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no les es posible arribar a un acuerdo conciliatorio.

5.2. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Se fijó los puntos controvertidos, sobre los cuales el Tribunal Arbitral se deberá pronunciar en los términos siguientes:

1. Determinar si corresponde declarar o no, la nulidad y/o ineficacia la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, mediante el cual LA ENTIDAD resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701.
2. Como consecuencia del punto controvertido precedente, determinar si corresponde o no ordenar a la demandada el reconocimiento a favor de EL CONTRATISTA la suma de S/.218,934.04 (DOSCIENTOS DIECICHO MIL NOVECINETOS TREINTA Y CUATRO CON 04/100 NUEVOS SOLES) por daños y perjuicio irrogados en mayores gastos generales, derivados de los siguientes conceptos S/. 189,000.00 por guardianía y S/. 29.934.04 por mantenimiento de cartas fianzas.

3. Determinar a quién corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral, más los intereses generales hasta la fecha de su cancelación.

5.3. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

De conformidad con lo establecido en el numeral 22) de las reglas del procedimiento arbitral, el Tribunal Arbitral admitió los siguientes medios probatorios:

De la parte demandante:

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por la empresa **Centro Móvil Tumbes**, en su escrito de demanda presentado el 17 de marzo de 2010 (y luego subsanado con escrito de fecha 27/04/2010), detallados en el ítem denominado "*MEDIOS PROBATORIOS*", y los anexos identificados con los numerales I) al XXIX).

De la parte demandada:

Se admitió los medios probatorios ofrecidos por el **Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes** en su escrito de contestación de demanda presentado el 11 de junio de 2010, incluidos en el acápite "*V. MEDIOS PROBATORIOS*", y anexos signados con los puntos que van del Anexo 1-A) al Anexo 1-G).

6. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Mediante escritos de fecha el 14 y 17 de enero de 2011, el EL PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES y CENTRO MÓVIL TUMBES E.I.R.L, respectivamente, cumplen con presentar sus alegatos escritos, solicitando la Entidad programar una audiencia para Informes Orales.

7. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha 01 de abril de 2011 se llevo a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la participación de los representantes de ambas partes.

En esta Audiencia, previamente, se dio cuenta mediante resolución 08, de la renuncia del Dr. Máximo Elías Herrera Bonilla al cargo de Presidente del Tribunal Arbitral, aceptando en su reemplazo al Dr. Ernesto Valverde Vilela.

Asimismo, en este acto, ante la renuncia también presentada por la secretaria arbitral, Dra. Luz Contreras Otiniano, el Tribunal decide nombrar en su reemplazo al al señor Edwin Germán Panta Zegarra.

8. TRÁIGASE PARA RESOLVER

En la misma audiencia de informes orales, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la etapa probatoria y ordena poner a despacho el expediente con la finalidad de resolver en el plazo de treinta (30) días hábiles, según el Acta de Instalación.

Mediante resolución N° 10, se estima conveniente prorrogar la emisión del laudo, hasta en treinta (30) días hábiles.

De esta manera ha quedado expedito el presente expediente arbitral para emitir el correspondiente Laudo Arbitral.

Y CONSIDERANDO:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- ✓ Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, ratificada mediante Acta de Instalación, así como al amparo de la normativa vigente.
- ✓ La designación y aceptación de los miembros del Tribunal Arbitral se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.

- ✓ Ni el Contratista ni la Entidad recusaron a ningún miembro del Tribunal Arbitral, ni tampoco impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- ✓ El Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Entidad demandada fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció planamente su derecho de defensa, contestando la misma.
- ✓ Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de presentar sus alegatos escritos, y ejerciendo ambas el derecho a realizar sus respectivos informes orales.

En tal sentido, este colegiado procede a exponer las motivaciones que fundamentan su decisión.

9. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL

A) ANALISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR O NO, LA NULIDAD Y/O INEFICACIA LA RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 878/2009-AG-PEBPT-DE DE FECHA 17 DE AGOSTO DEL 2009, MEDIANTE EL CUAL LA ENTIDAD RESUELVE EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA N° 001-2006-INADE-PEBPT".

