

Caso Arbitral: Demandante Consorcio San Joaquín – Demandado Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A - EMAPICA

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Caso Arbitral:

CONSORCIO SAN JOAQUÍN – EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE ICA S.A – EMAPICA

Contrato:

CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA “REHABILITACIÓN INTEGRAL DE LAS REDES DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE SAN JOAQUIN I, II Y III ETAPA DE LA CIUDAD DE ICA”

RESOLUCION N° 33

I.- LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 15 días del mes de mayo del año dos mil trece.

II.- LAS PARTES.-

➤ **DEMANDANTE:**

CONSORCIO SAN JOAQUIN (en adelante, el Demandante o el Contratista)

➤ **DEMANDADO:**

EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE ICA S.A - EMAPICA (en adelante, la Demandada o la Entidad)

III.- DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

- Dr. OSCAR HERRERA GIURFA (Presidente del Tribunal Arbitral)
- Dr. MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ (Árbitro)
- Dr. LUIS ARTURO VARGAS VILCA (Árbitro)
- Dr. PATRICK HURTADO TUEROS (Secretaria Arbitral)

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.-

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL Y DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

Con fecha 21 de Mayo del 2008, CONSORCIO SAN JOAQUIN Y EMAPICA suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la Ciudad de Ica”.

Al surgir controversias entre las partes que suscribieron el contrato antes mencionado, la Contratista hizo uso de la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato denominada CLAUSULA ÀRBITRAL y remitió a la Entidad la Carta de Solicitud de Arbitraje, a través de la cual designó como árbitro al Ing. Mario Manuel Silva López. Por su parte, la Entidad en su respectiva Carta de respuesta, designó como árbitro al Dr. Luis Arturo Vargas Vilca. Posteriormente, los árbitros de parte designados de común acuerdo, nombraron como Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. Oscar Herrera Giurfa.

2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Con fecha 06 de febrero del 2012, en la sede de la Dirección de Arbitraje del OSCE, se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, conformado por el Dr. Oscar Herrera Guirfa, como presidente, Dr. Mario Manuel Silva López, como árbitro; y el Dr. Luis Arturo Vargas Vilca como Árbitro, así como los representantes del Demandante y la Demandada.

En esta diligencia se fijaron las reglas del presente proceso, estableciendo que este arbitraje es Ad Hoc, Nacional y de Derecho; ratificando los árbitros su

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

aceptación al cargo, dejaron constancia de que no están sujetos a incompatibilidad alguna ni a hechos ni circunstancias que afecten su imparcialidad e independencia que les obligará a inhibirse de haber mantenido compromiso alguno con las partes, o con los respectivos abogados, obligándose a actuar con imparcialidad, probidad e independencia; y expresando así las partes que no tenían cuestionamiento alguno respecto de los árbitros intervinientes, por lo que se entiende que el Demandante y la Demandada han dado su conformidad a las disposiciones contenidas en dicha acta.

Así también en esta Audiencia, el Tribunal Arbitral encargó la Secretaría del proceso al abogado Patrick Hurtado Tueros, estableciendo como sede del arbitraje el local ubicado en Jirón Huáscar N° 1539, Oficina 303, Distrito de Jesús María, Provincia de Lima, Departamento de Lima.

3. HECHOS DEL ARBITRAJE

➤ DE LA DEMANDA

Que con fecha 10 de febrero de 2012, el Consorcio San Joaquín, presentó ante la Secretaría del Tribunal el documento sumillado “Demanda Arbitral”, a través del cual señalo lo siguiente:

PETITORIO DE LA DEMANDA

- A) Que, se declare el consentimiento de la Liquidación Final de obra presentada a la Entidad contratante mediante Carta N° 030-2010-CSJ, de fecha 09 de Julio del 2010, recibida el 12 de Julio del 2010; en consecuencia, se ordene el pago del saldo a favor de mi representada, por el monto ascendente a la suma de S/1' 332,410.50 (Un millón trescientos treinta y dos mil cuatrocientos diez y 50/100 Nuevos Soles); al amparo del artículo 269° del D.S. N° 084-

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

- B)** Que se ordene a la Entidad Contratante la devolución de las Cartas Fianza N° 068-01002868-00, N° 068-01002868-01, N° 068-01002868-02, N° 068-01002868-03, N° 068-01002868-04, N° 068-01002868-05, N° 068-01002868-06, N° 068-01002868-07, N° 068-01002868-08, N° 068-01002868-09, N° 068-01002868-10, N° 068-01002868-11, N° 068-01002868-12 y N° 068-01002868-13, que garantizan el fiel cumplimiento, emitidas por la Financiera Mapfre Perú Cía., de Seguros y Reaseguros, ello en virtud de que el contrato termina con el consentimiento de la liquidación final de obra.
- C)** La obligación por parte de la Entidad contratante de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado) y costas (gastos del proceso: honorarios del tribunal arbitral y de la secretaria arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.
- D)** Que se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de nuestra carta fianza de fiel cumplimiento de contrato por las renovaciones constantes que venimos realizando a pesar de haber cumplido con la obra y tan solo por irresponsabilidad de la Entidad contratante desde agosto 2010 hasta la fecha, al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante,; la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pago a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, al haberse excedido los plazos contractuales, tal y como lo estipula los artículos 1969° y 1985° del Código Civil; así como las utilidades dejadas de percibir por tener comprometidas las garantías no permitiendo la participación de mi

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

representada en diversos procesos de selección, por el monto ascendente a la suma de más S/. 79,654.11 (Setenta y Nueve Mil Seiscientos Cincuenta y Cuatro y 11/100 Nuevos Soles).

