

**Laudo Arbitral de Derecho**

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR EL CONSORCIO VIGSACON CONTRA ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO AYACUCHO – EPSASA, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR EL DOCTOR JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ, EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL ARBITRAL, EL DOCTOR ORLANDO LA TORRE ZEGARRA Y EL DOCTOR MARIO EDUARDO VICENTE GONZÁLEZ PERALTA, EN SU CALIDAD DE ÁRBITROS.

Lima, 31 de julio de 2013

**RESOLUCIÓN N° 38**

**I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN**

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 24 días del mes de julio del año dos mil trece.

**II. LAS PARTES**

**DEMANDANTE:**

Consorcio Vigsacon.

En adelante **EL CONTRATISTA, VIGSACON o EL CONSORCIO**

**DEMANDADO:**

Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho – EPSASA.

En adelante **LA ENTIDAD o EPSASA**

**TRIBUNAL ARBITRAL:**

Doctor Juan Huamaní Chávez - Presidente del Tribunal.

Doctor Orlando la Torre Zegarra - Árbitro.

Doctor Mario Eduardo Vicente González Peralta- Árbitro.

**SECRETARÍA ARBITRAL:**

Luis Enrique Guerrero Gallegos, Secretario Ad Hoc.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

### **III. ANTECEDENTES Y TRÁMITE ARBITRAL**

#### **EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL**

Con fecha 29 de diciembre de 2010, VIGSACON y EPSASA, suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 085-2010-EPSASA/GG para la ejecución de la obra "Implementación del Sistema de Agua Potable, Sistema de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las Localidades de Huascahura, Mollepata y Anexos", Sub Proyecto I, II, IV – Segunda Etapa.

En la cláusula Vigésimo Segunda del Contrato antes referido, se estipuló que:

*"Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.*

*Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

*El laudo arbitral emitido es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa."*

#### **DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, VIGSACON designó como árbitro de parte al doctor Orlando la Torre Zegarra; por su lado, EPSASA designó como árbitro al doctor Mario Eduardo Vicente González Peralta.

Posteriormente, ambos acordaron designar como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Juan Huamaní Chávez.

**DESARROLLO DEL PROCESO**

Con fecha 24 de octubre de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. En dicha diligencia, los miembros del Tribunal Arbitral, integrado por los doctores Juan Huamaní Chávez, en su calidad de Presidente, Orlando la Torre Zegarra y Mario González Peralta, en su calidad de árbitros, declararon que han sido debidamente designados, conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la cláusula Vigésimo Segunda del Contrato.

Asimismo, en la referida audiencia, el Tribunal Arbitral dejó constancia de la inasistencia de VIGSACON, a pesar de haber estado debidamente notificado; no obstante ello, se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles de notificada la correspondiente acta, a fin de que dicha parte cumpla con presentar su respectiva demanda arbitral. La referida Acta de

- Instalación de Tribunal Arbitral fue notificada a VIGSACON con fecha 25 de octubre de 2012.

Luego, con fecha 17 de noviembre de 2011, VIGSACON cumplió con presentar su escrito de demanda arbitral, proponiendo como sus respectivas pretensiones las siguientes:

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se revoque y declare sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA emitida por la EPSASA con fecha 05 de Julio del 2011, declarando la Nulidad de Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG; en consecuencia se declare la validez de dicho contrato en todos sus extremos y se reinicie la ejecución de la obra.
2. PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el reinicio inmediato de la ejecución de la obra con un plazo de ejecución total restante de Doscientos Veintiocho (228) días calendarios obtenidos de la siguiente manera:

Ampliación de Plazo N° 01 161 días

Resto de Plazo Contractual 06/07/2011 - 10/09/2011 67 días

(Desde nulidad de contrato hasta fecha término de obra)

TOTAL	228 días
-------	----------

3. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se dictamine la incorrecta ejecución de las cartas fianzas del contratista por parte de la EPSASA. En consecuencia se aplique las sanciones a los que correspondan.
4. PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene a la EPSASA el pago de la indemnización de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles) al contratista, por la incorrecta Ejecución de las Cartas Fianzas.
5. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se revoque y se deje sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 069-2011-EPSASA/GG emitida por la EPSASA con fecha 13/07/2011, declarando la improcedencia de la Ampliación de Plazo N° 01 solicitada por el Contratista mediante Carta N° 105-2011-RBA-RL/AYAC de fecha 28 de junio del 2011; en consecuencia se apruebe dicha ampliación de plazo N° 01 por 161 días calendario.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

**6. PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Que se ordene a la EPSASA, el pago de mayores gastos generales ascendente a la suma de S/. 659,893.63 (Seiscientos Cincuenta y Nueve Mil Ochocientos Noventa y Tres con 63/100 Nuevos Soles) inc. IGV por el periodo de Ampliación de Plazo Nº 01.

**7. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se disponga a la EPSASA, el pago de la totalidad de los Gastos de Arbitraje (costos y costas), así como los gastos administrativos (pago de personal, guardianía y mantenimiento de almacenes en obra), legales (asesoría técnica y legal en proceso de defensa durante la controversia) y financieros (renovación de cartas fianzas y otros) del contratista, desde el momento de la nulidad de contrato (05/07/2011) hasta la ejecución del laudo arbitral; así como los daños y perjuicios ocasionados al contratista por la presente controversia. Toda vez que la EPSASA es la única responsable que dio origen a la presente controversia. Estos costos serán calculados a la fecha del laudo arbitral.

Mediante Resolución Nº 2 de fecha 02 de diciembre de 2011, este Colegiado admitió a trámite la referida demanda arbitral, poniendo la misma en conocimiento de EPSASA, a fin de que dicha parte, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, cumpliese con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.

Atendiendo a ello, mediante escrito de fecha 3 enero de 2012, y estando dentro del plazo establecido para tales efectos, EPSASA cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda formulando reconvención, proponiendo como pretensión la siguiente:

1. Que se ordene al Consorcio Vigsacon el pago de una indemnización de daños y perjuicios a favor de EPSASA por un monto de S/. 600,000.00 (seiscientos mil nuevos soles).

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Al respecto, mediante Resolución N° 04 de fecha 10 de enero de 2012, este Tribunal Arbitral admitió a trámite la contestación de demanda, teniendo por formulada la reconvención formulada por EPSASA, y consiguientemente corriendo traslado de la misma a VIGSACON, para que dicha parte cumpla con contestarla en el plazo establecido en el Acta de Instalación.

Posteriormente, mediante escrito presentado con fecha 9 de febrero de 2012, VIGSACON cumple con absolver el traslado conferido mediante la citada Resolución N° 04, manifestándose además en relación a lo expuesto por en su contestación a la demanda, contradiciéndola en todos sus efectos.

Al respecto, mediante Resolución N° 05 de fecha 15 de febrero de 2012, este Colegiado tuvo por absuelto el traslado conferido por parte de VIGSACON en relación a la reconvención formulada por su contraria.

Estando al estado del Arbitraje, mediante Resolución N° 07 este Colegiado dispuso citar a las partes a la celebración de la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el lunes 12 de marzo de 2012, a horas 10:00 a.m., en la sede del arbitraje, en las oficinas ubicadas en Calle Tinajones N° 181, Oficina N° 504, distrito de Santiago de Surco, provincia y departamento de Lima.

En la fecha, lugar y hora indicados se llevó a cabo la referida Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, en cuya diligencia se dispuso lo siguiente:

**AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y  
ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

**I. CONCILIACIÓN:**

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En este acto, y luego de que el Tribunal Arbitral explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no les es posible arribar a un acuerdo conciliatorio; no obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las mismas logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

**II. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

El Tribunal Arbitral, con las facultades contenidas en el numeral 18) de las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación, procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas en este arbitraje.

El Tribunal Arbitral señala las siguientes cuestiones previas que se encuentran pendiente de resolver, respecto de las cuales este colegiado deberá realizar un análisis previo al estudio de las cuestiones de fondo, lo cual podrá ser resuelto incluso al momento de laudar:

**II.1 Cuestión Previa:**

1. Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de incompetencia formulada por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. mediante escrito de fecha 3 de enero de 2012.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral fija los siguientes puntos controvertidos en función a las pretensiones planteadas en el presente arbitraje:

**De la demanda arbitral presentada por el Consorcio Vigsacon:**

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

1. Determinar si corresponde ordenar o no que se revoque y se declare sin efecto la Resolución de Gerencia General Nº 063-2011-EPSASA emitida por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA con fecha 20 de julio de 2011; en consecuencia, se declare la validez de dicho contrato en todos sus extremos y se reinicie la ejecución de la obra.
2. En caso el punto 1) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde ordenar o no el reinicio inmediato de la ejecución de la obra con un plazo de ejecución total restante de doscientos veintiocho (228) días calendario.
3. Determinar si corresponde declarar o no como incorrecta la ejecución de las cartas fianza del contratista por parte de la demandada y, en consecuencia, se apliquen las sanciones a los que correspondan.
4. En caso el punto 3) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA el pago de la indemnización de S/. 100,000.00 (Cien mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del contratista, por la incorrecta ejecución de las cartas fianza.
5. Determinar si corresponde ordenar o no que se revoque y se deje sin efecto la Resolución de Gerencia Genera Nº 069-2011-EPSASA/GG emitida por la entidad demandada con fecha 13 de julio de 2011, declarando la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 01 solicitada por el contratista mediante Carta Nº 105-2011-RBA-RL/AYAC de fecha; en consecuencia, se apruebe dicha ampliación de plazo Nº 01 por 161 días calendario.
6. En caso el punto 5) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no ordenar a la entidad demandada el pago de mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 659,893.63,

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

incluido el IGV correspondiente, por el período de ampliación de plazo N° 01.

**De la reconvención presentada por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. - EPSASA:**

7. Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio Vigsacon pague a favor de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA la suma de S/. 600,000.00 por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

**Punto Controvertido Común:**

8. Determinar a quién le corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

El Tribunal deja claramente establecido que se reserva el derecho a analizar los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que están señalados en la presente acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión.

Asimismo, queda establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple y ágil de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Al respecto, ambas partes expresaron su conformidad con los puntos controvertidos determinados en este acto, así como con las reglas establecidas por el Tribunal Arbitral al respecto.

### **III. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:**

De conformidad con lo establecido en las reglas del proceso que forman parte del Acta de Instalación antes referida, el Tribunal Arbitral procede a admitir los siguientes medios probatorios:

#### **Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la demandante:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por Consorcio Vigsacon en su escrito de demanda presentado el 17 de noviembre de 2011, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" de su demanda e identificados con los numerales que van del A1) al A8); B1) al B3); C1) al C3); D1) al D3) y E1.

#### **Respecto de los medios probatorios ofrecidos por la demandada:**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. en su escrito de fecha 3 de enero de 2012, incluidos en el punto "*D. MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y RECONVENCIÓN*" y divididos de la siguiente manera:

- I. Se admiten los medios probatorios documentales identificados con los numerales que van del 1) al 20).
- II. En relación a la pericia ofrecida, este colegiado otorga a la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, contados a partir de notificada la presente acta, para que precise la forma, alcances y objetivos de la pericia solicitada, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral establezca o

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

modifique estas mismas cuestiones de considerarlo conveniente y conducente a la solución de la controversia.

**IV. PRUEBAS ORDENADAS DE OFICIO POR EL TRIBUNAL:**

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente; asimismo, se reserva la posibilidad de prescindir de las pruebas no actuadas en caso que el Tribunal Arbitral las considere prescindibles o innecesarias. Dichas facultades se encuentran previstas al amparo de lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.

Cabe indicar que, en la misma fecha de la Audiencia antes citada, EPSASA presentó un escrito mediante el cual absuelve la contestación a la reconvenCIÓN formulada por el VIGSACON, motivo por el cual este Colegiado resolvió emitir la Resolución N° 08 en la que se tuvo por presentado el escrito antes referido y se corrió traslado del mismo para que VIGSACON exprese lo conveniente a su derecho. Dicha resolución fue notificada en la misma diligencia llevada a cabo el 12 de marzo de 2012.

Mediante Resolución N° 9 de fecha 12 de abril de 2012, este Colegiado dispuso la actuación de una Pericia de parte ofrecida por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA.

En ese sentido, mediante Resolución N° 10 de fecha 13 de abril de 2012, este Tribunal Arbitral requirió al Consorcio Vigsacon a fin de que, en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificado con la dicha resolución, cumpla con presentar los originales de los Certificados de Inscripción y Habilidad N° 005777 y 005779 que habrían sido emitidos por el Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental del Callao a favor de los señores Luis Gustavo Heysen Arévalo y Ángel Trinidad Parimango Mauricio.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Posteriormente, mediante Resolución Nº 11 de fecha 20 de junio de 2012, se deja constancia que el Consorcio Vigsacon manifiesta que no le es posible cumplir con el requerimiento efectuado, siendo que dichos documentos habrían sido presentados a EPSASA al momento de la firma del Contrato materia de litis.

Luego, mediante Resolución Nº 15 de fecha 24 de julio de 2012, se designa al señor Ángel Zabárburu Vargas como perito para el presente caso; de la misma manera, mediante Resolución Nº 16 de fecha 27 de julio de 2012, este Colegiado otorgó al Consorcio Vigsacon un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumpla con presentar los originales de los Certificados de Inscripción y Habilidad Nº 005777 y 005779 que habrían sido emitidos por el Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental del Callao a favor de los señores Luis Gustavo Heysen Arévalo y Ángel Trinidad Parimango Mauricio, o en su defecto, copia del cargo de remisión de los mismos a EPSASA, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, de ser el caso se tenga que efectuar la pericia a actuarse únicamente con la copia de dichos certificados de habilidad que obran en poder de EPSASA.

Asimismo, mediante Resolución Nº 19 de fecha 7 de setiembre de 2012, se deja constancia que el Consorcio Vigsacon pone en conocimiento de este Colegiado, determinada documentación que acreditaría que los certificados de habilitación originales sobre los cuales se va a actuar la pericia (y que fueron requeridos al Consorcio Vigsacon) obrarían en poder de EPSASA.

De la misma forma, mediante Resolución Nº 25 de fecha 22 de octubre de 2012, se tuvo por presentado el Informe Pericial del perito Ángel Zabarburu Vargas con fecha 22 de octubre de 2012, procediendo a citar a las partes a la Audiencia de Sustentación de Pericia que se llevaría a cabo el día 22 de noviembre de 2012 a las 16:00 horas.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

De otro lado, mediante Resolución Nº 26 de fecha 16 de noviembre de 2012, se tiene presente los escritos presentados por las partes correspondientes las observaciones y comentarios sobre el dictamen pericial, corriéndosele traslado de los mismos al Perito Ángel Zabarburu Vargas, a fin de que emita el pronunciamiento correspondiente; asimismo, se reprograma la Audiencia de Sustentación de Pericia para el día 7 de diciembre de 2012 a las 10:00 horas.

En la día y hora indicados, se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Pericia, en la cual se le otorgó al Perito un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presente por escrito la subsanación de las observaciones y comentarios emitidos por las partes sobre el Informe Pericial de fecha 22 de octubre de 2012.

Por otro lado, mediante Resolución Nº 29 de fecha 19 de diciembre de 2012, se declara el cierre de la etapa probatoria del presente arbitraje, otorgándosele a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales; procediendo además, a citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales que se llevaría a cabo el día 14 de enero de 2013 a las 10:00 horas.