Al respecto debemos manifestar lo siguiente:

- 9.1. Que, la resolución cuya nulidad se pretende declarar, esto es, la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, **constituye un acto administrativo**, toda vez que se trata de una declaración de una Entidad determinada, en el marco del derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre una situación concreta, que en este caso deriva de un contrato administrativo.

Caso Arbitral: "Constructora Centro Móvil Tumbes vs. Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes - PEBPT"

En ese sentido, con la finalidad de poder pronunciarnos sobre la nulidad de este acto administrativo en el ámbito de la contratación pública, y de conformidad con el artículo 57° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, D.S. N° 083-2004-PCM; corresponde se analice si el acto administrativo en cuestión ha incurrido en alguno de los siguientes supuestos:

- Que, haya sido dictado por órgano incompetente.
- Que, contravenga normas legales.
- Que, contenga un imposible jurídico.
- Que, prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la normatividad aplicable.

Lo anterior, es concordante con lo establecido en el artículo 3°¹ y 10°² de Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, referidos a los requisitos de validez del acto administrativo y sus causales de nulidad, respectivamente.

¹ Artículo 3° de la Ley 27444.- **Requisitos de validez de los actos administrativos**

"Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. **Competencia.**- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. **Objeto o contenido.**- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. **Finalidad Pública.**- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. **Motivación.**- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

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

² "Artículo 10.- **Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

- 1) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- 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 a que se refiere el Artículo 14.
- 3) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
- 4) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

- 9.2. Que, tal como se observa de la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009 (Anexo 1-F de la Contestación de la demanda), así como del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701, para la ejecución de la Obra: "Construcción de Dos (02) Pozos Tuburales y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Loma de la Pitaya - Aguas Verdes y Puerta de Golpe – Aguas Verdes"; contrato suscrito entre CENTRO MOVIL TUMBES E.I.R.L., y EL PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES, (Anexo 1-C de la contestación de la demanda); se llega a determinar que **el funcionario público que suscribe la resolución que decide resolver el contrato, es del mismo nivel jerárquico (Director Ejecutivo) de aquel que suscribió el contrato**, conforme lo exige inciso c) del artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 083-2004-PCM; por lo que, se llega a determinar que el acto administrativo bajo análisis se dictó por funcionario competente.
- 9.3. Que, asimismo, siendo que la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701, documento en cuyas cláusulas primera y segunda, se evidencia que se había contratado a la empresa CONTRATISTA para la Construcción de Dos (02) Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Loma de la Pitaya – Aguas Verdes y Puerta de Golpe – Aguas Verdes, **ejecución de una obra que denota un fin público y lícito**. En ese sentido, derivando la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE de un contrato administrativo concreto y real, también se puede afirmar que se cumple con los requisitos de: "Objeto" física y jurídicamente posible y, el "Fin" público y lícito.
- 9.4. Que, respecto a la motivación como requisito de validez del acto administrativo, así como el requisito referido al "debido procedimiento", debemos señalar que merecerán un análisis en conjunto, teniendo en cuenta que lo que se pretende que se declare nulo es la decisión de LA ENTIDAD de resolver el contrato; y por ello centraremos nuestra atención en examinar dos aspectos subyacentes y de total relevancia en el tema de la "resolución de contrato". El primero, es el aspecto formal, esto es, *si el procedimiento para resolver el contrato ha sido el correcto, sin que haya existido ningún vicio que afecte su validez*; y de ser ello así, procederemos a analizar el aspecto de fondo, el mismo que consiste en *verificar si existió o no incumplimiento de las obligaciones contractuales*.

- 9.5. Que, del análisis de la normativa pertinente, tenemos que, el Artículo 225° del Reglamento³ prescribe que **la Entidad podrá resolver el contrato en tres supuestos**: i) cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo pese a haber sido requerido para ello; ii) cuando se haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o, iii) cuando se paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
- 9.6. Que, en cuanto al **procedimiento para resolver un contrato**, el inciso c) del Art. 41° de la Ley, prescribe que *"en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato*; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifiesta esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista, siendo que, igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento".
- 9.7. Que, de otro lado, el artículo 226° del Reglamento también regulando el procedimiento para resolver un contrato, precisa que *"si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

³ "Art. 225.- **Causales de resolución.**

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1) Cuando el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo pese a haber sido requerido para ello.
- 2) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o.
- 3) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41 de la ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales las mismas que se contemplan en las bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 226."