LA CONTRATISTA argumenta sus pretensiones de la siguiente manera:

1. El día 21 de mayo del 2008, luego del proceso de selección respectivo, se suscribió el Contrato de Ejecución de Obra, por un monto de S/. 3'180,359.09 (Tres Millones Ciento Ochenta Mil Trescientos Cincuenta y Nueve y 09/100 Nuevos Soles), materia de la Exoneración N° 002-2008-EP-SA-EMAPICA S.A., correspondiente a la Obra “Rehabilitación integral de redes de agua potable y alcantarillado y conexiones domiciliarias en la Urb. San Joaquín I, II y III Etapa.
2. Según la Cláusula Sexta: De la vigencia, iniciación, duración y terminación del Contrato, Numeral 2 y 3, el plazo de elaboración del Expediente Técnico fue de treinta (30) días naturales, y la ejecución de la obra materia de dicho contrato se fijó en ciento ochenta (180) días naturales.
3. Con Acta de Recepción de Obra de fecha 21 de mayo del 2010, los miembros del Comité de Recepción de la Obra, designado mediante Resolución de Gerencia General N° 062-10-GG-EP-SA EMAPICA S.A de fecha 19 de mayo del 2010, integrado por su Presidente Ing. Julio Crispín Orellano Ortiz, La Ing. Jenny Hernández Pérez y el Ing. Etelberto Sandoval Yerma, procedieron a efectuar la verificación y constatación física de la obra mencionada, verificando que la obra se ha ejecutado en cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas del proyecto y las recomendaciones de los supervisores de la obra, dando por lo tanto por recepcionada la obra, por lo que queda expedito el procedimiento de liquidación final de obra, ello al amparo del Artículo 269° del D.S. N° 084-

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

2008-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

4. Con Carta N° 027-2010-CSJ, de fecha 01 de junio del 2010, solicitamos a la Entidad Contratante, la devolución de las Cartas Fianza de Fiel Cumplimiento N° 068-01002868-00, N° 068-01002868-01, N° 068-01002868-02, N° 068-01002868-03, N° 068-01002868-04, N° 068-01002868-05 y N° 068-01002868-06, en razón de que la obra, ha sido concluida al 100% formalizada mediante acta de recepción de obra de fecha 21 de mayo del 2010.

5. Con Carta N° 030- 2010-CSJ, de fecha 09 de julio del 2010, recibida el día 12 de julio del 2010 presentamos a la Entidad Contratante, la liquidación final de la obra, cumpliendo estrictamente el plazo establecido en el artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, adjuntando:
 - Memoria Descriptiva
 - Resumen Ejecutiva
 - Reformulación de valorización con precios del Contrato
 - Cálculo de reintegro autorizado
 - Fórmula Polinómica
 - Copia de Índices Unificados
 - Cálculo de Amortizaciones del Adelanto Directo y Materiales.
 - Valorizaciones tramitadas y/o pagadas.
 - Cálculo de Gastos Generales por Ampliaciones de Plazos
 - Cálculo de Interés Legales de Reintegros
 - Copia de Comprobantes de Pago (Facturas)
 - Declaración Jurada de no adeudo, de ESSALUD, ONP, SCRT, CONAFOVICER y SENCICO.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

- Declaración Jurada de no tener reclamos laborales del Ministerio de Trabajo.
 - Copia de la documentación tramitadas por Daños y Perjuicios.
 - Otros documentos cursados de obra
 - Copia de la Carta remitida a EMAPICA S.A con el que se entregó expediente y Planos de Replanteo.
6. Con Carta N° 038-2010-CSJ de fecha 12 de agosto del 2010, informamos a la Entidad Contratante, que nuestra liquidación de la obra, ha quedado consentida, ello al amparo del artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Asimismo, solicitamos el pago de la liquidación de obra por el monto ascendente a la suma de S/. 1'332,410.50 (Un millón trescientos treinta y dos mil, cuatrocientos diez y 50/100 Nuevos Soles) y la devolución de nuestras Cartas Fianzas N° 068-01002868-00, N° 068-01002868-01, N° 068-01002868-02, N° 068-01002868-03, N° 068-01002868-04, N° 068-01002868-05, N° 068-01002868-06, N° 068-01002868-07, que garantizaron el cumplimiento del Contrato de Obra, emitidas por la Entidad Financiera MAPFRE PERU CIA.
7. Con Carta N° 309-2010-GG-EPS-EMAPICA S.A, notificada a mi representada el día 13 de agosto del 2010, la Entidad Contratante, nos devuelve la liquidación de la obra, acto que es extemporánea puesto que la Entidad Contratante, contaba con treinta (30), días calendarios, para emitir observaciones a la Liquidación Final, ello al amparo del Artículo 269°, del D.S. N° 084-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
8. Respecto del consentimiento de la liquidación final de obra, con fecha 12 de Julio del 2010, presentamos la liquidación final de obra, la Entidad Contratante, contaba con treinta (30) días para observar la liquidación o

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

practicar una nueva, esto hasta el día 11 de agosto del 2010; sin embargo, la Entidad recién se pronuncia el día 13 de agosto del 2010 es decir dos (02) días después del plazo legal establecido en el Artículo 269º del D.S. N° 084-2008-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

9. Que, en virtud de lo expuesto, queda demostrado plenamente que la Entidad contratante actuó de manera injusta e ilegal, puesto que no atendió adecuadamente el procedimiento de liquidación final de obra.

➤ **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-**

Que con fecha 01 de marzo de 2012, el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Ica¹, en representación de EMAPICA presentó ante la Secretaría del Tribunal el documento sumillado “Apersona y Absolución de Demanda”, a través del cual señaló lo siguiente:

10. Que respecto a la primera pretensión el demandante sostiene que mediante Carta N° 030-2010-CSJ, de fecha 12 de julio del 2010, cumplió con presentar la Liquidación del Contrato de Obras, adjuntando la documentación correspondiente, estableciendo un saldo a favor de un millón trescientos treinta y dos mil cuatrocientos diez nuevos soles, en aplicación rigurosa del artículo 269º DEL Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2008-pcm. Luego señala la demandante, que habiendo presentado la citada liquidación el día 12 de Julio, el plazo para observar de parte de la Entidad demandada vencía el día 11 de Agosto del 2010.