De la misma manera, mediante Resolución Nº 30 de fecha 10 de enero de 2013, se procede a reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 21 de enero de 2013 a las 16:00 horas en la sede arbitraje.

No obstante, mediante Resolución Nº 31 de fecha 15 de enero de 2013, se tiene presente el recurso de reconsideración interpuesto por la ENTIDAD contra Resolución Nº 29, manifestando que no procedería aún el cierre de la etapa probatoria, pues no se habría cumplido con actuar en su totalidad del objeto de la pericia; procediéndose además, a la suspensión de la Audiencia de Informes Orales.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Al respecto, mediante Resolución Nº 32 de fecha 7 de febrero de 2013, se declara Infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la ENTIDAD contra la Resolución Nº 29; y en consecuencia, se ratifica el cierre de la etapa probatoria correspondiente al presente arbitraje; procediéndose además, a citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales a realizarse el día 6 de mayo de 2013 a las 16:00 horas en la sede del arbitraje.

En el día y hora indicada se realizó la Audiencia de Informes Orales, en la cual se procede a fijar plazo para laudar en treinta (30) días hábiles. Posteriormente, mediante Resolución Nº 37, se prorrogó en treinta (30) días adicionales el plazo para laudar, conforme a las facultades del Tribunal Arbitral.

## **V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL:**

### **V.1. CUESTIONES PRELIMINARES**

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

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por acuerdo expreso de ambas partes.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó a ningún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que el Consorcio Vigsacon presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Ayacucho – EPSASA S.A. fue debidamente emplazada con la demanda, procediendo a contestarla y reconvenirla dentro del plazo correspondiente.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1017, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

## **V.2. MATERIA CONTROVERTIDA**

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 12 de marzo de 2012, corresponde al Tribunal Arbitral resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en este caso.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"<sup>4</sup>.*

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal

<sup>1</sup> TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

**Tribunal Arbitral:**

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

**CUESTIÓN PREVIA**

*Determinar si corresponde declarar fundada o no la excepción de incompetencia formulada por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. mediante escrito de fecha 3 de enero de 2012.*

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

En relación a la excepción de incompetencia planteada, previo a analizar las razones y/o fundamentos que sustenta la misma, es pertinente dejar constancia que la Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, en su artículo 41º inc. 1), establece claramente que el propio Tribunal Arbitral quien debe decidir respecto de su propia competencia para resolver determinada materia controvertida (principio *Kompetenz Kompetenz*):

***"Artículo 41º.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral***

*1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por estar pactado al arbitraje para resolver la materia controvertida*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia (...)"*

Ahora bien, habiendo quedado establecido que es este Tribunal Arbitral el competente para resolver en definitiva el cuestionamiento realizado por EPSASA (excepción de incompetencia), corresponde analizar cada uno de los puntos que sustentan dicha excepción.

De lo expuesto por EPSASA en su escrito de fecha 3 de enero de 2012, se advierte que dicha parte sustenta la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral interpuesta en que, a su dicho, la materia controvertida no sería materia arbitrable, debido a que el sustento por medio del cual se solicita la nulidad del Contrato (la causa que generaría dicha consecuencia jurídica), dado que está circunscrita a la posible falsedad de documentos presentados, constituyen un delito, lo cual lo convertiría en materia no disponible, y por ende, no susceptible de ser conocida en arbitraje.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje, señala lo siguiente:

**"Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje**

1. *Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.*

2. *Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral."*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Estando a lo alegado por EPSASA, así como a lo dispuesto en el artículo precitado, corresponde determinar si la materia controvertida (que las partes han puesto en conocimiento de este colegiado a fin de que resuelva de manera definitiva) es materia de libre disposición y, por ende, susceptible de ser conocida en arbitraje.

El cuestionamiento realizado se circunscribe al primer punto controvertido a ser resuelto, que versa sobre la validez de la resolución que da cuenta de la nulidad del contrato materia de litis, con lo cual corresponde determinar si dicha situación puede o no ser conocida en arbitraje.

En relación a dicho punto, la Ley de Contrataciones del Estado, cuerpo normativo aplicable al presente proceso, establece en su artículo 52º lo siguiente:

**"Artículo 52º.- Solución de controversias**

**Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineeficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato (...)"**

De lo expuesto, queda claro que la materia controvertida alegada no sólo es susceptible de ser conocida en arbitraje, sino que debe ser resuelta en un proceso arbitral, y dicha situación también la advierte la propia EPSASA en su escrito de fecha 3 de enero de 2013, donde señala lo siguiente:

**"(...) la pretensión principal en base a la cual giran las demás pretensiones es la nulidad de oficio del contrato, en ese sentido el Artículo 144º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del**

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamán Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*Estado, establece que la nulidad de oficio del contrato (materia en controversia) es susceptible de arbitraje (...)"*

Siendo ello así, no hay controversia en que la materia que se ha puesto en conocimiento de este colegiado para ser resuelta, es materia que debe ser conocida en arbitraje, reconociendo EPSASA dicha situación. Por lo que, corresponde determinar ¿una controversia que deba ser vista en arbitraje, puede dejar de ser susceptible de ser conocida en materia arbitral por las razones que la sustentan?

Queda claro para este Tribunal Arbitral que la respuesta es negativa. De precisarse que la competencia se determina respecto de la pretensión o materia en controversia puesta a conocimiento de un Tribunal Arbitral (ya sea colegiado o árbitro único), mas no es posible determinar cuándo un Tribunal Arbitral es competente para conocer determinada controversia, teniendo en cuenta para ello las razones que la sustentan. Debe precisarse además que las consecuencias que se generen en un determinado proceso arbitral (respecto de las pretensiones que deban ser resueltas en arbitraje), ostentan únicamente consecuencias jurídicas de carácter civil, con lo cual, la competencia arbitral no limita la posibilidad de las partes de acudir al ámbito penal de considerarlo conveniente, debiendo tener presente las partes que las consecuencias jurídicas que se generen en ambas áreas son independientes, es decir, lo resuelto en sede arbitral reviste autonomía e independencia respecto de lo que puede ser conocido o resuelto en el ámbito penal.

Por lo expuesto, este Tribunal Arbitral declara INFUNDADO la excepción de incompetencia planteada por EPSASA, por los motivos expuestos a lo largo del presente laudo.

**PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*Determinar si corresponde ordenar o no que se revoque y se declare sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA emitida por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA con fecha 20 de julio de 2011; en consecuencia, se declare la validez de dicho contrato en todos sus extremos y se reinicie la ejecución de obra.*

**POSICIÓN DE VIGSACON**

El CONTRATISTA indica que mediante Carta N° 159-2011-EPSASA/GG con fecha de recepción 05 de setiembre de 2011, la EPSASA le notifica la Resolución de Nulidad de oficio del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG aprobada por Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA/GG de fecha 05 de julio de 2011.

De la misma manera, señala EL CONTRATISTA que los fundamentos de la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA/GG de fecha 05 de Julio de 2011, son los siguientes:

(...)

*Que, en consecuencia, estando a los documentos citados (Oficio N° 019-2011-CIP-CALLAO y Oficio N° 034-2011-CIP-CALLAO), se ha acreditado la existencia de documentos falsos o inexactos (Certificado de Inscripción y Habilidad N° 005777 Y certificado de Inscripción y Habilidad N° 005779), presentado por el Consorcio VIGSACON, para la suscripción del contrato; en consecuencia el citado Consorcio ha transgredido el Principio de Presunción de Veracidad, por lo que conformidad con lo dispuesto en el artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el Art. 5º de la Ley de Contrataciones del Estado que establece que la facultad de declarar la nulidad de oficio es indelegable, por tanto su nivel de aprobación corresponde al Titular de la Entidad; resulta necesario expedir el acto administrativo correspondiente, a*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*efecto de declarar la nulidad de oficio del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG."*

Al respecto, indica la Demandante que esta supuesta presentación de documentación falsa y/o inexacta jamás fue puesta a su conocimiento de a fin de que pueda realizar algún descargo y/o absolución, antes de la emisión de la Resolución de Nulidad de Contrato, manifestando el CONTRATISTA, que EPSASA actuó en forma Unilateral y violando su derecho a defensa.

De ese modo, manifiesta la Demandante que el derecho de defensa en el ámbito del procedimiento de verificación posterior se estatuye como una garantía que impide cualquier efecto sobre el administrado si es que antes no hubo: 1) conocimiento previo de su inicio, 2) conocimiento de las imputaciones que se le realizan y 3) oportunidad (en tiempo razonable) para presentar su descargo: En ausencia de cualquiera de estos elementos no puede haber defensa posible.

De la misma manera, indica el CONTRATISTA que se debe tener en cuenta que el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, no solo alcanza a los procedimientos judiciales, sino que también se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. Sobre ese punto, señala que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho reconocido en la referida disposición "(...) no solo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (el que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana (...)".

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

De esta manera, establece la demandante que resulta claro que al no habersele informado de las imputaciones, no tuvo conocimiento de los términos en que se formulaban los cargos, y no pudieron presentar pruebas en su defensa y resultó materialmente imposible ejercer una defensa de manera oportuna, idónea y eficaz. Oportuna, en cuanto a plantearla durante el mismo procedimiento administrativo; idónea, en cuanto era la forma apropiada o indicada, no existiendo otra manera para presentarse al órgano resolutorio ni de ofrecer pruebas o plantear una defensa técnica; y eficaz, por cuanto el propósito era impedir indefensión frente a las actuaciones del órgano instructor.

De otro lado, precisa la Demandante que el Colegio de Ingenieros del Perú- Consejo Departamental del Callao, mediante la Carta CIP-CDC-AJ-021/2011 de fecha 2 de setiembre de 2011, le comunica lo siguiente: "*(...) referente de los registros del Ing. Heysen Arévalo Luis Gustavo con CIP 48527 y del Ing. Parimango Mauricio Ángel Trinidad con CIP Nº 27471, es conveniente precisar que habiendo verificándolos los recibos de pago y nuestros archivos de la fecha de expedición, aseverar que dichos certificados de los mencionados ingenieros han sido emitidos en la fecha indicada, tomándose conocimiento que hay registro en duplicado evidenciándose una apreciación involuntaria y que habiéndose verificado en nuestros registro y archivos de recibos y certificados expedidos damos por ratificado nuestra expedición de los mencionados certificados de habilidad e inscripción".*

De esta manera, manifiesta el CONTRATISTA que respecto a la supuesta documentación falsa y/o inexacta de los registros del Ing. Heysen Arévalo Luis Gustavo con CIP 48527 y del Ing. Parimango Mauricio Ángel Trinidad con CIP Nº 27471 imputada por la EPSASA, el mismo Colegio de Ingenieros del Perú- Consejo Departamental del Callao indica que sobre los certificados de Habilidad e inscripción emitidos por ellos, ha existido una duplicidad al momento de ser emitidos, el cual es un hecho ajeno a la demandante y no constituye responsabilidad alguna.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Por lo cual, establece la Demandante que no ha vulnerado el Principio de Presunción de Veracidad y el Principio de Moralidad, claramente establecido en el literal b) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.

De la misma manera, indica el CONTRATISTA que para poder demostrar en forma objetiva y categórica, que ésta no ha presentado documentación falsa ante EPSASA al momento de la suscripción de contrato, respecto del Certificado N° 005777 extendido al Ing. Heysen Arevalo, Luis Gustavo con CIP N° 48527 y el Certificado N° 005779 extendido al Ing. Parimango Mauricio, Ángel Trinidad con CIP N° 27471 son verdaderos, que en la Carta CIP-CDC-AJ-021/2011, emitida por el Colegio de Ingenieros del Perú-Consejo Departamental del Callao, se señala que: *"(...) Que tomando conocimiento de su comunicado, referente los registros del Ing. Heysen Arevalo Luis Gustavo con CIP N°. 48527 Y del Ing. Parimango Mauricio Ángel Trinidad con CIP N° 27471, es conveniente precisar que habiendo verificándolos recibos de pago y nuestros archivos de la fecha de expedición, aseverar que dichos certificados de los mencionados Ingenieros han sido emitidos en la fecha indicada, tomándose conocimiento que hay registro en duplicado evidenciando una apreciación involuntaria. Es así que habiendo verificado en nuestros registros y archivos de recibos y certificados expedidos damos por ratificado nuestra expedición de los mencionados certificados de Habilidad e inscripción (...)"*

Igual, precisa el CONTRATISTA que conforme se puede apreciar Certificado N° 005777 extendido al Ing. Heysen Arevalo, Luis Gustavo con CIP N° 48527 y el Certificado N° 005779 extendido al Ing. Parimango Mauricio, Ángel Trinidad con CIP N° 27471 son verdaderos, y el hecho que haya existido una duplicidad por un error involuntario al colegio de ingenieros del Perú, lo exime de responsabilidad alguna.

**POSICIÓN DE EPSASA**

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

La ENTIDAD precisa que la nulidad de oficio del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG, suscrito entre las partes, ha sido declarado nulo en virtud a lo establecido en el literal b) del Artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado: "(...) *Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos: b) Cuando se verifique la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato*".

Al respecto, indica la ENTIDAD que en materia de contratación estatal, se configura la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad cuando, realizado un proceso de selección, la Entidad convocante detecta o encuentra indicios respecto a la presentación de documentos falsos o declaraciones juradas con contenido inexacto por los postores participantes. Dicha trasgresión puede ser verificada en el curso del proceso de selección, o posterior a su realización.

Así pues, la ENTIDAD señala que la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA/GG de fecha 05 de Julio del 2011, ha sido emitida como facultad de dicha parte, establecida de acuerdo a ley y con el debido sustento, ya que como consecuencia del Control Posterior, ésta ha verificado la transgresión de Principio de Presunción de Veracidad por parte del CONTRATISTA, al haber presentado documentos falsos o inexactos para la suscripción del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG, lo cual fue corroborado oportunamente mediante el Oficio N° 019-2011-CIP-CALLAO y Oficio N° 034-2011-CIP-CALLAO, remitidos por el Decano del Consejo Departamental del Callao del Colegio de Ingenieros del Perú.

De igual forma, señala la ENTIDAD que respecto a la afectación del derecho de defensa de la CONTRATISTA, se debe tener en claro que la doctrina nacional ha definido al proceso de selección como un procedimiento administrativo de carácter especial; al que le son aplicables las normas del procedimiento administrativo general en lo que no se oponga a su normativa específica de contratación pública.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

De la misma manera, indica dicha parte que en la actual normativa se ha definido al proceso de selección como "*un procedimiento especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios o la ejecución de una obra*".

Asimismo, indica la ENTIDAD que existen elementos que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público, como es el que subyace a las contrataciones y adquisiciones del Estado, en los que la administración pública ocupa un lugar primordial en el contrato, como representante del interés general, público o social, lo cual denota una diferencia de los contratos que celebra el Estado con aquellas relaciones jurídicas tratabadas entre agentes privados. Así pues, manifiesta dicha parte que la defensa del interés público orienta el accionar de las Entidades y justifica que estas adopten decisiones que consideren más eficientes para la protección de dichos intereses.

