

CONTROVERSIA ARBITRAL AD HOC SEGUIDA ENTRE KOMATSU -
MAQUINARIAS PERU S.A. Y EL GOBIERNO REGIONAL DE
LAMBAYEQUE

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: KOMATSU - MAQUINARIAS PERU S.A. (en adelante,
KOMATSU, EL CONTRATISTA o EL DEMANDANTE)

DEMANDADO: GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE (en
adelante, GRLAMB, LA ENTIDAD o EL DEMANDADO).

TRIBUNAL ARBITRAL:

DOCTOR. HORACIO CÁNEPA TORRE (Presidente).

DOCTOR. JUAN JOSÉ PÉREZ-ROSAS PONS.

DOCTOR. LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA.

RESOLUCIÓN N° 17

Lima, 10 de junio del 2013.

VISTOS:

I. ANTECEDENTES:

Con fecha 13 de Diciembre del 2011, en la sede del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), el Tribunal Arbitral, con la presencia de ambas partes, se suscribió el Acta de Instalación relacionada con la controversia suscitada entre KOMATSU y GRLAMB, y que está vinculada al “*Contrato de Servicios N° 039-2010-GRL-AMB – ‘Reparación de un Tractor de Orugas y una Excavadora Hidráulica N° PC220-6’*”, (en adelante EL CONTRATO); declarando seguidamente abierto el proceso arbitral y otorgando al DEMANDANTE, el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que cumpla con presentar su demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que sustenten su posición.

1. DE LA DEMANDA.

- 1.1. Con fecha 25 de julio del 2012, KOMATSU —dentro del plazo concedido— presentó su demanda arbitral en contra del DEMANDADO, pretendiendo lo siguiente:

1.1. *Primera Pretensión Principal.-*

Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Lambayeque nos cancele la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) por concepto de la deuda que mantiene con nuestra empresa por las prestaciones contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.

1.1.1 Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal.-

Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Lambayeque cancele a nuestra representada la suma de S/. 39,283.37 (Treinta y nueve mil doscientos ochenta y tres con 37/100 nuevos soles) por concepto de intereses generados a la fecha de elaboración de la presente demanda por la falta de pago de la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) por concepto de la deuda que mantiene con nuestra empresa por las prestaciones contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.

1.1.2 Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal.-

Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Lambayeque nos cancele los intereses legales producidos desde el día siguiente de la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de pago.

1.2. Segunda Pretensión Principal.-

Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Lambayeque pague a nuestra empresa la suma de S/. 436,289.72 (Cuatrocientos treinta y seis mil doscientos ochenta y nueve con 72/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses generados hasta la fecha efectiva del pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de la demandada en detrimento de la demandante, por haberse aquella beneficiado indebidamente al no haber pagado a la demandante la reparaciones no contempladas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, efectuadas en el tractor sobre orugas y excavadora propiedad de la demandada.

1.3. Tercera Pretensión Principal.-

Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Lambayeque el pago de las costas, costos y demás gastos generados en el presente proceso arbitral."

- 1.2. Asimismo, para sustentar sus pretensiones planteadas, KOMATSU las fundamenta en base a las siguientes consideraciones, advirtiendo desde ya que para una rápida comprensión de su posición, estamos suprimiendo las notas de pie de página que corresponde a la siguiente trascipción:

1.4. SOBRE LA DEUDA DEL GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE:

1. *Con fecha 09 de Julio de 2010, nuestra representada y el Gobierno Regional de Lambayeque suscribieron el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB mediante el cual nos comprometimos a la reparación de un tractor sobre orugas y una excavadora, propiedad de la citada institución pública por la suma de S/ 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) y S/ 313,413.93 (Trescientos trece mil cuatrocientos trece con 93/100 nuevos soles), respectivamente.*
2. *Dicho contrato derivó de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0011-2010-GR.LAMB, la cual fue convocada en el SEACE con fecha 12 de Mayo de 2010, adjudicandonos la buena pro con fecha 25 del citado mes y año por los dos ítems que comprendía el referido proceso de selección.*

3. El servicio fue realizado a conformidad del Gobierno Regional de Lambayeque, sin embargo, hasta la fecha no ha cumplido con pagar el saldo del monto contratado que asciende a la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles), suma que viene generando intereses que alcanzan el monto señalado en nuestra segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal.
4. Pese a nuestras constantes comunicaciones por escrito con el Gobierno Regional de Lambayeque como es el caso de nuestras cartas notariales recibidas con fecha 16 de Junio de 2011 (registro N° 1751985) y 16 de Agosto de 2011 (registro N° 14879), no ha cumplido con honrar la deuda antes indicada y que forma parte del monto del Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB ascendente a S/. 639,796.23 (Seiscientos treinta y nueve mil setecientos noventa y seis con 23/100 nuevos soles).
5. Sobre esto último, debemos indicar que en el numeral 2.9 de la Sección Específica de las bases del proceso citado se indicó expresamente que "La Entidad se compromete a efectuar el pago al contratista en un plazo máximo de 10 días calendarios de otorgada la conformidad de recepción de la prestación".
6. Sin embargo, el tiempo ha transcurrido en exceso y el Gobierno Regional de Lambayeque sólo ha podido cumplir con pagar una parte de la deuda que mantiene con nuestra representada.
7. Al respecto el artículo 181 del Reglamento señala que la Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato, norma que ha sido incumplida por el Gobierno Regional de Lambayeque.

En ese sentido, acudimos a la instancia arbitral para hacer valer nuestro derecho de cobro ante la referida institución pública.

1.5. SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE:

1. Conforme lo indicamos en el punto anterior, nuestra representada al resultar ganadora de la buena pro de los dos ítems comprendidos en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0011-2010-GR.LAMB, suscribió el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.
2. El monto total del indicado contrato ascendió a la suma de S/. 639,796.23 (Seiscientos treinta y nueve mil setecientos noventa y seis con 237100 nuevos soles), divido de la siguiente manera:
 - ❖ Ítem N° 01: Reparación de Tractor de Orugas D85A-21B por el monto de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles).
 - ❖ Ítem N° 02: Reparación de Excavadora Hidráulica PC220-6 por el monto de S/. 313,413.93 (Trescientos trece mil cuatrocientos trece con 93/100 nuevos soles).
3. Los Términos de Referencia de las bases del proceso indicaban lo siguiente:
 1. Reparación de un Tractor de Orugas Código D85A-21B
 - SISTEMA MOTOR
 - SISTEMA HIDRÁULICO
 - SISTEMA DE RODAMIENTO
 2. Reparación de una Excavadora Hidráulica Código PC220-6
 - SISTEMA MOTOR

- **SISTEMA ELECTRICO**
- **CABINA**
- **SISTEMA HIDRÁULICO**
- **SISTEMA DE RODAMIENTO**

3. Originalidad de Repuestos

LOS REPUESTOS DEBEN SER ORIGINALES, CERTIFICADOS POR EL FABRICANTE DE LA MÁQUINA.

4. *Conforme se advierte, los términos de referencia no detallan específicamente los trabajos que se realizarán en el servicio de reparación de ambas máquinas, limitándose únicamente a indicar los servicios de modo genérico.*
5. *Asimismo, el sistema de contratación utilizado en las bases del indicado proceso fue el de precios unitarios, el cual conforme se desprende del artículo 40 numeral 2 del Reglamento, resulta aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas, precisándose que la valorización que se realiza en los contratos bajo este sistema es en relación a su ejecución real.*
6. *Entendemos que este sistema de contratación fue escogido por el Gobierno Regional de Lambayeque precisamente porque los trabajos de reparación no estaban perfectamente detallados, pues de haber sido así, habrían optado por sistema de contratación a suma alzada.*
7. *Como ya lo indicamos anteriormente, nuestra empresa en diversas oportunidades se comunicó por escrito al Gobierno Regional de Lambayeque que había una serie de repuestos y servicios que se habían realizado en las dos máquinas objeto de reparación y que no formaban parte de las bases de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0011-2010-GR.LAMB ni el contrato.*
8. *En efecto, las bases no previeron la cantidad de repuestos necesaria para cumplir con la reparación de ambas máquinas ni tampoco una serie de servicios necesarios para dejar en condiciones operativas ambas máquinas, conforme a continuación se indica:*
9. *Para el caso del tractor de orugas se realizaron las siguientes reparaciones no contempladas en el contrato:*
 - a. **EVALUACION DE VALVULAS DE CONTROL DE RIPPER Y DE HOJA TOPADORA**
 - b. **EVALUACION DE BOMBAS**
 - c. **EVALUACION DE CONVERTIDOR Y PTO**
 - d. **EVALUACION CILINDROS DE HOJA TOPADORA LH-RH**
 - e. **EVALUACION DE TRANSMISION**
 - f. **EVALUACION DE FRENOS RH - LH Y DIRECCIÓN**
 - g. **REPARACION DE MOTOR**
 - h. **ARMADO DE EQUIPO D855-A**
10. *Estas reparaciones no contempladas en el contrato pero necesarias para que el tractor se encuentre operativo ascendieron a S/. 223,014.69 (Doscientos veintitrés mil catorce con 69/100 nuevos soles), monto que debe agregarse a los S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) contratados para el ítem N° 01.*
11. *Del mismo modo, para el caso de la reparación de la excavadora sobre orugas, nuestra representada realizó los siguientes trabajos no contemplados en el contrato:*
 - a. **BOMBA HIDRAULICA**
 - b. **BLOQUE DE SOLENOIDES, JUNTA GIRATORIA, LOCK VALVE,**

BLOCK DE RETORNO

- c. *MAQUINARIA Y MOTOR DE GIRO*
- d. *MOTOR DE TRASLADO Y MANDO FINAL LH*
- e. *MANDO FINAL RH*
- f. *CONTROL DE VALVULAS*
- g. *VALVULAS PPC*
- h. *CILINDRO BOOM Y BUCKET*
- i. *ARMADO DE EQUIPO PC220*

12. *Estas reparaciones no contempladas en el contrato pero necesarias para que la excavadora se encuentre operativa ascendieron a S/. 213,275.03 (Doscientos trece mil doscientos setenta y cinco con 03/100 nuevos soles), monto que debe agregarse a los S/. 313,413.93 (Trescientos trece mil cuatrocientos trece con 93/100 nuevos soles) contratados para el ítem N° 02.*
13. *Pese a que estas reparaciones no contratadas fueron comunicadas oportunamente al Gobierno Regional de Lambayeque mediante nuestras cartas notariales recibidas con fecha 16 de Junio de 2011 (registro N° 1751985) y 16 de Agosto de 2011 (registro N° 14879), mediante Oficio N° 931-2011-GR.LAMB/PR, el Gobierno Regional de Lambayeque manifiesta que se han realizado las coordinaciones con la Oficina Regional de Asesoría Legal y la Oficina Regional de Administración en la que indican que no existe documentación alguna que acredite que la entidad haya ordenado, acordado o autorizado la ejecución de prestaciones adicionales complementarias, adosando para una mejor comprensión del tema los oficios N° 927-2011-GR.LAMB/ORAD de la Oficina Regional de Administración y N° 265-2011-GR.LAMB/ORAJ de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica.*
14. *En los oficios citados en el párrafo anterior la Oficina Regional de Administración manifestó que la Presidencia Regional deberá adoptar la decisión más conveniente para la institución, dentro del marco legal correspondiente.*
15. *Asimismo, en el citado oficio la Oficina Regional de Asesoría Jurídica indica que no existe documentación que acredite que la Entidad haya ordenado, acordado o autorizado la ejecución de prestaciones adicionales complementarias. Asimismo, precisa que las prestaciones adicionales serán siempre nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas.*
16. *Sobre el particular, en su momento nos permitimos recordarle al Gobierno Regional de Lambayeque que el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, señala que excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.*
17. *Igualmente, el artículo 174 del Reglamento de la citada ley indica que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria.*
18. *En el presente caso, es importante resaltar que nuestra representada actuó de buena fe al ejecutar las prestaciones que no formaban parte del contrato toda vez que las mismas resultaban necesarias para alcanzar la finalidad del contrato de reparación de máquinas.*
19. *Nuestra buena fe además se demuestra en el hecho que nuestra representada prestó al Gobierno Regional por un plazo de 30 (treinta) días calendario un*

motor marca Komatsu modelo 6D102-1 con Número de Serie 26216159 para la excavadora objeto de reparación, la misma que fue entregada sin motor por la anterior gestión del citado gobierno regional.