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial"⁴.

- 9.8. Que, ahora bien, teniendo en cuenta que la causal invocada para la resolver el contrato es haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo de LA CONTRATISTA, este colegiado considera **inútil un requerimiento previo antes de resolver el contrato, toda vez que no existe la posibilidad de enmendar un incumplimiento**; razón por la cual, aún cuando el artículo 226° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no mencione específicamente que el requerimiento previo es innecesario para la resolución del contrato por acumulación de máxima penalidad; resulta lógico entenderlo así, y por tanto, a criterio de este Tribunal Arbitral, ha sido correcto que LA ENTIDAD no le haya requerido, previamente, a LA CONTRATISTA el cumplimiento de sus obligaciones contractuales antes de resolver el contrato, basándose en la causal de acumulación de máxima penalidad.
- 9.9. Que, de otro lado, en el plano contractual se puede advertir que, en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato **las partes no han establecido un procedimiento de resolución de contrato específico para la causal de acumulación de máxima penalidad**, por lo que corresponde aplicar los dispositivos legales de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.
- 9.10. Que, en ese sentido, habiendo señalado en párrafos precedentes, cuáles son la causales para resolver el contrato y el procedimiento pertinente a seguir para tal efecto, de conformidad con lo establecido en las normas anteriormente citadas, podemos señalar que,

⁴ "Art. 226°.- **Procedimiento de resolución de contrato.**

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

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

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

De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento."

desde el punto de vista formal, LA ENTIDAD resolvió correctamente el contrato, toda vez que, mediante Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, emitida por autoridad competente decidió resolver el contrato al haberse acumulado el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a cargo de LA CONTRATISTA; resolución de contrato que se efectuó sin el requerimiento previo, por carecer de objeto para la causal invocada.

9.11. Que, corresponde ahora verificar si se satisfacen los requisitos de fondo necesarios para resolver válidamente el contrato, esto es, si CENTRO MOVIL TUMBES E.I.R.L., incumplió sus obligaciones contractuales y como consecuencia de ello, haya llegado acumular la máxima penalidad; para lo cual se procede en primer lugar a determinar qué obligaciones contrajo la CONTRATISTA al suscribir el contrato, y luego si los hechos alegados por ambas partes sobre presuntos incumplimientos han quedado acreditados o no.

9.12. Que, tal como se puede advertir del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006/INADE-PEBPT-8701, suscrito entre CENTRO MOVIL TUMBES E.I.R.L., y EL PROYECTO ESPECIAL BINACIONAL PUYANGO TUMBES (Anexo III de la demanda), la empresa CONTRATISTA se obligaba, a cambio de una contraprestación por parte de LA ENTIDAD, a la Construcción de Dos (02) Pozos Tubulares y Mejoramiento de Sistema de Riego Sectores Loma de la Pitaya - Aguas Verdes y Puerta de Golpe - Aguas Verdes, de acuerdo a las Especificaciones Técnicas, Condiciones Generales de Contratación, Planos de Ejecución, Precios y Plazos de su Propuesta e indicaciones de LA ENTIDAD a través del Inspector, dentro del plazo de 110 días calendario, en concordancia con los dispositivos legales aplicables.

9.13. Que, sabiendo, en líneas generales, cuál era la obligación principal del contratista, ahora nos toca analizar, si existió incumplimiento o atrasos imputables a alguna de las partes que luego ocasionaran la acumulación de la máxima penalidad como causal de resolución de contrato.