De esta manera, establece la ENTIDAD que no se ha afectado derecho alguno de la demandante, ya que la nulidad de oficio del contrato es únicamente una consecuencia de su actuar ilícito; igualmente, señala dicha parte que sin perjuicio de lo establecido, es totalmente falso que los hechos mencionados y que dieron lugar a la nulidad del contrato no hayan sido de conocimiento del CONTRATISTA, puesto que los hechos por los que se declaró la nulidad de oficio del contrato fueron puestos a conocimiento del CONTRATISTA mediante Carta N° 062-2011-EPSASA/GG de fecha 22 de marzo del 2011, en la cual se adjunto la documentación falsa y/o inexacta, que no obtuvo respuesta, descargo o aclaración alguna.

Por otro lado, señala la ENTIDAD que la Carta CIP-CDC-AJ-021/2011 de fecha 02 de Setiembre del 2011 carece de validez alguna, ya que fue

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

obtenida mediante mecanismos vedados, a solicitud de la demandante y después de transcurridos casi dos meses de la declaratoria de nulidad de oficio del contrato.

De la misma manera, precisa la ENTIDAD que adicionalmente a la verificación efectuada por dicha parte para la nulidad del contrato, se ha remitido el Oficio N° 341-2011-EPSASA/GG de fecha 17 de Agosto del 2011, solicitando información respecto a que si el Ing. Parimango Mauricio, Angel Trinidad se encuentra registrado en el CIP – Consejo Departamental del Callao, la misma que ha sido respondida mediante Oficio N° 072-2011-CIP-CALLAO de fecha 22 de Agosto del 2011, en el que se le informa que el mencionado ingeniero no se encuentra registrado en la sede institucional del Callao; por lo que, no pueden brindar información referente a su habilidad.

Asimismo, indica la ENTIDAD que mediante Oficio N° 298-2011-EPSASA/GG se solicita al Gobierno Regional de Ayacucho el Certificado de Inscripción y Habilidad del Ing. Angel Trinidad Parimango Mauricio que fue propuesto por el Consorcio Hospitalario, en el proceso de selección para la construcción de la Obra de Construcción del Hospital Regional de Ayacucho, el cual también se encuentra en controversia.

En ese sentido, mediante Oficio N° 1287-2011-GRA/GG-ORADM se le remite el Certificado de Habilidad del mencionado ingeniero, emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima; con lo que, manifiesta la ENTIDAD que es inaudito que el Consejo Departamental del Callao haya emitido el Certificado del Inscripción y Habilidad con fecha 1 de diciembre de 2010 y con anticipación de un día, con fecha 30 de noviembre de 2010, el Consejo Departamental de Lima haya emitido otro Certificado de Inscripción y Habilidad a nombre del mismo ingeniero.

Por lo tanto, establece el CONTRATISTA que es totalmente falso que los hechos que han dado origen a la nulidad del contrato sean ajenos al

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Contratista, ya que es el representante legal de ésta, el que ha presentado la documentación falsa y/o inexacta a la Entidad y como tal debe asumir su responsabilidad, que ahora pretende evadir, sustentando que supuestamente ha sido error del Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental del Callao.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

De lo expuesto por las partes, se puede advertir que la presente controversia requiere el análisis de la nulidad del contrato efectuada por la ENTIDAD mediante Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA de fecha 20 de julio de 2011, a fin de determinar la motivación esbozada por dicha parte para proceder con la Nulidad es válida.

Así, en la Resolución de Gerencia General N° 603-2011-EPSASA/GG de fecha 5 de Julio de 2011, la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. estableció lo siguiente: "*Declara la Nulidad de Oficio del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG, suscrito entre la EPSASA y el Consorcio VIGSACON, para la ejecución de la obra: Implementación del Sistema de Agua Potable, Sistema de Alcantarillado y Tratamiento de Aguas Residuales de las localidades de Huascahura, Mollepata y Anexos – Sub Proyectos I, II y III".*

De la misma manera, en la mencionada Resolución Gerencial, se indica lo siguiente: "*(...) mediante Informe N° 020-2011-EPSASA/GI-DSLO, el Jefe del Departamento de Supervisión y Liquidación de Obras de la EPSASA (...) informa que detectó que el Contratista Consorcio VIGSACON, mediante certificados de Habilidad Profesional del Colegio de Ingenieros del Perú, Nros. 005779 y 005777 con nombres suplantados de Angel Trinidad Parimango Mauricio con CIP 27471 y Luis Gustavo Heysen Arévalo con CIP 48527, de éste último documento corresponde el Certificado original a 005777 a nombre de Pereyra Araujo, José Manuel CIP 16800".*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Asimismo, en la referida Resolución de Gerencia General Nº 603-2011-EPSASA/GG se indica que: "Que, en consecuencia, estando a los documentos citados (Oficio Nº 019-2011-CIP-CALLAO y Oficio Nº 034-2011-CIP-CALLAO), se ha acreditado la existencia de documentos falsos o inexactos (Certificado de Inscripción y Habilidad Nº 005777 y Certificado de Inscripción y Habilidad Nº 005779), presentado por el Consorcio VIGSACON, para la suscripción del contrato; en consecuencia el citado Consorcio ha transgredido el Principio de Presunción de Veracidad, por lo que conformidad con lo dispuesto en el artículo 56º de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el Art. 5º de la Ley de Contrataciones del Estado (...) resulta necesario expedir el acto administrativo correspondiente, a efecto de declarar la nulidad de oficio del Contrato Nº 085-2010-EPSASA/GG".

De esta manera, de lo señalado en la Resolución de Gerencia General Nº 603-2011-EPSASA/GG se advierte que la nulidad del Contrato celebrado entre las partes se funda en la supuesta vulneración por parte del CONTRATISTA del Principio de Presunción de Veracidad, pues la ENTIDAD considera que dicha parte presentó documentos falsos e inexactos, específicamente, los Certificados de Inscripción y Habilidad de profesional Nº 005777 a nombre de Heysen Arevalo, Luis Gustavo y Nº 005779 Parimango Mauricio, Luis Gustavo.

En ese sentido, este Colegiado considera pertinente delimitar el presente punto controvertido, pues en buena cuenta se trata de dilucidar si los Certificados de Inscripción y Habilidad Nº 005777 y Nº 005779, presentados por el CONTRATISTA, son documentos falsos e inexactos.

Al respecto, la acreditación probatoria de las alegaciones es la actividad necesaria que implica demostrar la certeza de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la ley. Así, la prueba recae sobre quien alega algo, ya que por principio probatorio se establece que quien alega debe probar la veracidad de aquello que afirma.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Como señala el doctor Canelo, “*Con la prueba se persigue la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley*”<sup>2</sup>.

Esto responde a lo denominado por la doctrina como **Onus Probandi**, (o carga de la prueba) que es una expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del **Onus Probandi**, radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que “**lo normal se presume, lo anormal se prueba**” (resaltado y subrayado es nuestro). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o el trabajo de probar un enunciado debe recaer en aquel que rompe el estado de normalidad.

En ese sentido, en el presente arbitraje, la no continuidad del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG celebrado entre las partes es producto de la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 603-2011-EPSASA/GG, en la que la ENTIDAD procede a establecer la Nulidad del mencionado Contrato, por la supuesta existencia de documentos falsificados que han sido presentados por EL CONTRATISTA.

De esta manera, en el presente arbitraje la carga de la prueba recae en LA ENTIDAD, pues al ser dicha parte quien ha establecido la Nulidad del Contrato celebrado con EL CONTRATISTA, deberá demostrar en el presente proceso la falsedad de los documentos presentados por LA DEMANDANTE.

En ese sentido, la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda de fecha 3 de enero de 2012, señaló que: “*Que, por lo tanto conforme a lo mencionado es coherente que la falsedad de los documentos, en el presente proceso arbitral también sea determinado mediante una pericia*

<sup>2</sup> CANELO RABANAL, R. Comentario al artículo 188 del Código Procesal Civil en Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas Tomo II. 1ra. Edición. Editorial Adrus, Arequipa, Junio 2010. p. 36.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

*grafotécnica, una vez efectuado la pericia en la investigación preliminar de la denuncia penal en trámite, ya que es mediante ello que se tiene que corroborar la falsedad o no de los documentos (...)".*

De igual forma, en el escrito de contestación de demanda de fecha 3 de enero de 2012, la ENTIDAD ofrece como medio probatorio la realización de una Pericia, indicando lo siguiente: "Que se deberá realizar en su debida oportunidad, en los Certificados de Inscripción y Habilidad N°s 005777 y 005779 falsificados por el Contratista Consorcio VIGSACON, donde es evidente la falsificación a diferencia de los Certificados de Inscripción y Habilidad N°s 005777 y 005779 originales".

Así, a fin de tener los mayores elementos de juicio y herramientas adecuadas para poder emitir pronunciamiento respecto de la falsedad o no de los documentos presentados por el CONTRATISTA, este Tribunal Arbitral decidió apoyarse en la opinión técnico-especializada de un perito, cumpliendo con realizar la pericia solicitada por EPSASA.

De esta manera, mediante Resolución N° 9 de fecha 12 de abril de 2012, este Colegiado dispuso la realización de una pericia de parte, ofrecida por la ENTIDAD, estableciendo que el objeto de la misma consistiría en determinar "si los Certificados de Inscripción y Habilidad N° 005777 y N° 005779, emitidos por el Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental del Callao, a favor de Luis Gustavo Heysen Arévalo y Ángel Trinidad Parimango Mauricio, respectivamente, son falsos y/o han sido adulterados".

Así pues, conforme se ha mencionado, el Tribunal Arbitral, con el propósito de determinar la fundabilidad del punto controvertido materia de análisis, dispuso la actuación de un medio probatorio de parte consistente en una pericia técnica con el objeto de determinar si los documentos presentados por EL CONTRATISTA tienen la calidad de falsos y/o adulterados; para así, proceder a analizar si la Nulidad de Contrato establecida por LA ENTIDAD es correcta.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Al respecto, cabe indicar que la pericia es aquel medio de prueba que puede ser ofrecida por cualquiera de las partes para que una persona ajena al proceso arbitral y/o entorno de los sujetos de la relación contractual emitan su opinión calificada respecto de algún punto o materia que escapa al entendimiento del árbitro y que debe necesariamente formar convicción en aquél<sup>3</sup>.

En ese sentido, tenemos que el profesor Jairo Parra<sup>4</sup>, respecto a la pericia precisa que "*El dictamen pericial es un medio prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate, hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos.*"

Asimismo, nuestros tribunales de justicia han establecido "*que la norma procesal prescribe que la pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, esto significa que la función del perito es la de coadyuvar a la función del juez ilustrándolo en materias que dada su complejidad requieren de una ayuda especializada y que finalmente se reflejará en la sentencia*".<sup>5</sup>

De igual manera, el profesor Rioja Bermúdez<sup>6</sup>, haciendo alusión a la pericia, menciona que "**La actividad a realizar del perito designado tiene por finalidad obtener certeza con relación a las afirmaciones respecto de los hechos alegados por las partes y por lo tanto consiste en la verificación de los hechos controvertidos en el proceso**, por ello se

<sup>3</sup> ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. El arbitraje Ad Hoc en las Contrataciones del Estado. En: Instituto Pacífico S.A.C., Lima, 2010. Pág. 182.

<sup>4</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Ediciones librería. Septima edición. 1997. Pág. 180.

<sup>5</sup> CAS. N° 12- 2003- Sullana, Publicada el 31 de marzo de 2004, Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 6, N° 38, Abril 2004, Pág. 259.

<sup>6</sup> RIOJA BERMÚDEZ, Alexander. El nuevo proceso civil. Editorial Adrus. Pág. 585.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamán Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*señala que la actividad del perito no está destinada a la búsqueda de los hechos ni de fuentes de prueba, los peritos no investigan. Cualquier materia de especialización se encuentra sujeta a la realización de la revisión pericial.” (El resaltado y subrayado es nuestro).*

De la misma manera, el autor Gómez Lara<sup>7</sup> pronunciándose sobre la utilidad de una pericia expresa que: “*La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando en el proceso cuando para observar, para examinar el hecho que se trata de demostrar, se requieren conocimientos científicos, o bien, la experiencia de la práctica cotidiana de un arte o de un oficio. La prueba pericial es el medio de confirmación por el cual se rinden dictámenes acerca de la producción de un hecho y sus circunstancias conforme a la legalidad.*” (El resaltado y subrayado es nuestro)

Finalmente, el autor Liebman<sup>8</sup>, hace mención expresa que la pericia “*tiene por finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales no está provisto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal naturaleza, el consultor técnico es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes.*”

En ese sentido, de lo indicado en párrafos anteriores, se aprecia que la pericia será la vía idónea a fin de que el Tribunal Arbitral conozca la efectiva consumación de los hechos esbozados por las partes, pues dicho tercero ajeno cuenta con los instrumentos y conocimientos técnicos suficientes para crear en el juzgador certeza respecto de las alegaciones de las partes.

Así, en el presente arbitraje, se aprecia que la controversia principal consiste en conocer la falsedad o no de los documentos presentados por EL

<sup>7</sup> GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. Editorial Trillas, México, 1989, Pág. 104.

<sup>8</sup> LIEBMAN, Túlio Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídica Europa – América, 1973, Pág. 300.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

CONTRATISTA, pues dicho conocimiento coadyuva al Tribunal Arbitral a determinar si la Nulidad de Contrato establecida por la ENTIDAD es correcta o no.

De esta manera, a fin de coadyuvar a este Colegiado para proceder a resolución del presente conflicto, el Perito debe emitir un pronunciamiento firme que determine con certeza la falsificación o no de los documentos presentados por EL CONTRATISTA; de no producirse ello, la pericia no cumpliría la finalidad por la cual se realiza, pues no esclarecería y coadyuvaría a la resolución del conflicto.

Por lo tanto, el Informe de la Pericia Grafotécnica de fecha 22 de octubre de 2012 (en adelante, la Pericia), realizado por el perito designado Sr. Ángel Humberto Zabarburu Vargas, es el medio adecuado para que este Colegiado tenga la convicción respecto de la supuesta falsedad los documentos materia de controversia presentados por la CONTRATISTA.

Al respecto, mediante Informe Pericial de Grafotecnia de fecha 22 de octubre de 2010, el perito Sr. Ángel Humberto Zabarburu Vargas (en adelante, el perito) concluye lo siguiente:

- Formato de un "CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN DE HABILIDAD Nº CDC NO. 005777", a nombre de Heysen Arevalo, Luis Gustavo, expedida por el "Colegio de Ingenieros del Perú", de fecha, 01 de diciembre de 2010, el mismo que en copia a color y blanco y negro, fue proporcionado por el Secretario Ad hoc del Tribunal Arbitral, presentan divergencias en cuanto al llenado de los textos complementarios; así como, presentan divergencias en cuanto al formato, estampado del sello post firma y la firma
- Formato de un "CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN DE HABILIDAD Nº CDC NO. 005779", a nombre de Parimango Mauricio, Luis Gustavo, expedida por el "Colegio de Ingenieros del Perú", de fecha, 01 de

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

diciembre de 2010, el mismo que en copia a color y blanco y negro, fue proporcionado por el Secretario Ad hoc del Tribunal Arbitral, presentan divergencias en cuanto al llenado de los textos complementarios; así como, presentan divergencias en cuanto al formato, estampado del sello post firma y la firma.

