

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

- I. **LAS PARTES:** SUÁREZ CONSTRUCCIONES Y EQUIPAMIENTOS SRL.
GOBIERNO REGIONAL PIURA.
- II. **MIEMBRO ARBITRAL:** Ing. Vicente BENITES MORALES.
- III. **SECRETARÍA ARBITRAL:** Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú –
Consejo Departamental de Piura, representada por
la Administradora.
Abog. Elizabeth ATOCHE CHIRA.
- IV. **BASE LEGAL:**
- D.L. N° 1017, Ley de Contrataciones y Adjudicaciones del Estado.
 - D.S. N° 184-2009-EF Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - D. Leg. N1 1071, Ley que norma el Arbitraje.
 - Código Civil vigente.
 - Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
- V. **ANTECEDENTES**
- La Demandante, solicita al Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú- Consejo Departamental de Piura, como ÁRBITRO al Ing. Vicente BENITES MORALES.
 - El Tribunal arbitralmente constituido procede a instalarse con la participación en esta etapa de los señores árbitros: Abogado Luis Armando Patricio Córdova (Presidente), Ing. Vicente BENITES MORALES (Árbitro) y Abogada Romy SULLÓN GRANDA (Árbitro).
- VI. **ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS:**
1. Si corresponde o no declarar inaplicable el Deductivo de Obra N° 02, por tratarse de un sistema de Suma Alzada por lo que debe declararse nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 431-2010/GOB. REG. PIURA-PR de fecha 26 de Mayo de 2010.
 - a. **Existencia de Contrato de Obra**
Está acreditado que con fecha 10 de junio de 2009, las partes suscribieron el Contrato N°002-2009 de Ejecución de la Obra: “**PERFORACIÓN DE POZO EXPLORATORIO PARA DETERMINACIÓN DEL ACUÍFERO DEL POZO EL MORANTE DISTRITO DE CURA MORI- PROVINCIA DE PIURA**, por el monto de **S/225,772.21**, incluido utilidad, gastos generales e IGV, con precios vigentes al mes de Setiembre de 2008, con un plazo de ejecución de sesenta (60) días calendarios;
 - b. **Existencia de Naturaleza Jurídica**
Qué, inobservados los plazos establecidos en el Artículo 207º del Reglamento de la Ley, aplicable tanto para adicionales como para deductivos de obra, la

Handwritten signature

Entidad procedió a emitir RESOLUCIÓN EJECUTIVA REGIONAL Nº 431-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 26 de Mayo de 2010, a través del cual se aprobó un Deductivo de Obra por un monto de CINCUENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UNO CON 32/100 NUEVOS SOLES (S/ 52,831.32), sin haber efectuado previa modificación al Expediente Técnico, como opina el OSCE a través de la OPINIÓN Nº 021-2011/DTN, la cual concluye: "Si bien es responsabilidad de la Entidad la Elaboración del Expediente Técnico, las obras ejecutadas bajo el sistema a suma alzada implican como regla general, la invariabilidad de precio pactado, por lo que el contratista se encuentra obligado a ejecutar todos los trabajos que sean necesarios para la ejecución de la obra por el precio ofertado en su propuesta. De existir alguna discrepancia entre los documentos que integran el Expediente Técnico, la información de los planos prevalecerá sobre la información de los otros documentos, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del numeral 1) del artículo 40 del Reglamento.

En las obras ejecutadas bajo el sistema de Suma Alzada, la Entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados, pues en estos supuestos el costo debe ser asumido por el contratista o la Entidad, según se trate de mayores o menores metrados, dado el sistema de contratación elegido"; es decir, no procede reducción o deductivo de obra alguno si previamente no se aprobó modificación de los planos o especificaciones técnicas del Expediente Técnico, situación que en el presente caso el Gobierno Regional de Piura no cumplió con efectuar modificación alguna, para abundar sobre esta figura se tiene la OPINIÓN Nº 064-2009/DTN emitida por la OSCE, cuyas conclusiones son:

"Independientemente del sistema de contratación empleado la Entidad podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones cuando ello sea necesario para alcanzar la finalidad del contrato. Cuando en un contrato de obra a Suma Alzada las obras se ejecutan con sujeción al proyecto de la obra, la Entidad no podrá variar el precio, aún cuando se hayan ejecutado mayores o menores metrados.