¹ La Municipalidad Provincial de Ica fue admitida como parte del proceso arbitral mediante la Resolución N° 07, de fecha 09 de abril del 2012.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

11. Asimismo, señala, que el contratista silencia las acciones tomadas por la demandada, ocultando que mediante Carta Notarial N° 309-2010-GG-EPS-EMAPICA S.A., del 13 de julio del 2010, le fue devuelta la liquidación y toda la documentación presentada con carta N° 030-2010-CSJ, por haber observado la Liquidación teniendo la demandante la obligación de pronunciarse dentro de los quince (15) días siguientes, pronunciamiento que nunca se produjo, tal como queda demostrado de los medios probatorios ofrecidos en su demanda.
12. Que el tercer párrafo del artículo 269° del Reglamento establece “(...) *La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no se observada por la otra parte dentro del plazo establecido (...)*”; sin embargo, este supuesto no opera en el presente caso, debido a que la liquidación puesta en conocimiento de la empresa, le fue devuelta y observada, dentro del plazo establecido por el artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.
13. Que la Liquidación fue presentada por el Consorcio con Carta N° 030-2010-CSJ, de fecha 12 de julio, y la observación de la Liquidación se efectuó mediante Carta N° 309-EPS-EMAPICA S.A del 13 de agosto, conforme consta de la Carta Notarial diligenciada por la Notaria de Fernando Medina Raggio.
14. Que el Contratista ha computado el plazo de 30 días dando por vencido el mismo día 11 de agosto, sin tener en cuenta que cuando las notificaciones se efectúan en lugares geográficos distintos (*caso sub materia*) al plazo ordinario se adiciona el término de la distancia que para el caso de Ica a Lima y viceversa es de tres días; teniendo la Entidad hasta el día 14 de agosto, plazo para observar la liquidación y habiéndola observado el día 13 de agosto, lo hizo dentro del plazo que señala el acotado dispositivo legal.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Entonces no se ha pronunciado aprobación alguna de la liquidación final de obra presentada por la demandante.

15. Que el artículo 135° de la ley N° 27444 establece *“Al cómputo de los plazos establecidos en el procedimiento administrativo, se agrega el término de la distancia previsto entre el lugar del domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquel facultado para llevar a cabo la respectiva actuación”*. Por ende, nunca quedo consentida el contenido de la Carta N° 038-2010-CSJ, entendiéndose que la demandada había observado con antelación la liquidación final de la obra como se tiene precedentemente expuesto.

16. Para ilustración del honorable Tribunal Arbitral, señalan, que respecto a la correcta aplicación del término de la distancia, se debe tener en cuenta el contenido de la sentencia expedida por el Tribunal Arbitral respecto a la correcta aplicación del término de la distancia, así en el expediente N° 1034-2002-AA/TC, se establece *“teniendo en cuenta el cuadro de términos de la distancia aprobado por Acuerdo de Sala Plena de 30 de enero de 1986, establece que cuando las provincias pertenecen a departamentos distintos (caso sub materia) al efectuarse el cómputo del término de la distancia se sumaran los días de cada provincia a la capital de su respectivo departamento, y a esa suma, se añadirá el término de la distancia entre las dos capitales departamentales (sic)”*.

17. Asimismo señala el demandado, que otro caso similar sobre aplicación o adición de término de la distancia queda explicitado en la Resolución N° 242-2008-CONSUCODE/PRE, en la misma que se establece que debe tenerse en consideración el factor geográfico del lugar del domicilio de la empresa, resultando aplicable el término de la distancia, conforme lo establecido en el

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

artículo 135° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo (caso sub materia).

18. Que respecto a la devolución de las cartas fianzas, el artículo 213° y 215° del Reglamento señala que la garantía deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato, y mantenerse vigente hasta la fecha de la aprobación de la liquidación final del contrato.
19. Ahora bien, es obligación del contratista, señala la Entidad, mantener la garantía vigente, y al no haber quedado consentida la liquidación de la obra, porque la Entidad la observe dentro de los plazos establecidos, es responsabilidad del Consorcio mantener dicha garantía vigente, caso contrario, la Entidad podría ejecutarla, conforme a lo establecido en el artículo 221° del Reglamento.
20. Que respecto a la pretensión de dar suma de dinero, por las consideraciones expuestas, la Entidad no está obligada a asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral toda vez que la liquidación final de obra no ha quedado consentida.

➤ **RECONVENCIÓN**

21. Por los fundamentos expuestos, la Entidad solicita la nulidad e ineficacia de la Carta N° 308-2010-CSJ.
22. Sin embargo, mediante Resolución N° 27 de fecha 5 de noviembre de 2012 se archivó la reconvencción formulada por falta de pago de los gastos arbitrales.

4. AUDIENCIA DE CONCILIACION Y FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Que con fecha 10 de agosto del 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, a través de la cual se estableció los puntos controvertidos del proceso arbitral, a fin de que los mismos sean resueltos por el Tribunal designado.

4.1 CONCILIACIÓN

En dicha Audiencia, el Tribunal propuso a las partes que dieron solución a sus diferencias a fin de conciliar sus posiciones. En ese acto y luego de que el Tribunal explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocará para hacer un esfuerzo, las partes señalaron que no era posible arribar a ningún acuerdo conciliatorio; no obstante se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier etapa del arbitraje.

4.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda lo referido a la Contestación de Demanda, así como la Reconvención, el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

DE LA DEMANDA:

1. Determinar si corresponde o no que se declare consentida la liquidación final de la obra, presentada a EMAPICA S.A. mediante Carta N° 030-2010—CSJ, de fecha 9 de julio del 2010, recibida el día 12 de julio del 2010.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

- 1.1. Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde declarar o no que EMAPICA S.A. pague a favor del Consorcio San Joaquín la suma de S/1'332,410.50, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

2. Determinar si corresponde que se ordene a EMAPICA S.A la devolución de las Cartas Fianza N° 068-01002868-00, N° 068-01002868-01, N° 068-01002868-02, N° 068-01002868-03, N° 068-01002868-04, N° 068-01002868-05, N° 068-01002868-06, N° 068-01002868-07, N° 068-01002868-08, N° 068-01002868-09, N° 068-01002868-10, N° 068-01002868-11, N° 068-01002868-12 y N° 068-01002868-13.