Debido a las divergencias planteadas en los documentos analizados, el perito, mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2012, indica lo siguiente:

*"Que, con la finalidad de llevar a cabo dicho estudio pericial solicito que se autorice y se brinden las facilidades del caso para tener acceso al expediente, específicamente al original de los CERTIFICADOS DE INSCRIPCIÓN Nros. 005777 y 005779, expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental del Callao y asimismo solicito que se tenga muestras de cotejo; es decir de Certificados originales expedidos por dicha entidad, para poder homologar o contrastar con los Certificados cuestionados"* (El resaltado y subrayado es nuestro).

De la misma manera, en el referido escrito de fecha 3 de agosto de 2012, el perito, respecto a la metodología a utilizar, señala que: "Documentoscópico: Consiste en el estudio integral de los documentos cuestionados, con la finalidad de advertir técnicamente y mediante el empleo del instrumental óptico adecuado y los textos, firma o impresiones que en ella se encuentran, presentan algún tipo de adulteración o adición de textos (...)".

Así, en el Informe Pericial de fecha 22 de octubre de 2012, el perito en el punto VII. APRECIACIÓN CRIMINALÍSTICA precisa los siguientes: ". El presente estudio se realiza con las reservas del caso y que las mismas serán ratificadas a la presentación de los documentos cuestionados en original." (El resaltado y subrayado es nuestro).

Al respecto, mediante escrito de fecha 5 de octubre de 2012, el perito deja constancia que "(...) habiendo recibido la resolución Nº 20 del 21 de

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*setiembre del 2012, en el cual indican que no existe los documentos cuestionados en original conforme a la información recibida por la entidad oficial, motivo por el cual con la finalidad de realizar el presente estudio solicito a Ud. Tenga a bien disponer que **el presente estudio se realice en las copias obrantes en dicho expediente, opinión que será efectuada con las reservas del caso**".* (El resaltado y subrayado es nuestro).

En ese sentido, de lo mencionado en el Informe Pericial de fecha 22 de octubre de 2012, así como lo indicado en el escrito de fecha 5 de octubre de 2012, se aprecia que el perito Ángel Humberto Zabarburu Vargas indica que no contaba con los documentos originales a fin de realizar un estudio detallado de los documentos materia de análisis.

Así pues, de lo indicado por el Perito, para la realización de una correcta pericia se debía contar con los documentos originales que serían objeto de análisis; sin embargo, ninguna de las partes ha cumplido con presentar dicha documentación que hubiese servido para un efectiva pericia, y en consecuencia, un esclarecimiento de los hechos de la controversia del presente arbitraje por parte del Tribunal Arbitral.

De esta manera, este Colegiado considera conveniente determinar a qué parte correspondía presentar los originales de los documentos presentados por EL CONTRATISTA y materia de controversia.

Así, mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2012, la ENTIDAD manifiesta lo siguiente: "Que, si bien el Consorcio VIGSACON presenta copias de las Cartas con las que ha remitido la documentación para la suscripción del contrato; sin embargo, **falta a la verdad al sostener que hizo entrega a mi representada de los originales de los Certificados de Inscripción y Habilidad N°s 005777 y 005779**, emitidos supuestamente por el Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental del Callao, a favor de HEYSEN AREVALO, LUIS GUSTAVO y

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*- PARIMANGO MAURICIO ANGEL TRINIDAD, respectivamente". (El resaltado y subrayado es nuestro)*

Al respecto, mediante Carta Nº 054-2010-EPSASA-GAF/DLSG de fecha 15 de diciembre de 2010, la ENTIDAD indica lo siguiente: "*Mediante el presente me dirijo a Ud. que su representada al haber sido ganadora de la ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA (...) solicitamos la siguiente documentación para la suscripción del contrato: (...) i) Certificado de habilidad de los profesionales propuestos*". (El resaltado y subrayado es nuestro)

De la misma manera, mediante escrito recepcionado por la ENTIDAD con fecha 29 de diciembre de 2010, el CONTRATISTA precisa lo siguiente: "*Por intermedio del presente me es grato saludarlo y en atención a la Carta Nº 054-2010-EPSASA-GAF/DLGS, remito la documentación en original (01 archivador, la documentación faltante y la Carta Fianza se estará remitiendo a las 4:30 p.m.*". (El resaltado y subrayado es nuestro)

Asimismo, mediante escrito recepcionado por la ENTIDAD con fecha 29 de diciembre de 2009, el CONTRATISTA cumple con completar la documentación faltante, manifestando lo siguiente: "*Por intermedio del presente me es grato saludarlo y en atención a la Carta Nº 054-2010-EPSASA-GAF/DLGS, remito la documentación faltante para firma de Contrato: a) Copia RUC según Contrato de Consorcio; b) 02 Archivadores Análisis de Costos Unitarios; c) 01 Archivador Cronogramas: CAO, PERT CPM, Calendario de Adquisición de Materiales*"

En ese sentido, del análisis de los medios probatorios presentados por las partes, se aprecia que el CONTRATISTA remite a la ENTIDAD los documentos correspondientes a los Certificados de Habilidad de los profesionales propuestos en versión original, sin que dicha parte, en su debido momento, emita pronunciamiento respecto a los mismos, más aún si se advierte que la documentación presentada es extemporánea, no

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

existiendo manifestación alguna por parte de la ENTIDAD; descartándose así, lo indicado por dicha parte en su escrito de fecha 16 de octubre de 2012.

Así pues, de lo indicado en el párrafo anterior, se advierte que la ENTIDAD contaba con la documentación original de los Certificados de Habilidad de los profesionales propuestos por el CONTRATISTA; por lo que, correspondía que dicha parte presente los documentos solicitados, a fin de que el Perito emita un pronunciamiento valedero que sirva para el esclarecimiento de los hechos para el Tribunal. Sin perjuicio de ello, y dado que en su debida oportunidad el Tribunal Arbitral estableció que debido a la falta de entrega de la documentación solicitada por el perito, se tendrían en cuenta las conclusiones arribadas por el perito, con las reservas del caso.

De esta manera, de todo lo señalado, este Colegiado aprecia que la presente pericia, medio probatorio de actuación diferida ofrecida por EPSASA, tenía como finalidad la comprobación de la falsedad alegada en los documentos presentados por EL CONTRATISTA, sin embargo, por las razones antes indicadas (en relación a la falta de documentación para la realización de la pericia), dicha pericia no acredita fehacientemente la falsedad de dichos documentos, no pudiendo, en tal sentido, crear convicción en este colegiado de la supuesta falsedad alegada que sustentó la nulidad del Contrato. Por el contrario, consta en el expediente (anexo B-2 de la demanda arbitral), la Carta CIP-CDC-AJ-021/2011 de fecha 2 de setiembre de 2011 cursada por el propio Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental del Callao, que sí establece que los Certificados de Habilidad expedidos (y cuestionados por EPSASA) fueron debidamente emitidos, ratificando la expedición de los mismos:

*"(...) Que, tomando conocimiento de su comunicado, referente a los registros del Ing. Heysen Arevalo Luis Gustavo con CIP Nº 485727 y del Ing. Parimango Mauricio Ángel Trinidad con CIP Nº 277471, es conveniente precisar que habiendo verificándolos recibos de pago y*

**Tribunal Arbitral:**

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*nuestros archivos de la fecha de expedición, aseverar que dichos certificados de los mencionados Ingenieros han sido emitidos en la fecha indicada, tomándose conocimiento que hay registro en duplicado evidenciando una apreciación involuntaria.*

*Es así que habiendo VERIFICADO en nuestros registros y archivos de recibos y certificados expedidos damos por ratificado nuestra expedición de los mencionados certificados de Habilidad e inscripción."*

Por lo expuesto, habiendo claramente el propio Colegio de Ingenieros ratificado los Certificados de Habilidad expedidos y cuestionados (cuestionamiento de falsedad que no ha sido debidamente acreditado a lo largo del proceso, ni con la pericia actuada), corresponde que el Tribunal Arbitral se remita a lo establecido por dicho Colegio Profesional, no pudiendo, en tal sentido, declarar la falsedad de los Certificados de Habilidad cuestionados.

Por lo tanto, este Colegiado resuelve declarar FUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, corresponde ordenar que se revoque y se declare sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA emitida por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. - EPSASA con fecha 20 de julio de 2011; así como, se declare la validez de dicho contrato en todos sus extremos y el reinicio de la ejecución de obra.

**TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:**

*Determinar si corresponde declarar o no como incorrecta la ejecución de las cartas fianza del contratista por parte de la demandada y, en consecuencia, se apliquen las sanciones a los que correspondan.*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

**POSICIÓN DE VIGSACON**

El CONTRATISTA menciona que para la suscripción del contrato y durante toda la ejecución de la obra, ésta ha presentado y mantenido vigentes las siguientes cartas fianzas:

- Carta Fianza N° 0011-0285-9800032561-47 vigente al 31/08/2011  
Monto: S/. 2,163,391.72  
Entidad Financiera: Banco Continental  
Concepto: Fiel Cumplimiento  
Renovaciones: Carta Fianza N° 0011-0285-9800032561-47 vigente al 02/03/2012  
Estado Actual: Vigente
- Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 vigente al 20/04/2011  
Monto: S/. 900,000.00  
Entidad Financiera: Banco Continental  
Concepto: Adelanto Directo  
Renovaciones: Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 vigente al 31/08/2011  
Estado Actual: Ejecutada indebidamente el día 26/07/2011
- Carta Fianza N° 0185-2011/FG vigente al 27/04/2011  
Monto: S/. 1,000,000.00  
Entidad Financiera: FOGAPI  
Concepto: Adelanto Directo  
Renovaciones: Carta Fianza N° 0713-2011/FG vigente al 26/07/2011  
Carta Fianza N° 2155-2011/FG vigente al 22/01/2012  
Estado Actual: Vigente
- Carta Fianza N° 0184-2011/FG vigente al 27/04/2011  
Monto: S/. 800,000.00  
Entidad Financiera: FOGAPI

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

Concepto: Adelanto Directo

Renovaciones: Carta Fianza N° 0712-2011/FG vigente al 26/07/2011

Carta Fianza N° 2154-2011/FG vigente al 22/01/2012

Estado Actual: Vigente por S/ 723,000.00

- Carta Fianza N° 5840362 vigente al 11/05/2011

Monto: S/. 2,000,000.00

Entidad Financiera: LA POSITIVA

Concepto: Adelanto Materiales

Renovaciones: Carta Fianza N° 5840362-01 vigente al 08/08/2011

Carta Fianza N° 5840362-02 vigente al 05/11/2011

Carta Fianza N° 5840362-03 vigente al 02/02/2012

Estado Actual: Vigente por S/ 1,231,652.48

Al respecto, indica que una vez emitida la Resolución de Gerencia General 063-2011-EPSASA/GG de fecha 05 de Julio de 2011 declarando la nulidad del contrato, la ENTIDAD en forma arbitraria, abusiva y al margen del contrato y normatividad vigente, ha solicitado la ejecución de todas las cartas fianzas de dicha parte cursando con este fin las siguientes cartas notariales a las Entidades financieras otorgantes:

Carta N° 180-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 26 de julio de 2011 dirigida al Banco continental solicitando la Ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 vigente al 31 de agosto de 2011 por el monto de S/. 900,000.00 por concepto de Adelanto Directo; manifestando textualmente lo siguiente "Que, por lo tanto teniendo en cuenta que el Contrato suscrito por mi representada y el CONSORCIO VIGSACON ha sido DECLARADA NULO DE OFICIO, lo que imposibilita que el mencionado adelanto pueda ser amortizado; en consecuencia de acuerdo a lo establecido en los Art. 162 y 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, SOLICITO SU INMEDIATRA EJECUCION, por el monto total de la carta fianza, para lo cual adjunto la original." Cabe precisar que finalmente esta

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

ejecución de carta fianza FUE EFECTIVIZADA por el Banco Continental a favor de la EPSASA mediante Cheque de Gerencia N° 011-109-0900000017 de fecha 03/08/2011, causando al Contratista perjuicios económicos así como daños irreparables ante el sistema financiero por esta ejecución ilegal de parte de EPSASA.

- Carta N° 177-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 26 de julio de 2011 dirigida a FOGAPI solicitando la Ejecución de la Carta Fianza N° 0712-2011/FG vigente al 26 de julio de 2011 por el monto de S/. 800,000.00 por concepto de Adelanto Directo; manifestando textualmente lo siguiente "*Que, por lo tanto teniendo en cuenta que el Contrato suscrito por mi representada y el CONSORCIO VIGSACON ha sido DECLARADA NULO DE OFICIO, lo que imposibilita que el mencionado adelanto pueda ser amortizado; en consecuencia de acuerdo a lo establecido en los Art. 162 y 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, SOLICITO SU INMEDIATRA EJECUCION, por el monto total de la carta fianza, para lo cual adjunto la original.*" Cabe precisar que esta ejecución de carta fianza NO FUE efectivizada por FOGAPI al estar al margen de la normatividad vigente.
- Carta N° 178-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 26 de julio de 2011 dirigida a FOGAPI solicitando la Ejecución de la Carta Fianza N° 0713-2011/FG vigente al 26 de julio de 2011 por el monto de S/. 1,000,000.00 por concepto de Adelanto Directo; manifestando textualmente lo siguiente "*Que, por lo tanto teniendo en cuenta que el Contrato suscrito por mi representada y el CONSORCIO VIGSACON ha sido DECLARADA NULO DE OFICIO, lo que imposibilita que el mencionado adelanto pueda ser amortizado; en consecuencia de acuerdo a lo establecido en los Art. 162 y 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, SOLICITO SU INMEDIATRA EJECUCION, por el monto total de la carta fianza, para lo cual adjunto la original.*" Cabe precisar que esta ejecución de carta fianza NO FUE

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

efectivizada por FOGAPI al estar al margen de la normatividad vigente.

- La Carta Fianza N° 0011-0285-9800032561-47 vigente al 31/08/2011 emitida por el Banco Continental por el monto de S/. 2'163,391.72 por concepto de Fiel Cumplimiento, así como la Carta Fianza N° 5840362-01 vigente al 08 de agosto de 2011 emitida por LA POSITIVA por el monto de S/. 2'000,000.00 por concepto de Adelanto de Materiales; también fueron requeridas para su ejecución por parte de EPSASA. Cabe precisar que estas ejecuciones de cartas fianzas NO FUERON efectivizadas por las Entidades financieras al estar al margen de la normatividad vigente.

Al respecto, indica el CONTRATISTA que el Artículo 164º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece las causales por las que debe ejecutarse una Carta Fianza, y en ninguno de esos supuestos establece la posibilidad de ejecución de las cartas fianzas en caso se declare la Nulidad del Contrato, y menos aún, cuando no haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de nulidad de contrato

De esta manera, establece dicha parte que la ejecución de cartas fianzas por nulidad de contrato no es posible bajo el marco de la ley de contrataciones del estado y su reglamento.

De otro lado, indica el CONTRATISTA que ha remitido a la ENTIDAD varias comunicaciones a fin de evitar que se proceda con la ejecución de las Cartas Fianza, detalladas a continuación:

- Carta Notarial de fecha de recepción 27/07/2011 emitida por el Contratista hacia la EPSASA comunicando controversia en ejecución de contrato y solicitando suspender cualquier acción que modifique la

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

situación actual de la obra y sus garantías hasta la solución de la controversia.