Quando en un contrato de Obra a Suma Alzada se verifiquen modificaciones o variaciones en el Proyecto de Obra, podrá variarse el precio, debiendo deducirse del pago el monto correspondiente a la(s) partida(s) no ejecutadas, sin que corresponda efectuar pago alguno por estas.

En caso de ordenarse la reducción de prestaciones, el monto correspondiente a estas no puede superar el quince (15%) del monto del contrato".

Por lo Expuesto, al no encontrarse con arreglo al derecho la RESOLUCIÓN Ejecutiva Regional Nº 431-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 26 de Mayo de 2010, debe declararse sin efecto legal y administrativo alguno.

EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

2. Si corresponde o no se declara inaplicable la penalidad por mora.

Naturaleza Jurídica de la inaplicabilidad en la penalidad por mora.

Se ha dado el atraso en la obra por parte del contratista, debido a hechos o situaciones ajenas a su voluntad; es decir que presuponen que el contratista observó el “deber de diligencia contractual” y, pese a ello, tales hechos o situaciones determinarán que este incumpla el plazo o plazos pactados.

Menisseo¹, al delimitar el concepto de “culpa contractual”, precisa el significado del “deber de diligencia contractual” de la siguiente manera: “El concepto de culpa contractual no se comprende, si no se pone en relación con el concepto de deber de diligencia (contractual), el cual significa el cuidado que el deudor debe emplear en el desarrollo de su actividad para ponerse en situación de cumplir exactamente la obligación (...) En efecto, la culpa contractual consiste en la omisión del deber de diligencia a que acabamos de referirnos o, en una sola palabra, en la negligencia (...). (El subrayado es agregado).

En otras palabras Messineo está señalando que el “deber de diligencia contractual” no es otro que el de la “diligencia ordinaria” recogido en el artículo 1314 del Código Civil; sobre esta última, Ferrero Costa ²se pregunta: “¿Qué se entiende por diligencia ordinaria?” y, citando a Messineo, se responde que es “aquel comportamiento del deudor que consiste en usar “todos los cuidados y las cautelas que- habida consideración a la naturaleza de determinada relación obligatoria y a cada circunstancia lo pongan en condiciones de poder cumplir”. Así, este autor es de la opinión que el “deber de diligencia contractual o “diligencia ordinaria” del deudor no implicaría otra cosa que “lo que normalmente se puede pretender que éste haga para lograr la satisfacción del acreedor.”

Ahora bien, la consecuencia natural de que un deudor actúe con “diligencia ordinaria” durante la ejecución de la prestación o prestaciones pactadas, sería que, cuando incumpla sus obligaciones por causas ajenas a su voluntad, no asuma responsabilidad contractual, En este sentido el artículo 1314 del Código Civil³ establece que. “Quien actúa con diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

¹ MESSINERO, Francesco, Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1955, Tomo IV. Pág. 234.

² FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones, Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, 3ra adición actualizada, Pág. 325.

³ De aplicación supletoria a los contratos regulados por las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado de conformidad con el artículo 142 del Reglamento. Para mayor información sobre este criterio puede revisarse la Opinión N° 072-2011/DTN.

Al respecto, Ferrero Costa⁴ indica que “Cuando el incumplimiento o el incumplimiento inexacto no sea el resultado de una “falta de diligencia” el deudor es exonerado por la ley de responsabilidad. Ello implica que pese al esfuerzo (ordinario) realizado por el deudor no ha podido lograr la satisfacción de su acreedor. Ello puede deberse a múltiples causas, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor, la falta de colaboración del propio acreedor, etc.”, siendo que “al obligado solamente le correspondería probar que pese a que actuó con la diligencia que requería la naturaleza de la obligación, la prestación no ha podido ser cumplida o ha podido serlo sólo en forma inexacta, pero por causa no imputable a él. (El subrayado es agregado).

Al respecto, se establece que el RETRASO (por EVENTO FORTUITO, no atribuible al contratista) es de carácter justificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato. Y por ende no procede el cobro en mención por que “actuó sin dolo o culpa o con diligencia debida (1).⁵

Además de esto, hay que tomar en cuenta lo que señala la OPINIÓN N° 051-2010/DTN.