9.14. Que, de los medios probatorios aportados por las partes se desprende que, **hubo una demora en la ejecución de la obra, esto debido a que se encontraba pendiente la "adquisición e instalación de los equipos de bombeo", necesarios para culminar la obra.**

- 9.15. Que, LA CONTRATISTA, según lo expuesto en su demanda, llegó a la convicción que, **la prestación referida a la entrega de las electrobombas o equipos de bombeo estarían a cargo de LA ENTIDAD**, al haberle requerido la misma Dirección Ejecutiva del PEBPT mediante Oficio 527-2006.INADE.PEBPT.8701.D.INF del 03/07/2006, las características y especificaciones de los equipos para bombeo, (Véase Anexo-IV de la demanda); requerimiento que fue absuelto por LA CONTRATISTA.
- 9.16. Que, se desprende, tanto de la Carta N° 037-2006-CMT-DG-EDV-TUMBES de fecha 12 de setiembre de 2006, como de la Carta N° 040-2006-CMT-DG-EDV-TUMBES de fecha 13 de octubre de 2006 que; **LA CONTRATISTA había cumplido con las obras civiles y sólo faltaba la instalación de los equipos de bombeo y los trabajos de electrificación**; lo cual denota que no había ningún incumpliendo hasta ese momento. Fue así que, con fecha 05/10/2006 se suscribió entre las partes, la **Addenda N° 01** del Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701, mediante la cual **se acuerda la suspensión de contrato sin reconocimiento de pago de gastos generales hasta la entrega de las electrobombas por parte de los agricultores beneficiarios a la empresa Contratista**, luego de lo cual se cumpliría con la ejecución de las partidas restantes (Véase el Anexo 1-D de la contestación de la demanda).
- 9.17. Que, no obstante, lo acordado en la Addenda N° 01, se observa que LA ENTIDAD advirtió un error respecto al suministro de equipos de bombeo, señalando en la contestación de la demanda que, dentro del Presupuesto de Obras estaba considerado la partida de adquisición de equipos de bombeo, razón por la cual se decidió tener por resuelta la aludida Addenda para que LA CONTRATISTA suministre los equipos de bombeo y reanude los trabajos de obra, y así se dispuso en la Resolución Directoral N° 154/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007 (Véase el Anexo 1-E de la contestación de la demanda).
- 9.18. Que, revisada la Resolución Directoral N° 154/2007-INADE-PEBPT-87010 del 10 de julio del 2007, que dispone se resuelva la Addenda N° 01 del Contrato; se llega a determinar que ésta incurre en vicios que afectan su validez; uno de esta irregularidades es que, se ha dejado sin efecto la Addenda N° 01 de manera unilateral, lo cual va en contra del principio de obligatoriedad de los contratos y del principio de *pacta sunt servanda* que son parte de

nuestro ordenamiento jurídico. Y es que aún cuando en los contratos administrativos la Administración Pública posee determinadas prerrogativas, éstas no pueden contravenir el ordenamiento jurídico, pues si la intención era dejar sin efecto la Addenda N° 01, cualquiera sea la razón, se debió dejar sin efecto por ambas partes, o en todo caso, LA ENTIDAD debió someter a arbitraje, no la resolución de la Addenda N° 01 (toda vez que ésta se da por causas sobrevinientes al contrato), sino la rescisión de la addenda N° 01, por causal (error) existente al momento de la suscripción de la misma.

9.19. Que, asimismo, de la referida Resolución Directoral N° 154/2007-INADE-PEBPT-87010, se aprecia que no ha sustentado la base legal en que se ha amparado para dar por resuelta la Addenda N° 01, lo cual también denota una falta de motivación en dicha resolución.

9.20. Que, si bien no es materia de la controversia la irregularidades de la resolución aludida en el párrafo precedente, se debe tener presente que, **en la ejecución de la obra ya se había terminado los trabajos construcción quedando pendiente la instalación de los equipos de bombeo y la electrificación para dar por concluida la prestación a cargo de la empresa CONTRATISTA.** Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, por una circunstancia que no estuvo clara para ninguna de las partes, se llegó a suspender por varios meses la ejecución de la obra.

9.21. Que, ahora bien, es importante indicar que, de la Carta NTM 2355-2006/ENOSA de fecha 09/10/2006 que obra en el Anexo VIII de la demanda, **se colige que existían deficiencias en el expediente técnico que impedían la oportuna de la culminación de la prestación a cargo de LA CONTRATISTA,** toda vez que, para la realización del protocolo de pruebas por tramos para la electrificación de la obra se requería, que **se hayan culminado los trabajos de los demás contratistas,** circunstancia que no se había dado a la fecha de concluida las obras civiles ni al momento de haberse entregado los equipos de bombeo para ser instalados y sometidos a pruebas de electrificación.