- Carta N° 120-2011-RBA-RL-CV/AYAC presentada vía notarial con fecha 04/08/2011, emitida por el contratista hacia la EPSASA solicitando aclaración sobre solicitud de ejecución de cartas fianzas.
- Carta N° 526-2011-GG-FOGAPI de fecha 02/08/2011, emitida por FOGAPI hacia la EPSASA solicitando aclaración sobre solicitud de ejecución de cartas fianzas.
- Carta N° 139-2011-RBA-RL-CV/AYAC presentada vía notarial con fecha 14/09/2011, emitida por el contratista hacia la Gerencia General de la EPSASA solicitando suspender toda acción en la obra en controversia.
- Carta N° 140-2011-RBA-RL-CV/AYAC presentada vía notarial con fecha 14/09/2011, emitida por el contratista hacia la Gerencia General de la EPSASA solicitando suspender toda acción en la obra en controversia.

Al respecto, manifiesta el CONTRATISTA que pese a la advertencia mediante los documentos antes señalados, la EPSASA hizo caso omiso y continuo su accionar efectivizando la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 por el monto de S/. 900,000.00 por concepto de Adelanto Directo.

Así pues, precisa la Demandante que mediante Carta N° 216-2011-EPSASA/GG recibida con fecha 19 de agosto de 2011, la EPSASA solicita al Contratista la emisión y envío de la Nota de Crédito por haberse efectivizado la ejecución de la carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69, lo cual demuestra fehacientemente la ejecución ilegal de dicha carta fianza.

**POSICIÓN DE EPSASA**

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

La ENTIDAD señala que la nulidad es, una situación genérica de invalidez del acto jurídico, que provoca que una norma, acto jurídico, acto administrativo o acto judicial deje de desplegar sus efectos jurídicos, retrotrayéndose al momento de su celebración; por lo que, la primera pretensión principal incide en este aspecto o pretensión, ya que la carta fianza emitida por el Banco Continental fue ejecutada como consecuencia de los efectos de la nulidad del contrato, pues en la medida de que se considere válida la nulidad del contrato se determinará la correcta ejecución de la carta fianza, ya que las mismas fueron remitidas a la EPSASA como garantía de los adelantos otorgados, que constituyen montos de dinero pagados por la EPSASA a favor del CONTRATISTA, los mismos que deben ser devueltos o reembolsados a la EPSASA.

De la misma manera, indica la ENTIDAD que es falso que dicha parte haya solicitado la ejecución de las cartas fianzas de forma arbitraria, abusiva y al margen del contrato y normatividad vigente, pues la ejecución de las cartas fianzas surge de los mismos efectos de la nulidad del contrato que son establecidos en el sistema jurídico vigente, habiéndose logrado únicamente ejecutar la carta fianza emitida por el Banco Continental, a la que no se puso objeción alguna.

Asimismo, la ejecución de la carta fianza emitida por la Positiva y las dos cartas emitidas por FOGAPI no fueron ejecutadas por oposición de la demandante, pese a que éstas dos últimas: Carta Fianza N° 0712-2011/FG y Carta Fianza N° 0713-2011/FG, vencieron sin haber sido renovadas, causal por la cual se reiteró su ejecución, mediante Carta N° 181-2011-EPSASA/GG, Carta N° 192-2011-EPSASA/GG y Carta N° 193-2011-EPSASA/GG, y pese a todo ello no fueron ejecutadas, generando daños y perjuicios a mi representada.

De la misma manera, establece la ENTIDAD que los adelantos otorgados a la demandante se mantienen en poder de ésta, y no tienen razón de ser

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

mientras la validez del contrato se encuentra en controversia, pues el CONTRATISTA posiblemente viene generando intereses y utilidades a su favor en detrimento de dicha parte.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

El presente punto controvertido tiene como finalidad establecer si la ENTIDAD ha procedido a ejecutar correcta o incorrectamente las Cartas Fianza otorgadas por el CONTRATISTA.

Así pues, de los medios probatorios presentados por EL CONTRATISTA se aprecia que dicha parte ha emitido las siguientes Cartas Fianza:

- Carta Fianza Nº 0011-0285-980003251-47 emitida por la Entidad Financiera Banco Continental, la misma que sirve para garantizar el Fiel Cumplimiento.
- Carta Fianza Nº 0011-0109-9800023424-69 emitida por la Entidad Financiera Banco Continental, la misma que sirve para garantizar el Adelanto Directo.
- Carta Fianza Nº 0713-2011/FG emitida por la Entidad Financiera FOGAPI, la misma que sirve para garantizar el Adelanto Directo.
- Carta Fianza Nº 0712-2011/FG emitida por la Entidad Financiera FOGAPI, la misma que sirve para garantizar el Adelanto Directo.
- Carta Fianza Nº 5840362-01 emitida por la Entidad Financiera LA POSITIVA, la misma que sirve para garantizar el Adelanto de Materiales.

Asimismo, en el escrito de demanda de fecha 17 de noviembre de 2011, EL CONTRATISTA, respecto a la Ejecución de las Cartas Fianza, establece lo siguiente:

- *Carta Nº 180-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 26/07/2011 dirigida al Banco continental solicitando la Ejecución de la Carta*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 (...) Cabe precisar que finalmente esta ejecución de carta fianza FUE EFECTIVIZADA por el Banco Continental a favor de la EPSASA mediante Cheque de Gerencia N° 011-109-0900000017 de fecha 03/08/2011 (...).*

- *Carta N° 177-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 26/07/2011 dirigida a FOGAPI solicitando la Ejecución de la Carta Fianza N° 0712-2011/FG (...) **Cabe precisar que esta ejecución de carta fianza NO FUE efectivizada por FOGAPI al estar al margen de la normatividad vigente.***
- *Carta N° 178-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 26/07/2011 dirigida a FOGAPI solicitando la Ejecución de la Carta Fianza N° 0713-2011/FG (...) **Cabe precisar que esta ejecución de carta fianza NO FUE efectivizada por FOGAPI al estar al margen de la normatividad vigente.***
- *La Carta Fianza N° 0011-0285-9800032561-47 vigente al 31/08/2011 emitida por el Banco Continental (...), así como la Carta Fianza N° 5840362-01 vigente al 08/08/2011 emitida por LA POSITIVA (...); también fueron requeridas para su ejecución por parte de EPSASA (...) **Cabe precisar que estas ejecuciones de cartas fianzas NO FUERON efectivizadas por las Entidades financieras al estar al margen de la normatividad vigente.***

*De esta manera, de lo indicado por EL CONTRATISTA en su escrito de demanda, se aprecia que únicamente se ha procedido con ejecutar la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 emitida por la Entidad Financiera Banco Continental, estableciendo que las demás Cartas Fianza no han sido ejecutadas debido a que las Entidades Financieras emisoras no han procedido con efectuar dicha ejecución.*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

En ese sentido, corresponde que este Colegiado determine que la presente controversia se limitará a analizar únicamente si se ha efectuado correctamente o no la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 emitida por la Entidad Financiera Banco Continental, mediante la cual se garantiza el Adelanto Directo.

Así pues, de los medios probatorios presentados por EL CONTRATISTA se aprecia que mediante Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69, la Entidad Financiera Banco Continental señala lo siguiente: "*Por la presente afianzamos ante Uds. a los señores CONSORCIO VIGSACON en forma solidaria, irrevocable, incondicionada, sin beneficio de excusión y de realización automática, hasta por la suma de S/. 900,000.00 (NOVECIENTOS MIL 00/100 NUEVOS SOLES) a fin de garantizar el adelanto que por igual importe recibirán de ustedes relacionado con el Contrato de la Obra*".

Asimismo, mediante Carta Notarial N° 180-2011-EPSASA/GG de fecha 25 de julio de 2011, la ENTIDAD solicita al Banco Continental que proceda a ejecutar la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69, indicando lo siguiente: "*Que, por lo tanto teniendo en cuenta que el Contrato suscrito por mi representada y el CONSORCIO VIGSACON, ha sido DECLARADA NULA DE OFICIO, lo que imposibilita que el mencionado adelanto pueda ser amortizado; en consecuencia, de acuerdo a lo establecido en los Artículos 162 y 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, SOLICITO SU INMEDIATA EJECUCIÓN, por el monto total de la Carta Fianza, para lo cual adjunto el original*".

De la misma manera, mediante Carta N° 216-2011-EPSASA/GG de fecha 17 de agosto de 2011, la ENTIDAD señala: "*Mediante el presente me dirijo a usted para saludarlo cordialmente y solicitarse tenga a bien realizar la emisión y envío de la NOTA DE CRÉDITO a favor de mi representada (...); toda vez que la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 (...) fue ejecutada por haber sido DECLARADO NULA DE OFICIO el contrato N° 085-*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*2010-EPSASA/GG, por el importe de S/. 900,000.00 con cheque N° 00004432 del banco continental (...)".*

De igual forma, como puede advertirse de los medios probatorios señalados, la ENTIDAD ha procedido a ejecutar la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69, la cual garantizaba el Adelanto de Obra, producto de que dicha parte declaró Nulo de Oficio el Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG celebrado entre las partes.

Al respecto, cabe indicar que este Colegiado al momento de resolver el primer punto controvertido ha establecido que se revoque y se declare sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA, mediante la cual la ENTIDAD procedía a establecer la Nulidad del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG celebrado entre las partes.

De esta manera, habiendo este Colegiado establecido dejar sin efecto y revocar la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA corresponde que este Colegiado establezca que la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 es incorrecta, pues esta ejecución se realizó en base a la Nulidad del Contrato alegada por la Entidad.

Por lo tanto, corresponde que este Colegiado declare FUNDADO EN PARTE el presente punto controvertido; estableciendo que la ENTIDAD ha procedido con la ejecución incorrecta de la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 emitida por la Entidad Financiera Banco Continental, mediante la cual se garantiza el Adelanto Directo; y en ese sentido, corresponde que se proceda con la devolución del monto de dicha Carta Fianza.

**CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

*En caso el punto 3) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad Prestadora de Servicios de*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

*Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA el pago de la indemnización de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del contratista, por la incorrecta ejecución de la carta fianza.*

**POSICIÓN DE VIGSACON**

Al respecto, indica el CONTRATISTA que la EPSASA actúa al margen del Contrato y Normatividad vigente, pues a efectivizado ilegalmente la ejecución de la Carta Fianza N° 0011-0109-9800023424-69 por el monto de S/. 900,000.00, habiendo además, solicitado indebidamente la ejecución de las demás cartas fianzas.

De esta manera, indica dicha parte que dicho acontecimiento le ha producido grandes perjuicios económicos así como daños irreparables frente a las Entidades Financieras.

En ese sentido, solicita que se dictamine la incorrecta ejecución de las cartas fianzas del contratista por parte de la EPSASA y aplique las sanciones a los que correspondan, así como se ordene a la demandada el pago de la indemnización de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del CONTRATISTA, por la incorrecta Ejecución de las Cartas Fianzas, monto que consideramos justa como indemnización a los daños y perjuicios ocasionados al contratista.

**POSICIÓN DE EPSASA**

La ENTIDAD precisa que la presente pretensión también es accesoria, pues la ejecución de las cartas fianza de adelanto otorgado por el Banco Continental es producto de los efectos de la nulidad, cuya correcta o incorrecta ejecución tendrá que determinarse como consecuencia de la primera pretensión principal.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Antes de realizar el análisis del presente punto controvertido, Este Colegiado considera tener presente ante qué tipo de responsabilidad civil nos encontramos en el presente arbitraje. Así, la doctrina establece que existen dos tipos de responsabilidad civil: la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.

La Responsabilidad Civil es, tal como lo establece el doctor Juan Espinoza Espinoza, "una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado<sup>9</sup>".

De otro lado, en la doctrina se establece que la responsabilidad civil contractual consiste en aquel daño que es producto del incumplimiento de una obligación que le corresponde a una de las partes; en cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico de que la actividad no sea causante de daño a los demás.

Al respecto, el doctor Lizardo Taboada<sup>10</sup> expresa que "(...) La diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica como es evidente en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás (...)".

---

<sup>9</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Rhodas S.A.C. Lima: 2002.

Pág. 42.

<sup>10</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Editora Jurídica Grijley E, I.R.L.

2º Edición. Lima: 2003, pág. 31.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

De la misma forma, el artículo 1321º del Código Civil establece que "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve."

Así, en el presente arbitraje, este Tribunal Arbitral advierte que la posible responsabilidad civil que se le imputa a la ENTIDAD, deriva de la relación contractual del Contrato N° 085-2010-EPSASA/GG, celebrado entre el Consorcio Vigsacon y la Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Ayacucho S.A.

De la misma manera, en la doctrina se establece que el daño puede clasificarse en dos tipos: daño patrimonial, el cual consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica; y daño extrapatrimonial, consistente en el daño producido a la persona y al daño moral.

Igualmente, el doctor Espinoza Espinoza señala que el daño patrimonial puede clasificarse en daño emergente y lucro cesante. Respecto al daño emergente, este autor establece que es *la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito*; mientras que el lucro cesante, considera el autor mencionado, es *el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito)*.

Asimismo, no basta con que exista un presunto daño, sino que ese hecho debe ser consecuencia inmediata y directa de la conducta del agente y para ello, debe existir un nexo causal próximo entre el hecho y el daño producido, como señala el artículo acotado.

De otro lado, en el ámbito jurídico, la prueba es el instrumento mediante el cual las partes comparan la afirmación realizada sobre unos actos y la realidad de éstos, para así, crear en el juzgador, la convicción respecto de lo afirmado.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Así pues, la carga de la prueba consiste en que aquella parte que alega un hecho debe demostrarlo mediante los medios probatorios que acrediten su alegación.

De la misma manera, el doctor COVIELLO señala que "*Probar los hechos jurídicos constituye propiamente un deber, porque falta el derecho correlativo, y el que no prueba, no puede ser constreñido a ello por ninguno, perjudicándose solo a si mismo, en cuanto a su pretensión no será acogida por el magistrado. Por eso la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice, una carga (...)*"<sup>11</sup>

Igualmente, el artículo 1331º del Código Civil establece que "*La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*".

De esta manera, con lo indicado en el artículo anterior, se aprecia que quien solicita una indemnización debe probarlo. En ese sentido, y estando a lo indicado, se aprecia que en el presente proceso arbitral, corresponderá al CONTRATISTA demostrar la existencia del daño, con lo que, será dicha parte quien tiene la carga de probar, esto es, si se le provocó el daño alegado.

Sin embargo, de los medios probatorios presentados por dicha parte, este Tribunal Arbitral aprecia que estos no generan certeza de que efectivamente se ha producido daño en contra del CONTRATISTA.

Por lo tanto, al no haberse acreditado el daño, el mismo que era carga probatoria de la ENTIDAD, este Colegiado declara infundado el presente

<sup>11</sup> COVIELLO, Nicolás (1938): *Doctrina general del derecho civil*. Traducido de la cuarta edición italiana por Felipe de J. Tena, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México pag. 563

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

punto controvertido, y en consecuencia, no se debe ordenar a la Entidad que pague a favor del Contratista el pago de la indemnización de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del contratista, por la incorrecta ejecución de la carta fianza.

**QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

*Determinar si corresponde ordenar o no que se revoque y se deje sin efecto la Resolución de Gerencia General Nº 069-2011-EPSASA/GG emitida por la entidad demandada con fecha 13 de julio de 2011, declarando la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 01 solicitada por el contratista mediante Carta Nº 105-2011-RBA-RL/AYAC de fecha; en consecuencia, se apruebe dicha ampliación de plazo Nº 01 por 161 días calendario.*

**POSICIÓN DE VIGSACON**

El CONTRATISTA señala que mediante Carta Nº 105-2011-RBA-RL-CV/AYAC con fecha de recepción 28 de junio de 2011, solicita y tramita ante la supervisión de obra la Ampliación de Plazo Nº 01, por retrasos y paralizaciones en la obra por causas ajenas a la responsabilidad de ésta en estricto cumplimiento al contrato y normatividad vigente, solicitando su revisión, aprobación y trámite respectivo ante la EPSASA para su aprobación final correspondiente.

Al respecto, indica dicha parte que desde la entrega del Expediente Técnico y la Entrega Protocolar del Terreno por parte de la ENTIDAD, realizada con fecha 13 de enero de 2011, el CONTRATISTA ha realizado la evaluación del Expediente Técnico, así como, su correspondiente contrastación con el terreno real en campo, encontrando muchas deficiencias, errores y omisiones las que fueron progresivamente comunicadas a la Inspección o supervisión mediante asientos de cuaderno de obra y remitidas a la Entidad mediante cartas, las cuales se enumeran y describen en los antecedentes

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

del informe técnico del expediente técnico de Ampliación de Plazo N° 01, habiéndose solicitado oportunamente el pronunciamiento y absolución técnica correspondiente, las mismas que no han sido adecuadamente absueltas por parte de la Entidad.

De la misma manera, indica el CONTRATISTA que estas deficiencias en el expediente técnico han producido retrasos y paralizaciones en la ejecución de la obra por causas no imputables a ésta habiendo afectado la ruta crítica del cronograma de ejecución de obra vigente por lo que en estricto cumplimiento al contrato y normatividad vigente dan lugar a la Ampliación de Plazo Parcial N° 01.

Asimismo, señala que pese a las muchas observaciones, deficiencias y omisiones del expediente técnico oportunamente comunicadas por dicha parte desde el inicio de la obra recién con fecha 17 de mayo de 2011, se tuvo la primera visita del proyectista CONSORCIO AYACUCHO quienes formularon el Expediente Técnico, y en recorrido conjunto con participación de representantes de la EPSASA, Proyectista, Supervisión Externa y del CONTRATISTA se verificó y constató la situación actual de la obra.

Igualmente, precisa el CONTRATISTA que la visita del proyectista se produce después de aproximadamente 04 meses de iniciada la ejecución de la obra y de realizadas las consultas por parte de ésta, lo cual ha superado largamente los plazos establecidos en el Artículo 196º del Reglamento y dan lugar a la Ampliación de Plazo Parcial N° 01.

De igual forma, indica dicha parte que después de la primera visita del proyectista (17 de mayo de 2011), el proyectista ha emitido varios pronunciamientos (Carta N° 010-2011/CONSORCIO AYACUCHO del 23/05/2011, Carta N° 012-2011/CONSORCIO AYACUCHO, Carta N° 014-2011/CONSORCIO AYACUCHO y Carta N° 016-2011/CONSORCIO AYACUCHO del 08 de junio de 2011, así como Carta N° 017-2011/CONSORCIO AYACUCHO y Carta N° 018-2011/CONSORCIO

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

AYACUCHO del 14 de junio de 2011), con los cuales ha pretendido absolver las observaciones al Expediente Técnico.

No obstante, el CONTRATISTA señala que mediante Carta N° 076-2011-RBA-RL-CV/AYAC de fecha 1 de junio de 2011, Carta N° 079-2011-RBA-RL-CV/AYAC de fecha 7 de junio de 2011, Carta N° 080-2011-RBA-RL-CV/AYAC de fecha 8 de junio de 2011 y Carta N° 082-2011-RBA-RL-CV/AYAC de fecha 17 de junio de 2011, ha comunicado a la ENTIDAD su insatisfacción con la absolución de consultas, toda vez que estas no fueron adecuadamente absueltas por parte del proyectista; pues indica el CONTRATISTA que el Supervisor únicamente ha emitido respuestas evasivas e incongruentes sin ningún tipo de fundamento técnico (planos, detalles y procedimientos constructivos, así como cálculos sustentatorios que demuestren sus respuestas) que se requieren para la adecuada absolución de estas consultas, notándose que con esta clase de absolución de consultas el proyectista no da señales de querer contribuir con la solución de los problemas que afronta la obra debido a las deficiencias y omisiones del expediente técnico, no proporcionando la información que el CONTRATISTA requiere para ejecutar la obra, pese haberse comprometido a corregirlo mediante acta suscrita en mesa de trabajo conjunto (proyectista, supervisión y contratista) realizado el día 08 de junio de 2011.

De igual manera, del pronunciamiento del proyectista se concluye que existe el común denominador de las respuestas imprecisas, sin detalles técnicos, ni cálculos sustentatorios ni planos, y más aun, el proyectista se ampara en la ambigüedad y repetidamente pide remitirse al expediente técnico aprobado a pesar de conocer sus deficiencias y omisiones, dejándose constancia de la nula utilidad de las respuestas emitidas por lo que el problema persiste ya que este no ha sido tratado con seriedad y responsabilidad por el proyectista; con lo cual, las paralizaciones y demoras en la ejecución de la obra causadas por las deficiencias del expediente técnico y la falta de adecuada solución por parte de la Entidad continuaron y sustentan la Ampliación de Plazo Parcial N° 01.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

De otro lado, precisa el CONTRATISTA que con fecha 22 de junio de 2011 se suscribe el acta de reunión de trabajo con participación de la Entidad, Proyectista, Supervisión Externa y Contratista, en la que se establece lineamientos y procedimientos específicos para la adecuada y técnica absolución de observaciones en cada uno de los frentes de trabajo (líneas de conducción y aducción, reservorios R1 y R2, Redes y Conexiones domiciliarias de agua y desagüe en Mollepata y Huascahura, Planta de tratamiento de aguas residuales y Línea efluente) conformantes de los Sub proyectos I, II y IV de la obra, con los cuales se deberá absolver las deficiencias y omisiones al Expediente técnico.

De la misma manera, indica el CONTRATISTA que en la mencionada reunión se acordó reiniciar la ejecución de la obra a partir del 24 de junio de 2011, toda vez que esta se encontraba paralizada por deficiencias del expediente técnico.

En ese sentido, precisa el CONTRATISTA que desde el inicio de la obra (14 de enero de 2011) hasta el 24 de junio de 2011 en que se reinician los trabajos paralizados por las deficiencias del expediente técnico, han transcurrido Ciento sesenta y un (161) Días, en los que el CONTRATISTA tuvo retrasos, paralizaciones y no pudo ejecutar la obra de acuerdo a los rendimientos y plazos establecidos en los cronogramas de ejecución vigente debido a las deficiencias y omisiones del expediente técnico así como a la demora en la absolución y solución de estas deficiencias por parte de la ENTIDAD, los cuales obedecieron a causas ajenas a la voluntad y responsabilidad del CONTRATISTA.

De otro lado, establece el CONTRATISTA que mediante Carta N° 167-2011-EPSASA/GG de fecha de recepción 14 de julio de 2011, la EPSASA le comunica y remite la Resolución de Gerencia General N° 069-2011-EPSASA/GG de fecha 13 de julio de 2011, con la que declara improcedente la Ampliación de Plazo N° 01 sustentando tal decisión en una supuesta falta

**Tribunal Arbitral:**

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

de sustentación del análisis de la ampliación de plazo N° 01, ya que a la fecha se tienen partidas contractuales por ejecutar y pendientes de solución caso PTAR de acuerdo al Acta de reunión de trabajo de fecha 22 de junio de 2011.

**POSICIÓN DE EPSASA**

Al respecto, indica la ENTIDAD que esta pretensión también se considera como accesoria, ya que no tendría objeto otorgar una ampliación de plazo dentro del marco de un contrato declarado nulo.

No obstante, precisa dicha para que la denegatoria de la ampliación de plazo N° 01 ha sido denegada mediante Resolución de Gerencia General N° 069-2011-EPSASA/GG con el debido sustento legal y técnico, conforme se tiene de la Carta N° 053-2011-CA/JSOHM, mediante la cual se remite el Informe de Ampliación de Plazo N° 01, emitido por la Supervisión Consorcio Ayacucho.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Antes de analizar la eficacia o no de la Resolución de Gerencia General N° 069-2011-EPSASA/GG de fecha 13 de julio de 2011 que declaró inadmisible la solicitud de Ampliación de Plazo N° 1, este Tribunal Arbitral considera pertinente, primero analizar la procedibilidad de la referida ampliación de plazo.

Por consiguiente, este Tribunal Arbitral primero debe determinar cuál es el procedimiento formal establecido en la normativa correspondiente respecto de las ampliaciones de plazo.

Al respecto, el Artículo 41º de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley), en sus dos últimos párrafos señala lo siguiente:

Tribunal Arbitral:

Dr. Juan Huamaní Chávez.

Dr. Orlando la Torre Zegarra.

Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.

"( ) El CONTRATISTA podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40º de la presente norma"

Igualmente, la Ley en el inciso b) del Artículo 40 indica que:

"Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(....) b) Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el Contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento."

De igual manera, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su Artículo 200º establece las causales de la ampliación de plazo a solicitud del CONTRATISTA, las cuales son:

"De conformidad con el artículo 41º de la Ley, el CONTRATISTA podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al CONTRATISTA.
2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la ENTIDAD.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el CONTRATISTA ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado."

En la misma línea, el Artículo 201º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento que debe seguir el contratista que solicite una ampliación de plazo:

"Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

durante la ocurrencia de la causal, el CONTRATISTA, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el CONTRATISTA o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecta la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la ENTIDAD, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La ENTIDAD emitirá Resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la ENTIDAD.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones del plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el CONTRATISTA de obra, la ENTIDAD podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los CONTRATISTAS valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al CONTRATISTA a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT - CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al CONTRATISTA de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la ENTIDAD, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el CONTRATISTA. En un plazo

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la ENTIDAD deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la ENTIDAD en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario aprobado por el inspector o supervisor. Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la ENTIDAD respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de ésta decisión.”*

Por último, el Artículo 202º del citado Reglamento señala los efectos de la modificación del plazo contractual:

*“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al Nº de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos.*

*Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al CONTRATISTA, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del CONTRATISTA o del valor referencial, según el caso.*

*En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.*

*En virtud de la ampliación otorgada, la ENTIDAD ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal.”*

De lo expuesto, se puede determinar que, para la procedencia de la ampliación de plazo solicitada por el CONTRATISTA, es de aplicación lo dispuesto en el Artículos 41º e inciso b) del Artículo 40º de la Ley, y los Artículos 200º, 201º y 202º de su Reglamento.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

En relación a ello, de los artículos mencionados de la Ley y su Reglamento, se desprende que cualquier CONTRATISTA podrá solicitar la ampliación de plazo contractual sólo por las causales previstas en el Artículo 200º del Reglamento y cumpliendo, de manera obligatoria, el procedimiento establecido en el Artículo 201º de cuerpo legal mencionado.

Por ello, conforme señala la normativa citada, se tiene que el procedimiento a seguir por parte del CONTRATISTA a fin de solicitar la referida ampliación de plazo es el siguiente:

- 1) Anotar en el cuaderno de obra los hechos o circunstancias que originen la solicitud de ampliación, dicha anotación deberá realizarla el residente;
- 2) Dentro de los 15 días de concluido el hecho, el CONTRATISTA deberá solicitar, cuantificar y sustentar la ampliación de plazo ante el Supervisor, siempre que la demora afecte la ruta crítica y que la referida ampliación resulte necesaria, a fin de culminar la obra;
- 3) Luego, el Supervisor deberá elaborar un informe expresando su opinión respecto a la solicitud de ampliación de plazo y remitirla a la ENTIDAD dentro de los 7 días de presentada dicha solicitud.
- 4) Más adelante, la ENTIDAD deberá emitir la Resolución correspondiente en un plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe, en caso de no emitir Resolución dentro del plazo señalado para tal efecto, se entenderá ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la ENTIDAD.

En otro orden de ideas, no está de más indicar que las solicitudes de ampliación de plazo deberán ser presentadas dentro del plazo vigente de la ejecución de la obra y cualquier controversia que se derive respecto a ellas, será resuelta mediante arbitraje o conciliación.

Así pues, dentro del plazo correspondiente, mediante Carta N° 105-2011-RBA-RL-CV/AYAC de fecha 28 de junio de 2011, recibida por la Supervisora

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

en la misma fecha, el CONTRATISTA cumple con solicitar cuantificar y sustentar su solicitud debido a una evidente afectación a la ruta crítica de la ejecución de la obra.

Ahora bien, en el Expediente de Ampliación de Plazo Nº 1 presentado por el CONTRATISTA, se indica lo siguiente: "*Desde la entrega del Expediente Técnico y la Entrega Protocolar del Terreno por parte de la Entidad, realizada con fecha 13/01/2011; el Contratista ha realizado la evaluación del Expediente Técnico así como su correspondiente contrastación con el terreno real en campo; encontrando muchas deficiencias, errores y omisiones las que fueron progresivamente comunicadas a la Inspección o supervisión (según el caso) mediante asientos de cuaderno de obra y remitidas a la Entidad mediante cartas (...).*"

Asimismo, en el mencionado Expediente de Ampliación de Plazo, el CONTRATISTA manifiesta que: "*Desde el inicio de la obra (14/01/2011) hasta el 24/06/2011 en que se reinician los trabajos paralizados por la deficiencias del expediente técnico; han transcurrido CIENTO SESENTA Y UN (161) DÍAS en los que el contratista tuvo retrasos, paralizaciones y no pudo ejecutar la obra de acuerdo a los rendimientos y plazos establecidos en los cronogramas de ejecución vigente debido a las deficiencias y omisiones del expediente técnico así como a la demora en la absolución y solución de estas deficiencias por parte de la Entidad, los cuales obedecieron a causas ajenas a la voluntad y responsabilidad del contratista*".

De la misma manera, en el referido Expediente de Ampliación, el CONTRATISTA precisa que: "*Son causales de la presente Ampliación de Plazo Parcial Nº 01: Los atrasos y/o paralizaciones no atribuibles al contratista, debido a las deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico oportunamente comunicadas por el contratista a la inspección o supervisión y Entidad; así como la falta oportuna y adecuada absolución y solución de estas deficiencias por parte de la Entidad en los plazos establecidos en el contrato y normatividad vigente; los cuales no han permitido al contratista*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*ejecutar la obra de acuerdo a los rendimientos y plazos establecidos en los cronogramas de ejecución de obra y han afectado la ruta crítica de la misma".*

Por consiguiente, la Ampliación del Plazo N° 1 fue solicitada debido a: (i) Los atrasos y/o paralizaciones no atribuibles al contratista, debido a las deficiencias y omisiones en el Expediente Técnico, y (ii) La falta oportuna y adecuada absoluta y solución de las deficiencias por parte de la ENTIDAD en los plazos establecidos en el contrato y normatividad vigente; dichas razones, según dejó constancia el CONTRATISTA, han producido retrasos y paralizaciones en la ejecución de varias partidas que conforman la ruta crítica de la obra.