20. Sobre esto último, debe precisarse que el contrato no contempló la reparación del motor pues la excavadora carecía del mismo. A la fecha, si bien es cierto el Gobierno Regional de Lambayeque nos ha devuelto el motor, también es cierto que dicho motor no solamente se ha utilizado para pruebas sino también para que la maquinaria trabaje, generándose un beneficio para el Gobierno Regional.
21. En ese orden de ideas, con las reparaciones realizadas tanto en el tractor de orugas como en la excavadora que no se encontraban plasmadas en las bases ni en el contrato, el Gobierno Regional de Lambayeque se habría beneficiado, habiéndose producido un enriquecimiento sin causa a favor del Gobierno Regional de Lambayeque en detrimento de nuestra representada Komatsu-Mitsui Maquinarias Perú S.A.
22. La figura del Enriquecimiento sin Causa se encuentra contemplada en el artículo 1954º del Código Civil, en el que textualmente se establece que "aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".
23. Esta figura jurídica se considera como un arreglo a favor del que ha sido perjudicado por un desplazamiento patrimonial eficaz, siendo que el Derecho le otorga a este perjudicado una pretensión contra el enriquecido para que entregue aquello en que injustamente se enriqueció pero esta pretensión no nace por el sólo hecho de que se enriquezca a costas de otro, sino que deben mediar razones especiales que hagan aparecer este enriquecimiento como "injustificado", es decir, que no sea conforme a la justicia y a la equidad.
24. En la actualidad, más allá de encontrarnos frente a un principio general que prohíbe enriquecerse sin causa a expensas de otro, no es posible que éste concepto se desvincule respecto de la teoría general de los remedios restitutorios, pues en este caso no se apunta al resarcimiento integral o a una indemnización, sino solamente a la restitución de un valor con el cual un sujeto a expensas de otro se ha enriquecido, el problema no es tanto aquel de resarcir el daño ocasionado por un incumplimiento contractual o por hecho ilícito, sino el de restituir enriquecimientos sin causa. "Se trata de casos en los que la obligación surge fuera de un previo acuerdo o contrato válido, así como de casos que surgen prescindiendo de la existencia de un hecho ilícito. De aquí que el tenor del artículo examinado no sea del todo preciso, cuando alude a la obligación de indemnizar, pues puede inducirse a error al intérprete que podría pensar que nos encontramos frente a una hipótesis más de tutela resarcitoria en términos amplios."
25. Al respecto, para el presente caso resulta importante recordar que los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa son cinco:
 - (i) **EL ENRIQUECIMIENTO.**- Consistente en el hecho objetivo de haber conseguido un incremento, cualquier ventaja de carácter patrimonial, en la esfera de ventajas de las que goza un sujeto.
 - (ii) **EL DAÑO.**- Para los fines de configuración de la procedencia del enriquecimiento sin causa, no es necesario que se produzca un daño en el sentido propio de la expresión y tampoco un verdadero y propio traslado injustificado de riqueza, sino más bien que se haya efectuado un comportamiento mediante el cual se utilicen recursos ajenos produciéndose un enriquecimiento en la propia esfera.
 - (iii) **LA CORRELACIÓN ENTRE DAÑO Y ENRIQUECIMIENTO.**- Es irrelevante la correlación entre el enriquecimiento y el daño en la medida que éste resulta innecesario, lo que se demuestra con el siguiente

ejemplo: "si encontrándose mi casa vacía, penetran en ella unos desconocidos, que la habitan durante un lapso de tiempo, sin causar ningún daño, no obtendré nada por la vía del resarcimiento, porque ningún daño existe, pero podré obtener alguna compensación, llámate retribución, por la vía del enriquecimiento y aquellos deberán el valor en uso que en el mercado tengan casas similares."

- (iv) **LA AUSENCIA DE JUSTA CAUSA.**- No hay título jurídico que la ampare.
- (v) **LA SUBSIDIARIDAD.**- Sólo es procedente en la medida que no pueda ejercitarse otra acción que le permita la restitución del patrimonio afectado.
26. Sobre estos temas, debe advertirse que el Derecho no ampara ni promueve, de modo alguno, el enriquecimiento sin causa. En tal sentido, queda claro que el Gobierno Regional de Lambayeque no ha pagado el valor real de los servicios de reparación prestados en su tractor y excavadoras reparadas y operativas a la fecha que se incorporan a su patrimonio, pues existen prestaciones sin retribución que define al contrato de servicios. Para ello no hay causa justificada, es decir, ninguna circunstancia legal permite la abstención de pago que perjudica sólo a una de las partes contratantes, concretamente, el artículo 1954º del Código Civil rechaza los casos en los que una parte se beneficia a expensas de otro y origina el derecho a pedir el resarcimiento equivalente al monto de su perjuicio.
27. No escapará al Tribunal Arbitral que el valor de los servicios de reparación prestados está dado por la suma del valor total las actividades, principales y secundarias, directas e indirectas que nuestra representada efectivamente ejecutó. En el presente caso, existen prestaciones efectivas que no han sido pagadas por el Gobierno Regional de Lambayeque y que no pueden ser desconocidas por la misma.
28. Es claro que quién recibe una cosa pagando menos de su valor, se enriquece con la diferencia. Simultáneamente, es claro también que quién entrega una cosa recibiendo a cambio menos de su valor se empobrece en la misma medida. Esta situación no es antijurídica per se, se torna antijurídica si tal desbalance se origina sin una causa injustificada, vale decir, si no existe un motivo jurídicamente relevante por el cual se justifique este desplazamiento patrimonial que enriquece a uno y empobrece a otro, sin fundamento ni equivalencia alguna.
29. Configurado el enriquecimiento sin causa la acción procederá si es que la ley no otorga al empobrecido otra acción para ser compensado. Esto se ha establecido en el artículo 1955º del Código Civil Peruano:
- "La acción a que se refiere el artículo 1954º no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitarse otra acción para obtener la respectiva indemnización"
30. Pues bien, la ubicación de la pretensión de enriquecimiento sin causa es como subordinada, esto es que se "activaría" sólo después que el Tribunal hubiese rechazado las otras pretensiones, permite verificar con total claridad que esta pretensión tiene carácter residual en la medida que no existe ninguna otra acción legal en cabeza del demandante para obtener resarcimiento, y por tanto, es procedente la acción por enriquecimiento sin causa que señala el artículo 1954º del Código Civil.
31. También el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre aquellos casos en los cuales un proveedor del Estado ejecuta una prestación sin contar con contrato ya sea por nulidad o inexistencia del mismo.

32. Así por ejemplo tenemos la OPINIÓN N° 083-2009/DTN, emitida con fecha 31 de Agosto de 2009 y que se encuentra publicada en la página web del citado organismo público donde se concluye lo siguiente:

32.1. Toda vez que en los hechos, la Entidad podría haberse beneficiado con las actividades ejecutadas en su favor por el contratista, y en aplicación de los principios generales que prohíben el enriquecimiento sin causa, corresponderá al contratista perjudicado ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de dichas actividades (...) El subrayado es nuestro.

33. Igualmente, mediante en la OPINIÓN N° 081-2010/DTN, emitida con fecha 29 de Diciembre de 2010 y que se encuentra publicada en la página web del citado organismo público donde se concluye lo siguiente:

3.2. Correspondrá al contratista perjudicado, en aplicación de los principios generales que vedan el enriquecimiento sin causa, ejercitar las acciones que correspondan para reclamar el reconocimiento de los costos de la ejecución de las actividades realizadas a favor de la Entidad.

Por lo expuesto, conforme a lo estipulado en el Artículo 1954º del Código Civil y las opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE antes citadas, el Gobierno Regional de Lambayeque está en la obligación legal de resarcir a Komatsu-Mitsui Maquinarias Perú S.A., por el valor en el cual se ha enriquecido a sus expensas, que es equivalente al monto de los servicios y repuestos no considerados en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB y que ascienden a la suma S/. 436,289.72 (Cuatrocientos treinta y seis mil doscientos ochenta y nueve con 72/100 Nuevos Soles) incluido IGV.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Los Fundamentos de Derecho en los que se sustenta la presente demanda arbitral son los siguientes:

- Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
- Código Civil en la parte correspondiente al enriquecimiento sin causa.”

1.3. Seguidamente, mediante la **Resolución N° 1 de fecha 26 de julio del 2012**, se dispuso – entre otras cosas – tener por presentada en forma oportuna la demanda arbitral, empero, se condicionó su admisión – al igual que lo peticionado en su Primer Otrosí Digo – al previo cumplimiento del pago del primer anticipo de los honorarios arbitrales, bajo los términos y plazo indicado en el segundo extremo resolutivo de esta resolución.

1.4. Es de precisar que a través de la **Resolución N° 2 de fecha 08 de agosto del 2012**, este Colegiado tuvo por cancelado el primer anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde a KOMATSU; por admitida la demanda arbitral y se corrió traslado de la misma a su contraria, el GRLAMB.

1.5. Luego, y previo a la contestación de la demanda, el GRLAMB se apersonó al proceso e informó mediante su Escrito S/N° del 08 de agosto del 2012,

el trámite que su entidad venía efectuando para el pronto pago de los honorarios arbitrales y además se requirió que se le notifique la demanda arbitral y sus respectivos anexos.

- 1.6. En atención a este escrito del GRLAMB nuestro Colegiado expidió la *Resolución N° 3 de fecha 09 de agosto del 2012*, en las que se tiene presente el informe descrito y en cuanto al requerimiento de notificación se precisó que dicho pedido carecía de objeto, debiendo estarse por el contrario a los términos indicados en la Resolución N° 2.
- 1.7. Posteriormente, verificado de los actuados que el GRLAMB no cumplió con el requerimiento de pagar el primer anticipo de honorarios arbitrales que le corresponde, este Tribunal Arbitral dictó la *Resolución N° 4 de fecha 16 de agosto del 2012*, en la que se tuvo por no cumplido el mencionado requerimiento de pago, se facultó a KOMATSU para que en el plazo de diez (10) días hábiles proceda al pago de los anticipos de honorarios arbitrales de su contraria, bajo apercibimiento de suspenderse este proceso arbitral; y, finalmente, se requirió al GRLAMB que devuelva los recibos de honorarios profesionales girados a su favor.

2. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL

- 2.1. Con fecha 10 de setiembre del 2012, EL DEMANDADO presentó dentro del plazo concedido, su escrito de contestación de demanda, sosteniendo en definitiva que todas las pretensiones formuladas por KOMATSU deben ser declaradas INFUNDADAS.
- 2.2. Conviene destacar que EL DEMANDADO amparó su contestación de demanda arbitral en relación a las pretensiones planteadas por KOMATSU, en base a las siguientes consideraciones que a continuación pasamos a detallar:

"Sobre la primera pretensión principal que el Gobierno Regional de Lambayeque, les cancele la suma de S/. 326,382.30 nuevos soles por concepto de deuda con la empresa demandante contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.

Sobre esta primera pretensión debemos informar al Tribunal Arbitral que se viene coordinando con el representante de la empresa demandante a fin de establecer un cronograma de pago de los S/. 326,382.30 nuevos soles que corresponden a la reparación del Tractor de Orugas D85A-21B, materia del Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.

Sobre la segunda pretensión principal que el Gobierno Regional de Lambayeque, les pague la suma de S/. 436,289.72 nuevos soles incluido IGV, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa, al no haber pagado a la demandante las reparaciones no contempladas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.