Por otro lado hay que considerar la Carta: SCYE/294-2009 de fecha 09 de Setiembre de 2009, remitida por la Contratista Suárez Construcciones y Equipamientos SRL.

EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

3. Si corresponde o no disponer el pago a favor de la demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios contra la demandada, por un monto de Treinta Mil y 00/100 Nuevos Soles (S/30,000.00).

Naturaleza Jurídica de la indemnización por daños y perjuicios

Que, estando a lo alegado por las partes se tiene que tener en cuenta que: El artículo 1331 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”; sobre el particular Beltrán Pacheco⁶ indica que “En el presente precepto normativo tenemos que el sujeto acreedor en cumplimiento de la carga de la prueba que le compete cumplir, tendrá que demostrar que el daño tanto en su aspecto intrínseco como extrínseco, es decir tanto en contenido como en cuantía o medida. En el primero de los aspectos deberá acreditarse la afectación a un interés jurídico amparado por el ordenamiento jurídico y el tipo de afectación (clasificación del daño), mientras que en el segundo de los aspectos tendrá que acreditarse el monto o valoración del daño que el afectado calcule sobre la afectación de sus intereses patrimoniales y

⁴ FERRERO COSTA, Raúl. Curso de Derecho de las Obligaciones, Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2004, 3ra. Adición actualizada, Pág. 325.

⁵ BALWIN GANOSO, Erika. Cálculo de las penalidades por mora en la ejecución de los Contratos con el Estado. En Actualidad Jurídica N° 138, Mayo, Lima, 2005.

⁶ BETTRAN PACHECO, Jorge. Comentario al artículo 1331 del CC. En Código Civil Comentado, Tomo VI, Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Lima 2007. Pág. 736 y sgtes.

co-patrimoniales. La prueba o demostración del contenido del daño dependerá del tipo de afectación del interés objeto de tutela jurídica". Esto es quien alega daños y perjuicios tiene que probarlos, la prueba con respecto a los daños materiales estos pues debe acreditarlos fehacientemente quien los solicita; el problema surge con la prueba de los daños inmateriales, al respecto Beltrán⁷ indica que: "Respecto de los bienes inmateriales, resulta muy difícil la prueba del contenido del daño dado que dicho aspecto intrínseco no es material, lo que impide su cuantificación siendo posible sólo su estimación, es decir, una descripción probabilística del daño... En el caso de los daños inmateriales, en la medida en que no se puede acreditar el valor del daño, podrán efectuarse pruebas del contenido del daño **relacionando la afectación moral con OTROS DAÑOS QUE SE VINCULAN DE FORMA INDIRECTA A ÉSTE**, tal es el caso de los daños materiales indirectos por la pérdida de ingresos al haberse afectado la reputación de un profesional o el "good will" de una marca. Por ejemplo, en el caso del futbolista José Guillermo "Chemo" del Solar, en donde se afirmó que había ingerido drogas prohibidas durante la práctica deportiva, lo que impidió la continuación de su contrato de servicios de entrenamiento con las divisiones inferiores del Real Madrid. En el caso, el desprestigio de la persona influyó en el desarrollo de sus actividades deportivas, lo que constituye el daño patrimonial o material indirecto.

También sucedió con el caso de Pilsen y la campaña de desprestigio que elaboró Cristal para desprestigiar la buena reputación de esta marca." Habiendo quedado claro que quien alega daños y perjuicios tiene que probarlo y cuando es daño moral tiene que probarlo quien los alegue con otros daños que se vinculen en forma indirecta con éste; asimismo conforme lo dispone el Art. 1332^a del Código Civil, que señala: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa"; con respecto a este artículo del Código Civil, el mismo autor señala que: "El presente artículo recoge la regla general normativa de la "equidad", la que tiene un contenido conceptual diverso dado que no significa necesariamente "lo justo", sino hace referencia a lo que "el juez según su sana crítica y la valoración de las circunstancias dispone."