3. Determinar si corresponde declarar o no que EMAPICA S.A pague a favor del Consorcio San Joaquín la suma de S/. 79, 654.11 por concepto de daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato por las renovaciones constantes que se viene realizando; la demora innecesaria a la solución de la presente controversia como el perjuicio causado por los gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico, así como las utilidades dejadas de percibir.

4. Determinar si corresponde declarar o no que se ordene a EMAPICA S.A cumpla con el pago de los costos y costas derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

DE LA RECONVENCIÓN

Determinar si corresponde declarar o no nula e ineficaz la Carta N° 308-2010-CSJ.

5. PRESENTACION DE ALEGATOS ESCRITOS Y AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Que con fecha 5 de octubre del 2012, el Consorcio San Joaquín presentó ante la Secretaría del Tribunal el documento sumillado “Alegatos”, a través del cual solicitó la Audiencia de Informes Orales que posteriormente se llevase a cabo.

Mediante Resolución N° 23 se dejó constancia que la parte demandada no ejerció su derecho de presentar sus alegaciones y conclusiones finales pese a ser debidamente notificado.

Con fecha 23 de octubre de 2012 se realizó la Audiencia de Informes Orales.

6. CIERRE DE INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con el literal l) de las Reglas del Proceso del Acta de instalación del Tribunal Arbitral, mediante la Resolución N° 31 de fecha 8 de febrero del 2013, se cerró la instrucción y se fijó en 45 días hábiles el plazo para laudar.

Posteriormente, mediante Resolución N° 32 de fecha 9 de abril de 2013, se prorrogó el plazo para laudar en 30 días hábiles adicionales.

V. CONSIDERANDO:

V.1. CUESTIONES PRELIMINARES

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral ANTES transcrito a solicitud de LA ENTIDAD.

- En ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del presente proceso.
- Que la demanda fue presentada dentro del plazo correspondiente y de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.
- Que LA ENTIDAD presentó la contestación de la demanda en el plazo correspondiente.
- Este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.
- Respecto a las normas aplicables a EL CONTRATO, éste mismo estableció en su Cláusula Tercera su base legal, a saber la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
- En el Acta de Instalación del Proceso Arbitral se estableció que conforme a lo establecido en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, el presente arbitraje sería NACIONAL, de DERECHO, y AD HOC.
- El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil estipula que los jueces – léase árbitros – no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

de la Ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

- Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador – léase árbitros – respecto de los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de Necesidad de la Prueba, Originalidad de la Prueba, Pertinencia y Utilidad de la misma, entre otros.
- El Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para la decisión.

V.2. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMERO: Que, en razón de la estrecha relación que guarda el Primer Punto² Controvertido de la Demanda y el Único Punto Controvertido de la Reconvención³, este Tribunal procederá a analizar y resolver los mismos en forma conjunta, para luego proseguir con el análisis de las demás pretensiones del caso.

² Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se declare consentida la liquidación final de la obra, presentada a EMAPICA S.A. mediante Carta N° 030-2010—CSJ, de fecha 9 de julio del 2010, recibida el día 12 de julio del 2010; y, que como consecuencia de ello se determine si corresponde declarar o no que EMAPICA S.A. pague a favor del Consorcio San Joaquín la suma de S/1'332,410.50, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

³ Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde declarar o no nula e ineficaz la Carta N° 308-2010-CSJ.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Que a fin de dilucidar si corresponde o no declarar fundada las presentes pretensiones, este Tribunal procederá a realizar un análisis sucinto de los hechos que se encuentran corroborados en el expediente arbitral, así procedemos a exponer lo siguiente:

- Que con fecha 21.05.2008, la EPS EMAPICA y el Consorcio San Joaquín suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra “*Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín 1, 2 y 3 Etapa de la Ciudad de Ica*” cuyo objeto era la elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de la obra del mismo nombre, por un monto de S/.3'180,359.09 (Tres Millones Ciento Ochenta Mil, Treccientos Cincuenta y Nueve y 09/100 Nuevos Soles).
- Que con fecha 25.02.2010, las partes se reunieron para suscribir el Acta de Recepción de Obra, señalando el Comité de Recepción una serie de observaciones, las cuales conforme al documento debían ser subsanadas en el plazo de 30 días hábiles.
- Que posteriormente, con fecha 21.05.2010, las partes suscribieron el Acta de Recepción de Obra, dejando constancia que el Consorcio San Joaquín, había procedido a levantar las observaciones hechas, así señala el documento lo siguiente:

“El Comité de recepción en uso de sus atribuciones, procedió a efectuar la verificación y constatación física de la obra verificando que la obra se ha ejecutado en cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas del proyecto y las recomendaciones de los supervisores de obra, dando por lo tanto recepcionada la obra”.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

- Que con fecha 12.07.2010, el Consorcio San Joaquín notifico a EMAPICA la Carta N° 030-2010-CSJ, mediante la cual remite la Liquidación del Contrato, así como una serie de documentos complementarios, señalo textualmente lo siguiente:

“Mediante la presente me dirijo a Ud. para saludarlo muy gratamente, luego comunicarle que adjunto a la presente remito a Ud. la Liquidación de Obra de la referencia conforme al Art. 269° Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Estamos adjuntando los siguientes documentos:

- *Memoria Descriptiva.*
- *Resumen de Liquidación*
- *Reformulación de valorizaciones con precios del Contrato*
- *Calculo de reintegro Autorizado*
- *Formula Polinómica.*
- *Copias de Índices Unificados*
- *Calculo de Amortizaciones del Adelanto Directo y Materiales*
- *Valorizaciones Tramitadas y/o Pagadas*
- *Calculo de Gastos Generales por Ampliaciones de Plazos.*
- *Calculo de Intereses Legales por Reintegros*
- *Copia de Comprobantes de Pago (Facturas).*
- *Declaración Jurada de No Adeudo a ESSALUD, ONP, SCRT, CONAFOVICER Y SENCICO.*
- *Declaración Jurada de no tener reclamos laborales del Ministro de Trabajo*
- *Copia de los documentaciones tramitadas por Daños y Perjuicios (Art. 240° del D.S. N° 084-2004-PCM).*
- *Otros documentos cursados de obra.*
- *Copia de Carta a EMAPICA S.A remitiendo el expediente y Planos de Replanteo”.*

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

- Que con fecha 13.08.2010, EMAPICA notifico al Consorcio San Joaquín la Carta N° 309-2010-GG-EPS-EMAPICA, a través de la cual da respuesta a la Carta N° 030-2010-CSJ, devolviendo el documento de Liquidación de la Obra elaborada por el Contratista por no encontrarse ajustada al monto contractual.

- Así la Carta N° 309-2010-GG-EPS-EMAPICA, textualmente señala lo siguiente: *“Por intermedio de la presente carta notarial, vengo a dar respuesta a su misiva de la referencia, a efectos de devolver adjunto la liquidación de la obra: “Rehabilitación Integral de Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín 1, 2, 3 Etapa de la Ciudad de Ica” practicada por su representada; por motivo que no adjunta lo siguiente:*
 - *Memoria Descriptiva*
 - *Copia Certificada del Libro de Planillas (cláusula vigésima primera del contrato).*
 - *La Liquidación presentada no se ajusta al monto contractual”.*

- Que con fecha 18.08.2010, el Consorcio San Joaquín notifico a EMAPICA la Carta N° 38-2010/CSJ, a través de la cual comunica que luego de haber transcurrido el plazo legal de 30 días para que la Entidad observe la liquidación presentada, la misma había quedado aprobada automáticamente, por lo que solicitan la cancelación de la suma de S/.1'320,345.89 (Un Millón Trescientos Veinte Mil, Trescientos Cuarenta y Cinco y 89/100 Nuevos Soles).

- Que con fecha 23.09.2010, la Entidad notifico al Consorcio San Joaquín, mediante Carta Notarial, señalando que previamente a la notificación de la

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Carta N° 38- 2010/CSJ, la Liquidación del Contrato había sido devuelta, a través de la Carta N° 309-2010-GG-EPS-EMAPICA.

Una vez expuestos los hechos, corresponde iniciar el análisis a fin de determinar si corresponde o no declarar fundadas las pretensiones expuestas por el demandante y demandado.

Empezaremos señalando en qué consiste la Liquidación Final del Contrato de Obra, sobre la cual versa el presente arbitraje. Así el profesor Salinas señala que esta consiste en un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad⁴. En ese sentido, el acto de liquidación tiene como propósito que se efectúe un ajuste formal y final de cuentas, que establecerá, teniendo en consideración intereses, actualizaciones y gastos generales, el *quantum* final de las prestaciones dinerarias a que haya lugar a cargo de las partes del contrato⁵.

Ahora bien, respecto del consentimiento de la Liquidación del Contrato de Obra, el artículo 269° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, señala sobre el plazo lo siguiente:

“Artículo 269°.- Liquidación del contrato de obra

El contratista presentara la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

⁴ SALINAS SEMINARIO, Miguel. Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra. Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2° edición -2003. Pág. 44.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborado otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

(...)

La liquidación quedara consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación /o arbitraje”.

En ese sentido, si la notificación de la Liquidación del Contrato hecha por el Consorcio San Joaquín, a través de la Carta N° 030-2010-CSJ, se realizó el 12.07.2010, conforme al artículo 269° del Reglamento, la Entidad tenía un plazo de treinta (30) días para comunicar sus observaciones, es decir hasta el 11.08.2010; sin embargo, con fecha 13.08.2010, EMAPICA notifico al Consorcio San Joaquín la Carta N° 309-2010-GG-EPS-EMAPICA, a través de la cual da respuesta a la Carta N° 030-2010-CSJ, observando la Liquidación y devolviendo el documento de Liquidación de la Obra elaborada por el Contratista por no encontrarse ajustada al monto contractual.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

Como se puede visualizar existe una diferencia de dos (02) días, respecto del pronunciamiento de la Entidad sobre la notificación de la Liquidación presentada por el Contratista. La pregunta que surge es ¿Existe alguna justificación para la diferencia de plazo?

Empezaremos señalando en principio, que la normativa de Contrataciones al señalar un plazo, en este caso 30 días, establece en parte el procedimiento que deberán seguir los administrados y las Entidades Públicas para que un acto administrativo sea emitido de manera válida. En ese sentido, en un Estado Constitucional de Derecho, todo acto administrativo para ser válido requiere haber seguido el debido procedimiento, el cual comprende que se realice en el tiempo otorgado por la norma.

Respecto al debido procedimiento, el maestro MORON URBINA⁶, señala que el derecho al debido procedimiento, tiene tres niveles concurrentes de aplicación, tal como se muestra a continuación:

(...)

Como derecho al debido procedimiento.- (...) la Administración tiene el deber de producir sus decisiones mediante el cumplimiento de reglas que conforman el procedimiento, de

modo que es flagrantemente violatorio de este principio, la producción de actos administrativos de plano o sin escuchar a los administrados (...)

Como derecho a la no desviación de los fines del procedimiento administrativo.-

(...) Como los procedimientos se establecen para una determinada finalidad, la consecuencia es que la utilización de un procedimiento para fines distintos a los establecidos en las normas, origina ya no un vicio de poder en el resultado, es

⁶ MORON URBINA, Juan Carlos, "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica, Octava Edición, Lima, 2009, pág. 63-64.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

decir en el acto administrativo, sino un vicio propio de desviación del procedimiento, que afecta al acto resultante.