- 1. Sobre la segunda pretensión principal y con el objeto que el Tribunal Arbitral que tome conocimiento objetivo del caso y resuelva conforme a derecho hacemos de su conocimiento los siguientes hechos que han dado lugar a la controversia.*
- 2. Con oficio N° 175-2010-GR.LAMB/ORAD/OAB, de fecha 11 de febrero del 2010 el Jefe de la Oficina de Abastecimiento solicitó la aprobación del Expediente de Contratación para la reparación de un Tractor de Orugas y una Retroexcavadora; el cual se incluyó dentro del Plan Anual de Contrataciones del Estado para el año 2010, del Gobierno Regional de Lambayeque.*
- 3. El valor referencial de aprobación del expediente de contratación para la reparación del tractor de orugas y la retroexcavadora ascendía a la suma de S/. 742,266.63 nuevos soles cuya fuente de financiamiento eran los recursos directamente recaudados.*
- 4. En tal virtud, mediante Resolución Jefatural Regional de la Oficina Regional de Administración del Gobierno Regional de Lambayeque N° 054-2010-GR.LAMB/ORAD de fecha 15 de febrero del 2010, se aprobó el Expediente de Contratación para la reparación un Tractor de Orugas y una Retroexcavadora, de conformidad con el artículo 31 del T.U.O. del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; designándose mediante Resolución Jefatural Regional N° 072-2010-GR.LAMB/ORAD DE FECHA 24 de febrero del 2010 a los integrantes del Comité Especial a cargo de la conducción del proceso de selección.*
- 5. Mediante Memorándum N° 089-2010-GR.LAMB/ORAD, de fecha 11 de marzo del 2010, se aprobó las Bases y la autorización del correspondiente Proceso de Selección por Concurso Público N° 0001-2010-GR.LAMB, Servicios: "Reparación de un Tractor de Orugas y Una Retroexcavadora" – Primera Convocatoria.*
- 6. El proceso de selección en esta primera convocatoria fue declarado desierto por cuanto el único postor (Komatsu Mitsui Maquinarias Perú S.A.) en su propuesta técnica propuso un plazo de ejecución de 60 días calendario, cuando en las Bases, se especificaba el plazo de 30 días calendario, según así se puede ver del Acta de Evaluación y Otorgamiento de la Buena Pro, de fecha 21 de abril del 2010, y del Informe N° 001-2010-GR.LAMB/CECP de fecha 21 de abril del 2010.*
- 7. Posteriormente mediante Memorándum N° 160-2010-GR.LAMB/ORAD, de fecha 12 de mayo del 2010, se aprobó las Bases y autorización del correspondiente Proceso de Selección por Adjudicación Menor Cuantía N° 0011-2010-GR.LAMB, Servicios: "Reparación de Tractor Oruga y una Retroexcavadora" – Primera Convocatoria.*
- 8. El sistema de contratación fue el Sistema de Contratación a PRECIOS UNITARIOS de acuerdo a lo establecido en el expediente de contratación, conforme así se puede ver del punto 1.7 de las bases de selección, considerándose los siguientes términos de referencia para el servicio a contratar:*

Reparación de un Tractor de Orugas Código D85A-2IB.

Sistema motor.

Sistema hidráulico.

Sistema de rodamiento.

Reparación de una excavadora hidráulica código P220-6.

Sistema motor.

Sistema eléctrico.

Cabina.

Sistema hidráulico.

Sistema de rodamiento.

Originalidad de repuestos.

Los repuestos deben ser originales, certificados por el fabricante de la máquina.

9. Con fecha 25 de mayo del 2010 se realizó la evaluación de los postores, habiéndose presentado la empresa hoy demandante Komatsu – Mitsui Maquinarias Perú S.A.C., y la empresa UNELSU S.A.C., descalificándose a ésta última por no coincidir su dirección con la consignada en el Registro Nacional de Proveedores.

10. Tal como se puede ver del Acta de Evaluación y otorgamiento de la Buena Pro, el Comité Especial otorga la buena pro al postor Komatsu – Mitsui Maquinarias Perú S.A.C., para la reparación de un Tractor de Orugas D85A-21B por un monto de S/. 326,382.30 nuevos soles con un plazo del servicio de 60 días calendarios. Así como para la reparación de una excavadora hidráulica PC220-6 por un monto de S/. 313,413.93 nuevos soles con un plazo del servicio de 60 días calendarios.

11. En tal virtud, con fecha 09 de julio del 2010, se suscribió el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB cuyo objeto del servicio era la reparación de un Tractor de Orugas D85A-21B por un monto total de S/. 326,382.30 nuevos soles con un plazo del servicio de 60 días calendarios y la reparación de una excavadora hidráulica PC220-6 por un monto total de S/. 313,413.93 nuevos soles con un plazo del servicio de 60 días calendarios.

12. Conforme se puede ver de la cláusula tercera del Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, el monto total del servicio contratado ascendía a la suma de S/. 639,796.23 nuevos soles a todo costo, incluido IGV, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del contrato.

13. La empresa demandante se comprometió a ejecutar el servicio en el plazo establecido en el contrato, es decir, 60 días calendarios contados desde su suscripción, esto es desde el 09 de julio del 2010 que se vencía el 09 de setiembre del 2010; sin embargo, con fecha 08 de noviembre del 2010 dirige una carta al Gobierno Regional de Lambayeque, indicando que una vez desarmados los bienes objeto del contrato encontraron que requerían mayor cantidad de repuestos que la prevista en los documentos del proceso de selección; y que los servicios que no fueron previstos incluidos los repuestos que requerían ambas maquinarias alcanzaban la suma de S/. 81,595.58 para la reparación del tractor y S/. 78,353.48 para la reparación de la excavadora, haciendo un total de S/. 159,949.06 nuevos soles, suma equivalente al 25% del contrato originalmente suscrito.

14. En este punto debemos destacar que resulta curioso que el monto consignado de S/. 159,949.06 que refiere la demandante gastó en repuestos sea exactamente el 25% del monto contratado que es de 639,796.23, lo que nos lleva a inducir que dicho monto no es el realmente gastado en repuestos y en reparaciones adicionales, sino que ha sido calculado a fin de que encuadre dentro de lo que dispone el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado que en su primera parte prescribe:

“Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje” (...).

15. En la misma carta de fecha 08 de noviembre del 2010, indican que las reparaciones han requerido la entrega de repuestos importados desde diversos países incluido Japón, los mismos que han sufrido retrasos en el proceso de desaduanaje y transporte hasta el destino final y que es materialmente imposible culminar el contrato el día 09 de noviembre del 2010 conforme a los previsto en el contrato; y solicitan se proceda a emitir la resolución que apruebe las prestaciones adicionales y solicitan además ampliación del plazo para la entrega del servicio, proponiendo como fecha de entrega el 17 de noviembre del 2010.

16. Posteriormente, con fecha 24 de enero del 2011, la empresa demandante dirigió una segunda carta al Gobierno Regional de Lambayeque, reiterando la solicitud de aprobar los adicionales por un monto total de S/. 159,949.06 nuevos soles, indicando además que la entidad puede acercarse a sus instalaciones para recoger

la excavadora cuya reparación se encontraba lista; pero no indicaban nada respecto del tractor de orugas.

17. No obstante, la carta dirigida por la empresa demandante con fecha 24 de enero del 2011 indicando que la entidad puede acercarse a sus instalaciones a recoger la retroexcavadora; sin embargo, conforme se puede ver del Oficio N° 097-2011-GR.LAMB/GRIN/SEM de fecha 03 de febrero del 2011, el Coordinador del Servicio de Equipo Mecánico del Gobierno Regional de Lambayeque, indica que Komatsu - Mitsui, manifiesta que la excavadora ya ha sido reparada y que se encuentra en la ciudad de Trujillo por recoger, asimismo, que el tractor de orugas D85A - 21B, se encuentra en la Planta Chancadora en condición inoperativa, habiéndose presentado algunas fallas en un sensor de temperatura del motor y desaliniación del sistema de rodamientos y que sobre estos pormenores la empresa proveedora ha tomado acciones al respecto, quedando pendiente la solución de estas fallas para el 05 de febrero del 2011.

18. De igual forma como se puede ver del Informe N° 006-2011-GR.LAMB/SEM-TALLER, y del Informe N° 007-2011-GR.LAMB/SEM-TALLER, de fecha 07 de abril del 2011, el Tractor de Orugas a esa fecha aún presentaba fallas y la excavadora se encontraba en la ciudad de Trujillo y aún no había sido entregada a la Entidad.

19. Como se puede ver ni la prestación del servicio contratado ni los plazos del contrato de servicios suscrito por la empresa demandante con el Gobierno Regional de Lambayeque, fueron cumplidos por causas no imputables a la Entidad, sino a la empresa demandante Komatsu Mitsui Maquinarias Perú S.A.

20. Dentro de este contexto de incumplimiento del servicio contratado y de incumplimiento de plazos contractuales, la empresa demandante afirma que ha instalado repuestos en las dos máquinas objeto de reparación, así como afirma haber realizado reparaciones no contempladas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, y que por estos hechos el Gobierno Regional de Lambayeque se habría enriquecido sin causa en la suma de S/. 436,289.72 nuevos soles.

21. Al respecto debemos indicar que el enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que se encuentra contemplada en el Libro VII del Código Civil, sobre Fuentes de las Obligaciones - Sección Cuarta. El artículo 1954 del Código Civil define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo. En tanto que el artículo 1955 prescribe que la acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

22. La doctrina considera que: "la teoría del enriquecimiento sin causa es uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son -precisamente- todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado".

23. Sin embargo, en el presente caso debe considerarse que siempre que se quiera ver si es que el patrimonio ha sido afectado, no sólo deberá analizarse los derechos y objetos con los que se cuenta o con los que ya no se cuenta, sino que se deberá considerar todas las situaciones jurídicas que lo integran, sobre todo en las contrataciones públicas donde cada Entidad Pública que conforma el Estado tiene a su cargo una serie de competencias, las cuales se encuentran dirigidas a la satisfacción de determinadas necesidades de la sociedad, que sólo podrán satisfacerse por medio de la obtención de prestaciones, ya sea bienes, servicios u obras, que son brindadas por agentes del mercado y para lo cual se deben utilizar

estrictamente los procedimientos establecidos en la normativa de la contratación pública y de presupuesto público.

24. Por tanto, el Tribunal Arbitral deberá considerar que los trabajos adicionales de obra, o simplemente los adicionales de obra, generan costos inicialmente no previstos para la Entidad y, por tanto, representan un desafío de especial complejidad para el presupuesto público, por cuanto en las contrataciones públicas que realiza el Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos.

25. El artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se encarga de desarrollar el tema de los adicionales, reducciones y ampliaciones, en las contrataciones con el Estado; debiendo tenerse en cuenta además lo establecido por la Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, que establece lo siguiente:

QUINTA.- «Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal [...], y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original. Para el caso de las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos, la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento.

26. Cabe señalar que tanto el citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como la Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, están en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785. En efecto, el artículo 22 de la referida Ley Orgánica establece lo siguiente:

Artículo 22.- «Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

[...]

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

27. Como podemos apreciar, en atención a que en los contratos de servicios al Estado y de obras públicas media el interés del Estado, se ha establecido una competencia especial para la Contraloría General de la República en lo relativo a los presupuestos adicionales que superen el porcentaje establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

28. Por otro lado debe considerarse que conforme a los artículo 196 y 200 del Código Procesal Civil, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión y si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.

29. En el presente caso se tiene que la empresa demandante, no ha acreditado con ningún medio probatorio idóneo haber realizado las reparaciones no contempladas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, pretendiendo acreditar su pretensión con un Informe Técnico elaborado por la propia empresa demandante; pero, conforme se puede ver del Oficio N° 097-2011-GR.LAMB/GRIN/SEM de fecha 03 de febrero del 2011, el Coordinador del Servicio de Equipo Mecánico del Gobierno Regional de Lambayeque, indica que Komatsu - Mitsui, manifiesta que

la excavadora ya ha sido reparada y que se encuentra en la ciudad de Trujillo por recoger, asimismo, que el tractor de orugas D85A – 21B, se encuentra en la Planta Chancadora en condición inoperativa, habiéndose presentado algunas fallas en un sensor de temperatura del motor y desalineación del sistema de rodamientos y que sobre estos pormenores la empresa proveedora ha tomado acciones al respecto, quedando pendiente la solución de estas fallas para el 05 de febrero del 2011.

30. No existe documentación alguna que acredite que la Entidad haya ordenado, acordado o autorizado la ejecución de prestaciones adicionales complementarias, según corresponda, más allá de los límites o sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, derivadas de contrataciones respecto de las cuales se realizaron los respectivos procesos de selección.