Esta valoración se refiere a los daños inmateriales o también conocidos como "daños morales" que son aquellos en los que se afectan intereses jurídicos que carecen de un correlato concreto, como son la salud, la vida, el honor, la libertad entre otros"; como también lo es el prestigio de una persona jurídica, por lo que esté colegiado en atención a la sana crítica y valoración equitativa determinará un quantum;" Asimismo el Artículo 1321^a del Código Civil dispone que queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones con dolo, culpa inexcusable o culpa leve; existiendo daño emergente, lucro cesante, indicando el Artículo 1322 del Código Civil el daño moral en caso lo hubiese irrogado.

En tal sentido en virtud a la facultad que el Juzgado tiene para determinar el quantum del monto indemnizatorio y teniendo en cuenta que el demandante

⁷ BELTRAN PACHECO, Jorge. Comentario... Op. Cit.

afirma que el sobreendeudamiento ocasionado por para el cumplimiento de la ejecución contractual debido a la inacción de la entidad y su dolosa actuación de permitir trabajos adicionales que estaba en la convicción que al finalizar no iba a reconocer, produciendo con ello un daño a la víctima, este colegiado considera procedente reconocer el monto indemnizatorio de **S/30,000.00 (Treinta mil y 00/100 nuevos soles)**.

EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

4. Si procede o no que los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios generados en el proceso arbitral, así como los gastos de asesoramiento en que incurra el demandante por un monto de Once Mil y 00/100 Nuevos Soles (S/11,000.00), sean pagados por el Gobierno Regional de Piura.

Que, el inciso 2; del Artículo 56ª del D. Leg. N° 1071 Ley de Arbitraje indica que El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73ª. El Artículo 69ª del D. Leg. N° 1071, Ley de Arbitraje establece que las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título. El Artículo 70ª del D. Leg. N° 1071, Ley de Arbitraje establece que el Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b. Los honorarios y gastos del secretario; c. Los gastos administrativos de la institución arbitral; d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales. El inciso 1; del artículo 73 del D. Leg. N° 1071 Ley de Arbitraje dispone que 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos de arbitraje, el acuerdo de las partes.

A falta de acuerdo los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Estando al Contrato, se observa que las partes no han pactado sobre gastos, en consecuencia se debe tener en cuenta el resultado y sentido del laudo, emitido por este Tribunal.

Dentro del contexto legal expresado, teniendo en consideración el sentido del Laudo Arbitral se distribuye proporcionalmente los Gastos Arbitrales entre las partes.

En uso de las facultades que le confiere la Ley, de conformidad con el Artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1071.

**EL ÁRBITRO RESUELVE:
DE LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

❖ **AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

Si corresponde o no declarar inaplicable al Deductivo de Obra N° 02, por tratarse de un Sistema de Suma Alzada por lo que debe declararse nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 431-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 26 de Mayo de 2010.

FALLO: Declarar inaplicable el Deductivo de Obra por tratarse de un Sistema de Suma Alzada, por lo que debe declararse nula la Resolución Ejecutiva Regional N° 431-2010/GOB.REG.PIURA-PR de fecha 26 de Mayo de 2010.

❖ **AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

Si corresponde o no se declare inaplicable la penalidad por mora.

FALLO: Declarar inaplicable la penalidad por mora.

❖ **AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO**

Si corresponde o no disponer el pago a favor de la Demandante por concepto de indemnización de daños y perjuicios contra la Demandada, por un monto de Treinta Mil y 00/100 Nuevos Soles (S/30,000.00).

FALLO: Declarar fundado el tercer punto controvertido y disponer el pago por concepto de indemnización de daños y perjuicios, contra la demandada por un monto de **Treinta Mil y 00/100 Nuevos Soles (S/30,000.00)**.

❖ **AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO**

Determinar si corresponde o no que los gastos administrativos, gastos por concepto de honorarios de los árbitros generados en el proceso arbitral, así como los gastos por asesoramiento en que incurre la demandante en el presente proceso por un monto de Once Mil y 00/100 Nuevos Soles (S/11,000.00), sean pagados en su totalidad por la demandada.

FALLO: Estando al Contrato, se observa que las partes no han pactado sobre gastos, por lo que el árbitro estima que cada parte asuma los gastos.



ING. VICENTE BENITES MORALES
ÁRBITRO