Respecto de los atrasos en la obra, Álvarez Pedroza indica lo siguiente:

*"Atrasos: La programación valorizada de la ejecución de la prestación dentro de un determinado periodo está representado por el calendario valorizado de avance de la obra contratada. El retardo o demora en la ejecución de la obra, en la relación con los plazos parciales establecidos en el mencionado calendario, de haberse generado por causas no atribuibles al contratista, constituye causal de ampliación de plazo."<sup>12</sup>*

Así pues, de la documentación presentada por el CONTRATISTA en su solicitud de Ampliación de Plazo, se aprecia que en el Asiento N° 247 del Cuaderno de Obra, se señala que: "Angel Vicharra. Representante Legal del Consorcio. En ambas reuniones el proyectista a través del Ingeniero Angel Vicharra aceptó las deficiencias del proyecto elaborado por su representada, comprometiéndose a emitir su informe, y plantear alternativas de solución. Se corre traslado para que el Supervisor diga si es que el proyectista a través del ingeniero Angel Vicharra, en la reunión y visita de capo del 17/05/2011, aceptó que existen deficiencias técnicas y omisiones en el expediente técnico elaborado por su representante".

<sup>12</sup> PEDROZA ÁLVAREZ, Alejandro. "Comentarios a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado". Ed.:Marketing Consultores 2010, p.1653

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

De la misma manera, mediante carta Nº 010-2011-CA/JSOHM de fecha 24 de mayo de 2011, el Consorcio Ayacucho remite al CONTRATISTA la Absolución de Consultas Nº 1, en la cual se le pone en conocimiento de la DEMANDANTE la Carta Nº 0010-2011/CONSORCIO AYACUCHO.

Al respecto, en la Carta Nº 0010-2011/CONSORCIO AYACUCHO de fecha 20 de mayo de 2011, el Representante Legal de Consorcio Ayacucho indica que: "*De la reunión realizada, podemos indicar lo siguiente, el proyecto no requiere ningún cambio en lo que respecta a la infraestructura proyectada. Por ser una obra de Precios Unitarios los mayores y/o menores metrados que se originen en el proceso de ejecución de la obra determinara por la inspección y/o Supervisión*".

De la misma manera, mediante Carta Nº 076-2011-RBA-RL-CV/AYAC de fecha 25 de mayo de 2011, recepcionado por el Supervisor de Obra con fecha 1 de junio de 2011, el CONTRATISTA pone en conocimiento de la respuesta a la Absolución de Consultas Nº 1 remitida a dicha parte mediante carta Nº 010-2011-CA/JSOHM.

No obstante, en el Acta de Reunión de fecha 8 de junio de 2013, se establece lo siguiente: "*(...) para absolver las consultas realizadas por el Contratista llegando a los siguientes acuerdos:*

1. *Carta Nº 016-2011/Consorcio Ayacucho (06/06/11), sobre la propuesta técnica de Cruce Nº 01 – Cruce agua Mollepata. Falta adjuntar los planos de detalles y aspectos constructivos por parte del Proyectista".*
2. *Con Carta Nº 0014-2011/Consorcio Ayacucho (08/06/11). De la planta y perfil de Red Colectora Huascahura. Falta adjuntar los planos de detalles y aspectos constructivos por parte del Proyectista.*
3. *Con Carta Nº 0012-2011/Consorcio Ayacucho (08/06/11). Sobre la Planta y Perfil de Buzones, Proyecto Mollepata, modificaciones menores que serán absueltas por la supervisión*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

4. Con Carta N° 093-2011-EPSASA/GG y Carta N° 0010-2011/Consorcio Ayacucho (08/06/11). Respuestas del proyectista con respecto al siguiente aspectos:

*Sub Proyecto I*

*Cruces Aéreos: Sector Mollepata, items a hasta la v, faltan planos de partidas, detalles aspectos constructivos, que serán proporcionados por el proyectista."*

Asimismo, mediante Carta N° 120-2011-EPSASA/GG de fecha 14 de junio de 2011, recepcionada por el CONTRATISTA en la misma fecha, la ENTIDAD remite a dicha parte lo siguiente: "(...) adjunto el documento de referencia en 06 folios más un plano de la Planta de Tratamiento de aguas residuales Mollepata donde incluye las coordenadas de ubicación, mediante el cual el Ing. Angel W. Vicharra Córdova, representante legal del Consorcio Ayacucho, remite la absolución a las consultas formuladas por su representada, a fin de que tome conocimiento y fines correspondientes".

En la Carta N° 018-2011/CONSORCIO AYACUCHO, el Ing. Angel W. Vicharra Córdova señala que: "Asimismo deberán recalcar que el contratista debe ceñirse a lo que se indica el Expediente Técnico de la Obra materia de su contrato y a lo indicado en la absolución de consulta de nuestra representada"

Rosteriormente, mediante Carta N° 121-2011-EPSASA/GG de fecha 14 de junio de 2011, recepcionada por el CONTRATISTA en la misma fecha, la ENTIDAD remite a dicha parte lo siguiente: "(...) adjunto el documento de referencia y anexos en 07 folios, mediante el cual el Ing. Angel W. Vicharra Córdova, representante legal del Consorcio Ayacucho, remite la absolución a las consultas formuladas por su representada, a fin de que tome conocimiento y fines correspondientes".

Igualmente, en la Carta N° 017-2011/CONSORCIO AYACUCHO, el Ing. Angel W. Vicharra Córdova señala que: "Asimismo deberán recalcar que el

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

*contratista debe ceñirse a lo que se indica el Expediente Técnico de la Obra materia de su contrato y a lo indicado en la absolución de consulta de nuestra representada"*

Sin embargo, en el Acta de Reunión de fecha 22 de junio de 2011, en la cual se encontraban presentes los representantes de LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA, el Supervisor y el Consultor de Estudio Definitivo del Proyecto Cono Norte Segunda Etapa, Sub Proyecto I, II y III, se acuerda lo siguiente:

• *Caso Línea de Conducción:*

- *Que la Supervisión va a alcanzar el Expediente de Adicionales y Deductivos y variaciones de trazo si corresponde al consultor para su revisión*
- *La supervisión va a alcanzar a la entidad (Lc2) los problemas de disponibilidad de terreno para que se resuelvan (...).*
- *La Lc4, 5 y 6, el Consultor se compromete (...) alcanzar los sustentos técnicos de no ejecución con su correspondiente presupuesto.*

• *Caso Reservorios R1 y R2:*

- *La supervisión alcanzará al proyectista los adicionales y deductivos correspondientes debidamente sustentados para su revisión y aprobación (...).*

*Caso Huascahura:*

- *Redes y conexiones de Agua y Alcantarillado:*
  - o *La supervisión alcanzará al Proyectista los adicionales y deductivos para su revisión y aprobación (...).*
  - o *La supervisión alcanzará los mayores detalles solicitados por el Contratista en forma clara para que el Proyectista alcance la información solicitada (...).*

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

- *El Consultor alcanzará a la Supervisión la planilla de metrados (sustento) de conexiones domiciliarias de agua y desagüe en las zonas de Huascahura y Mollepata, los mismos que no se encuentran en el expediente teórico (...)*
- *La supervisión alcanzará al proyectista los mayores detalles que le requiere el Colector Huascahura - San Martín (...)*

- *Caso Mollepata:*

- *La supervisión alcanzará al proyectista los adicionales de redes de agua potable y alcantarillado incluyendo los cruces de quebradas, principalmente clasificación de terreno (...)*
- *El proyectista se compromete a indicar en campo la ubicación de las BMs, principalmente en los Reservorios y Plantas de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR).*

- *Caso Planta de Tratamiento de Aguas Residuales (PTAR)*

- *El proyectista se compromete (...) entregar el expediente replanteado de acuerdo al terreno actual, debiendo contener planos al detalle, especificaciones técnicas y presupuestos*
- *El proyectista se compromete (...) alcanzar mayores detalles sobre cruce de tuberías en las quebradas*
- *La supervisión entregará al proyectista la propuesta de trazo de tuberías y accesos del fluente hacia zona paraíso, para su evaluación y aprobación (...)*
- *El proyectista entregará a la supervisión el presupuesto reajustado en el cual incluye la PTAR, Reservorios, Líneas de Conducción, Redes de Agua y Desague, entre otros*
- *El contratista se compromete a reiniciar la ejecución de obra en las partidas contractuales que no tengan inconvenientes, a partir del día viernes 24/06/11".*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

En el Asiento N° 348 del Cuaderno de Obra de fecha 22 de junio de 2011, el Residente de Obra deja constancia que: "(...) En el acta de compromiso para reinicio de obra (...) se acordó dar reinicio a las actividades que no tengan inconvenientes; en consecuencia, solicitamos que la supervisión defina las cotas de terreno y niveles de cimentación de los reservorios R1 y R2, para su correspondiente replanteo".

Finalmente, en el Acta de fecha 24 de junio de 2011 se indica que: "Se procedió a realizar los replanteos topográficos de las zonas antes mencionadas con la finalidad de ubicar BMs, Cotas de Fondos de Reservorio y delimitar el área donde se van a construir los reservorios (...)"

De esta manera, tal como puede apreciarse de los hechos apuntados y anotados debidamente en el cuaderno de obra, así como de las Actas de Trabajo firmadas por las partes para la ejecución de la presente obra, EL CONTRATISTA no contaba con la documentación adecuada a fin de que proceda con el inicio de la ejecución de la misma, en específico no contaba con el expediente técnico completo, el mismo que si bien mediante diversas cartas ha sido completado por la ENTIDAD, dicha información no era suficiente para que se inicie la ejecución de la obra, tal como se infiere de las Actas de Reunión realizadas entre las partes, situación que aceptó la ENTIDAD.

Por lo tanto, respecto de la causal invocada para la solicitud de ampliación de plazo N° 1, este Tribunal Arbitral advierte que la existencia de la causal atraso y/o paralización de obra por hechos que se encuentran fuera de la esfera de dominio del CONTRATISTA, esto es, acontecimientos que se encontraban en la esfera de dominio de la ENTIDAD, del Supervisor y el Proyectista.

Respecto a lo señalado como fundamento de la Resolución que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 1, este Tribunal Arbitral

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

considera que no se ajusta a lo señalado en la normativa que regula el contrato materia Litis, por los siguientes motivos:

- (i) No se procedió al inicio de la ejecución de la obra, debido a que la ENTIDAD no ha otorgado al CONTRATISTA el expediente técnico completo que sirva para que se realice la ejecución de la obra;
- (ii) Se han realizado diversas reuniones en las cuales se deja constancia del incumplimiento por parte de la ENTIDAD de la documentación respectiva, a fin de que el CONTRATISTA proceda con la ejecución de la Obra;
- (iii) Se ha dejado constancia en las reuniones realizadas donde participaron el CONTRATISTA y la ENTIDAD, que la documentación que ha sido entregada por el Supervisor y el Proyectista no cumplían con la características suficiente a fin de que se ejecute la obra;

En ese sentido, por las razones y conclusiones arribadas, este Tribunal Arbitral considera que la Resolución de Gerencia General N° 069-2011-EPSASA/GG de fecha 13 de julio de 2011, debe dejarse sin efecto, al no ajustarse a la base legal que establece el propio contrato, en consecuencia debe declararse FUNDADO el quinto punto controvertido.

**SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:**

*En caso el punto 5) precedente sea declarado fundado, determinar si corresponde o no ordenar a la entidad demandada el pago de mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 659,893.63, incluido el IGV correspondiente, por el período de ampliación de plazo N° 01.*

**POSICIÓN DE VIGSACON**

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

El CONTRATISTA indica que se apruebe la ampliación de plazo N° 01 por 161 días calendario; con lo que, se ordene el pago de mayores gastos generales ascendente a la suma de S/. 659,893.63 (Seiscientos Cincuenta y Nueve Mil Ochocientos Noventa y Tres con 63/100 Nuevos Soles) incluido IGV por el periodo de Ampliación de Plazo N° 01.

**POSICIÓN DE EPSASA**

La ENTIDAD indica que esta pretensión es accesoria a la primera pretensión principal, ya que al quedar inválida e insubsistente la relación contractual, no tiene sustento alguno la ampliación de plazo N° 01, solicitada y denegada por mi representada, menos el pago de mayores gastos generales que se pretende.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Cabe precisar que estamos frente a una pretensión accesoria, es decir, que la pretensión dependerá de la pretensión principal, en ese sentido el artículo 87º del Código Procesal civil señala:

**"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-**

*La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cual de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás."*

De acuerdo al citado artículo y, estando a que la presente pretensión depende del análisis del punto controvertido precedente, respecto del cual este TRIBUNAL ARBITRAL declaró fundada la aprobación de la solicitud de Ampliación de Plazo de Ejecución de Obra N° 1 por un plazo de ciento sesenta y un (161) días calendario, corresponde también, que este TRIBUNAL ARBITRAL declarare FUNDADO el presente punto controvertido.

**Tribunal Arbitral:**

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Por consiguiente, este Colegiado considera pertinente, realizar el análisis sobre los mayores gastos generales. Al respecto, el Artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sobre los efectos de la modificación del plazo contractual señala lo siguiente:

**"Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual**

*(...) Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario*

*Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario."*

De forma similar, el Artículo 203º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado sobre el cálculo del Gasto general diario aplicable indica:

**"Artículo 203.- Cálculo del Gasto General Diario**

*(...) En los contratos de obra a suma alzada, el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente "Ip/Io", en donde "Ip" es el Índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e "Io" es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.*

*En el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución."*

Por lo tanto, habiéndose declarado fundado el quinto punto controvertido, corresponde que este Tribunal Arbitral declare FUNDADO el sexto punto controvertido, debiendo indicarse que la ENTIDAD debe reconocer y pagar

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

los Gastos Generales correspondientes a S/. 659,893.63 (Seiscientos Cincuenta y Nueve Mil Ochocientos Noventa y Tres y 63/100 Nuevos Soles) incluido I.G.V., por la ampliación de plazo Nº 1 aprobada.

**SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Habiendo emitido pronunciamiento sobre el primer quinto y sexto punto controvertido, este Colegiado considera conveniente analizar el segundo punto controvertido.

*En caso el Primer Punto Controvertido sea declarado fundado, determinar si corresponde ordenar o no el reinicio inmediato de la ejecución de la obra con un plazo de ejecución total restante de doscientos veintiocho (228) días calendario.*

**POSICIÓN DE VIGSACON**

El CONTRATISTA sustenta su posición en lo manifestado por dicha parte respecto al Primer Punto Controvertido.