31. La orden de ejecución de prestaciones adicionales es una manifestación de la potestad administrativa de modificar los términos del contrato, por tanto, se tiene como presupuesto que las prestaciones adicionales requeridas para alcanzar la finalidad del contrato, serán siempre nuevas prestaciones o prestaciones diferentes a las originalmente pactadas, en tal sentido, la aceptación de bienes y servicios entregados o prestados en tales supuestos no genera para el Estado la obligación de pagar ninguna prestación.

32. Además de ello, es de tenerse muy en cuenta los principios que rigen las contrataciones públicas que se encuentran consagrados en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1017 -Ley de Contrataciones del Estado-. Así tenemos el Principio de Moralidad prescribe: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. El Principio de Eficiencia sostiene que las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. El Principio de Vigencia Tecnológica prescribe que: Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

33. En el presente caso la empresa contratista no obstante conocer ampliamente estos principios por ser un empresa que continuamente contrata con el Estado, los ha transgredido con su incumplimiento tanto de la prestación contratada como con el incumplimiento de los plazos establecidos, defraudado la confianza que le otorgó el Estado al confiarle la ejecución de un servicio que tenía como objeto la reparación de dos maquinarias para la ejecución de las obras públicas que realiza el Gobierno Regional de Lambayeque.

34. Siendo así consideramos que no existe obligación de parte del Gobierno Regional de Lambayeque de pagar ninguna prestación adicional.

Sobre la tercera pretensión principal que el Gobierno Regional de Lambayeque pague los costos, costas y demás gastos generados en el presente proceso arbitral.

35. Al respecto debemos indicar que la aplicación e inaplicación de las normas del Código Procesal Civil referidas a la imposición de costos y costas procesales, son atribuciones que corresponden a la jurisdicción ordinaria, en este caso a la jurisdicción arbitral las cuales deben orientarse por las reglas específicas establecidas para tal propósito así como por los valores y principios que informan la función jurisdiccional y arbitral, en este sentido, es importante resaltar que corresponde al Tribunal Arbitral regular y ponderar los alcances de los costos y costas, en estricta aplicación de lo establecido en los artículos 410º a 419º del Código Procesal Civil; teniendo en cuenta además que conforme al artículo 47 de la

Constitución Política del Perú y artículo 413 del Código Procesal Civil, el Estado está exonerado del pago de costas y costos del proceso.

IV. Medios Probatorios.

Documentales.

- a) Resolución Jefatural Regional N° 054-2010-GR.LAMB/ORAD de fecha 15 de febrero del 2010, se aprobó el Expediente de Contratación para la reparación un Tractor de Orugas y una Retroexcavadora.
- b) Memorándum N° 089-2010-GR.LAMB/ORAD, de fecha 11 de marzo del 2010, que aprobó las Bases y la autorización del correspondiente Proceso de Selección por Concurso Público N° 0001-2010-GR.LAMB, Servicios: "Reparación de un Tractor de Orugas y Una Retroexcavadora" – Primera Convocatoria.
- c) Memorándum N° 160-2010-GR.LAMB/ORAD, de fecha 12 de mayo del 2010, se aprobó las Bases y autorización del correspondiente Proceso de Selección por Adjudicación Menor Cuantía N° 0011-2010-GR.LAMB, Servicios: "Reparación de Tractor Oruga y una Retroexcavadora" – Primera Convocatoria.
- d) Bases administrativas del Concurso Público N° 0001-2010-GR.LAMB, y de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 011-2010-GR.LAMB, para la contratación del servicio de reparación de un tractor de orugas y una retroexcavadora.
- e) Acta de Evaluación y otorgamiento de la Buena Pro, de fecha 25 de mayo del 2010, por la cual el Comité Especial otorga la buena pro al postor Komatsu – Mitsui Maquinarias Perú S.A.C.
- f) Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, celebrado entre el Gobierno Regional de Lambayeque y la empresa Komatus Mitsui Maquinarias Perú S.A., por un monto total de S/. 639,796.23 nuevos soles a todo costo, incluido IGV, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del contrato.
- g) Carta de fecha 08 de noviembre del 2010, dirigida por la empresa Komatsu Mitsui Maquinarias Perú S.A., al Gobierno Regional de Lambayeque, donde indican que las reparaciones han requerido la entrega de repuestos importados desde diversos países incluido Japón, los mismos que han sufrido retrasos en el proceso de desaduanaje y transporte hasta el destino final y que es materialmente imposible culminar el contrato el día 09 de noviembre del 2010 conforme a lo previsto en el contrato; y solicitan se proceda a emitir la resolución que apruebe las prestaciones adicionales; solicitan además ampliación del plazo para la entrega del servicio, proponiendo como fecha de entrega el 17 de noviembre del 2010.
- h) Carta de fecha 24 de enero del 2011, dirigida por la empresa Komatsu Mitsui Maquinarias Perú S.A., al Gobierno Regional de Lambayeque, solicitando se apruebe los adicionales por un monto total de S/. 159,949.06 nuevos soles, indicando además que la entidad puede acercarse a sus instalaciones para recoger la excavadora cuya reparación se encontraba lista; pero no indicaban nada respecto del tractor de orugas.
- i) Oficio N° 097-2011-GR.LAMB/GRIN/SEM de fecha 03 de febrero del 2011, donde el Coordinador del Servicio de Equipo Mecánico del Gobierno Regional de Lambayeque, indica que Komatsu – Mitsui, indica que de acuerdo a lo manifestado por la empresa demandante la excavadora ya ha sido reparada y que se encuentra en la ciudad de Trujillo por recoger, asimismo, que el tractor de orugas D85A – 2IB, se encuentra en la Planta Chancadora en condición inoperativa, habiéndose presentado algunas fallas en un sensor de temperatura del motor y desaliniación del sistema de rodamientos y que sobre estos pormenores la empresa proveedora ha tomado acciones al respecto, quedando pendiente la solución de estas fallas para el 05 de febrero del 2011.
- j) Informe N° 006-2011-GR.LAMB/SEM-TALLER de fecha 07 de abril del 2011, por el cual personal del Servicio de Maquinaria del Gobierno Regional de Lambayeque

informa al Coordinador del Servicio de Equipo Mecánico que el Tractor de Orugas presenta fallas.

k) Informe N° 007-2011-GR.LAMB/SEM-TALLER, de fecha 07 de abril del 2011, por el cual el mismo personal del Gobierno Regional de Lambayeque, informa al Coordinador del Servicio de Equipo Mecánico sobre el estado situacional de la excavadora que se encuentra en la ciudad de Trujillo, es decir, a esa fecha aún no había sido entregada a la Entidad.

Pericia.

Informe pericial que deberán emitir dos Ingenieros Mecánicos, sobre si efectivamente la empresa demandante ha realizado prestaciones adicionales complementarias no comprendidas en el Contrato de Servicio N° 039-2010-GR.LAMB y por el monto que alegan de S/. 159,949.06 nuevos soles, suma equivalente al 25% del contrato originalmente suscrito ascendente a la suma de S/. 639,796.23 nuevos soles.

V. Fundamentos Jurídicos:

Las normas legales arriba explicadas y además:

Decreto Legislativo N° 1068 que regula la defensa jurídica del Estado.

Artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado que en su primera parte prescribe:

"Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje" (...).

Artículo 1954 del Código Civil que define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizálo.

Artículo 1955 que prescribe que la acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitár otra acción para obtener la respectiva indemnización.

Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, que establece lo siguiente:

QUINTA.- «Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal [...], y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original. Para el caso de las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos, la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento.

Artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785, que prescribe:

Artículo 22.- «Atribuciones

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

l.-J

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1017 –Ley de Contrataciones del Estado- que norma los principios que rigen las contrataciones públicas.

Artículo 196 y 200 del Código Procesal Civil, que disponen que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión y si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.”

- 2.3. Asimismo, a través del Escrito S/Nº de fecha 14 de setiembre del 2012, el GRLAMB presentó un cronograma de pagos respecto a los S/. 326,382.30 Nuevos Soles que corresponden a la reparación del Tractor de Orugas D85A-21B, materia del CONTRATO, solicitando que el mismo se ponga en conocimiento de KOMATSU a fin de exponga lo conveniente y de por resuelta la primera pretensión principal de la empresa demandante.
- 2.4. Por lo tanto, estando a los actuados arbitrales, nuestro Tribunal emitió la *Resolución N° 5 de fecha 17 de setiembre del 2012*, dando por cumplido en forma extemporánea el pago vía subrogación que efectúa KOMATSU respecto del primer anticipo de los honorarios arbitrales que le corresponde a su contraparte el GRLAMB, requiriéndosele a este último a devolución de los recibos de honorarios profesionales de los tres (03) árbitros y de la Secretaría Ad-Hoc, ésta vez, bajo apercibimiento de tenerse en cuenta su conducta procesal.
- 2.5. Igualmente, a través de la *Resolución N° 6 de fecha 17 de setiembre del 2012*, se tuvo – entre otras cosas - por contestada la demanda arbitral y por ofrecidos los trece (13) medios probatorios ofrecidos por el GRLAMB, al igual que la pericia de parte y finalmente, se citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, a llevarse a cabo el día 10 de octubre del 2012 a horas 12 del mediodía en la sede del Tribunal Arbitral.
- 2.6. Por último, este Tribunal, mediante la *Resolución N° 7 de fecha 17 de setiembre del 2012*, tuvo presente la propuesta de cronograma de pagos que formula el GRLAMB, corriéndose traslado del mismo a KOMATSU para que en un plazo no mayor a cinco (05) días hábiles, cumpla con manifestar lo que mejor convenga a su derecho.
- 2.7. Con posterioridad, KOMATSU presentó su escrito N° 03 de fecha 25 de setiembre del 2012, absolviendo el traslado a que se refiere la Resolución N° 7 y manifestando que acepta la propuesta de pago pero considerando que

en el mes de octubre del 2012 se realice el pago programado para el mes de setiembre, ello atendiendo a que el mes de pago propuesto está próximo a finalizar. Añadiéndose finalmente que acepta la propuesta planteada con la modificación señalada en el párrafo anterior, pero que continuará con la demanda arbitral requiriendo las demás pretensiones contempladas.

- 2.8. Seguidamente, por *Resolución N° 8 de fecha 27 de setiembre del 2012*, este Colegiado resolvió – entre otros puntos – “Dejar constancia del acuerdo conciliatorio parcial arribado entre las partes, bajo los términos siguientes: “Estando a que la primera pretensión principal demandada por KOMATSU está referida a que este Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB le cancele la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 Nuevos Soles) por concepto de la deuda que mantiene con su empresa por las prestaciones contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB; este último se compromete y obliga a pagar a KOMATSU la totalidad de esta suma adeudada, conforme al siguiente cronograma de pagos:

Fecha de Pago	Monto
14 de Octubre de 2012	S/. 100,000.00
22 de Noviembre de 2012	S/. 80,000.00
14 de Diciembre de 2012	S/. 80,000.00
22 de Febrero de 2013 ⁱ	S/. 66,382.30
TOTAL	S/. 326,382.30

3. DE LA AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS.

- 3.1. En la fecha programada – *10 de octubre del 2012*, y con la asistencia de ambas partes se llevó a cabo la *Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios*, en la que, conforme se desprende del Acta correspondiente, se procedió previamente a dar cuenta del Escrito S/N° del 03 de octubre del 2012, presentado por el GRLAMB mediante el cual cumple con devolver todos los recibos originales de honorarios profesionales exigidos a través de las Resoluciones N° 5 y N° 8, declarando para estos efectos tener por cumplido el mandato a que se refieren ambas resoluciones.

Precisión del año “2012” (así consignada por error en la Resolución N° 8 del 27 de setiembre del 2012) por 2013, efectuada en la Audiencia de Saneamiento y otros llevada a cabo el 10 de Octubre del 2012, según consta del Acta respectiva que corre en autos (sección II Conciliación).