En efecto, tal como ha quedado acreditado en el expediente, LA CONTRATISTA había cumplido con ejecutar **los trabajos civiles,** y solo faltaba la instalación del equipo de bombeo y los trabajos de electrificación para ponerlos a prueba, afirmaciones que han sido respaldadas con los anexos VI y VII de la demanda.

9.22. Que, en consecuencia, **no existió incumplimiento por parte de LA CONTRATISTA**, por cuanto aún cuando existió una confusión respecto al suministro de los equipos de bombeo que hizo que se dilatara el plazo para la terminación de la obra; una vez que se tuvo listo los equipos para someterlos a las pruebas de electrificación, no se podía culminar la obra porque se requería que LA ENTIDAD certifique la culminación de la obra en su conjunto, es decir, los 11 pozos, cuyas obras también se estaban ejecutando.

Los supuestos atrasos que dieron lugar a la acumulación de máxima penalidad, no han sido responsabilidad de LA CONTRATISTA; siendo que, estos hechos no han sido tomadas en cuenta en el Acto Administrativo que resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701.

9.23. Que, de esta forma, se concluye que, en la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE, se ha aplicado indebidamente el numeral 3) del artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 084-2004-PCM, toda vez que no ha tenido en cuenta los hechos acreditados a los que se ha hecho referencia, omitiendo además motivar adecuadamente las circunstancias por las que no ha tomado en cuenta estos hechos, lo cual constituye un vicio que afecta su validez. **En consecuencia, habiéndose encontrado vicios que afectan la validez de la resolución del Contrato y que contravienen el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo establecido el inciso 1) del artículo 10° de Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444; la pretensión de nulidad entablada por LA CONTRATISTA debe ser declarada fundada.**

B) "COMO CONSECUENCIA DEL PUNTO CONTROVERTIDO PRECEDENTE, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA DEMANDADA EL RECONOCIMIENTO A FAVOR DE EL CONTRATISTA LA SUMA DE S/. 218,934.04 (DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 04/100 NUEVOS SOLES) POR DAÑOS Y PERJUICIO IRROGADOS EN MAYORES GASTOS GENERALES, DERIVADOS DE LOS SIGUIENTES CONCEPTOS S/. 189,000.00 POR GUARDIANÍA Y S/. 29.934.04 POR MANTENIMIENTO DE CARTAS FIANZAS".

- 9.24. Como segunda pretensión, LA CONTRATISTA solicita el *reconocimiento de la suma de S/. 218,934.04 (DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 04/100 NUEVOS SOLES) por daños y perjuicio irrogados en mayores gastos generales, derivados de los siguientes conceptos S/. 189,000.00 por guardiana y S/. 29.934.04 por mantenimiento de cartas fianzas*, pretensión que resulta accesoria a la primera pretensión, por lo que habiéndose concluido en el análisis del punto controvertido precedente que, debe estimarse la primera pretensión principal, toda vez que el contrato ha sido indebidamente resuelto; corresponde pronunciarse al respecto.
- 9.26. Que, al respecto, el artículo 1331° del Código Civil, prescribe que la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado; **así al haberse acreditado, en las consideraciones anteriores, que existe un actuar negligente atribuible a LA ENTIDAD que ha producido, por conexión, un daño reflejado en los gastos que ha asumido LA CONTRATISTA**, el cual es antijurídico por contravenir el ordenamiento jurídico; el Tribunal declara la responsabilidad de LA ENTIDAD, **por tanto da mérito a que ésta pague la suma de S/ 189,000.00 (CIENTO OCHENTA Y NUEVE MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES), por concepto de pago de guardiana tal como ha quedado acreditado con los documentos que obran adjuntos al escrito de fecha 27 de abril de 2010 presentado por la empresa contratista.**
- 9.27. Que, de otro lado, los artículos 215° y 219° del REGLAMENTO señalan que, la garantía de fiel cumplimiento del CONTRATO, debe mantenerse vigentes hasta el consentimiento de la liquidación final, la garantía de adelanto directo hasta la amortización total del adelanto otorgado y el adelanto para materiales hasta la utilización de los materiales a satisfacción de la Entidad; ello implica una obligación por parte LA CONTRATISTA de mantener vigentes las referidas garantías, como se presume se ha venido haciendo, toda vez que no ha sido materia de contradicción por parte de LA ENTIDAD. **Sin embargo, es importante señalar que en el presupuesto de obra se considera el costo financiero solo por el periodo de ejecución de la obra, consecuentemente, el Tribunal Arbitral al haber declarado nula la resolución de contrato; LOS COSTOS FINANCIEROS QUE HA VENIDO ASUMIENDO EL RECURRENTE POR CAUSAS ATRIBUIBLES A LA ENTIDAD, DEBEN SER RECONOCIDOS.**