**POSICIÓN DE EPSASA**

La ENTIDAD precisa que la presente pretensión debe ser considerada una pretensión accesoria, pues depende del resultado del proceso arbitral y del pronunciamiento en relación a la primera pretensión principal, ya que de considerarse válida la nulidad del contrato, no puede ordenarse el reinicio de la ejecución de obra; y en consecuencia, tampoco tiene razón de ser el plazo de ejecución que todavía pudo haber estado pendiente.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

El CONTRATISTA en su escrito de demanda de fecha 17 de noviembre de 2011, indica que: "*Como consecuencia de la pretensión principal 2.1-a, solicitamos se ordene el reinicio inmediato de la ejecución de la obra con un plazo de ejecución total restante de Doscientos Veintiocho (228) días calendario obtenidos de la siguiente manera:*

- <i>Ampliación de plazo Nº 01</i>	<i>161 días</i>
- <i>Resto de Plazo Contractual (06/07/2011- 10/09/2011)</i>	<i>67 días</i>
<i>(Desde nulidad de contrato hasta fecha de término de obra)</i>	
- <i>TOTAL</i>	<i>228 días"</i>

Al respecto, en el Contrato Nº 085-2010-EPSASA/GG de fecha 29 de diciembre de 2010, en la Cláusula Décima Cuarta se establece que: "*El CONTRATISTA se obliga a ejecutar las obras materia de este contrato, en un plazo de 240 (doscientos cuarenta) días calendarios (...)"*; con lo que, al darse el inicio de la obra con fecha 14 de enero de 2011, correspondía que la conclusión de la misma se efectuara con fecha 10 de setiembre de 2011.

De la misma manera, la Carta Nº 159-2011-EPSASA/GG de fecha 5 de julio de 2011, mediante la cual la ENTIDAD remite la Resolución de Gerencia de General Nº 063-2011-EPSASA/DD, por la cual se procede a declarar la Nulidad del Contrato Nº 085-2010-EPSASA/GG, es recepcionado por el CONTRATISTA con fecha 5 de julio de 2011; con lo que, se produce la paralización de la obra desde el día 6 de julio de 2011.

En ese sentido, desde la fecha de paralización de obra debido a la declaración de Nulidad del Contrato (6 de julio de 2011) y la fecha en que debía culminarse la obra (10 de setiembre de 2011), han transcurrido aproximadamente 67 (Sesenta y Siete días).

De otro lado, en el análisis del cuarto punto controvertido, este Colegiado ha establecido que se declare aprobada la solicitud de Ampliación de Plazo

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

Nº 1, correspondiendo otorgarle al CONTRATISTA un plazo de 161 (Ciento Sesenta y Un) días.

De esta manera, corresponde que este Colegiado declare FUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, se ordene el reinicio de la obra con un plazo de ejecución total restante de 228 (Doscientos Veintiocho) días.

**SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:**

*Determinar si corresponde ordenar o no que el Consorcio Vigsacon pague a favor de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Ayacucho S.A. – EPSASA la suma de S/. 600,000.00 por concepto de indemnización de daños y perjuicios.*

**POSICIÓN DE VIGSACON**

El CONTRATISTA indica que no ha ocasionado ningún daño ni perjuicio, pues la Nulidad del Contrato no se encontraba consentido, pues se encontraba en procedimiento de Conciliación y posteriormente sometido a arbitraje.

De la misma manera, indica dicha parte que la ENTIDAD ha cometido atropellos al ejecutar las Cartas Fianza sin que se haya consentido la Resolución que declaraba la Nulidad de Contrato de Obra.

Asimismo, manifiesta el CONTRATISTA que la ENTIDAD supone que el Adelanto en efectivo se encuentra en su poder, lo cual es completamente falso, pues todo el adelanto otorgado se ha invertido en la ejecución de la obra (Pago de personal, Proveedores, Materiales y otros), cuyos trabajos aún no han sido pagados ni valorizados por la ENTIDAD.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

### **POSICIÓN DE EPSASA**

Al respecto, la ENTIDAD precisa que las carta fianzas otorgadas por FOGAPI no fueron ejecutadas por oposición de la demandante, pese a que éstas: Carta Fianza N° 0712-2011/FG y Carta Fianza N° 0713-2011/FG, vencieron sin haber sido renovadas, causal por la cual se reiteró su ejecución, mediante Carta N° 181-2011-EPSASA/GG, Carta N° 192-2011-EPSASA/GG y Carta N° 193-2011-EPSASA/GG, y pese a todo ello no fueron ejecutadas, generando daños y perjuicios a mi representada.

Asimismo, precisa la ENTIDAD que le han causado daños y perjuicios por la inejecución de las mencionadas cartas fianzas otorgadas por FOGAPI para garantizar los adelantos, ya que como consecuencia de ello, los adelantos otorgados a la demandante se mantienen en poder de ésta, y no tienen razón de ser mientras la validez del contrato se encuentra en controversia, pues posiblemente el CONTRATISTA viene generando intereses y utilidades a su favor en detrimento de ésta.

De la misma manera, la ENTIDAD indica que al haber generado el CONTRATISTA con su actuar la nulidad del contrato, ha ocasionado diversos daños y perjuicios a dicha parte, ya que como consecuencia de ello la obra se encuentra paralizada y abandonada (ya que también se niega a entregar la obra a mi representada), lo que ha generado que el reinicio de obra y su culminación se haya tornado incierta.

Asimismo, señala la ENTIDAD que la nulidad del contrato generado por la demandante, ha producido daños incalculables, ya que no se ha concluido la obra en el plazo previsto, lo que ha impedido el cumplimiento de las metas de la gestión e incumplimiento de indicadores en el año 2011, que son supervisados por la SUNASS.

De igual forma, precisa dicha parte que el hecho de que la obra no haya sido culminada ha impedido que mi representada incorpore nuevos usuarios

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

de agua potable y alcantarillado de las poblaciones beneficiarias de la obra, y como tal no ha podido incrementar sus ingresos; habiéndose ocasionado además, inconvenientes y controversias con la Supervisión Consorcio Ayacucho.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

A fin de determinar el presente punto controvertido, debemos tener presente lo indicado por la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda y reconvención de fecha 3 de enero de 2012, en la cual se indica: *"(...) Que, la nulidad del contrato generado por la demandante, ha producido daños incalculables a mi representada, ya que no se ha concluido la obra en el plazo previsto, lo que ha impedido el cumplimiento de las metas de la gestión e incumplimiento de indicadores en el año 2011, que son supervisados por la SUNASS. Asimismo, el hecho que la obra no haya sido culminada ha impedido que mi representada incorpore nuevos usuarios de agua potable y alcantarillado de las poblaciones beneficiarias de las obra, y como tal no ha podido incrementar sus ingresos. Además, de haberlos generado también inconvenientes y controversias con la Supervisión Consorcio Ayacucho, los cuales serán acreditados oportunamente, entre otros. (...)"*

*Que, es decir se han causado daños y perjuicios a mi representada por la inejecución de las mencionadas cartas fianzas otorgadas por FOGAPI para garantizar los adelantos, ya que como consecuencia de ello, los adelantos otorgados a la demandante se mantienen en poder de ésta, y no tienen razón de ser mientras la validez del contrato se encuentre en controversia, pues seguramente el Consorcio viene generando intereses y utilidades a su favor a detrimiento de mi representada. (...)"*

*Que, asimismo la demandante Consorcio VIGSACON al haber generado con su actuar la nulidad del contrato, ha ocasionado diversos daños y perjuicios a mi representada, ya que como consecuencia de ello la obra se encuentra paralizada y abandonada (ya que también se niega a entregar la obra a mi representada), lo que ha generado que el reinicio de obra y su culminación*

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamán Chávez.**  
**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**  
**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

*se haya tornado incierta, y pese a no tener sustento ha recurrido a un procedimiento de Conciliación y luego al presente proceso arbitral generando a mi representada gastos adicionales a los daños y perjuicios ya generados".*

Así pues, de la fundamentación esgrimida por LA ENTIDAD respecto a la indemnización por daños y perjuicios que se le debe reconocer, se aprecia que ésta se basa en el simple hecho de la emisión de su Resolución de Gerencia General Nº 063-2011-EPSASA, mediante la cual resuelve declarar la Nulidad del Contrato Nº 085-2010-EPSASA/GG, celebrado entre las partes.

No obstante ello, este Tribunal Arbitral al momento de emitir pronunciamiento respecto al primer punto controvertido, ha establecido que se revoque y se declare dejar sin efecto la Resolución de Gerencia General Nº 063-2011-EPSASA, mediante la cual la ENTIDAD procedía a establecer la Nulidad del Contrato Nº 085-2010-EPSASA/GG celebrado entre las partes; en consecuencia, este Colegiado establece que no corresponde otorgar el monto indemnizatorio solicitado por la ENTIDAD.

Por lo tanto, este Tribunal Arbitral declara INFUNDADO el presente punto controvertido, y en consecuencia, no corresponde ordenar que el CONTRATISTA pague a favor de la ENTIDAD la suma de S/. 600,000.00 (Seiscientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

**OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:**

Determinar a quién corresponde el pago de las costas y costos derivados del presente arbitraje.

**POSICIÓN DE VIGSACON**

**Tribunal Arbitral:**

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Oriando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

El CONTRATISTA no emite pronunciamiento alguno respecto a la presente Pretensión.

**POSICIÓN DE EPSASA**

Al respecto, la ENTIDAD precisa que esta pretensión también es accesoria de la primera pretensión principal, ya que es como consecuencia del resultado del proceso arbitral que se va a determinar el pago de los gastos de arbitraje; mientras que los gastos administrativos, legales y financieros, desde el momento de la nulidad del contrato hasta la ejecución del laudo arbitral tendrán que ser asumidos por el mismo CONTRATISTA, que ha ocasionado la declaratoria de la nulidad del contrato, que también tendrá que asumir los daños y perjuicios ocasionados a mi representada.

**POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Sobre este punto, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.  
Dr. Orlando la Torre Zegarra.  
Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

En vista de que en el presente arbitraje ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, así como que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y atendiendo a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas por sostener posiciones manifiestamente opuestas, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos que generó el presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (este rubro incluye los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos procedimentales), así como los costos y costas en que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente proceso arbitral.

Sin embargo, de autos se advierte que mediante Resolución N° 28 de fecha 4 de diciembre de 2012, este Tribunal Arbitral facultó a la ENTIDAD a fin de que cumpla con realizar el pago de la parte de los anticipos de gastos arbitrales que se encontraban a cargo del CONTRATISTA, los mismos que consistían en los honorarios de cada uno de los árbitros, del secretario ad-hoc y los gastos procedimentales ascendente a la suma de S/. 15,000.00 (Quince Mil y 00/100 Nuevos Soles).

De la misma manera, mediante Resolución N° 35 de fecha 6 de mayo de 2013, este Tribunal Arbitral deja constancia del cumplimiento por parte de la ENTIDAD de los pagos requeridos mediante Resolución N° 28.

, De esta manera, este Tribunal Arbitral advierte que LA ENTIDAD ha asumido responsabilidades económicas que se encontraban a cargo del CONTRATISTA; por lo que, se establece que EL CONTRATISTA debe realizar la devolución del monto de S/. 15,000.00 (Quince Mil y 00/100 Nuevos Soles), correspondiente a la suma total de los gastos arbitrales correspondientes a la Reconvención, los cuales se encontraban a cargo del CONTRATISTA, pero que han sido asumidos por la ENTIDAD.

## **VI. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS**

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamaní Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 37º de la Ley y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

**VII.** Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados a partir del Punto III de este Laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49º y 50º del Decreto Legislativo N° 1071 y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA LA EXCEPCION DE INCOMPETENCIA** formulada por EPSASA mediante escrito de fecha 3 de enero de 2012, por los motivos expuestos.

**SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADO** el primer punto controvertido, que corresponde a la Primera Pretensión Principal de la demanda; en consecuencia, corresponde ordenar que se revoque y se declare sin efecto la Resolución de Gerencia General N° 063-2011-EPSASA emitida por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA con fecha 20 de julio de 2011; declarándose además, la validez de dicho contrato en todos sus extremos y se reinicie la ejecución de la obra.

**TERCERO.- DECLARAR FUNDADO** el segundo punto controvertido, correspondiente a la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda; en consecuencia, corresponde ordenar el reinicio inmediato de la ejecución de la obra con un plazo de ejecución total restante de doscientos veintiocho (228) días calendario.

*Tribunal Arbitral:*

*Dr. Juan Huamán Chávez.*

*Dr. Orlando la Torre Zegarra.*

*Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.*

**CUARTO.- DECLARAR FUNDADO** el tercer punto controvertido, correspondiente a la Segunda Pretensión Principal de la demanda; en consecuencia, corresponde declarar como incorrecta la ejecución de las cartas fianza del contratista por parte de la demandada.

**QUINTO.- DECLARAR INFUNDADO** el cuarto punto controvertido correspondiente a la Pretensión Accesoria a la Segunda Pretensión Principal de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar a la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A. – EPSASA el pago de la indemnización de S/. 100,000.00 (Cien mil y 00/100 Nuevos Soles) a favor del contratista, por la incorrecta ejecución de las cartas fianza.

**SEXTO.- DECLARAR FUNDADO** el quinto punto controvertido correspondiente a la Tercera Pretensión Principal de la demanda; en consecuencia, se revoque y se deje sin efecto la Resolución de Gerencia General Nº 069-2011-EPSASA/GG emitida por la entidad demandada con fecha 13 de julio de 2011, declarando la improcedencia de la ampliación de plazo Nº 01 solicitada por el contratista mediante Carta Nº 105-2011-RBA-RL/AYAC de fecha 15 de julio de 2011; procediéndose a aprobar dicha ampliación, otorgándosele el plazo de 161 (Ciento Sesenta y Un) días.

**SÉTIMO.- DECLARAR FUNDADO** el sexto punto controvertido correspondiente a la Pretensión Accesoria a la Tercera Pretensión Principal de la demanda; y en consecuencia, corresponde ordenar a la entidad demandada el pago de mayores gastos generales ascendentes a la suma de S/. 659,893.63, incluido el IGV correspondiente, por el período de ampliación de plazo Nº 01.

**OCTAVO.- DECLARAR INFUNDADO** el séptimo punto controvertido correspondiente a la Única Pretensión de la reconvención; y en consecuencia, no corresponde ordenar que el Consorcio Vigsacon pague a favor de la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Ayacucho S.A.

**Tribunal Arbitral:**

**Dr. Juan Huamaní Chávez.**

**Dr. Orlando la Torre Zegarra.**

**Dr. Mario Eduardo Vicente González Peralta.**

- EPSASA la suma de S/. 600,000.00 por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

**NOVENO.- DISPONER** que tanto el Consorcio Vigsacon como la Entidad Prestadora de Servicios de Agua y Saneamiento (EPSASA), asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral; y en tal sentido, **ORDENAR** al Consorcio Vigsacon realice la devolución del monto de S/. 15,000.00 (Quince Mil y 00/100 Nuevos Soles), correspondiente a la suma total de los gastos arbitrales respecto a la Reconvención, los cuales se encontraban a cargo del Consorcio Vigsacon, pero que han sido asumidos por la Entidad Prestadora de Servicios de Agua y Saneamiento (EPSASA).

**DÉCIMO.- REMÍTASE** un ejemplar del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE.

Notifíquese a las partes.

**JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ**

Presidente del Tribunal Arbitral

**ORLANDO LA TORRE ZEGARRA**

Árbitro

**MARIO EDUARDO VICENTE**

**GONZÁLEZ PERALTA**

Árbitro

**LUIS ENRIQUE GUERRERO GALLEGOS**

Secretario Ad Hoc.