- 3.2. Luego, se declaró saneado el proceso arbitral y, en cuanto a la etapa conciliatoria, este Colegiado recordó a las partes haber arribado a un acuerdo conciliatorio parcial, tal como así se desprende de la Resolución N° 8 de fecha 27 de setiembre del 2012, en lo referente a la primera pretensión principal demandada por KOMATSU.

Por lo tanto, en atención a lo antes señalado, este Tribunal dejó constancia que las partes por el momento no les era posible arribar a un acuerdo conciliatorio por las demás pretensiones que se ventilan en este arbitraje, dejándoseles, sin embargo a salvo la posibilidad de que ambas lo pudieran promover en cualquier etapa del proceso. A continuación, se procedió a establecer los puntos controvertidos – teniendo muy presente – lo señalado anteriormente -, de la manera siguiente:

1. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB cancelar a favor de KOMATSU la suma de S/. 39,283.37 (Treinta y nueve mil doscientos ochenta y tres con 37/100 nuevos soles) por concepto de intereses generados a la fecha de elaboración de la presente demanda por la falta de pago de la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) por concepto de la deuda que le tiene por las prestaciones contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.*
 2. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB para que cancele a favor de KOMATSU los intereses legales producidos desde el día siguiente de la fecha de presentación de demanda hasta la fecha efectiva de su pago.*
 3. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB para que pague a favor de KOMATSU la suma de S/. 436,289.72 (Cuatrocientos treinta y seis mil doscientos ochenta y nueve con 72/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses generados hasta la fecha efectiva del pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de aquélla en detrimento de la última, por haberse beneficiado indebidamente al no haberle pagado las reparaciones no contempladas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, efectuadas en el tractor sobre orugas y la excavadora de propiedad de KOMATSU.*
 4. *Determinar quién deberá asumir el reembolso de los gastos y costos que demande el presente arbitraje.”*
- 3.3. Además, el Tribunal Arbitral decidió admitir todos los medios probatorios documentales ofrecidos por ambas partes tanto de la demanda arbitral como de la contestación, al igual que el *Informe Pericial de Parte* ofrecido por el DEMANDADO, para cuyo efecto se le concedió un plazo de cuarenta (40) días hábiles para que presente el correspondiente dictamen computado desde el día siguiente de llevada a cabo la presente Audiencia.
- 3.4. Debe precisarse que verificándose de los actuados que el GRLAMB no cumplió con presentar su Informe Pericial de Parte, dentro del plazo concedido, este Colegiado emitió la *Resolución N° 10 de 12 de diciembre*

del 2012, otorgándole un plazo adicional de cinco (05) días hábiles para que cumpla con su presentación, esta vez, bajo apercibimiento de prescindirse de la prueba pericial ofrecida.

- 3.5. Luego, mediante escrito S/Nº de fecha 20 de diciembre del 2012, el GRLAMB cumplió con adjuntar el Informe Pericial de Parte elaborado por el Ing. Ángel Marcelo Rojas Coronel, escrito que se dio cuenta por medio de la *Resolución N° 11 de 26 de diciembre del 2012*, teniéndose presente el cumplimiento que efectúa el DEMANDADO y corriéndose traslado de dicho Informe Pericial a KOMATSU para que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con manifestar lo que convenga a su derecho.
- 3.6. Seguidamente a través del Escrito N° 04 de fecha 14 de enero del 2013, KOMATSU se pronunció sobre los alcances de la Pericia de Parte adjuntando al efecto un DVD, razón por la cual este Colegiado dictó la *Resolución N° 12 de fecha 17 de enero del 2013*, teniendo por cumplido oportunamente la absolución a que se refiere la Resolución N° 11 por parte de KOMATSU y se corrió traslado de este escrito y del indicado DVD al GRLAMB para que en el plazo de cinco (05) días hábiles, manifieste lo que mejor convenga a su derecho.
- 3.7. Siguiendo cronológicamente los actuados arbitrales, se observa que nuestra Colegiado dictó la *Resolución N° 13 de fecha 29 de enero del 2013*, mediante el cual se tuvo por no cumplida la absolución del traslado a que se refiere la Resolución N° 12 por parte del GRLAMB y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y se las citó a una *Audiencia de Informes Orales para el día miércoles 20 de febrero del presente año a horas tres (03) de la tarde*, en la sede del Tribunal Arbitral.

4. DE LOS ALEGATOS Y DE LA AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

- 4.1. Por medio de la *Resolución N° 14 de fecha 18 de febrero del 2013* se tuvo por presentados oportunamente los alegatos escritos de las partes.
- 4.2. Es de precisar que ha pedido del GRLAMB, la Audiencia de Informes Orales fijada para el 20 de febrero del 2013, fue reprogramada a través de la *Resolución N° 15 de fecha 20 de febrero del 2013* para el día *martes 19 de marzo del presente año a horas tres (03) de la tarde*, en la sede del Tribunal Arbitral.

- 4.3. Luego, con fecha 19 de marzo del 2013 y con la asistencia de ambas partes, se llevó a cabo la **Audiencia de Informes Orales**, en las que expusieron los fundamentos que sustentan su posición respecto de la demanda arbitral y de su respectiva contestación. Además, luego de las respectivas réplicas y dúplicas, ambas partes absolvieron las interrogantes formuladas por los miembros de este Tribunal Arbitral.
- 4.4. Es de precisar que en la misma Audiencia de informes orales, el Colegiado fijó que el plazo para laudar esta controversia sería de *treinta (30) días hábiles*, de conformidad con lo indicado en el numeral 38) del Acta de Instalación; computado en concreto desde el día siguiente de realizada la presente Audiencia de Informes Orales.
- 4.5. Finalmente, a través de la **Resolución N° 16 de fecha 22 de abril del 2013**, se prorrogó el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales, computándose este último a partir del día siguiente de vencido el primer plazo (viernes, 03 de mayo del 2013).

II. PARTE CONSIDERATIVA:

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) que, no se ha recusado a ninguno de los colegiados o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que, KOMATSU presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que, EL DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, cumpliendo con contestar la misma en el plazo acordado; (v) que, las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, así como han ejercido la facultad de presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo prorrogado fijado en la Resolución N° 16 de fecha 22 de abril del 2013.

Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les

corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

2. MATERIA CONTROVERTIDA.

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar si corresponde o no atender las pretensiones promovidas por KOMATSU en su demanda - salvo la primera pretensión arbitral sobre la cual han arribado ambas partes a un acuerdo conciliatorio -, y que son aquellas que aparecen recogidas literalmente en la Sección III de la AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN, FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS. (Punto 3.2 de los Antecedentes de este LAUDO).

3. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER EL FONDO DE LA CONTROVERSIAS.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que en los numerales 6) y 7) del Acta de Instalación se dispone que este arbitraje es uno Ad – Hoc, Nacional y de Derecho y que la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana.

Igualmente, debe observarse que EL CONTRATO indica en su CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO, lo siguiente: "*En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes*".

Asimismo, no debe olvidarse que el numeral 52.3 del Art. 52º de Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la LCE) y que se refiere a la "Solución de Controversias", indica que "*El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.*"

Por lo tanto, de lo anterior, este Colegiado concluye que las normas aplicables para resolver el fondo de la presente controversia arbitral son, en primer término, las regulaciones recogidas por las propias partes en EL CONTRATO, mientras que en forma supletoria se deberá observar las normas recogidas en la Constitución Política del Perú, la LCE, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante EL REGLAMENTO), las demás normas de derecho público, la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante la LA), el Código Civil vigente, y las demás normas de derecho privado.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OFRECIDAS, ADMITIDAS Y ACTUADAS DENTRO DEL PRESENTE ARBITRAJE.

4.1. DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.

4.1.1. En relación al Primer y Segundo Punto Controvertidos: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB cancelar a favor de KOMATSU la suma de S/. 39,283.37 (Treinta y nueve mil doscientos ochenta y tres con 37/100 nuevos soles) por concepto de intereses generados a la fecha de elaboración de la presente demanda por la falta de pago de la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) por concepto de la deuda que le tiene por las prestaciones contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB. Además, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB para que cancele a favor de KOMATSU los intereses legales producidos desde el día siguiente de la fecha de presentación de demanda, hasta la fecha efectiva de su pago.

4.2.1.1. Antes de ingresar de lleno a la evaluación de estos dos primeros puntos en controversia que versan en puridad sobre el pago de intereses (motivo por el cual este Colegiado estima prudente efectuar su estudio de manera conjunta), conviene recordar de *prima facie* que éstos guardan correspondencia con la Primera y Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal² formulada por KOMATSU (pretensión ya mencionada en detalle en la sección anterior de este Laudo (Punto 2.8. de

² Que el Tribunal Arbitral ordene al Gobierno Regional de Lambayeque nos cancele la suma de S/. 326,382.30 (Trescientos veintiséis mil trescientos ochenta y dos con 30/100 nuevos soles) por concepto de la deuda que mantiene con nuestra empresa por las prestaciones contenidas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB.

los ANTECEDENTES) y que es aquella que a través de la Resolución N° 8 de fecha 27 de setiembre del 2012, ambas partes arribaron a un Acuerdo Conciliatorio, en la que el GRLAMB se ha comprometido a cancelar la deuda existente (S/. 326,582.30 Nuevos Soles), en forma fraccionada, según un determinado cronograma de pagos.

En segundo término, es de destacar también que del tenor de la propia demanda arbitral y de sus documentos anexados, no se observa – en cuanto a lo se sería materia del Primer Punto controvertido - cómo arriba KOMATSU a la suma de *S/. 39,283.37 Nuevos Soles* que es aquella suma que ahora pretende que el GRLAMB le abone por concepto de intereses generados hasta la fecha de elaboración de su demanda arbitral (25 de julio del 2012); mientras que en relación a los fundamentos del Segundo Punto Controvertido, EL DEMANDANTE, no peticiona además monto alguno por concepto de pago de intereses.

A su turno, en lo que respecta a la ENTIDAD y sobre los dos (02) Puntos Controvertidos que ahora analizamos, únicamente ésta ha señalado en su escrito de alegatos (punto 3 de la Sección II – Fundamentos) que: “*Habida cuenta de la conciliación parcial, es que solicito que los intereses sean fijados en función del cronograma de pagos, en la medida que se ha reconocido esta deuda.*”

- 4.2.1.2. Pues bien, dicho esto, conviene ahora recordar que el derecho al pago de intereses sí resulta procedente en este caso de autos, pues si bien no ésta dicho derecho recogido directamente en EL CONTRATO, sí figura en cambio contemplado en los *Artículos 48º de la LCE y 181º de su REGLAMENTO*, normas que en su parte pertinente, nos dicen lo siguiente:

“Artículo 48.- Intereses y penalidades

En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a un caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales

³ Es preciso indicar que en el supuesto caso que estemos frente a un arbitraje no sujeto a la LCE y su REGLAMENTO, y ante la ausencia de regulación contractual referida a partir de qué momento deberá empezar a computarse los intereses legales, se deberá tener presente para ello lo señalado en la Octava Disposición Complementaria de la LA, pues ahí se señala que: “*Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.*”

correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. (El subrayado es del Colegiado).

"Artículo 181.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

(...)." (El subrayado es del Colegiado).

- 4.2.1.3. Ciento es que de las dos (02) normas citadas se puede observar como conclusiones preliminares, las siguientes: *i) que el interés que corresponde pagar a KOMATSU ante el atraso o demora incurrida por la ENTIDAD, es uno legal y ii) que este interés legal debe calcularse desde el momento en que dicho pago debió efectuarse.*

Ahondando más sobre lo dicho en el primer ítem, es decir, sobre los alcances y aplicación del *interés legal*, tenemos que los *Artículos 1244º al 1246º del Código Civil vigente* - que a continuación transcribimos -, nos explican con meridiana claridad lo concerniente a este tipo de interés:

"Artículo 1244.- Tasa de interés legal

La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 1245.- Pago de interés legal a falta de pacto

Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.

Artículo 1246.- Pago del interés por mora

Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal."

Por su parte, en cuanto al segundo ítem anotado, de los presentes autos fluye con nitidez que la CLÁUSULA CUARTA DEL CONTRATO (al referirse a la forma de pago), ha establecido que: "*LA ENTIDAD*", se obliga a pagar la contraprestación a "*EL CONTRATISTA*", en nuevos soles, en el plazo de diez (10) días calendario luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de ser estos recibidos."