Como derecho a las garantías del procedimiento administrativo.-

Finalmente la dimensión más conocida del derecho al debido proceso, comprende una serie de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados, que a grandes rasgos y mutatis mutandi implican la aplicación a la sede administrativa de los derechos concebidos originariamente en la sede de los procesos jurisdiccionales. Por lo general se suelen desprender, los siguientes subprincipios esenciales: el contradictorio, el derecho a la defensa, el derecho a ser notificado, el derecho a probar, entre otros (...).”

De igual importancia, el artículo IV, numeral 1.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo general - Ley N° 27444, estipula lo siguiente:

Artículo IV: Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2 Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Cierto es que una vez transcurrido el plazo para observar la liquidación, la misma quedará consentida, ese ha sido el criterio del OSCE en diversos casos; sin embargo la Entidad ha señalado que la observación remitida con una demora

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

aparente de 02 días, se debería a que no se está considerado el plazo por concepto de “*término de la distancia*”.

Ahora bien, ¿Qué es el término de la distancia? Se denomina así al plazo adicional del plazo originariamente establecido en el procedimiento administrativo, el cual se origina en razón a la distancia física prevista entre el lugar del domicilio del administrado y el lugar de la unidad de recepción más cercana de la Administración.

En ese sentido, el artículo 135.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 señala “*Al cómputo de los plazos establecidos en el procedimiento administrativo se agrega el término de la distancia previsto entre el lugar de domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquel facultado para llevar a cabo la respectiva actuación*”.

Conforme a lo establecido por artículo 269° del RLCAE el plazo para que la Entidad observe la liquidación es de 30 días, entonces nos preguntamos ¿Corresponderá sumar al plazo señalado, el plazo por concepto de “*término de la distancia*”? Pues bien, la propia LPAG nos responde lo siguiente:

“Artículo II.- Contenido

1. *La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.*
2. *Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rige supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto*”.

En el presente caso, nos encontramos ante un procedimiento especial,

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

consentimiento de liquidación, el cual se rige por Ley Especial, LCAE y su RLCAE, legislación que no establece tratamiento alguno para los plazos por “*término de la distancia*”, por lo que corresponde aplicar el segundo supuesto del artículo II del Título Preliminar de la LPAG.

En ese sentido, se han pronunciado diversos organismos, entre los que podemos destacar, el Tribunal Constitucional, SUNAT, JARU, OSCE, los cuales han señalado en sus pronunciamientos lo siguiente:

❖ *“La tercera regla del Cuadro de Términos de la Distancia aprobado por Acuerdo de Sala Plena del día 30 de enero de 1986, establece que, cuando las provincias pertenecen a departamentos distintos, al efectuarse el cómputo del término de la distancia se sumarán los días de cada provincia a la capital de su respectivo departamento, y a esa suma, se añadirá el término entre las dos capitales departamentales. El mismo cuadro fija el término de 1 día entre la Provincia Constitucional del Callao y su capital, y 1 día entre la Provincia de Lima y la Capital del Departamento de Lima, que sumados al término de 1 día que media entre esta última y la Capital de la Provincia Constitucional del Callao, hacen un total de 3 días; en tal virtud, habida cuenta de que el domicilio de la recurrente se encuentra ubicado en el distrito del Callao, el término de la distancia, en su caso, es de 3 días, que sumado al término de 3 días previsto en el artículo 722° del Código Procesal Civil, hacen un total de 6 días para formular contradicción a la ejecución, la cual fue interpuesta al quinto día siguiente a la fecha de la notificación con la demanda, esto es, dentro del término de ley. En consecuencia, al haberse declarado improcedente la contradicción formulada por la recurrente, se han vulnerado los derechos constitucionales invocados”. (Expediente N° 1034-2002-AA-Sentencia del Tribunal Constitucional).*

❖ *“En la tramitación del procedimiento administrativo de reclamos de usuarios de electricidad y gas natural, en aquellos casos en los que el domicilio del reclamante y el lugar donde se encuentra su suministro, se hallen en provincias*

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

distintas de aquella en la que se ubica la oficina de la concesionaria más cercana, se computará un plazo adicional a los señalados en la Resolución N° 671-2007-OS/CD, respecto de las actuaciones procedimentales a cargo de los administrados (...). Para tal efecto, se considerará como plazo adicional el menor plazo fijado en el Cuadro General de Términos de la Distancia, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ, que corresponda aplicar tomando como referencia la distancia entre el domicilio o lugar donde se ubique el suministro del reclamante y la oficina de atención al cliente de la concesionaria más cercana”.
(Resolución de Sala Plena N° 003-2008-OS-JARU, Precedente de Observancia Obligatoria).

❖ *“Asimismo, en los casos que sea necesario, se considerara el término de la distancia conforme a lo estipulado en el “Cuadro General de Términos de la Distancia”, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ”.
(Resolución N° 02925-2012-SERVIR/TSC-Primera Sala).*

❖ *“El artículo 135° de la L.P.A.G. dispone que al cómputo de los plazos establecidos en el procedimiento administrativo, se agrega el término de la distancia previsto entre el lugar de domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquél facultado para llevar a cabo la respectiva actuación. Agrega que el cuadro de términos de la distancia es aprobado por la autoridad competente. Mediante Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ se aprobó el Cuadro General de Términos de la Distancia.*

Al respecto, cabe señalar que el TUO del Código Tributario no contiene norma alguna que regule el término de la distancia, por lo que resulta de aplicación el artículo 135° de la L.P.A.G. al no oponerse ni desnaturalizar las normas tributarias en concordancia con lo dispuesto en la Norma IX del Título Preliminar del TUO del Código Tributario” **(Informe N° 224-2006-SUNAT/2B0000).**