Como quiera que no se ha acreditado de dónde se llega al monto de S/. 29.934.14 (VEINTI NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO CON 14/100 NUEVOS SOLES) por concepto de mantenimiento de cartas fianzas; este Tribunal Arbitral determina que **LA ENTIDAD DEBERÁ RECONOCER LOS GASTOS FINANCIEROS DEBIDAMENTE SUSTENTADOS EN LA LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA.**

9.28. En consecuencia, debe declararse fundada en parte la segunda pretensión planteada por LA CONTRATISTA.

C) "DETERMINAR A QUIÉN CORRESPONDE EL PAGO DE LOS COSTOS, COSTAS Y GASTOS ARBITRALES QUE GENERE EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL, MÁS LOS INTERESES GENERALES HASTA LA FECHA DE SU CANCELACIÓN".

9.29. El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre la distribución los costos indicados en su artículo 70°, asimismo, el numeral 1) del artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral, lo pactado en el convenio arbitral; además tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta la circunstancias del caso.

9.30. En el convenio arbitral, las partes no se han establecido pacto alguno acerca de los costos indicado al artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071.

9.31. Que, en este mismo orden de ideas, el colegiado considera que, ambas partes han seguido la secuela del proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, razón por el cual, en aplicación del principio de equidad ambos deberán asumir las costas y costos del presente proceso arbitral en forma equitativa.

DECISIÓN

Caso Arbitral: "Constructora Centro Móvil Tumbes vs. Proyecto Especial Binacional Puyango Tumbes - PEBPT"

El Tribunal Arbitral, habiendo valorado y compulsado adecuadamente todos los medios probatorios aportados por las partes al proceso y, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes, **LAUDA:**

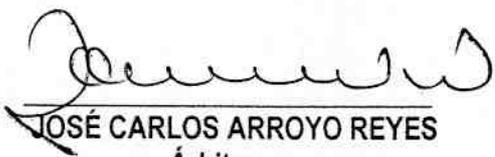
PRIMERO: Declarar **FUNDADA la primera pretensión**; en consecuencia, el Tribunal ordena la Nulidad de la Resolución Directoral N° 878/2009-AG-PEBPT-DE de fecha 17 de Agosto del 2009, mediante el cual LA ENTIDAD resuelve el Contrato de Ejecución de Obra N° 001-2006-INADE-PEBPT-8701.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA en parte la segunda pretensión**; en consecuencia, el Tribunal Arbitral ordena a la demandada el reconocimiento a favor de LA CONTRATISTA por la suma de S/. 189,000.00 por concepto de guardianía, debiéndose reconocer, en la liquidación de obra, el pago por mantenimiento de cartas fianzas debidamente acreditados.

TERCERO: Declarar que, ambas partes han seguido la secuela del proceso arbitral en igualdad de condiciones y haciendo valer su derecho con legítimo interés, razón por la cual, en aplicación del principio de equidad **AMBAS PARTES DEBERÁN ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS** del presente proceso arbitral en forma equitativa.

CUARTO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral. **Notifíquese a las partes.**


ERNESTO VALVERDE VILELA
Presidente del Tribunal Arbitral


JOSÉ CARLOS ARROYO REYES
Árbitro


LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ
Árbitro


EDWIN GERMÁN PANTA ZEGARRA
Secretario Arbitral Ad Hoc