4.2.1.4. En tal sentido, de todo lo expresado anteriormente se infiere lo siguiente:

- La procedencia y cálculo de los intereses que demanda KOMATSU en este primer punto controvertido, está relacionado con la suma S/. 326,282.30 Nuevos Soles, adeudada por el GRLAMB, por el servicio de reparación brindado a un Tractor de Orugas con Código D85A-21B y con número de serie 37122; suma que en vía de acuerdo conciliatorio arribado por las partes en el desarrollo de este arbitraje, se ha convenido que ésta última proceda con su pronta cancelación al CONTRATISTA, conforme a la observancia de un correspondiente cronograma de pagos;
- Los Artículos 48º de la LCE y 181º de su REGLAMENTO, regulan la procedencia del pago de intereses legales, cuando LA ENTIDAD incurre en retraso en el pago de la contraprestación pactada a favor del CONTRATISTA;
- Además, de acuerdo con la normativa anterior, el abono del pago por concepto de intereses legales se genera a partir del día siguiente en que el pago de la contraprestación debió efectuarlo LA ENTIDAD; y,
- En atención al *Acta de Conformidad de Servicio es de fecha 07 de enero del 2011* (adjuntada por KOMATSU como parte de su medio probatorio 6) y anexo e) de su demanda arbitral); se colige seguidamente que el cálculo de los referidos intereses legales, deberá correr a partir del día 18 de enero del 2011 en adelante.

- 4.2.1.5. Por lo tanto, de lo anterior se concluye seguidamente que al no haber arribado las partes a un acuerdo conciliatorio sobre los dos primeros puntos controvertidos analizados (tal como por el contrario así lo han hecho en relación a la primera pretensión principal demandada) y, no habiendo tampoco demostrado KOMATSU – en relación al Primer Punto Controvertido - cómo así arriba al monto demandado por concepto de intereses legales (*S/. 39,283.37 Nuevos Soles*) por el período que va del 18 de enero del 2011 hasta la fecha en que presentó su demanda arbitral (25 de julio del 2012) y, en el caso del Segundo Punto en Controversia, cuál es el monto correspondiente por dicho extremo; éste Colegiado advierte que sí bien le corresponde a KOMATSU el pago de intereses legales por el retraso en el pago incurrido por el GRLAMB (este último ahora sujeto a un acuerdo conciliatorio entre las partes), también lo es que no puede por el momento tenerse por aprobado el monto demandado dentro del período ya indicado del Primer Punto Controvertido, ni mucho menos, determinar o estimar un monto por el tramo reclamado que va desde la interposición de la demanda arbitral hasta la fecha de que se haga efectivo su pago (Segundo Punto en Controversia); concluyéndose en definitiva que para dilucidar ambos extremos demandados en lo relativo a su cuántum, ello deberá realizarse en vía de ejecución de Laudo.
- 4.2.1.6. En consecuencia, en cuanto al primer y segundo punto en controversia que corresponden en puridad a la Primera y Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal demandada, este Tribunal estima que ambas deben ser declaradas **FUNDADAS EN PARTE**, esto es, **FUNDADAS** en cuanto a la procedencia del derecho de KOMATSU a que LA ENTIDAD le abone los intereses legales por retraso en el pago de la deuda que le tuvo ésta última, ascendente a la suma de S/. 326,382.30 Nuevos Soles por los servicios brindados producto de la ejecución del CONTRATO; deuda que además ha sido reconocida a partir del pago fraccionado acordado por ambas partes en vía de conciliación parcial y dentro del presente proceso arbitral; e **INFUNDADAS** en lo que se refiere – por un lado -, a la aprobación del monto demandado por la suma ascendente a S/. 39,283.37 Nuevos Soles por el período que va desde el 18 de enero del 2011 y hasta la interposición de la demanda arbitral y, por otro, al cálculo respectivo por intereses legales que va desde la presentación de la demanda arbitral hasta su fecha efectiva de su pago; debiendo en ese sentido determinarse ambos montos, en vía de ejecución de Laudo.

4.2.2. En relación al Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral ordene al GRLAMB el pago a favor de KOMATSU de la suma ascendente a S/. 436,289.72 (Cuatrocientos treinta y seis mil doscientos ochenta y nueve con 72/100 Nuevos Soles) incluido IGV, más los intereses generados hasta la fecha efectiva del pago, por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de aquélla en detrimento de la última, por haberse beneficiado indebidamente al no haberle pagado las reparaciones no contempladas en el Contrato de Servicios N° 039-2010-GR.LAMB, efectuadas en el tractor sobre orugas y la excavadora de propiedad de KOMATSU.

4.2.1.1. En cuanto a este tercer punto en controversia, KOMATSU sostiene en concreto haber incurrido en mayores gastos por reparaciones y servicios no contemplados dentro del CONTRATO, los mismos que ascienden a la suma total de **S/. 436,289.72 Nuevos Soles** (S/. 223,014.69 Nuevos Soles para el tractor a Orugas (ítem 01) y, S/. 213,275.03 Nuevos Soles para la Excavadora sobre Orugas (ítem 02), conforme al siguiente detalle:

- Para el caso del Tractor a Orugas, las reparaciones no contempladas en EL CONTRATO, fueron las siguientes:

- EVALUACION DE VALVULAS DE CONTROL DE RIPPER Y DE HOJA TOPADORA;
- EVALUACION DE BOMBAS
- EVALUACION DE CONVERTIDOR Y PTO.
- EVALUACION CILINDROS DE HOJA TOPADORA LH-RH.
- EVALUACION DE TRANSMISION.
- EVALUACION DE FRENOS RH - LH Y DIRECCIÓN
- REPARACION DE MOTOR
- ARMADO DE EQUIPO D855-A

L. - Mientras que para la Excavadora sobre Orugas, los trabajos no contemplados en EL CONTRATO fueron los siguientes:

- BOMBA HIDRAULICA.
- BLOQUE DE SOLENOIDES, JUNTA GIRATORIA, LOCK VALVE, BLOCK DE RETORNO.

- MAQUINARIA Y MOTOR DE GIRO
- MOTOR DE TRASLADO Y MANDO FINAL LH
- MANDO FINAL RH
- CONTROL DE VALVULAS
- VALVULAS PPC
- CILINDRO BOOM Y BUCKET
- ARMADO DE EQUIPO PC220

4.2.1.2. Para sustentar su pedido de enriquecimiento sin causa - que incluye el IGV más los intereses generados hasta la fecha en que se haga efectivo su pago -, KOMATSU ha afirmado a lo largo de este proceso arbitral, que:

- Los términos de referencia contenido en LAS BASES no detallaron específicamente los trabajos que se realizarían en el servicio de reparación de ambas máquinas, limitándose únicamente a indicar los servicios de modo genérico;
- El sistema de contratación utilizado en LAS BASES fue el de "*precios unitarios*", el cual conforme se desprende del Artículo 40º numeral 2) del REGLAMENTO, resulta aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permite conocer con exactitud o precisión, las cantidades o magnitudes requeridas;
- Las reparaciones no contratadas fueron comunicadas oportunamente al GRLAMB mediante sendas cartas notariales recibidas con fecha 16 de Junio de 2011 (registro N° 1751985) y 16 de Agosto de 2011 (registro N° 14879), lo que trajo como consecuencia que mediante el Oficio N° 931-2011-GR.LAMB/PR, LA ENTIDAD le respondiera expresamente que según lo manifestado sobre el particular por la Oficina Regional de Asesoría Legal y la Oficina Regional de Administración, no existe documentación alguna que acredite que la propia ENTIDAD haya ordenado, acordado o autorizado la ejecución de prestaciones adicionales complementarias, siendo prueba de ello, los Oficios N° 927-2011-GR.LAMB/ORAD de la Oficina Regional de Administración y N° 265-2011-GR.LAMB/ORAJ de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica;

- Su pedido de prestaciones adicionales tiene respaldo en el Artículo 41º de la LCE, que señala que excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.

Igualmente, el artículo 174º del REGLAMENTO indica que para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria;

- KOMATSU destaca que actuó de buena fe al ejecutar las prestaciones que no formaban parte del CONTRATO, toda vez que las mismas resultaban necesarias para alcanzar la finalidad del contrato de reparación de máquinas, siendo una prueba de ello, el hecho que prestó al GRLAMB - por un plazo de 30 (treinta) días calendario - un motor marca Komatsu modelo 6D102-1 con Número de Serie 26216159 para la excavadora objeto de reparación, la misma que les fue entregada sin motor, por la anterior gestión de la citada ENTIDAD;
- Las reparaciones realizadas tanto en el tractor de orugas como en la excavadora que no se encontraban plasmadas en LAS BASES ni en EL CONTRATO, el GRLAMB se habría beneficiado, produciéndose de este modo un enriquecimiento sin causa a su favor, en detrimento de KOMATSU;
- KOMATSU señala que el valor de los servicios de reparación prestados al GRLAMB, está dado por la suma del valor total las actividades, principales y secundarias, directas e indirectas que efectivamente ejecutó. En el presente caso, - afirma - existen prestaciones efectivas que no han sido pagadas por éste último y que no pueden ser desconocidas por ella, debiendo ser por ello resarcidas a través de la figura del enriquecimiento sin causa, que está recogida en el Art. 1954º y 1955º del Código Civil, los cuales exigen el cumplimiento de algunos requisitos que cumple con describir;

- De igual modo, EL CONTRATISTA asevera que el OSCE en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre la procedencia del enriquecimiento sin causa, sobre todo en aquellos casos en los cuales un proveedor del Estado ejecuta una prestación sin contar con un contrato, ya sea por nulidad o inexistencia del mismo. Para tal fin invoca y transcribe el contenido pertinente de las *Opiniones N° 083-2009/DTN del 31 de agosto del 2009 y N° 081-2010/DTN del 29 de diciembre del 2010*, y,
- 4.2.1.3. Por último, en lo que respecta a los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados para sustentar la pretensión de enriquecimiento indebido, KOMATSU adjunta, a parte del tenor del CONTRATO, los Términos de Referencia de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 011-2010-GR.LAMB, así como la Copia de los Informes Técnicos de Evaluación y Reparación General del Tractor y Excavadora, al igual que los Oficios N° 927-2011-GR.LAMB/ORAD y N° 265-2011-GR.LAMB/ORAJ, siendo éstos últimos los que contienen la posición o respuesta técnica del GRLAMB en cuanto a la improcedencia del pedido de prestaciones adicionales solicitadas por EL CONTRATISTA.

Asimismo, es de destacar que posteriormente, a través del escrito N° 04 KOMATSU se pronunció sobre la Pericia de Parte ofrecida por el GRLAMB (la misma que tiene por objeto determinar si efectivamente KOMATSU realizó prestaciones adicionales complementarias no comprendidas en EL CONTRATO y por el monto que alega de S/. 159,949.06 Nuevos Soles⁴; suma que además equivale al 25% del referido CONTRATO), afirmando que en lo que respecta a la excavadora PC220LC-6-NS53185, su empresa contaba con actas de conformidad obtenidas por los representantes del GRLAMB en las cuales se dio conformidad al servicio prestado incluyendo los repuestos consumidos.

L
Conviene señalar adicionalmente que en el mismo escrito N° 04 que se comenta, KOMATSU también indicó que en la audiencia de actuación de medios probatorios adjuntaría *fotos⁵, informes del servicio*

⁴ *Este monto es el que reclamó KOMATSU directamente y en un primer momento al GRLAMB, siendo el actual de S/. 436,289.72 Nuevos Soles, tal como así figura en la Segunda Pretensión Principal demandada.*

⁵ *Este Colegiado precisa que las únicas fotos alcanzadas por KOMATSU son sólo aquellas que figuran como parte de sus informes técnicos ofrecidos en el numeral 6) de la Sección IV - Medios Probatorios (anexo e), de su escrito de demanda arbitral.*

realizado⁶ y un video de pruebas de ambos equipos, que demuestran que sus condiciones de operación fueron óptimas al momento en que fueron recibidas por LA ENTIDAD⁷.