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

❖ *Que, el 07 de abril de 2008, la empresa recurrente interpone Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Presidencia N° 109-2008-CONSUCODE/PRE, procesalmente se advierte que de acuerdo a lo previsto en el numeral 207.2 del artículo 207° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, el término para la interposición de los recursos impugnativos es de quince (15) días perentorios y, atendiendo a que el recurso de reconsideración fue interpuesto el 12 de marzo del 2008, por tanto, se encontraría fuera de los 15 días previstos, toda vez que su plazo para la presentación del presente recurso venció el 04 de abril de 2008;*

Que, no obstante, en consideración al factor geográfico del lugar del domicilio de la empresa recurrente (Ancash) y la presentación del Recurso de Reconsideración (Lima) resulta aplicable el Término de la Distancia de un (1) día adicional al plazo de quince (15) días perentorios, conforme lo establece el artículo 135° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y la Resolución Administrativa N° 1325-CME.PJ – Cuadro General de Términos de la Distancia, por lo que corresponde pronunciarse sobre el fondo del presente recurso de reconsideración”.(Resolución N° 242-2008-CONSUCODE/PRE).

Conforme a lo expuesto, corresponde sumar el plazo por concepto de término de la distancia, a los 30 días dados por la normativa para observar la liquidación. La pregunta que salta inmediatamente es ¿Cuántos días se deberán adicionar por dicho plazo?

Mediante Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ, del 13 de noviembre de 2000, se aprobó el Cuadro General De Términos De La Distancia, a fin de establecer el plazo que se otorgará por el término de la distancia, así tenemos el siguiente gráfico:

CUADRO DE TÉRMINOS DE DISTANCIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE ICA
Departamento de Ica

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

De Ica, capital de Ica

VÍA	DÍAS		
A	Abancay / Apurímac	Terrestre	2
"	Arequipa	Terrestre	2
"	Cajamarca	Terrestre/Aérea	3
"	Callao / Lima	Terrestre	1
"	Cañete	Terrestre	1
"	Cerro de Pasco / Pasco	Terrestre	3
"	Cono Norte / Lima	Terrestre	1
"	Cusco	Terrestre/Aérea	3
"	Chachapoyas / Amazonas	Terrestre/Aérea	5
"	Chiclayo / Lambayeque	Terrestre/Aérea	2
"	Chimbote / El Santa	Terrestre	2
"	Huacho / Huaura	Terrestre	2
"	Huamanga / Ayacucho	Terrestre	2
"	Huancavelica	Terrestre	3
"	Huancayo / Junín	Terrestre	2
"	Huánuco	Terrestre	2
"	Huaraz / Ancash	Terrestre	2
"	Lima	Terrestre	1
"	Loreto / Iquitos	Terrestre/Aérea	2
"	Moquegua	Terrestre	2
"	Moyobamba / San Martín	Terrestre/Aérea	5

Conforme a los domicilios establecidos en el contrato: i) EPS EMAPICA: Dirección Calle Castro Virreyña N° 487 Ica; y, ii) Consorcio San Joaquín: Jr. Pedro Mateo Gonzales N° 1248 Urb. Santa Luzmila – Comas, Lima; correspondería que se otorgue por el *término de la distancia*, el plazo de 01 día adicional al plazo establecido, 30 días, así podemos visualizar:

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

❖ Cono Norte / Lima Terrestre 01 día

Plazo de Notificación 01 día adicional

En ese sentido, si contabilizamos el plazo transcurrido desde que el Contratista remitió su Liquidación (12.07.2010) y la fecha en que EPS EMAPICA observo dicho documento (13.08.2010), habrían transcurrido 32 días, lo cual significa que la Entidad realizo las observaciones a la Liquidación de la Obra, con un (01) día de posterioridad al plazo que tenía para hacerlo.

Plazo del RLCAE (30 días) + Plazo Término de la Distancia (01 días) = 31 días

Plazo del RLCAE (30 días) + Plazo Término de la Distancia (01 días) + Demora (01 día) = 32 días

En virtud de los argumentos expuestos, corresponde a criterio de este Tribunal, que se declare FUNDADA la primera pretensión de la demanda y por ende se pague a favor del Consorcio San Joaquín la suma de S/1'332,410.50, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

Que respecto de la pretensión de que se declare la nulidad e ineficacia Legal de la Carta N° 038-2010-CSJ, de fecha 12 de agosto del 2010, a través de la cual el Contratista comunico la aprobación por silencio positivo de la liquidación del Contrato de Obra, por los argumentos expuestos líneas arriba correspondería que la misma sea declarada INFUNDADA. Sin embargo, cabe indicar que la reconvención fue archivada mediante Resolución N° 27 por falta de pago de los gastos arbitrales.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

SEGUNDO: Determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad Contratante la devolución de las Cartas Fianza N° 68-01002868-00, N°68-01002868-01, N° 68-01002868-02, 68-01002868-03, 68-01002868-04, 68-01002868-05, 68-01002868-06, 68-01002868-07, 68-01002868-08, 68-01002868-09, 68-01002868-10, 68-01002868-11, 68-01002868-12 y 68-01002868-13.

Que respecto a la devolución de las Cartas Fianza N° 068-01002868-00, N° 068-01002868-01, N° 068-01002868-02, N° 068-01002868-03, N° 068-01002868-04, N° 068-01002868-05, N° 068-01002868-06, N° 068-01002868-07, N° 068-01002868-08, N° 068-01002868-09, N° 068-01002868-10, N° 068-01002868-11, N° 068-01002868-12 y N° 068-01002868-13; otorgadas por concepto de Fiel Cumplimiento, el Reglamento de la Ley de Contrataciones señala lo siguiente:

“Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo.

Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato, y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la Liquidación Final, en el caso de ejecución y consultoría de obras”.

Así, al haberse declarado en la primera pretensión el consentimiento de la Liquidación, corresponde por ende la devolución de las Cartas Fianzas mencionadas por parte de la Entidad a favor del Consorcio San Joaquín.