4.2.1.4. Por su parte el GRLAMB ha solicitado al Tribunal que declare INFUNDADA esta pretensión, señalando resumidamente que:

- De los antecedentes se desprende que con anterioridad al *procedimiento de Adjudicación de Menor Cantidad N° 011-2010-GR.LAMB* (que es aquella en la intervino KOMATSU adjudicándose la Buena Pro y generándose el CONTRATO materia de controversia), KOMATSU participó en el *Proceso de Selección por Concurso Público N° 001-2010-GR.LAMB*, el mismo que si bien tuvo igual objeto contractual que aquél, esto es, la prestación de servicios de reparación de un Tractor del Orugas y una Retroexcavadora, fue sin embargo declarado desierto pues al ser KOMATSU el único postor éste propuso en su oferta técnica que el plazo de ejecución sea cambiado de 30 a 60 días calendarios;
- Es de señalar que el referido procedimiento de Adjudicación de Menor Cantidad estableció como sistema de contratación el de “PRECIOS UNITARIOS”, de acuerdo con LAS BASES respectivas, contemplando en definitiva un plazo de 60 días calendarios para su ejecución contractual;
- Es así que otorgada la Buena Pro a KOMATSU, se celebró EL CONTRATO por la suma de S/. 639,796.23 Nuevos Soles y a *todo costo*, incluido el IGV, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación contratada, por un plazo de 60 días calendarios computados desde la fecha de su suscripción, es decir, del 09 de julio del 2010, al 09 de setiembre del 2010;
- El GRLAMB asevera que KOMATSU, con posterioridad a la fecha del vencimiento del CONTRATO, cursó las *Cartas con fechas 08 de noviembre del 2010 y 21 de enero del 2011* (que corren en autos como anexos 1-M y 1-N del escrito de

⁶ Este Colegiado precisa que los únicos informes de los servicios realizados por KOMATSU son aquellos ofrecidos en el numeral 6) de la Sección IV - Medios Probatorios (anexo e), de su escrito de demanda arbitral.

⁷ Dicho Video en formato DVD fue alcanzado por KOMATSU al Tribunal Arbitral y a la parte contraria el dia 16 de enero del 2013, por medio de su escrito N° 05.

contestación de demanda arbitral), peticionado el reconocimiento de prestaciones adicionales por los repuestos y servicios no contemplados en EL CONTRATO, y por un monto ascendente a S/. 159,949.06 Nuevos Soles; añadiéndose asimismo que por la demora en la obtención de los repuestos a utilizar – algunos de ellos importados – le resultaba imposible cumplir con EL CONTRATO, peticionando en ese sentido que se emitía también una resolución que apruebe una ampliación de plazo hasta el 17 de noviembre del 2010. Es de precisar de igual modo que en la última misiva de carácter reiterativo, se informó a la ENTIDAD que podía recoger la excavadora porque su reparación ya estaba lista;

- Empero, el GRLAMB afirma que según el *Oficio Nº 097-2011-GR.LAMB/GRIN/SEM de fecha 03 de febrero del 2011 emitido por el Coordinador del Servicio del Equipo Mecánico de LA ENTIDAD* (y que corre en el expediente como anexo 1-N del escrito de contestación de demanda arbitral), la excavadora ya estaba reparada, encontrándose en la ciudad de Trujillo pendiente de ser recogida y que además, el Tractor de Orugas, estaba en la Planta Chancadora en condición inoperativa, con diversas fallas como el sensor de temperatura; motivo por el cual – en coordinaciones con KOMATSU -, éstas serían vistas y resueltas el día 05 de febrero del 2011. Según LA ENTIDAD, a igual conclusión debe arribar este Colegiado, de una lectura de los *Informes Nº 006-2011-GR-LAMB/GRIN/SEM-TALLER y Nº 007-2011-GR-LAMB/GRIN/SEM-TALLER, ambos del 07 de abril del 2011* y que corren en autos como anexos 1-O y 1-P del escrito de contestación de demanda arbitral;
- Para el GRLAMB, sin perjuicio de lo anterior que demostraría que ni la prestación del servicio contratado ni los plazos del CONTRATO fueron cumplidos por KOMATSU, se afirma que su reclamo dinerario por S/. 436,289.72 Nuevos Soles a título de enriquecimiento sin causa, no cabe ser amparado, pues en este caso concreto se afirma que para ello debe considerarse que los trabajos adicionales de obra, o simplemente los adicionales de obra, generan costos inicialmente no previstos para la Entidad y, por tanto, representan un desafío de especial complejidad para el Presupuesto Público, por cuanto en las

contrataciones públicas que realiza el Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos.

- En esa línea de pensamiento, el GRLAMB invoca - por un lado - los alcances del Art. 41º de la LCE y la Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, y por otro, el Art. 22º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – Ley N° 27885, concluyendo que se ha establecido una competencia especial para la Contraloría General de la República en lo relativo a los presupuestos adicionales que superen el porcentaje establecido en el segundo párrafo del ya citado Art. 41º de la LCE;
- A lo anterior se agrega que no existe documentación alguna que acredite que su ENTIDAD haya ordenado, acordado o autorizado la ejecución de prestaciones adicionales complementarias, según corresponda, más allá de los límites o sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, derivadas de contrataciones respecto de las cuales sí se realizaron los respectivos procesos de selección;
- Uno de los argumentos con que el GRLAMB contradice los términos de la demanda arbitral está en que se asevera que KOMATSU habría trasgredido una serie de principios que rigen las contrataciones públicas, tales como el de *Moralidad, Eficacia y Vigencia Tecnológica*, debido al incumplimiento de las prestaciones contratadas y el plazo de vigencia del CONTRATO.

- 4.2.1.5. Por último, en lo que respecta a los medios probatorios ofrecidos y actuados por parte del GRLAMB para sustentar su posición contradictoria y denegatoria, está en reconocer que la mayoría de ellos son documentales (han sido ya descritos en el numeral anterior). A igual modo, en lo que respecta al Dictamen Pericial de Parte emitido s/fecha por el Ing. Ángel Marcelo Rojas Coronel y que cuenta con 33 folios, se desprende con claridad las siguientes conclusiones finales:

- *De la excavadora Hidráulica PC220LC6:*

- “Al momento de la inspección se verificó que la máquina se encuentra paralizada en la sede del Gobierno Regional, ya que no cuenta con motor.
- La inspección de la excavadora se limitó a una inspección visual de sus componentes, ya que al no contar con motor no se ha podido operar la máquina para poder verificar la operatividad de los componentes y así verificar el estado de la reparación.
- Se solicitó documentos de recepción de repuestos en los almacenes del gobierno regional, sin embargo no existe esta documentación.
- Sería importante poder contar con los costos disagregados por cada trabajo realizado con el objetivo de un mejor análisis en cuanto a los costos incurridos por KOMATSU MITSUI.”

• *Del Bulldozer D85A-21:*

- “El horómetro en el BULLDOZER D85A al momento de realizar la inspección marcaba 7829 horas teniendo una marcación de 6702 horas al momento de la entrega de la máquina según Acta de Conformidad de Servicio del 14 de diciembre del 2010, como lo que se puede constatar que la máquina tenía hasta la fecha de inspección un total de 1127 horas de trabajo.
- La empresa KOMATSU MITSUI ha realizado algunos trabajos de reparación y que se ha podido verificar operando la máquina, BULLDOZER D85A, sin embargo algunas reparaciones realizadas presentan fallas antes de las 1200 horas tal como se detalla en el informe técnico.
- Se solicitó documentos de recepción de repuestos en los almacenes del gobierno regional, sin embargo no existe esta documentación.
- Sería importante poder contar con los costos disagregados por cada trabajo realizado con el objetivo de un mejor análisis en cuanto a los costos incurridos por KOMATSU MITSUI.”

L.

J.

4.2.1.6. Expuesta de esta forma la posición de cada uno de las partes y, antes de ingresar al análisis exhaustivo correspondiente, es preciso recordar que la figura del “*enriquecimiento sin causa*” está recogido en nuestro sistema jurídico como una fuente de las obligaciones de origen legal (Sección IV del Libro VII del Código Civil), observándose del tenor del Art. 1954⁸ que su causa eficiente no

⁸ “Artículo 1954º Acción por enriquecimiento sin causa
Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.”

proviene de la voluntad de las partes y por lo tanto es distinta a las obligaciones contractuales.

- 4.2.1.7. Por otro lado, en cuanto a la relación del enriquecimiento sin causa con los arbitrajes, se ha dicho que: “*este instituto es per se arbitrable al ser obviamente de libre disposición tanto por tener contenido patrimonial como por tratarse de un derecho subjetivo.*”⁹. Asimismo, sobre este particular no debemos olvidar tampoco lo que nos dicen CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA en cuanto a la determinación de si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, es decir, que en este caso deberá corresponder “*(...) analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto es que podríamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podría ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que —precisamente— existe dicha exclusión.*”¹⁰
- 4.2.1.8. Por lo tanto, siendo consecuentes con el pacto suscrito entre ambas partes¹¹, se puede colegir a *contrario sensu* que en este caso concreto, ellas han acordado que las controversias relativas al enriquecimiento sin causa, *sí son arbitrables*, y por ende pasible de conocimiento por este Colegiado, al no recoger de manera expresa su exclusión dentro del CONTRATO, sino por el contrario, el permitir que supletoriamente se aplique los alcances del Código Civil vigente para la solución de cualquier controversia que se suscite, como sería justamente el caso de este arbitraje relativo al conflicto surgido en la etapa de ejecución contractual.
- 4.2.1.9. Asimismo, y siguiendo este orden de ideas, cabe igualmente hacer referencia al reconocimiento de la procedencia del enriquecimiento sin causa sobre los arbitrajes en los que interviene el Estado, pues:

⁹ CAMPOS MEDINA, Alexander. “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En Revista Peruana de Arbitraje N° 3, Año 2006. Editorial Jurídica Grijley. Página 321.

¹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “El Arbitraje en la Contratación Pública”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Palestra. Volumen 7. 1º edición. Setiembre 2009. Página N°76.

¹¹ CLÁUSULA DÉCIMO QUINTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO: “En lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, serán de aplicación las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes”. (El subrayado es del Tribunal Arbitral).

"Ya hemos demostrado que el enriquecimiento sin causa, en el caso que estamos tratando de la contratación administrativa, tiene «origen» contractual, razón por la cual no debería quedar duda alguna sobre su arbitrabilidad. Sin embargo, como ejercicio jurídico, vale la pena seguir analizando el enriquecimiento sin causa a la luz de las normas antes transcritas. Así, aunque el enriquecimiento sin causa sea erróneamente considerado «no contractual», esto no cambia en nada la conclusión a la que hemos arribado, en la medida que sin duda las controversias bajo análisis han surgido «desde la suscripción del contrato» o «durante la etapa de ejecución del contrato». Por otro lado, independientemente de la discusión (ya sabemos estéril) acerca de su naturaleza contractual, a nadie le quedará duda que este tipo de controversias se «derivan de la ejecución del contrato».¹²

4.2.1.10. Ahora bien, entrando a la definición de qué se entiende por enriquecimiento sin causa, la doctrina es constante en indicar que ésta se presenta cuando alguien incrementa su patrimonio o evita que su patrimonio disminuya, a costa de otra persona, sin compensación adecuada para esta última. Es decir que se produce un "enriquecimiento" de "X", pero merced a ello causa un "empobrecimiento" de "Y", o mejor dicho, "X" aumenta su patrimonio mientras que por esa razón "Y" disminuye el suyo. Se agrega que el equilibrio en las relaciones interpersonales, se rompe con el acto que constituye el enriquecimiento sin causa, que por ello la doctrina y alguna legislación lo califica de enriquecimiento ilícito.

En este sentido, CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA (quienes a su vez, recogen los lineamientos descritos por LLAMBÍAS), sostienen que los requisitos para que proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa, son los siguientes:

- "(i) El enriquecimiento del demandado;
(ii) El empobrecimiento del demandante;
(iii) La relación causal entre esos hechos;
iv) La ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y,
(iv) La carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio."¹³*

Por otro lado, y ya dentro del marco de la contratación estatal, el propio OSCE también ha definido de manera especial las siguientes

¹² CAMPOS MEDINA, Alexander. Op. Cit., p. 327.

¹³ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 65.

condiciones para que nos encontremos frente a un enriquecimiento sin causa, a saber: “(i) que la entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad de oficio.”¹⁴

Por lo tanto, advertimos desde ya que la ausencia de alguno de estos requisitos – respecto de cualquiera de estas dos (02) formulaciones, determinará de plano que la institución del enriquecimiento sin causa no pueda ser aplicada al caso concreto. Finalmente, este Colegiado deja sentado que para la evaluación en concreto de este tercer punto en controversia, se opta por las condiciones recogidas por el OSCE, habida cuenta que éstas son más cercanas a la materia que se ventila en el presente arbitraje y a la especialidad que las mismas revisten.

i) ***SI LA ENTIDAD SE HA ENRIQUECIDO Y KOMATSU (EL PROVEEDOR) SE HA EMPOBRECIDO:***

- En relación a este primer requisito y siguiendo esta vez a Von Tuhr, CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA, han señalado que el “enriquecimiento” consiste en: “(...) la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Es decir, luego de tal comparación, debería verificarse que ha habido una mejora —o que se ha evitado una alteración negativa a través de una disminución— en el patrimonio del sujeto enriquecido.”¹⁵ Agregan do luego que: “Se presupone así que el enriquecimiento se produce porque el patrimonio receptor ha aumentado como consecuencia de un beneficio de carácter patrimonial o que, a lo menos, surta efectos patrimoniales.”¹⁶ Por último, recogiendo lo dicho

¹⁴ Véase para ello las Opiniones del OSCE N° 042-2011-DTN del 04 de mayo del 2011 y N° 004-2012/DAA del 12 de julio del 2012. Página WEB del OSCE: <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/content/opiniones-en-arbitraje>.

¹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 66.

¹⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 66.

por Delia Revoredo, afirman que: “(...) el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida, ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente.”¹⁷

- De la misma manera, estos autores (CASTILLO FREYRE y SABROSO MINAYA) también han definido con claridad cuando se produce el estado de “empobrecimiento”, para cuyo efecto - recogiendo lo señalado por Llambías, han dicho que este consiste en “(...) el menoscabo del orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o un lucro cesante” doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos, la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que «a un enriquecimiento, le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio». Nosotros no compartimos este punto de vista, pues debe haber plena correspondencia en todas las características del enriquecimiento y del empobrecimiento»¹⁸; puntualizando seguidamente que: “(...) el empobrecimiento puede producirse tanto con la pérdida efectiva de bienes y derechos.”¹⁹; postulando para finalizar – bajo la posición de Delia Revoredo - que: “(...) el empobrecimiento debe entenderse también en sentido amplio, esto es que la ventaja no tiene que provenir necesariamente del patrimonio del empobrecido, sino que bastará con que sea a expensas suyas.”²⁰
- Estando entonces al marco doctrinal aquí descrito, este Colegiado observa que de la valoración conjunta de todos los documentos ofrecidos y actuados en este proceso arbitral por KOMATSU, no le genera plena convicción la existencia de

¹⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 67.

¹⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 68.

¹⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 68.

²⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Op. cit., p. 69.

prestaciones adicionales complementarias no contempladas en EL CONTRATO, dado que si bien en los Informes Técnicos de Evaluación y Reparación General del Tractor y de la Excavadora (que corren como anexos e de la demanda arbitral) se ha explicado en forma general los servicios y trabajos realizados en los dos equipos objeto del CONTRATO, empero de él no se desprende que dichos servicios y trabajos realizados se hayan disgregado en atención a las mayores prestaciones que importaron superar los “términos de referencia” recogidos en LAS BASES. Mejor dicho no se establecido con total claridad cuáles han sido los servicios prestados dentro de los alcances del CONTRATO y cuáles fueron brindados más allá de los términos contractuales pactados.

A lo anterior se suma el hecho que las dos (02) Cotizaciones S/Nº que también forman parte de estos dos (02) Informes Técnicos, si bien ambas han disgregado sus presupuestos en los rubros *“Mano de Obra”, “Repuestos”, “materiales” y “Servicios a Terceros”*, acompañando inclusive un listado de los repuestos a utilizar en el que se indica su cantidad, su valor unitario y su valor total, también lo es que ninguno de estos rubros cuenta con el respaldo de algún comprobante de pago (recibos de honorarios, Boletas de Venta o Facturas) que permitan corroborar y demostrar la asunción de dichos gastos por parte del CONTRATISTA.

De igual modo se colige de los videos adjuntados por KOMATSU, que éstos demuestran únicamente la operatividad de ambos equipos reparados, más no así permiten a este Colegiado dilucidar la existencia de prestaciones adicionales complementarias dentro como fuera del objeto del CONTRATO.

- Finalmente, en atención al Dictamen Pericial ofrecido y actuado por el GRLAMB, este Tribunal advierte que el mismo no ha cumplido a cabalidad el objetivo probatorio propuesto por esta parte, pues no se circunscribió a determinar si EL DEMANDANTE cumplió efectivamente con realizar prestaciones adicionales complementarias no contempladas en EL CONTRATO, sino más bien evaluó que los dos (02)

equipos reparados por KOMATSU se encuentran operativas, pese a que con anterioridad la propia ENTIDAD dio conformidad a los servicios presentados por KOMATSU con sus respectivas Actas de entrega que corren adjuntas a los dos (02) informes técnicos alcanzados por este último. Empero, tal conclusión, no enerva en absoluto las anteriores conclusiones arribadas por este Colegiado.

4.2.1.11. De manera que, no habiendo cumplido KOMATSU con demostrar fehaciente y objetivamente que el GRLAMB se haya “enriquecido” con pretensiones adicionales complementarias realizadas a su favor y que no aparecen contempladas dentro del CONTRATO (en particular, en los “términos de referencia” de LAS BASES) y, en correlación que él se haya “empobrecido” con la ejecución de dichas prestaciones adicionales, este Colegiado se reafirma en que la pretensión arbitral del DEMANDANTE sobre la indemnización por enriquecimiento sin causa, debe ser declarada INFUNDADA, pues carece de todo fundamento no sólo fáctico, sino inclusive legal, toda vez que como ya hemos dicho, bastará con que uno de los requisitos descrito por OSCE no se cumpla, para que no pueda estimarse su pedido indemnizatorio bajo esta figura jurídica.

4.2.3. *En relación al Cuarto Punto Controvertido: Determinar quién deberá asumir el reembolso de los gastos y costos que demande el presente arbitraje.*

4.2.3.1. Para finalizar, respecto de este último punto controvertido, es preciso recordar que según lo establecido en el Artículo 70º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje aprobado por el Decreto Legislativo N° 1071 (aplicable supletoriamente a este proceso arbitral), el Tribunal fijará en el laudo los costos del arbitraje, comprendiendo – entre otros-, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios y gastos del Secretario, y los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

4.2.3.2. Asimismo, debe tener presente que el numeral 51) del Acta de Instalación se dispone que los honorarios definitivos de los árbitros y del secretario arbitral se fijarán en el laudo arbitral mediante la suma de los anticipos determinados durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, teniendo en cuenta la estimación pecuniaria de las

pretensiones efectuadas por las partes, la complejidad de la materia controvertida y el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

- 4.2.3.3. Por lo tanto, en cuanto a la determinación de los “*costos del arbitraje*” (entendido este como lo define el Art. 70º de la LA²¹), a este Colegiado le corresponde establecer quién debe asumirlas. En tal sentido, este Tribunal considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, revisar el correcto comportamiento procesal de las partes, y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje.
- 4.2.3.4. Así, en lo que respecta a la conducta procesal desplegada por las partes en relación a este proceso arbitral, tendremos que respecto a la primera pretensión arbitral, ésta fue conciliada a instancia de LA ENTIDAD, esto es, reconoció la suma S/. 326,282.30 Nuevos Soles, que le adeudada a KOMATSU, por el servicio de reparación brindado a un Tractor de Orugas con Código D85A-21B y con número de serie 37122; suma que se comprometió a su pronta cancelación, conforme a la observancia de un correspondiente cronograma de pagos. A esto debe sumarse que KOMATSU es la que únicamente asumió la cancelación del cien por ciento (100%) de los honorarios arbitrales, pues el 50% que le correspondía al GRLAMB, fue asumida por aquella, vía subrogación.

En consecuencia, en atención a lo anteriormente señalado, y al hecho que el primer punto controvertido también ha sido amparado por este Colegiado a favor de KOMATSU, se estima que en puridad, el GRLAMB no tuvo motivos suficientes y atendibles para litigar y defender su posición arbitral en esta vía,

²¹ “Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. *Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b. *Los honorarios y gastos del secretario.*
- c. *Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- d. *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e. *Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f. *Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.”*

razón por la que se concluye en condenar a esta última al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc (que corresponden a los literales a y b del Art. 70º de la LA) y, en relación al resto de los costos del arbitraje (como por ejemplo, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el presente arbitraje), cada uno de ellos deberá asumirlos directamente.

- 4.2.3.5. En cuanto a lo segundo, y en atención al anticipo de honorarios arbitrales fijado en el *numeral 48) del Acta de Instalación*, este Colegiado fija como honorarios arbitrales definitivos, las sumas de S/. 10,000.00 Nuevos Soles netos para cada árbitro y S/. 5,000.00 Nuevos Soles netos para la Secretaría Arbitral, los mismos que ya han sido cancelados en su totalidad, conforme a las precisiones reseñadas en la parte *in fine* del primer párrafo del numeral 4.2.3.4. de este Laudo.
- 4.2.3.6. *En conclusión, en relación a este Cuarto y último punto controvertido, este Tribunal Arbitral estima en condenar al GRLAMB al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad – Hoc (que corresponden a los literales a y b del Art. 70º de la LA) y, en relación al resto de los costos del arbitraje (como por ejemplo, correspondientes a los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el presente arbitraje), cada uno de ellos deberá asumirlos directamente.*

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por tanto, los árbitros que suscriben, por UNANIMIDAD, expiden el siguiente Laudo:

PRIMERO.- Con respecto al Primer y Segundo Punto Controvertido que corresponden a la Primera y Segunda Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal demandada: Se declara FUNDADAS EN PARTE, esto es, FUNDADAS en cuanto a la procedencia del derecho de KOMATSU a que LA ENTIDAD le abone los intereses legales por retraso en el pago de la deuda que le tuvo ésta última, ascendente a la suma de S/. 326,382.30 Nuevos Soles por servicios brindados producto de la ejecución del CONTRATO, deuda que además ha sido reconocida a partir del pago fraccionado acordado vía conciliación parcial y que se arribó dentro del presente proceso arbitral; e INFUNDADAS, en lo que se refiere a

la aprobación del monto demandado por este concepto, ascendente a S/. 39,283.37 Nuevos Soles por el período que va desde el 18 de enero del 2011 hasta la interposición de la demanda arbitral, así como el cálculo respectivo por intereses legales que va desde la presentación de esta última hasta su fecha efectiva de pago; debiendo en ese sentido determinarse ambos montos, en vía de ejecución de Laudo; por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

SEGUNDO.- Con respecto al Tercer Punto Controvertido que corresponde a la Segunda Pretensión Principal demandada: Se declara INFUNDADA, por los fundamentos expuestos en el presente Laudo.

TERCERO.- Con respecto al Cuarto Punto Controvertido que corresponde a la Tercera Pretensión Principal demandada: Se condena al GRLAMB al pago de la totalidad de las honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Ad - Hoc (que corresponden a los literales a y b del Art. 70º de la LA) y, en relación al resto de los “costos del arbitraje” (como por ejemplo, los correspondientes a los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el presente arbitraje), cada uno de ellos deberá asumirlos directamente.

El presente Laudo es definitivo e inapelable.

HORACIO CANEPA TORRE
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

JUAN JOSÉ PEREZ-ROSAS PONS.
ÁRBITRO

LUIS ALFREDO LEÓN SEGURA.
ÁRBITRO

JORGE LUIS HUAMÁN CACHAY
SECRETARIO