TERCERO: Determinar si corresponde declarar o no que EMAPICA S.A. pague a favor del Consorcio San Joaquín la suma de S/79,654.11 por concepto de daños y perjuicios que se originan como daño emergente, en el mayor costo de la carta fianza de fiel cumplimiento de contrato por las

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

renovaciones constantes que se viene realizando; la demora innecesaria a la solución de la presente controversia como el perjuicio causado por los gastos de pagos a empresas asesoras para el proceso de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal de conciliación y arbitraje; asimismo los gastos por pagos al personal administrativo y técnico; así como las utilidades dejadas de percibir.

Respecto de esta pretensión, a fin de poder exigir un resarcimiento por los daños y perjuicios causados, no basta que el Contratista indique cuales son, sino que corresponde a la persona perjudicada que acredite los daños sufridos que señala. En ese sentido, pese a que el Contratista reclama mediante esta vía una indemnización, que no ha acreditado con documento alguno (Estructura de Costos, Estado de Ganancias y Pérdidas o documento que acredite objetivamente los costos y la proyección de ganancia que se tenía del servicio) el daño supuestamente causado.

En relación a la carga de la prueba que acredite el daño causado, el Código Procesal Civil señala que corresponde la misma a quien afirma los hechos que configuran su pretensión, así establece lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba.-

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Asimismo, el Código Civil señala:

“Artículo 1331.- Prueba de daños y perjuicios

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

En ese sentido, Pareja Sebedo señala *“En el presente precepto normativo tenemos que la víctima, en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, tendrá que demostrar el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y no patrimoniales⁷”*.

Por lo expuesto, en vista de que no se ha acreditado el daño causado, no resulta exigible que se ordene a la Entidad pagar al Contratista, la suma que solicita por la indemnización. Sin embargo, en aplicación del artículo 215° del RLCAE⁸, el Contratista estaba obligado a renovar la carta de fianza de fiel cumplimiento hasta que quedara consentida liquidación final del contrato; entonces, a partir del día siguiente del consentimiento de la liquidación, los costos de renovación de dicha garantía son de cargo de la Entidad el mismo que deberá reconocerse en la ejecución del presente laudo luego de verificar la vigencia de las mismas.

CUARTO: Determinar si corresponde o no, que se ordene a EMAPICA S.A. cumpla con el pago de los costos y costas derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

Respecto de la mencionada pretensión cabe señalar que en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato, las partes no establecieron

⁷ PAREJA SEBEDO, Charles Richard, <http://iurislexsocietas.com/portal/node/40>, 14 de julio de 2010.

⁸ “Artículo 215.- Garantía de Fiel Cumplimiento

Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.”

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral. Atendiendo a esta situación, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Que a fin de determinar si corresponde que LA ENTIDAD pague los costos y costas del presente proceso arbitral, este Tribunal deberá considerar las siguientes variables: i) El resultado final de este arbitraje; ii) El buen comportamiento procesal de las partes y iii) La incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.

Que el artículo 73° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, D. Leg. N° 1071 señala respecto a la distribución del pago del costo del arbitraje lo siguiente:

“Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Que, en ese sentido este Tribunal Arbitral ha decidido que considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, ya que en apreciación del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación,

Contrato de Ejecución de Obra "Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica"

atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

En la medida que Consorcio San Joaquin asumió el íntegro de los gastos arbitrales producto de la demanda, ascendente a S/. 42,000.00, el Demandado deberá reembolsarle a dicha parte el 50% del íntegro de dichos gastos arbitrales pagados, es decir, deberá reembolsarle la suma neta de S/. 21,000.00.

Por lo que el Tribunal Arbitral en **DERECHO**;

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 1) de la demanda; y en consecuencia, el Tribunal declare el consentimiento de la Liquidación final de la obra presentada por el Contratista, a través de la Carta N° 030-2010-CS y el pago a favor del Consorcio San Joaquín de la suma de de S/1'332,410.50, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la pretensión 2) de la demanda, conforme a los fundamentos expuestos líneas arriba.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión 3) de la demanda, conforme a los fundamentos expuestos líneas arriba, en consecuencia **DECLARAR** que no hay condena de costos en el presente arbitraje, debiendo cada una de las partes asumir en proporciones iguales los gastos arbitrales (honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos que fueron irrogados por cada una de las partes para hacer valer sus derechos, en consecuencia, teniendo en consideración que Consorcio San Joaquin asumió el íntegro de los gastos arbitrales producto de la demanda, corresponde **ORDENAR** que el Demandado,

Caso Arbitral: Demandante Consorcio San Joaquín – Demandado Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A - EMAPICA

Contrato de Ejecución de Obra “Rehabilitación Integral de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado de San Joaquín I; II y III Etapa de la ciudad de Ica”

en ejecución del presente laudo, reembolse a Consorcio San Joaquin la suma neta de S/. 21,000.00.

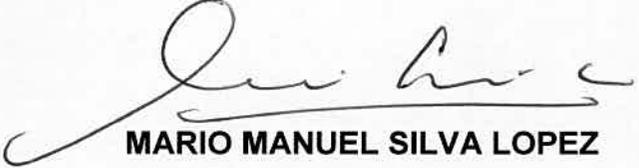
CUARTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la pretensión 4) de la demanda, conforme a los fundamentos expuestos líneas arriba. Por ello, se **ORDENA** a la Entidad que reconozca los gastos financieros de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento a partir del día siguiente que la liquidación ha quedado consentida con la acreditación correspondiente en vía de ejecución del laudo.

QUINTO: Notifíquese el presente Laudo a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

Notifíquese a las partes;



OSCAR HERRERA GIURFA
Presidente



MARIO MANUEL SILVA LOPEZ
Árbitro



LUIS ARTURO VARGAS VILCA
Árbitro



PATRICK HURTADO TUEROS
Secretario Arbitral